النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة في قانون التجارة الكويتي

الدكتور عزيز عبد الأمير العكيلي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

١ ــ الإفلاس نظام جماعي للتنفيذ على أموال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية، تهدف قواعده الى حماية مصالح الدائنين وصون حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ماتبقى من أموال المدين ووضعها تحت يد القضاء حتى لا تترك له فرصة تهريب أمواله إضرارا بهم، كما تهدف قواعده الى تحقيق المساواة بين الدائنين دون محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر، وذلك بتنظيم توزيع أموال المدين عليهم توزيعا عادلا لا أفضلية فيه لدائن على آخر مادام دينه غير مقترن بسبب قانوني يوجب هذا التفضيل.

ولتحقيق هذه الأهداف التي تعتبر من الأسس التي يقوم عليها نظام الإفلاس(١)، يرتب المشرع على صدور حكم الافلاس غل يد المدين المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وذلك حماية لدائنيه من تصرفاته الضارة بهم التي يقصد بها انتقاص مالهم من ضمان عام على أمواله، أو محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر فيخل بالمساواة التي حرص نظام الإفلاس على إقامتها بين الدائنين.

---

(١) للتفصيل في هذا الموضوع انظر الاستاذ الدكتور محسن شفيق، القانون التجاري المصري، جـ٢ في الافلاس، الاسكندرية ١٩٥١، ص ١٥ وما بعدها، الاستاذ علي العريف، القانون التجاري المصرى، جـ٣ الافلاس القاهرة ١٩٥١، ص ٢ ومابعدها، كتابنا الموجز في شرح قانون التجارة الجديد، احكام الافلاس، بغداد ١٩٧٣، ص٩ ومابعدها.

لذا اعتبر المشرع جميع التصرفات التي يجريها المفلس بعد صدور الحكم بإشهار إفلاسه غير نافذة في حق الدائنين منعا له من الإضرار بحقوقهم أو الإخلال بمبدأ المساواة بينهم.

غير أن صدور الحكم بإشهار الإفلاس لايتم ــ في الغالب ــ بعد توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية، وانما قد تنقضي فترة من الزمن بين التوقف عن الدفع وصدور الحكم بإشهار الإفلاس، وهذه الفترة تعتبر من أخطر الفترات وأشدها إضرارا بالدائنين. ففي هذه الفترة يشعر المدين باضطراب أعماله وأنه مشرف على الإفلاس، فيلجأ الى مختلف الوسائل لإخفاء حالته المالية عن دائنيه، ليتفادى إفلاسه وإطالة حياته التجارية. وقد يوفق فيعبر الأزمة بسلام، وقد يخفق فيزيد هذا الإخفاق حالته سوءاً.

وقد يعمد المدين خلال هذه الفترة الى التصرف في أمواله تصرفا ضارا بالدائنين أو مخلا بمبدأ المساواة بينهم، فيبيع أمواله بثمن بخس أو يقترض بشروط باهظة بهدف الحصول على النقود اللازمة للوفاء بالتزاماته وقد تفسد نية المدين فيعمد الى إخفاء أمواله أو التبرع بها الى أقاربه ومعارفه أو بيعها اليهم صوريا بقصد إبعادها عن الضمان العام المقرر لدائنيه على أمواله، أو يفي لبعض الدائنين قبل الاستحقاق، أو يرتب على أمواله تأمينات لضمان ديونهم فيمتازون على غيرهم من الدائنين عند تصفية أمواله، فيحابي المدين بهذه التصرفات، التي يجريها بلا رقابة ولا إشراف، بعض الدائنين على حساب البعض الآخر. وقد ينتابه اليأس فيلجأ الى التبذير و يكثر من المضاربات برعونة وخفة غير مبال بما يترتب على ذلك من ضرر بنفسه و بدائنيه، مادام انه يعلم أن أمواله ستؤول حتما الى دائنيه ولن ينال منها شيئا.

لذلك أدرك المشرع أن عدم نفاذ تصرفات المفلس اللاحقة لصدور حكم الافلاس في حق جماعة الدائنين لاتحقق حماية كافية لهم، فجعل لحكم الافلاس أثرا على تصرفاته السابقة لصدوره والواقعة بين تاريخ صدور هذا الحكم ووقوفه عن الدفع، وهى الفترة التي تكون فيها تصرفات المدين محل ارتياب الدائنين.

فالمشرع يرتاب من تصرفات المفلس التى يجريها خلال هذه الفترة، فوضع نظاما خاصا تخضع له تصرفاته خلال هذه الفترة المسماة بفترة الريبة، فأوجب إبطال البعض منها وأجاز إبطال البعض الآخر تبعا لطبيعتها وللظروف التى أجريت فيها حماية لحقوق الدائنين وتحقيقا لمبدأ المساواة بينهم.

صحيح أن هذه التصرفات يمكن الطعن فيها بدعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى (م٣١٠ مدني)(٢) ولكن شروط هذه الدعوى وما تتطلبه من إثبات من شأنه أن يؤدى الى عدم بطلان بعض التصرفات الضارة بالدائنين فتعجز عن تحقيق الحماية الكافية لهم، إذ يشترط في هذه الدعوى أن يكون المدين قد قصد بتصرفه الإضرار بالدائنين فترتب على هذا التصرف إعسار المدين أو الزيادة في إعساره. واذا كان تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين وأن يكون المتصرف اليه على علم بهذا الغش للاضرار بالدائنين (م٣١١/١مدني).

وما من شك أن المدين الذي يجرى هذه التصرفات إضرارا بدائنيه يعمد الى أن لايترك أى دليل يمكّن دائنيه من الطعن بتصرفه بدعوى عدم نفاذ التصرف، بالاضافة الى أن الطعن بهذه الدعوى لايجوز في حالة الوفاء بالديون المستحقة (م٣١٦/١مدني).

كما أن المشرع لم يشأ أن يخضع هذه التصرفات لنفس القواعد التى أخضع لها تصرفات المفلس اللاحقة لصدور حكم الافلاس بحيث تعتبر جميع تصرفاته التى يجريها خلال هذه الفترة غير نافذة في حق الدائنين، لأن ذلك يؤدى الى إضعاف ائتمان التاجر فيمتنع الغير عن التعامل معه خوفا من عدم نفاذ التصرفات عند وقوع الافلاس.

ولذلك وضع المشرع التجاري قواعد خاصة بالبطلان تطبق على تصرفات المفلس التي يجريها خلال هذه الفترة توفق بقدر الإمكان بين مصلحة الدائنين ومصلحة الغير حسني النية الذين يتعاملون مع المفلس دون علم باضطراب أعماله ووقوفه عن الدفع.

وقد تكفلت المواد من ٥٨٤ الى ٥٨٩ من قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بتنظيم القواعد التى تطبق على تصرفات المفلس خلال فترة الريبة. فحددت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبى، إذ يفترض المشرع أنها تصدر من المدين بقصد الإضرار بحقوق الدائنين أو الإخلال بمبدأ المساواة بينهم، فأوجب إبطالها متى رفع الأمر بشأنها الى المحكمة المختصة. ثم نص في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ على قاعدة

---

(٢) نظم القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ دعوى عدم نفاذ التصرف في المواد من ٣١٠ الى ٣١٧.

عامة أجاز بموجبها إبطال جميع تصرفات المدين الصادرة في فترة الريبة التي تفلت من نطاق تطبيق الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ إذا توافرت فيها الشروط التى نص عليها المشرع في هذه الفقرة، اذ لا تدل هذه التصرفات بذاتها على أن المقصود بها الإضرار بحقوق الدائنين أو الإخلال بمبدأ المساواة بينهم، فترك للمحكمة حرية التقدير في إبطال هذه التصرفات. وقد استثنى المشرع في الفقرة الأولى من المادة ٥٨٥ الوفاء بالأوراق التجارية من البطلان إذا تم في فترة الريبة. ثم نص في المادة ٥٨٦ على جواز إبطال قيد حقوق الرهن أو الامتياز المسجلة خلال هذه الفترة اذا مضت مدة تزيد على خمسة عشر يوما بين تقرير الرهن أو الامتياز و بين تسجيله وفى النصوص الأخرى حدد المشرع آثار إبطال هذه التصرفات ومدة التقادم المسقط لدعاوى بطلان التصرفات الواقعة في فترة الريبة.

تلك هي المواضيع التي يدور حولها البحث، لذا سنبحث في كيفية تحديد فترة الريبة وفي البطلان الوجوبى ثم البطلان الجوازي، وأخيرا في بطلان قيد الرهن وحقوق الامتياز.

وقبل البحث في هذه المواضيع لابد من الإشارة الى مسألتين، الأولى تتعلق بطبيعة البطلان الذي نص عليه المشرع للتصرفات التى يجريها المفلس خلال هذه الفترة، والثانية تتعلق بدعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى.

طبيعة البطلان :ـ

٢ ـ البطلان الذي نص عليه المشرع للتصرفات التي يجريها المفلس في فترة الريبة، سواء أكان وجوبيا أو جوازيا، لايعتبر بطلانا بالمعنى الفنى لهذه الكلمة بحيث يترتب عليه زوال التصرف بأثر رجعى واعادة المتعاقدين الى الحالة التى كان عليها قبل اجراء التصرف كما يعنى البطلان من الناحية الفنية، فليس هذا هو المقصود من البطلان الذى نص عليه المشرع للتصرفات التي يجريها المفلس في فترة الريبة، وانما يقصد به عدم نفاذ التصرف في مواجهة جماعة الدائنين مع بقائه صحيحا ومنتجا لآثاره بين المفلس والمتصرف اليه بحيث يجوز لكل منهما المطالبة بتنفيذه بعد انتهاء التفليسة.

فمعنى البطلان هنا لايختلف عن معناه بالنسبة للتصرفات التى يجريها المفلس بعد الحكم بإشهار إفلاسه.

و يستفاد هذا المعنى من نص المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد التى عبرت عن هذا المعنى بقولها انه لايجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات التي يقوم بها المفلس بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الافلاس.

دعوى عدم نفاذ التصرف :ـ

٣ ـ إذا كان المشرع التجاري قد وضع نظاما خاصا تخضع له تصرفات المفلس التى يجريها خلال فترة الريبة حماية لحقوق الدائنين، فان ذلك لايحول دون الطعن بتصرفات المفلس عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدني، فلا تزال هذه الدعوى هى الوسيلة الوحيدة للطعن في تصرفات المفلس السابقة على فترة الريبة، كما يجوز استعمالها للطعن في تصرفات المفلس الواقعة خلال هذه الفترة، غير أنها لاتحقق للدائنين حماية كافية كما تقدم. وقد نصت على ذلك المادة ٥٨٨ من قانون التجارة، انما جعلت هذه المادة الطعن بتصرفات المفلس بدعوى عدم نفاذ التصرف من حق مدير التفليسة وحده دون غيره من دائني المفلس، كما رتب المشرع بموجب هذه المادة على الحكم بعدم نفاذ التصرف عدم نفاذه في حق جميع الدائنين، سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله، خلافا للآثار التي يرتبها المشرع المدني للحكم بعدم نفاذ التصرف وفقا لدعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدني، اذ لا يترتب على هذا الحكم سوى عدم نفاذه في حق الدائنين الذين صدر التصرف اضرارا بهم (المادة ٣١٤ مدنى)، بمعنى أن هذا الحكم لايستفيد منه سوى الدائنين الذين نشأت حقوقهم قبل هذا التصرف.

الفـــرع الأول

تحديد فترة الريبة

٤ ــ فترة الريبة ــ كما حددها المشرع التجاري ــ هي الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تحدده المحكمة لوقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية وتاريخ صدور الحكم بإشهار إفلاسه (المادة ٥٨٤/تجارة)، دون إضافة مدة أخرى تسبق تاريخ الوقوف عن الدفع كما فعلت بعض التشريعات(٣).

وعلى ذلك فان تحديد فترة الريبة يقتضي من المحكمة أن تحدد أولا تاريخ الوقوف عن الدفع الذي تبدأ منه هذه الفترة، وقد ترك المشرع للمحكمة حرية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع على ضوء وقائع الدعوى التي يستدل منها على ذلك، بل أجاز لها تعديل التاريخ الذي عينته للوقوف عن الدفع اذا استبانت لها ظروف جديدة لم تكن معروفة لديها من قبل تبرر تعديل التاريخ القديم، وفي جميع الأحوال لم يجز لها المشرع إرجاع هذا التاريخ الى أكثر من سنتين من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس (المادة ٥٦٨ تجارة).

لذا فإن تحديد المشرع الكويتي لفترة الريبة بالمدة الواقعة بين تاريخ الوقوف عن الدفع وتاريخ إشهار الافلاس وعدم اضافة مدة أخرى تسبق تاريخ الوقوف عن الدفع يتفق والأحكام التى أخذ بها والتى تعطي للمحكمة حرية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع وتعديل هذا التاريخ كلما استبانت لها ظروف جديدة، لان هذه الإضافة تكون غير منطقية ولا فائدة منها، إذ تكون لهذه الاضافة فائدة في التشريعات التى تحدد فترة الريبة على وجه ثابت. اذ

---

(٣) عشرة أيام في القانون التجاري المصري والفرنسي وعشرين يوما في قانون التجارة السورى واللبناني.

يترتب على هذه الإضافة اتساع فترة الريبة بعض الشيء (٤).على أن المشرع الكويتي لم يمنح المحكمة حرية مطلقة في إرجاع هذا التاريخ الى ماتشاء من الزمن بل قيده بمدة معينة بحيث لايجوز لها إرجاعه الى أكثر من سنتين من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس (المادة ٢/٥٦٨ تجارة). والحكمة من ذلك أن إطلاق الحرية للمحكمة في تعيين تاريخ الوقوف الى ماتشاء من الزمن يؤدي الى اضطراب في المعاملات التجارية وعدم استقرارها، اذ تكون معظم تصرفات المفلس التي يقوم بها خلال هذه الفترة قابلة للابطال وجوبا أوجوازا. فكلما أجيز للمحكمة أن ترجع بتاريخ الوقوف عن الدفع الى الماضي دون تحديد مدة معينة كلما زاد عدد التصرفات التي تخضع للبطلان. فالمشرع بهذا التحديد يريد أن يضع حدا لفترة الريبة وماتهيؤه من وسائل لتقويض المراكز القانونية المستقرة(٥).

واذا لم تعين المحكمة تاريخا للوقوف عن الدفع في حكم إشهار الافلاس فإن المشرع يعتبر تاريخ صدور الحكم تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع (م١/٥٦٧تجارة). واذا صدر حكم إشهار إفلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزاله التجارة ولم يحدد التاريخ المؤقت للوقوف عن الدفع، فإن المشرع يعتبر تاريخ الوفاة أو اعتزال التجارة تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع (م٢/٥٦٧تجارة) وفي جميع الأحوال لايعتبر تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع نهائيا سواء تم تعيينه من قبل المحكمة عند إصدار حكم الأفلاس أو اعتبر تعيينه مؤقتا في الأحوال المنصوص عليها في الفقرتين الاولى والثانية من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة، وانما يعتبر تعيينا مؤقتا غير ملزم للمحكمة ولايحوز قوة الشيء المقضي به، بحيث يجوز لها تعديله مرة أو مرات اذا استبانت لها ظروف جديدة لم تكن معروفة لديها من قبل تبرر تعديل التاريخ القديم. وقد أجاز لها المشرع تعديل التاريخ من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو

---

(٤) من هذه التشريعات السويسري والألماني والأنجليزي والايطالي. ولكن هذه التشريعات منتقده، لأن تحديد فترة الريبة على وجه ثابت بالنسبة الى جميع التفاليس لايخلو من الجمود وليس من حسن صناعة التشريع الأخذ به اذ يختلف الأمر باختلاف الظروف فقد يكون التاجر صادقا أمينا فيبادر الى طلب شهر إفلاسه بمجرد وقوفه عن الدفع، وقد يلجأ الى وسائل غير مشروعة لاطالة حياته التجارية وإخفاء سوء حالته فلا يشهر افلاسه الا بعد انقضاء فترة طويلة من اختلال أشغاله ووقوفه عن الدفع، فمن الخير والحال كذلك أن تترك للمحكمة سلطة رحبة للتقدير، انظر في ذلك محسن شفيق، جـ ٢، المرجع السابق ص٤٧٦.

(٥) محسن شفيق، جـ٢، ص ٤٧٧، أميل،القانون التجارى جـ٢، بيروت ١٩٧٠، ص ٥٩٢.

أحد الدائنين أو مدير التفليسة أو غيرهم من ذوي المصلحة (م٥٦٨/١تجارة). على أن المشرع قيد سلطة المحكمة بحد أقصى زمني لايجوز لها بعد انتهائه تعديل تاريخ وقت الوقوف عن الدفع، هذا الحد هو انقضاء عشرة أيام من تاريخ إيداع قائمة الديون المحققة إدارة كتاب المحكمة، إذ يصبح التاريخ المعين للوقوف عن الدفع نهائيا بعد انقضاء هذا الميعاد (م٥٦٨/١تجارة). وفكرة الوقوف عن الدفع من الامور الاساسية في تطبيق نظام الافلاس، لأن هذه الفكرة لا تثور لتحديد فترة الريبة فقط، وانما تثور ابتداء عند إشهار الإفلاس تطبيقا لنص المادة ٥٥٥ من قانون التجارة التى جعلت من بين الشروط الواجب توافرها لإشهار إفلاس التاجر وقوفه عن دفع ديونه التجارية. لذلك ثار النقاش بين الفقهاء لمعرفة ما إذا كان الوقوف عن الدفع اللازم لإشهار الإفلاس يتفق في معناه مع الوقوف عن الدفع اللازم لتحديد فترة الريبة أم يختلف عنه.

فهل ينصرف معناه الى عجز التاجر عجزا حقيقيا عن الوفاء بديونه في مواعيد استحقاقها لاضطراب أعماله وفقدانه لائتمانه كما هو الشأن في معنى الوقوف عن الدفع الذي يبرر شهر الإفلاس؟ أم المقصود تحديد الوقت الذي اضطربت فيه أعمال التاجر اضطرابا ينبىء عن انهيار مركزه المالى ولو استمر على تسديد ديونه بالاستعانة بوسائل مشروعة أو غير مشروعة بقصد تأخير وقوفه المادى عن الدفع تأخيرا مصطنعا؟

ذهب البعض بأن للوقوف عن الدفع معنيين من الناحية القانونية، فمعناه في حالة تحديد فترة الريبة أوسع من معناه في حالة شهر الإفلاس (٦). و يذهب هذا البعض الى أنه ليس من حق المحكمة، في حالة شهر الإفلاس، أن تستبعد المفهوم التقليدي للوقوف عن الدفع الذي يتطلب وقوفا ماديا عن دفع أحد الديون التجارية الى جانب الحالة المالية المنهارة للتاجر. فاذا ثبت للمحكمة أنه مستمر على تسديد ديونه، فلا يجوز لها أن تحكم بشهر الإفلاس ولو ثبت لديها أن التاجر لجأ الى طرق غير مشروعة أو غير عادية بقصد تأخير وقوفه المادى تأخيرا مصطنعا، كأن يوفي دائنيه من أموال يقترضها بشروط باهظة، و يصدر

---

(٦) تالير، الافلاس في القانون المقارن، جـ٢، باريس ١٨٨٧، ص ١٨٩، ديسون، تعليق في دالوز ١٩٣٣ ـ ١ ـ ١٢١، بوركارت تعليق في سيريه ١٩١١ ـ ١ ـ ٢٧٣، كذلك محكمة روان ٣ ـ ٨ ـ ١٨٩٨، ومحكمة ليون ١٩ ـ ١١ ـ ١٩٠٦ أشار اليها أميل، المرجع السابق، ص٥٩٧.
وهناك أحكام أخرى أشار إليها جلبرت، المرجع السابق، ص٢١٠ هامش رقم (١٠).

كمبيالات مجاملة تحقق له ائتمانا وهميا مؤقتا، و يبيع أمواله بخسارة. أما اذا صدر حكم الافلاس ولم يحدد تاريخ الوقوف عن الدفع أو حدد ذلك وارید تعديله، ففي هذه الحالة من حق المحكمة أن ترجع التاريخ الذي تبدأ منه فترة الريبة الى الوقت الذى اضطربت فيه اعمال التاجر وانهار مركزه المالى ولو استمر على تسديد ديونه بوسائل مشروعة أو غير مشروعة.

ولهذا يقول تالير أن القانون يجب أن يظهر تساهلا من حيث الاثبات لتعديل تاريخ الوقوف عن الدفع بعد شهر الإفلاس(٧).

على أن هذا الرأى الذي يفهم الوقوف عن الدفع في الوضعين بمعنيين مختلفين كان محل اعتراض غالبية الفقهاء الذين يؤكدون أن الوقوف عن الدفع ليس له الا معنى واحد، سواء عند النظر اليه كشرط من شروط شهر الافلاس، أو عند النظر اليه لتحديد تاريخ فترة الريبة، لأن هذا الازدواج في المعنى أمر تحكمى ولا يستند الى أساس من القانون(٨).

---

(٧) تالير، الافلاس في القانون المقارن، المرجع السابق، ص ١٩٢.

(٨) ليون كان ورينو جـ ٧ رقم ١١٨، برسرو ود يسرتو، جـ١، رقم ٣٦٢ ومابعده، ريبير، القانون التجاري، الطبعة الثامنة، باريس ١٩٨١، رقم ٢٨٥٥، لاكور وبوترن، القانون التجارى، جـ ٢، رقم ١٦٩٨، أميل، المرجع السابق، رقم ١٤٠٦، جلبرت، المرجع السابق، ص٢٠٩ ومابعدها، محمد سامى مدكور وعلى يونس، المرجع السابق، ص٤٥ ومحمد صالح، المرجع السابق ص١٧، محسن شفيق، جـ٢، ص٢٧٨ ومابعدها.
محكمة القاهرة الابتدائية ٧-٢-١٩٥٠ المحاماة - ٣٠-١٩٥٧، استئناف مختلط ٢٣-٤-١٩٢٤، ب٣٦ -٣٣١، ١٤-٦-١٩١١ ب٢٣-٢٦.
انظر عكس هذا الرأى على البارودي المرجع السابق، ص ٢٧٦، اذ يرى في الوقوف عن الدفع فكرة مزدوجة، فهناك أصل عام هو ضرورة أن تكون الحالة المالية للمدين منهارة وعجزه حقيقيا واثتمانه مفقودا. ولكن هذا الاصل العام يتخذ شكلا خارجيا مختلفا باختلاف الوظيفة التي تؤديها فكرة الوقوف عن الدفع، ففيما يتعلق بوظيفتها الاولى كشرط من شروط إفلاس التاجر، يجب أن يتخذ هذا الائتمان المنهار شكل الوقوف المادى عن دفع أحد الديون التجارية. أما فيما يتعلق بوظيفتها الثانية، وهي بدء تحديد فترة الريبة، فانه يكفى في فكرة الوقوف عن الدفع أن تتخذ مظهرا خارجيا آخر هو ثبوت التجاء التاجر الى طرق احتيالية غير عادية يقصد منها تأخير وقوفه المادى عن الدفع تأخيرا مصطنعا. هذا الرأى لايتفق والاحكام التى أخذ بها قانون التجارة اللبناني في المادة ٤٨٩ والتي يقوم بشرحها الاستاذ الدكتور على البارودي، إذ تجيز هذه المادة أن يتخذ الوقوف عن الدفع في حالة إشهار الافلاس مظهرا خارجيا غير الوقوف المادى عن الدفع هو ثبوت استعانة التاجر بوسائل غير مشروعة للوفاء بالديون. بنفس المعنى، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص٣٥٨ هامش رقم (٢).

لذا على المحكمة عند تقدير حالة الوقوف عن الدفع التحقق من أن التاجر عاجز عن الوفاء بديونه عجزا حقيقيا. فالوقوف عن الدفع هو الذي ينبىء عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض بها حقوق دائنيه الى خطر محقق أو كبير الاحتمال فليس كل امتناع عن الدفع يعتبر توقفا، اذ قد يكون لمنازعة في الدين من ناحية صحته أو مقداره أو حلول أجل استحقاقه، أو انقضائه بسبب من أسباب الانقضاء.

وعلى ذلك فان تقدير حالة الوقوف عن الدفع تحتاج الى فهم وحسن تقدير من قبل المحكمة، فلا تقدم على شهر الإفلاس لمجرد امتناع المدين عن دفع ديونه، اذ قد يكون محقاً في ذلك، كما قد يكون سبب الامتناع راجعا الى أزمة مؤقته عارضة(٩).

وعلى العكس من ذلك قد يلجأ التاجر الى وسائل غير مشروعة لإطالة حياته التجارية المضطربة، كبيع بضائعه بسعر أقل من سعر الشراء أو سحب كمبيالات المجاملة أو الحصول على قروض بشروط مرهقة بما يعرض حقوق دائنيه الآخرين للخطر، في هذه القروض فإن واجب المحكمة أن تعتبر المدين التاجر في حالة وقوف عن الدفع بالرغم من قيامه بسداد ديونه في مواعيدها(١٠).

هذا المعنى للوقوف عن الدفع عند شهر الافلاس هو ذاته مطلوب عند البحث في تحديد فترة الريبة. ومع ذلك فإن غالبية الفقهاء الذين يؤمنون بأن مفهوم الوقوف عن الدفع واحد من الناحية القانونية، يعترفون بأن أحكام القضاء تفسر الوقائع المتعلقة بإثبات التوقف عن الدفع بصورة أوسع في حالة تحديد فترة الريبة من شهر الإفلاس(١١).

---

(٩) محكمة النقض المصرية ٢٩-٣-١٩٥٦ مجموعة أحكام النقض. السنة السابعة من ٤٣٥، وفي ٢-١-١٩٦٢، نفس المرجع، س ١٣ ص٥٣٨، استئناف بيروت ٣-١-١٩٥٠ مجموعة حاتم ج٩ ص ٣٩، محكمة الاستئناف الكوينية ١٩-٨-١٩٧٢، موسوعة عبد الخالق، ج٤٣، نقض فرنسي ١٥-٧-١٩٦٨ المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٩ ص١٧١ وفي ٦-٦-١٩٦٧ نفس المرجع ١٩٦٨ ص١٢٨.

(١٠) استئناف بيروت ٢٠-٢-١٩٦٤ مجموعة حاتم ج٥٥ ص ١٥ واستئناف مصرى مختلط ١٩-٦-١٩٣٨ ب ٤٧-٣٨٤، نقض فرنسي ٢٢-٢-١٩٢٨ دالوز ١٩٢٩-١-٢٤٩، وفي ٢٦-١٠-١٩٤٠، دالوز الاسبوعي ١٩٤٠ ص ٩٦، وفي ١٧-٢-١٩٦٧ المجلة الفصلية للقانون التجارى، ١٩٦٨ ص٨٥٨.

(١١) جلبرت، المرجع السابق ص ٢١٣.

ولهذا يعترف الاستاذان برسرو وديسرتوبأن مفهوم الوقوف عن الدفع اذا كان له معنى في حالة شهر الإفلاس يختلف عن معناه في حالة تحديد فترة الريبة، فان هذا الاختلاف ليس من الناحية القانونية وانما من ناحية الواقع، غير أن ذلك له أهميته العملية(١٢).

هذا الخلاف في الفقه والقضاء بشأن وحدة أو ازدواج فكرة الوقوف عن الدفع لايعرض في ظل قانون التجارة الكويتي. فالمادة ٥٥٥ تشترط لإشهار الإفلاس وقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية بسبب اضطراب أعماله المالية، أى أن المقصود بذلك ليس مجرد الوقوف المادى عن الدفع، بل العبرة بالوقوف الحقيقي الذي يدل عن سوء حالة التاجر المالية وفقده لائتمانه وعجزه عجزا مستمرا عن مواصلة تجارته كما أن الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٨ تعتبر الاستعانه بوسائل ضارة أو غير مشروعة للوفاء بالديون في حكم الوقوف عن الدفع. وعلى ذلك تستطيع المحكمة أن تشهر إفلاس التاجر حتى ولو لم يتوقف عن دفع ديونه، اذا ثبت أنه استعان بطرق غير مشروعة لوفاء ديونه(١٣).

ورغم تأييد الفقه والقضاء لهذا المعنى، فإن البعض يذهب الى أنه من الناحية العملية، فإن هذه الطرق غير المشروعة لا تكفى لشهر إفلاس التاجر، اذ يجب لطلب شهر الإفلاس، الى جانب الحالة المالية المنهارة والائتمان المفقود أن يتوقف التاجر توقفا ماديا عن دفع أحد ديونه التجارية. والواقع أنه قلما يعرض على القضاء طلب شهر إفلاس التاجر مادام أنه يوفي بالفعل لدائنيه في الميعاد، اذ لايكون لأحدهم مصلحة في أن يطلب من القضاء شهر إفلاس مدينه(١٤). ورغم وجاهة هذا الرأى ولكن من الجائز أن يطلب أحد الدائنين شهر إفلاس مدينه رغم عدم توقفه عن الدفع، اذا تأكد له أن هذا الدفع يتم بطرق غير مشروعة لمحاباة بعض الدائنين على حساب البعض الآخر، مما يترتب عليه إلحاق الضرر به، فيكون من مصلحته طلبُ شهر الافلاس، ليضع حدا لتصرفات مدينه التى تخل بمبدأ المساواة بين

---

(١٢) المرجع السابق، جـ١ رقم ١٨٣.

(١٣) قضت محكمة استئناف بيروت بهذا المعنى في حكمها في ٢٠-٢-١٩٦٤ المشار اليه سابقا تطبيقا لنص المادة ٤٨٩ من قانون التجارة اللبناني التي تضمنت نصا مماثلا لنص الفقرة الثالثة من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة الكويتي.

(١٤) علي البارودي، المرجع السابق، ص ٢٧٥.

الدائنين، ذلك المبدأ الذي يعتبر من الأسس التي يقوم عليها نظام الافلاس. و يقع عبء إثبات الوقوف عن الدفع على من يدّعي ذلك، سواء عند النظر في شهر الإفلاس أو تحديد فترة الريبة. ولما كانت هذه الحالة من مسائل الواقع، فانه يجوز إثباتها بكافة طرق الاثبات. وقد تقدم أن القضاء يظهر تساهلا في قبول الوقائع التى تهدف الى إثبات الوقوف عن الدفع لتحديد فترة الريبة أكثر مما لو اريد بهذه الوقائع اثبات الوقوف عن الدفع كشرط من شروط شهر الافلاس. و يستعين من يقع عليه عبء الإثبات بأدلة كثيرة، منها تحرير برتستو عدم الدفع ضد المدين الممتنع عن دفع قيمة الورقة التجارية(١٥). وإصدار شيك بدون رصيد، وطلب تسوية ودية مع الدائنين، وغلق المدين لمحله التجاري وفراره، واعتراف المدين بوقوفه عن الدفع،.وغيرذلك من القرائن التى تستقل محكمة الموضوع في تقديرها باعتبارها من المسائل الموضوعية(١٦). والمحكمة وهى بصدد النظر في الوقائع التى تقدم اليها لاثبات حالة الوقوف عن الدفع يجب أن تراعى في هذه الوقائع نفس الصفات، سواء أريد بها اثبات الوقوف عن الدفع لإشهار الافلاس أو لتحديد فترة الريبة.

واذا كان لمحكمة الموضوع سلطة استخلاص حالة الوقوف عن الدفع من الوقائع التى تحيط بالمدين، فإن لمحكمة التمييز حق الرقابة على الوصف المعطى لهذه الوقائع. فتدقق محكمة التمييز فيما اذا كانت الوقائع التى استندت اليها محكمة الموضوع تشكل ــ قانونا ــ حالة الوقوف عن الدفع(١٧). لذا يجب على المحكمة اذا ماقضت بتوافر حالة الوقوف عن الدفع أن تذكر في حكمها الوقائع التى استندت اليها في استخلاص هذه الحالة، حتى يتسنى لمحكمة التمييز مراقبة صحة الوصف القانوني المعطى لهذه الوقائع وإلا كان حكمها عرضة للنقض لعدم كفاية الاسباب(١٨).

---

(١٥) محكمة تمييز العراق ٢٤-١١-١٩٦٥ قضاء محكمة التمييز، جـ٣ ص١٤٦، استئناف القاهرة ٢٥-١١-١٩٥٨، موسوعة القضاء رقم ٦٣٥.

(١٦) نقض مصرى ١٨-٥-١٩٦٢، مجموعة احكام النقض، السنة ١٢ص ٤٨٩، محكمة تمييز العراق ٢٤-١١-١٩٦٥ المشار اليه في الهامش السابق.

(١٧) نقض مصرى ١٨-٥-١٩٦٢ المشار اليه في الهامش السابق، نقض فرنسى ٦-٦-١٩٦٧ المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٨ ص ٣٩١، وكذلك ١٠-١٠-١٩٦٧ نفس المرجع ص ٣٩١.

(١٨) نقض مصرى ٣-٢-١٩٥٦ المحاماة ملحق السنة ٢٧ ص ١٨٦، نقض فرنسي ١٤-٥-١٩٣٠ سيريه ١٩٣٠-١-٣٤٠.

الفـــرع الثاني

البطلان الوجوبي

٤ ــ نصت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد على التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي وعلى الشروط الواجب توافرها للحكم ببطلانها بقولها «لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية اذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس:ــ

أ ــ جميع التبرعات ماعدا الهدايا الصغيرة التي يجرى بها العرف.

ب ــ وفاء الديون قبل حلول الأجل أيا كانت كيفية الوفاء. و يعتبر إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل.

جـ ــ وفاء الديون الحالّة بغير الشيء المتفق عليه. و يعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود.

د ــ كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر».

يستفاد من هذا النص أن المشرع أوجب إبطال تصرفات معينة أوردها على سبيل الحصر إذا توافرت الشروط التى نص عليها. لذا سنتكلم في هذا الفرع عن شروط البطلان الوجوبي، وعن التصرفات التى أوجب المشرع إبطالها إذا تمت خلال فترة الريبة، ثم نوضح أخيرا آثار البطلان الوجوبي.

وقبل البحث في هذه المواضيع لابد أن نحدد المقصود بالبطلان الوجوبي لكى نميزه عن نوع آخر من البطلان يسمى البطلان بقوة القانون.

فالتصرف قد يعتبر باطلا بقوة القانون وقد يعتبر باطلا وجوبا، والفرق بين الاثنين هو أن البطلان بقوة القانون تترتب آثارها بمجرد توافر شروطه دون حاجة لصدور حكم ببطلانه، أما البطلان الوجوبي فلا تترتب آثاره بمجرد توافر شروطه وانما لابد من صدور حكم ببطلانه(١٩).

والمقصود بالبطلان الوجوبي هنا هو أن المشرع يوجب على المحكمة ان تقضي بإبطال التصرف متى طلب ذلك مدير التفليسة وتحققت من توافر الشروط التى نص عليها المشرع لابطال التصرف دون أن يكون لها في ذلك أية سلطة في التقدير.

المبحث الأول

شروط البطلان الوجوبي

٥ ــ يشترط للحكم وجوبا بعدم نفاذ التصرف الصادر من المفلس في حق جماعة الدائنين أن تتوافر في التصرف الشروط التى نصت عليها الفقرة الاولى من المادة ٥٨٤ وهى:ــ

١ ــ ان يقع التصرف خلال فترة الريبة، وفترة الريبة ــ كما حددها المشرع التجاري ــ هي الفترة الواقعة بين التاريخ الذى تحدده المحكمة لوقوف التاجر عن الدفع وتاريخ صدور الحكم بإشهار إفلاسه دون إضافة مدة أخرى تسبق تاريخ التوقف عن الدفع كما فعلت بعض التشريعات وقد سبق أن بحثنا هذا الموضوع بصورة مفصلة في الفرع السابق.

٢ ــ أن يكون التصرف من التصرفات التى نصت عليها الفقرة الاولى من المادة ٥٨٤ على سبيل الحصر وهى التبرعات، والوفاء بالديون قبل استحقاقها، والوفاء بالديون بغير الشيء المتفق عليه، وكل رهن أو تأمين اتفاقي آخر. وسنبحث هذه التصرفات بالتفصيل ونوضح أثر الحكم بإبطالها في الفقرة القادمة.

---

(١٩) استئناف مصرى مختلط في ١٦-٦-١٩٤٣ ب ٥٥ص ١٩١.

٣ ــ أن يقدم طلب إبطال التصرف الى المحكمة من قبل مدير التفليسة بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين خلال سنة من تاريخ الحكم باشهار الافلاس.

فالمشرع جعل من اختصاص مدير التفليسة وحده الطعن في تصرفات المفلس السابقة لحكم الافلاس، سواء تم الطعن استنادا الى دعاوي البطلان الخاصة بفترة الريبة أو استنادا الى دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى (٥٨٨ تجارة)، فالمشرع أراد بذلك توحيد ادارة التفليسة بيد شخص واحد تسهيلاً لتصفية التفليسة وعدم إشاعة الفوضى في إدارتها.

أضف الى ذلك أن البطلان الذى نص عليه المشرع للتصرفات التى يجريها المفلس في فترة الريبة لايعتبر ــ كما تقدم ــ بطلانا بالمعنى الفني لهذه الكلمة وانما يقصد به عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين، أى أن هذا النوع من البطلان مقرر لصالح جماعة الدائنين، لذلك أوجب المشرع أن يقدم طلب الابطال من قبل مدير التفليسة بوصفه ممثلا لهذه الجماعة.

وعلى ذلك فإن المفلس أو من تعامل معه ليس بإمكانهما أن يطالبا بإبطال التصرف، لأن التصرف بالنسبة اليهما يعتبر صحيحا ومنتجا لآثاره القانونية كل ما في الأمر أن هذه الآثار لايحتج بها على جماعة الدائنين، وعلى ذلك اذا قضي ببطلان التصرف بناء على طلب مدير التفليسة ثم انتهى الافلاس بالصلح فليس للمفلس أو من تعامل معه التمسك بالبطلان، لأن البطلان تقرر لمصلحة جماعة الدائنين دون غيرها(٢٠).

كما أن أى دائن لايستطيع بصفته الفردية ان يطلب البطلان، لأن حكم الافلاس يترتب عليه ــ كما تقدم ــ وقف الدعاوي والاجراءات الفردية ضد المدين وخضوع الدائنين جميعهم للاجراءات الجماعية التي يتخذها مدير التفليسة باسمهم (م٥٩٧تجارة). فاذا أهمل مدير التفليسة في طلب البطلان، كان مسئولا عن هذا الاهمال ومن حق الدائن أن يتظلم من ذلك الى قاضى التفليسة، كما يجوز له أن يطلب عزله. واذا رفع مدير التفليسة دعوى البطلان فلا يجوز للدائن التدخل فيها الا اذا كانت له طلبات خاصة مستقلة عن طلبات جماعة الدائنين التي يمثلها مدير التفليسة واذا رفع مدير التفليسة دعوى البطلان ثم

---

(٢٠) استئناف مصرى مختلط ٣٠-٤-١٩٢٤، ب٣٦-٣٤٠.

وقع الصلح مع المفلس بعد صدور الحكم ببطلان التصرف، جاز لكل دائن الاستفادة من هذا البطلان، لأن الدائن يخلف جماعة الدائنين في حقوقها(٢١). ومادام البطلان الخاص بفترة الريبة مقرر لمصلحة جماعة الدائنين، فلا محل لطلب البطلان اذا لم تترتب عليه فائدة لجماعة الدائنين و يقتضي ذلك أن يكون التصرف المطلوب إبطاله صادرا عن المدين ومتعلقا بأمواله إذ يترتب عليه في هذه الحالة ضرر لجماعة الدائنين التى شرع البطلان لمصلحتها. وتطبيقا لذلك لايعتبر باطلا الوفاء الحاصل من كفيل المفلس اذا وقع في فترة الريبة لانتفاء الضرر لجماعة الدائنين(٢٢). لذلك لايجوز الحكم ببطلان الوفاء الحاصل من المدين في فترة الريبة اذا كان الدين مضمونا بحق امتياز يخول لصاحبه الأ ولو ية في استيفاء دينه قبل غيره من الدائنين، لان البطلان لايفيد جماعة الدائنين.

وقد أخضع المشرع دعوى البطلان الخاصة بفترة الريبة لتقادم قصيرفألزم مدير التفليسة أن يقدم طلب الإبطال خلال سنة من تاريخ الحكم باشهار الافلاس (م٥٨٩ تجارة)، رغبة من المشرع في وضع حد للمنازعات التى تؤخر مصير التفليسة.

ولايشترط للحكم بإبطال التصرف وجو با أن يثبت سوء نية المدين أو تواطؤه مع المتصرف اليه بقصد الاضرار بحقوق الدائنين أو الاخلال بمبدأ المساواة بينهم، ولا حتى علم المتصرف اليه بوقوف المدين عن الدفع أو باختلال اشغاله لأن طبيعة التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي حملت المشرع على ان يفترض سوء نية المدين للاضرار بالدائنين أو الاخلال بمبدأ المساواة بينهم اذا ماأجرى هذه التصرفات خلال فترة الريبة، اذ من العسير تفسير مثل هذه التصرفات من مدين اختلت اشغاله وأوشك على الافلاس الا بافتراض ان مثل هذا المدين سيء النية يقصد بهذه التصرفات تهريب أمواله اضرارا بالدائنين أو اخلالا بمبدأ المساواة بينهم(٢٣).

---

(٢١) استئناف مصرى مختلط ١٢-٢-١٩٢٥، ب ٣٧-٣٣٠ وكذلك ١٠-٦-١٩٢٥ ب٣٧-٤٣٧.

(٢٢) برسرو وديسرتو، جـ١، رقم ٥٧٤، محسن شفيق، ج٢ ص٤٨٠.

(٢٣) ليون كان ورينو، جـ٧ رقم ٣١٩، ريبير جـ٢ رقم ٣٠٩٦، أرنسون رقم ٤٣٢ التسوية القضائية وتصفية الاموال في الافلاس، ج١ الطبعة الرابعة باريس ١٩٧٣، أميل، ص٦٥٦، محسن شفيق، جـ٢ ص٤٨١، محكمة ليون ١٣-١٠-١٩٥٤ جازيت بال ١٩٥٥-١-٢١٩.

تلك هي الشروط التى أوجب المشرع توافرها للحكم بالبطلان الوجوبي فاذا تحققت المحكمة منها تعين عليها أن تقضى به دون أن يكون لها أى سلطة في التقدير. فليس من حقها تقدير الظروف المحيطة بالتصرف ولا مقدار الضرر الذى يلحقه بالدائن. فاذا رفع مدير التفليسة دعوى ببطلان التصرف وأقام الدليل على وقوعه في فترة الريبة وأنه من بين التصرفات التى أخضعها المشرع للبطلان الوجوبى، وجب على المحكمة أن تحكم بالبطلان فان لم تفعل اعتبر حكمها خاطئا.

بمعنى أن سلطة المحكمة قاصرة على تقدير نوع التصرف وتاريخ وقوعه، أما ظروفه ونتائجه فتخرج من نطاق تقدير المحكمة(٢٤).

المبحث الثاني

التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي

٦ ــ حددت الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي على سبيل الحصر وهي:ــ

أولا :ــ التبرعات.
ثانيا :ــ الوفاء بالديون قبل استحقاقها.
ثالثا :ــ الوفاء بغير الشيء المتفق عليه.
رابعا :ــ كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر.

وسنتناول بحث كل تصرف من هذه التصرفات بصورة مفصلة:ــ

أولا ــ التبرعات :ــ

٧ ــ نظر المشرع نظرة شك وارتياب في التبرعات التى يقررها المفلس خلال فترة الريبة فأوجب ابطالها في الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ متى رفع الأمر بشأنها الى المحكمة المختصة وتحققت من توافر الشروط التى نص عليها المشرع.

---

(٢٤) ربيير جـ٢ رقم ٣٠٩٦، محسن شفيق جـ٢، ص ٤٨١، استئناف مصرى مختلط ١٨-٦-١٩١٣، ب ٢٥-٤٥١.

والسبب الذي حمل المشرع على ابطال التبرعات الحاصلة من المفلس خلال فترة الريبة هو أن التبرع يترتب عليها انقاص حقوق المدين دون مقابل في وقت هو احوج الناس فيه الى المحافظة على حقوقه بعد ان اختلت أشغاله واضطر بت اعماله فتوقف عن دفع ديونه التجارية وأوشك على الافلاس، اذ يجدر بالمدين في مثل هذه الظروف أن يبادر الى الوفاء بحقوق الدائنين بدل الاحسان الى الآخرين والتبرع لهم بحقوقه فالتبرع لايكون عملا طبيعيا في مثل ظروف المدين ولايصدر عن إرادة مبصرة. لذا افترض المشرع افتراضا لايقبل اثبات العكس أن هذه التبرعات لا تصدر عن المدين الا عن سوء نية بقصد تهريب أمواله إضرارا بحقوق الدائنين فأوجب إبطالها، لأن هذه التبرعات يترتب عليها ضرر محقق بحقوق الدائنين يتمثل في الانتقاص من أموال المدين الضامنة لحقوقهم. ولايستطيع المتبرع له أن يشكو من هذا البطلان، لأن حماية حقوق الدائنين أولى من زيادة ثروته، فدفع المضار مقدم على جلب المنافع(٢٥).

وعلى ذلك فان جميع التبرعات التى يقررها المفلس في فترة الريبة تعتبر باطلة وجوبا أيا كان موضوعها ومهما كانت الأشكال التى تتخذها، فيعتبر تبرعا التنازل عن ملكية منقول أو عقار والابراء من الدين وتقرير حق عينى والتنازل عن حصة في تركه والكفالة اذا وقعت هذه التصرفات دون مقابل(٢٦)، وجميع الأعمال والتصرفات التى تنطوى على نية التبرع بغض النظر عن الأشكال التى تتخذها، كما لو أخفى المفلس تبرعه في صورة عقد بيع أو حوالة حق، متى استطاعت المحكمة أن تكشف عن حقيقة التصرف، و يستطيع مدير التفليسة أن يثبت صورية العقد الذي أفرغ فيه التبرع بكافة طرق الا ثبات، كأن يثبت أن

---

(٢٥) ليون كان ورينو المرجع السابق، جـ٧ رقم ٣٢٠، ريبير المرجع السابق، جـ٢ رقم ٣٠٩٩، أميل المرجع السابق، رقم ١٤٣٩، اريسون، المرجع السابق، رقم ٤٣٢، اروان كال،الافلاس،دالوز،باريس ١٩٧٠، رقم ٥٢، اسكارا المرجع السابق، ص٩٣٤. أستاذنا محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص٤٨٦، محمد صالح، المرجع السابق، ص٧٢، مصطفى طه، المرجع السابق، ص ٤٥٩. على العريف، المرجع السابق، ص٣٩٨.

(٢٦) قضت محكمة النقض الفرنسية في ١٩٦٣/٦/١٢ بأن يعتبر في حكم التبرع ويخضع للبطلان الوجوبي جميع التصرفات التي يقوم بها المدين خلال فترة الريبة اذا كانت بدون مقابل وبصورة خاصة الكفالة المجانية. كما ان نفس المحكمة في ١٩٦٦/١٢/١٢ طبقت هذه القاعدة على الكفالة العينية التي يقدمها المفلس خلال فترة الريبة لضمان دين بذمة الغير. انظر في ذلك المجلة الفصلية للقانون التجارى ١٩٦٧ ص٥٨١ رقم ٢٩.

العوض الذي حصل عليه المفلس من التصرف من التفاهة بحيث لايتناسب مع ما أعطى(٢٧).

فالتبرع الخاضع للبطلان الوجوبي يشمل كل تصرف يكون موضوعه إحداث منفعة للغير بدون مقابل. ومع ذلك لامحل للبطلان اذا تعلق التصرف بالعمل لا بالمال، كأن يتبرع المدين بادارة أموال الغير مجانا، فان ذلك لايترتب عليه نقص الضمان العام للدائنين، ولذلك لايشمله البطلان الوجوبى اذا تم خلال فترة الريبة.

على أن المشرع استثنى من البطلان الوجوبي الهدايا الصغيرة التى يجرى بها العرف، لأن هذا النوع من التبرع لايقصد به تهريب الأموال اضرارا بالدائنين وانما يقوم به المفلس مدفوعا باعتبارات انسانية أواجتماعية لتأدية واجب نحو المجتمع الذي يعيش فيه (م٥٨٤/١تجارة).

كما لايتناول البطلان الوجوبى الوصية وان كان طبيعة هذا التصرف لايعدو أن يكون تبرعا، ولكنه تبرع مضاف الى مابعد الموت والبطلان الوجوبي لايشمل الا التبرعات بين الاحياء، اذ لايحقق بطلان الوصية مصلحة للدائنين، فالقاعدة في تشريعنا أن لا تركة الا بعد سداد الديون.

والمحكمة في تكييفها لطبيعة التصرف، هل هو تبرع أو معاوضة تفصل في مسألة قانونية تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز. على أن للمحكمة سلطة تقدير الظروف التي تم فيها التصرف على ضوء الوقائع المعروضة عليها ولاتخضع المحكمة في ذلك لرقابة محكمة التمييز(٢٨).

ومن التصرفات التى كانت طبيعتها محل جدل هبة الزواج التى يخرجها التاجر أثناء فترة الريبة بمناسبة زواج ابنه أو ابنته، وعقد التأمين على الحياة اذا أبرمه المفلس لمصلحة غيره.

---

(٢٧) قضت محكمة القاهرة الابتدائية في ١٩٦١/٢/١٤، بأن العقد يعتبر تبرعا ولو تم في صورة شراء أوتأجير اذا كان المقابل تافها، كتأجير مخزن حبوب مقابل جنيه واحد شهريا، المجموعة الرسمية السنة ٦٠،ع ٢ص ٧٧٦.

(٢٨) أميل المرجع السابق، رقم ١٤٤٠، ارينسون، المرجع السابق رقم ٤٣٥.

أما بالنسبة لهبة الزواج فان الرأى مستقر قضاء في فرنسا على اعتبار هذا التصرف من قبيل المعاوضات لايخضع للبطلان الوجوبي. و يستند القضاء لتأييد رأيه الى أن هبة الزواج يقصد بها تمكين الزوج من مواجهة أعباء الزواج، وأن هذا التخصيص يرفع عن التصرف صبغة التبرع(٢٩).

على أن الفقه يخالف القضاء في تكييفه لطبيعة هبة الزواج و يرى فيها تبرعا يخضع للبطلان الوجوبى(٣٠).

و يقرب من هذا الموضوع المهر الذي يؤديه التاجر المسلم بمناسبة زواجه أثناء فترة الريبة، فان الرأى مستقر على انه لايعتبر من التبرعات لأن المهر ليس هبة وانما هو مقابل الاستمتاع في رأى فقهاء الشريعة الاسلامية، لذا يعتبر معاوضة لايخضع للبطلان الوجوبى الا اذا كان المهر مبالغا فيه بحيث يمكن تفسير ذلك برغبة المدين الاضرار بالدائنين، ففي هذه الحالة يجب على المحكمة أن تعتبر مازاد على القدر المعقول من المهر تبرعا وتحكم ببطلانه. أما بالنسبة الى الهدايا التى يقدمها المدين الى زوجته بمناسبة الزواج، فانها تعتبر من قبيل التبرعات التى يجب إبطالها الا اذا كانت مما جرى عليه العرف ولا مبالغة فيها. أما إذا دفع التاجر خلال فترة الريبة مهر ابنه، فإن هذا التصرف يعتبر تبرعا يخضع للبطلان الوجوبي(٣١).

وفي جميع الاحوال يشترط لإبطال الهبة وجوبا وفقا لنص المادة ٥٨٤ من قانون التجارة أن تقع خلال فترة الريبة، فاذا وقعت قبل هذه الفترة فلا يجوز الطعن فيها الابدعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى. ولما كانت المادة ٥٢٥ من القانون المدنى تشترط لتمام الهبة أن تكون موثقة بورقة رسمية أو بالقبض، فاذا حررت الورقة

---

(٢٩) انظر للتفصيل في هذا الموضوع استاذنا محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص ٤٩٣ ومابعدها، اذ أشار الى أحكام القضاء الفرنسى التى أخذت بهذا الرأى، وهذا الرأى الذي أخذ به القضاء الفرنسي كان قبل قانون ١٩٦٧، اذ لم يعد بالامكان الاخذ بهذا الرأى بعد أن نص هذا القانون صراحة على اعتبار الهبة من بين التصرفات التي تخضع للبطلان الوجوبي. انظر في ذلك ريبير، المرجع السابق، رقم ٣١٠١.

(٣٠) ليون كان ورينو المرجع السابق جـ٧ رقم ٣٢٨، برسرو وديسرنو، المرجع السابق، جـ١ رقم ٥٨٥ مكرر.

(٣١) محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص ٤٩٥، سامي مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٣٤٠، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ٤٦١، علي البارودي، المرجع السابق، ص٢٩٣.

الرسمية أو وقع القبض خلال فترة الريبة، خضعت الهبة للبطلان الوجوبي، أما اذا تم ذلك قبل فترة الريبة، فلا سبيل للطعن في الهبة الا بدعوى عدم نفاذ التصرف.

واذا كان موضوع الهبة عقارا، فان المادة السابعة من المرسوم رقم ٥ لسنة ١٩٥٩ بشأن التسجيل العقاري تنص على أن حقوق الملكية العقارية لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول، لابين ذوي الشأن ولا بالنسبة لغيرهم الا بالتسجيل(٣٢). وعلى ذلك يشترط للحكم ببطلان هبة العقار وجوبا أن تتم وتسجل خلال فترة الريبة، أما اذا وقعت الهبة قبل فترة الريبة ولم تسجل الا خلال فترة الريبة، فلا تخضع للبطلان الوجوبى لأن التسجيل شرط لنقل الملكية لا لانعقاد الهبة، ولاسبيل للطعن فيها في هذه الحالة الا بدعوى عدم نفاذ التصرف(٣٣).

أما بالنسبة لعقد التأمين الذي يبرمه المفلس خلال فترة الريبة لمصلحة غيره، فان الرأى مستقر على أنه لايعتبر تبرعا يخضع للبطلان الوجوبي لأن المستفيد من التأمين يتلقى حقه من المؤمن مباشرة دون أن يمر في ذمة المفلس فيتعلق به حق دائنيه تطبيقا لقاعدة الاشتراط لمصلحة الغير(٣٤).

أما بالنسبة لأقساط التأمين التي يقوم المفلس بدفعها خلال فترة الريبة، فان الرأى مستقر على أن مدير التفليسة لايمكنه مطالبة المستفيد من التأمين برد هذه الأقساط الا اذا كانت باهظة بالنسبة لحالة المفلس المالية، فيقتصر الرد على القدر الذي يتجاوز مقدرة المفلس المالية(٣٥). أما اذا لم تكن باهظة فلا محل للرد، اذ ينظر الى الأقساط على أنها من قبيل المصاريف الدارجة التي ينفقها المفلس في شئون حياته العادية وهو ما يستوجب أن تكون

---

(٣٢) أحالت الى ذلك المادة ٨٩٠ من القانون المدنى الكويتي بقولها «اذا كان المتصرف فيه عقارا فلا تنتقل الحقوق العينية أوتنشأ، الا بمراعاة أحكام قانون التسجيل العقاري».

(٣٣) محسن شفيق، جـ٢ص ٤٩٠. انظر عكس هذا الرأى علي الزينى جـ٢ رقم ٢٦٩ ومابعده.

(٣٤) استئناف مصرى مختلط ١٩٣٤/٥/١٦ ب٤٦-٢٩٣.

(٣٥) ريبير، المرجع السابق، رقم ٣١٠٢، أميل المرجع السابق، رقم ١٤٣٩ ص٦٥٩، نقض فرنسى ١٨٨٨/٢/٢٢، دالوز ١٨٨٨-١-١٩٨، كذلك ٧-٨-١٨٨٨ دالوز ١٨٨٩-١-١١٩.

الأقساط دورية وأن تكون قيمتها معقولة ومتناسبة مع حالة المدين المالية(٣٦). وقد أخذت بعض التشريعات بهذا الرأى(٣٧).

غير أن المشرع التجاري في قانون التجارة الجديد لم يأخذ بهذا الرأى وانما ألزم المستفيد من التأمين بأن يرد الى التفليسة أقساط التأمين التى دفعها المفلس خلال فترة الريبة (م٢/٥٧٨). فقد أجرى المشرع على هذه الأقساط حكم التبرعات التى يقررها المفلس للغير خلال فترة الريبة فألزم المستفيد بردها حماية لحقوق الدائنين.

ثانيا ــ الوفاء بالديون قبل استحقاقها:ــ

٨ ــ نصت على حكم هذا الفرض الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد فأخضعت للبطلان الوجوبي الوفاء بالديون قبل استحقاقها متى تم خلال فترة الريبة.

فالمشرع ارتاب من هذا الوفاء الذي يتم في وقت اضطربت فيه أعمال المدين، فمن غير المألوف أن يبادر المدين الذي توقف عن وفاء ديونه مستحقة الأداء الى الوفاء بديون لم تستحق بعد. لذا افترض المشرع افتراضا لايقبل إثبات العكس أن المدين بإقدامه على ذلك يقصد محاباة الدائن الذي وفى له دينه قبل الاستحقاق وتفضيله على غيره من الدائنين بتمكينه من الحصول على حقه كاملا وتجنيبه الاشتراك بدينه في التفليسة والخضوع لقسمة الغرماء(٣٨). أضف الى ذلك أن الوفاء بالدين قبل استحقاقه هو في الواقع نوع من التبرع، لأنه يتضمن تنازلا من المدين عن الأجل، وهو تنازل مريب اذا تم في وقت يعجز فيه المدين عن دفع ديونه الحالّة.

---

(٣٦) ريبير، المرجع السابق، رقم ٣١٠٢، اسكارا، المرجع السابق رقم ١٥٣٧، ارينسون المرجع السابق رقم ٤٣٦. محسن شفيق، جـ٢، ص٤٩٦.

(٣٧) من هذه التشريعات القانون المدنى العراقى في المادة ٩٩٥ وقانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ١٠٠٨.

(٣٨) ليون كان ورينو المرجع السابق، جـ٧ رقم ٣٣٠، ريبير جـ١ رقم ٣١٠٥، أسكارا، المرجع السابق، ص ٩٣٤، تالير المرجع السابق، ص١١٣٤، أميل المرجع السابق، رقم ١٤٤١، ارينسون، المرجع السابق رقم ٤٣٥. محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص٤٩٧، محمد صالح، المرجع السابق، ص ٧٤، مصطفى طه، المرجع السابق، ص٤٦٢.
محكمة روان الفرنسية ١٣-٧-١٩٦٧، جازيت بالى ١٩٦٧ــ٢ــ٢٤٠.

لذلك نظر المشرع الى هذا الوفاء الذي يخل بمبدأ المساواة نظرة شك وارتياب فأوجب إبطاله ليعيد تحقيق المساواة بين الدائنين، لأن الدائن يلزم بإبطال الوفاء برد ماقبضه والاشتراك بدينه في التفليسة والخضوع لقسمة الغرماء مع باقي الدائنين، و بذلك يتساوى مع غيره من الدائنين العاديين.

ومادام المشرع يهدف من إبطال الوفاء قبل الاستحقاق الى تحقيق المساواة بين الدائنين، لذا لم يعلق ذلك على سوء نية الدائن أو المدين، لأن الوفاء في هذه الحالة يترتب عليه ــ بدون شك ــ إخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين بغض النظر عن نية الدائن والمدين، فالبطلان وجوبي حتى ولو كانا حسني النية، لأن طبيعة التصرف ذاته لايتفق والاهداف التي يسعى اليها نظام الافلاس.

والوفاء بالدين قبل الاستحقاق يخضع للبطلان الوجوبي، سواء أكان الدين مدنيا أو تجاريا ناشئا عن عقد أو عمل ضار. وسواء تم الوفاء بذات الشيء المتفق عليه أو بغير الشيء المتفق عليه، و بغض النظر عن الطريقة التى حصل الوفاء بها(٣٩).

وقد اعتبر المشرع في حكم الوفاء قبل حلول الأجل إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها اذا تم خلال فترة الريبة. فالمدين الذي يسحب كمبيالة لصالح دائنه دون أن يكون مقابل الوفاء موجودا لدى المسحوب عليه وقت السحب ثم يقدمه خلال فترة الريبة وقبل استحقاق الكمبيالة يقصد بذلك محاباة هذا الدائن وتفضيله على غيره من الدائنين عن طريق إيجاد تأمين يضمن له استيفاء دينه عند الاستحقاق، فالمدين يخل بإيجاده مقابل الوفاء بهذه الصورة بمبدأ المساواة بين الدائنين.

لذا ارتاب المشرع من ذلك واعتبره من قبيل الوفاء قبل الاستحقاق أوجب إبطاله متى رفع الامر بشأنه الى المحكمة ليحافظ على مبدأ المساواة بين الدائنين الذي يعتبر من المبادىء الاساسية التي يقوم عليها نظام الافلاس.

---

(٣٩) نقض فرنسي ٢٤-٥-١٩٤٨ جورس كلاسير ١٩٤٨-١-٤٥٤٨، وكذلك في ١٩-٤-١٩٦١ نفس المرجع ١٩٦١-٤-٨٢.

و يعتبر الدين غير حال طالما لايمكن إجبار المدين قضاء على الوفاء به، وعلى ذلك يكون الوفاء بالديون الطبيعية خاضعا للبطلان الوجوبي اذا تم خلال فترة الريبة، لأنه وفاء لديون غير واجبة التنفيذ(٤٠).

والعبرة في اعتبار الدين حالا أو غير حال بالنظر اليه في وقت الوفاء، فاذا لم يحل ميعاد استحقاق الدين في هذا الوقت، فالوفاء واجب البطلان ولو استحق الدين قبل صدور الحكم بالافلاس. في حين أن الوفاء لايخضع للبطلان الوجوبي اذا تم في ميعاد الاستحقاق ولو كان الدين قد نشأ في فترة الريبة أو استحق خلالها، لأن البطلان الوجوبي لايتعلق بوجود الالتزام أو تنفيذه في فترة الريبة، وانما تقرر لإبطال الوفاء للديون غير المستحقة اذا تم هذا الوفاء خلال فترة الريبة.

كما لايعتبر القيد في الحساب الجارى من قبيل الوفاء لديون غير حالّة يخضع للبطلان الوجوبي اذا تم في فترة الريبة قبل قفل الحساب، لأن الحساب قبل قفله يعتبر وحدة غير قابلة للتجزئة، فكل مبلغ يقيد في الحساب، سواء في الجانب الدائن أو في الجانب المدين، يفقد كيانه وخصائصه و يندمج في الحساب كمفرد من مفرداته، فلا يكون قابلا على استقلال للوفاء أو المقاصة، وانما يستمر قيد العمليات في الحساب حتي يقفل في الوقت المتفق عليه، ثم تجرى تسو ية نهائية بين مفردات الحساب لتحديد الرصيد الذي يستحق لأحدهما (م٣٨٨ تجارة). وعلى ذلك فالمبالغ التي يدفعها العميل للبنك لقيدها في الحساب قبل قفل الحساب لايمكن أن تعتبر من قبيل الوفاء لديون غير حالة، وإنما تعتبر من قبل المعاوضات التى يجوز إبطالها اذا تمت في فترة الريبة و بشرط أن يثبت أن البنك كان يعلم باضطراب أعمال العميل وفقا لأحكام البطلان الجوازي كما سيجيء.

ومن العمليات التى تعرض في هذا الصدد الصفقات الآجلة التى يجريها المدين خلال فترة الريبة عن طريق السماسرة في البورصة، كشراء العملات الأجنبية والمعادن الثمينة، اذ أن طبيعة هذه العمليات تقتضى أن يدفع المشترى نسبة مئو ية من قيمة الصفقة تتناسب مع نسبة ارتفاع أو انخفاض الأسعار بحسب طبيعة العملية، وعلى أن يتم تسديد

---

(٤٠) ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٣٣٢، برسرو وديسرتو، جـ١، رقم ٥٩٣ مكرر، ريبر، المرجع السابق، رقم ٤٣٩، ارينسون رقم ٤٣٨.

قيمة الصفقة في نهاية الأجل المتفق عليه، فهل يعتبر تسديد النسبة المطلوبة من السعر من قبيل الوفاء قبل الاستحقاق اذا تم من قبل المدين خلال فترة الريبة؟ الواقع أن هذا التسديد لايعتبر من قبيل الوفاء قبل الاستحقاق، لأن طبيعة هذه الصفقات تلزم المشتري بدفع النسبة المتفق عليها أو التى جرى عليها العرف التجارى، والا يمتنع السمسار عن إجرائها. على أن الأمر يختلف لو أن المبلغ المدفوع كان اكثر من النسبة المطلوبة، ففى هذه الحالة مازاد على النسبة المطلوبة يعتبر وفاء قبل الاستحقاق يخضع للبطلان الوجوبي.

ثالثا ــ الوفاء بغير الشيء المتفق عليه:ــ

٩ ــ نصت على حكم هذا الفرض الفقرة الاولى من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد فأوجبت إبطال الوفاء بغير الشيء المتفق عليه اذا تم خلال فترة الريبة، واستثنت هذه الفقرة من حكم البطلان الوجوبي الوفاء بطريق الاوراق التجارية أو النقل المصرفي اذ اعتبره المشرع في حكم الوفاء بالنقود.

فهذه الفقرة تضع قاعدة عامة من مقتضاها عدم سريان البطلان الوجوبي في كل الحالات التي يحصل فيها الوفاء بذات الشيء المتفق عليه بين الطرفين. وعلى ذلك إذا كان الدين مبلغا من النقود مستحق الوفاء خلال فترة الريبة فوفاه المدين بنقود أو بطريق تحرير أو تظهير ورقة تجارية أو النقل المصرفي، فان هذا الوفاء لا يكون خاضعاً للبطلان الوجوبي، وكذلك الحال اذا كان المدين ملزما بتسليم بضاعة معينة وقام بالتسليم خلال فترة الريبة وعند حلول الميعاد المتفق عليه، اذ لا يكون الوفاء في هذه الحالة هو الآخر خاضعا للبطلان الوجوبي وانما يخضع الوفاء في هذه الحالات لاحكام البطلان الجوازي المنصوص عليه في الفقرة الثانية من ذات المادة اذا توافرت شروط هذا البطلان كما سيجيء. اما اذا سلم المدين في هذه الفروض بضاعة بدلا من النقود أو نقودا بدلا من البضاعة فان هذا الوفاء يخضع لأحكام البطلان الوجوبي، اذ يكون بغير الشيء المتفق عليه.

فالمشرع ارتاب من الوفاء بهذه الطريقة اذا تم خلال فترة الريبة واعتبر تنفيذ المدين لالتزاماته بغير الشيء المتفق عليه إنما يقصد منه محاباة الدائن الذي تم الوفاء له وتفضيله على غيره من الدائنين، لأن الوفاء بهذه الطريقة يخالف ماجرى عليه العرف التجاري و يدعو الى الريبة، لذا أوجب المشرع إبطاله متى رفع الأمر بشأنه الى المحكمة.

فالمشرع قدر أن الوفاء بهذه الطريقة اما أن يترتب عليه حصول الدائن على أكثر من حقه فيضر ذلك بحقوق باقي الدائنين، واما أن يكون المدين مضطرا للوفاء بهذه الطريقة ليمنع الدائن من طلب إشهار إفلاسه بعد أن اضطربت أعماله وأصبح عاجزا عن دفع ديونه وهو عمل يضر بحقوق الدائنين الذين من مصلحتهم إشهار إفلاس المدين الذى يعجز عن دفع ديونه.

فالمشرع أراد باخضاعه الوفاء بغير الشيء المتفق عليه للبطلان الوجوبي أن يبطل كل تصرف يقصد به المدين محاباة بعض الدائنين على حساب البعض الآخر ليحقق مبدأ المساواة بين الدائنين(٤١).

وعلى ذلك فإن كل وفاء بمقابل Dation en Payement، أى بغير الشيء المتفق عليه يعتبر من التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي ولايستثنى من ذلك الا وفاء الدين النقدى بطريق الاوراق التجارية أو النقل المصرفي، لأن الأوراق التجارية تقوم مقام النقود في الوفاء(٤٢)، ولأن الوفاء بطريق الأوراق التجارية مما جرى عليه العرف التجاري فلا يدعو بذاته الى الريبة، وسواء تطلب الوفاء انشاء ورقة تجارية أو تظهيرها اذا كانت الورقة موجودة لدى المدين من قبل، و يأخذ حكم الاوراق التجارية و يقوم مقام النقود في الوفاء النقل المصرفي، وصورته أن يكون للمدين والدائن حساب في نفس البنك، فيأمر المدين البنك بنقل مبلغ من حسابه يساوى الدين الذي بذمته للدائن الى حساب هذا الأخير، اذ يعتبر ذلك بمثابة الوفاء بالنقود، ومن طرق الوفاء المألوفة في المعاملات التجارية.

فاذا ثبت للمحكمة أن الدفع تم خلال فترة الريبة بغير الكيفية المتفق عليها وجب عليها أن تقضي بالبطلان دون أن يكون لها أى سلطة في التقدير، فالمشرع يوجب على المحكمة أن تقضي بالبطلان دون البحث في نية الدائن أو المدين و بصرف النظر عما اذا كان الشيء الذي تسلمه الدائن بدلا عن الشيء المتفق عليه أقل أو أكثر من قيمة

---

(٤١) ليون كان ورينو، المرجع السابق، جـ٧ رقم ٣٤٠، ريبير المرجع السابق، رقم ٣١٠٧، أميل، المرجع السابق، رقم ١٤٤٤، اسكارا، المرجع السابق، ص٩٣٤، محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص٥٠٣، محمد صالح، المرجع السابق، ص٧٥. رزق الله انطاكي ونهاد السباعي، المرجع السابق، ص٤٠٢.

(٤٢) نقض فرنسي في ١٠-٥-١٩٦٥ المجلة الفصلية ١٩٦٥ ص ٦٥٦ رقم ١٧.

دينه(٤٣)، فالمشرع يرتاب من الوفاء بغير الشيء المتفق عليه فنص على قرينة لا تقبل إثبات العكس على أن الوفاء بهذه الطريقة مريب فأوجب إبطاله.

ولايهم الطريقة التي يتم بها الوفاء، فسواء كان الوفاء بطريق الحوالة أو البيع أو المقاصة الاتفاقية، فان الوفاء يعتبر باطلا وجوبا اذا تم بغير الشيء المتفق عليه.

وتطبيقا لذلك يقع باطلا وجوبا الوفاء خلال فترة الريبة اذا تم بالطرق الآتية:ـ

١ ـ الوفاء بطريق الحوالة:

١٠ـ الحوالة هى أن يحيل الدائن الى غيره ماله من حق في ذمة مدينه (م٣٦٤ مدني). وعلى ذلك إذا كان المدين دائنا للغير، وقام بالتنازل عن الحق الذي له عند الغير الى دائنيه، فان هذا التنازل اذا تم لوفاء دين استحق خلال فترة الريبة، يعتبر وفاء بغير الشيء المتفق عليه ولذلك يقع باطلا وجوبا(٤٤). ومع أن الوفاء بطريق تظهير أو تحرير الاوراق التجارية يعتبر نوعا من الحوالة، الا أن المشرع استثنى هذا الوفاء من نطاق البطلان الوجوبي للاعتبارات التى تقدم ذكرها.

و يقع الوفاء بطريق الحوالة باطلا وجوبا في هذه الحالة سواء أكان موضوع الحوالة دينا نقديا أو عقارا أو منقولا أو أى حق آخر.

ولا تبطل الحوالة وجوبا الا اذا وقعت لتكون وسيلة للوفاء بدين سابق موجود في ذمة المدين. فاذا وقعت بصفة أصلية لمصلحة شخص لم يكن دائنا من قبل، فلا يجوز إبطالها على أساس أنها وفاء بغير الكيفية المتفق عليها، وانما يتناولها البطلان الوجوبي بوصفها من التبرعات إن وقعت بغير مقابل، والبطلان الجوازى إن وقعت بعوض(٤٥).

---

(٤٣) قضت محكمة النقض الفرنسية في حكمها بتاريخ ١٩٦٧/٥/٢٩ بأن البيع الذي يتم كوسيلة لحصول المشترى على دين له بذمة البائع لتمكينه من إجراء المقاصة بين الدين المستحق له وبين ثمن الشراء ماهو الا وفاء بغير الشيء المتفق عليه، وبصورة خاصة اذا كان محل البيع ليس من طبيعة عمل المشترى لذا فان العملية تخضع للبطلان الوجوبي دون البحث في نية الدائن أو المدين، المجلة الفصلية ١٩٦٨، ص١٥٢ رقم ٣٦.

(٤٤) استئناف مصرى مختلط ٧-٥-١٩٣٦ ب٤٨-٢٥٨، محكمة استئناف بيروت ٥-١١-١٩٦٨ مجموعة حاتم جـ ٨٥-٢٢، نقض فرنسى ١٤-١١-١٩٣٤ سيريه ١٩٣٥-١-١٦٢.

(٤٥) محسن شفيق، جـ ٢، ص٥٠٩.

٢ ــ الوفاء بطريق البيع :

١١ ــ وصورته أن يبيع المدين لدائنه منقولا أو عقارا أو أى حق آخر لتمكين المشتري من اجراء المقاصة بين الدين الذي له والثمن المدين به، و بذلك يحصل الوفاء(٤٦).

وقد تقع العملية بصورة أخرى، وذلك عن طريق توكيل الدائن ببيع منقول أو عقار للمدين ثم تخو يل الدائن استيفاء حقه من الثمن.

و يعتبر هذا التصرف خاضعا للبطلان الوجوبي متى وقع خلال فترة الريبة، اذ يعتبر صورة من صور الوفاء بغير الشيء المتفق عليه.

ومتى طعن مدير التفليسة بالوفاء بطريق البيع، فان هذا الطعن يجب أن يشمل الوفاء والبيع على السواء، نظرا لوجود الارتباط بينهما، فلا يجوز له تجزئة العملية بأن يطعن بالوفاء مع الابقاء على البيع ليلزم الدائن بالوفاء بالثمن ثم الاشتراك في التفليسة بدينه والخضوع لقسمة الغرماء، لأن البيع تم بشرط المقاصة بين الثمن والدين، فاذا أبطلت المقاصة وجب أيضا إبطال البيع(٤٧).

٣ ــ الوفاء بطريق إيجاد مقابل الوفاء:

١٢ ــ وصورته أن يسحب المدين كمبيالة لصالح دائنه ودون أن يكون مقابل الوفاء موجودا لدى المسحوب عليه ثم يقدمه المدين الساحب للمسحوب عليه بعد ذلك في فترة الريبة وقبل استحقاق الكمبيالة، وذلك لتأكيد حق الحامل في الحصول على قيمة الكمبيالة. هذا التصرف يخضع للبطلان الوجوبي، فيكون لمدير التفليسة طلب إبطاله واسترداد مقابل الوفاء من المسحوب عليه ولو بعد قبوله للكمبيالة(٤٨)، اذا لايعتبر الحامل في هذا الفرض مالكا لمقابل الوفاء طبقا لنص المادة ٤٣٧ من قانون التجارة الذي يقضى بتملك الحامل لمقابل الوفاء دون غيره من دائني الساحب إذا أفلس الأخير ولو قبل ميعاد استحقاق

---

(٤٦) استئناف مصرى مختلط ١٣-١٢-١٩٤٤، ب٥٧-٢٤، تمييز لبناني ٣١-٥-١٩٦٠ مجموعة حاتم ج ١٣-٤١.

(٤٧) برسرو وديسرتو، جـ١، رقم ٦٢٤، محسن شفيق، جـ٢، ص٥١١، استئناف مصرى مختلط ١-٥-١٩٣٥ ب ٤٧-٢٨٦.

(٤٨) محكمة القاهرة الابتدائية ٤-٢-١٩٦١ المجموعة الرسمية السنة ٦٠،ع٢ ص٧٧٦.

الكمبيالة، لأن نطاق هذا النص مقصور على الحالة التي يقدم فيها الساحب مقابل الوفاء قبل فترة الريبة، أما اذا قدم في هذه الفترة فلا يتملكه الحامل، وليس له الا الاشتراك في التفليسة كدائن ويخضع لقسمة الغرماء أو الرجوع على المسحوب عليه القابل وعلى باقي الضامنين في الكمبيالة.

٤ ــ الوفاء بطريق المقاصة :

١٣ ــ المقاصة ماهى الا وفاء واستيفاء، فلا يجوز وقوعها بعد صدور حكم الإفلاس بين حق للمفلس عند الغير ودين عليه لهذا الغير الا إذا وجد ارتباط بينهما و يوجد الارتباط بوجه خاص اذا نشأت الحقوق والالتزامات المذكورة عن سبب واحد أو شملها حساب جار(٤٩) (المادة ٥٨١ تجارة).

أما المقاصة التى تتحقق شروطها خلال فترة الريبة، بأن يصبح الدينان حالين وخاليين من النزاع وصالحين للمطالبة بهما قضاء (م ٤٢٥ مدنى)، فانها تعتبر صحيحة ولا تدخل في نطاق البطلان الوجوبي، اذ لايشمل هذا البطلان المقاصة التى تتحقق شروطها بحكم القانون و بغير تدبير أو تعمد من جانب الدائن أو المدين(٥٠).

أما المقاصة التى تقع باطلة وجوبا متى وقعت في فترة الريبة، فهى المقاصة التي يتفق الطرفان على إحداث شروطها دون أن تتوافر هذه الشروط قانونا، كأن يكون أحد الدينين مثليا والآخر قيميا، أو يكون احدهما مستحق الأداء والآخر غير مستحق الأداء، فالمقاصة في مثل هذه الفروض تقع باطلة لأنها من صور الوفاء بغير الشيء المتفق عليه(٥١).

أما المقاصة القضائية التي تقع بحكم من المحكمة حيث لا تتوافر شروط المقاصة القانونية فإنها لا تكون باطلة وجوبا متى تمت في فترة الريبة، إذا لايتعلق الأمر بتصرف

---

(٤٩) نقض فرنسى ١٠-١٠-١٩٤٦ سيريه ١٩٤٧-١-٦٥

(٥٠) تمييز لبناني ١-٢-١٩٦٣ مجموعة حاتم ج ٥٠ ص ١٦، محكمة باريس ٢١-١٢-١٩٣٦ جازيت بالى ١٩٣٧-١-٣٣٥.

(٥١) القاضى البدائي في بيروت ١٩-١-١٩٦١ مجموعة حاتم ج ٤٦ ص ١٩، استئناف مصرى مختلط ١-٥-١٩٣٥ ب ٤٧-٢٨٦، نقض فرنسي ٢٠-١٢-١٩٣٨ سيريه ١٩٣٨-١-١٨٧.

صادر من المدين بل مفروض عليه(٥٢). وصورة ذلك أن يرفع الدائن دعوى على المدين يطالبه بالدين فيرفع المدين دعوى فرعية يطالب الدائن بتعويض عن ضرر لحقه من فعل الدائن و يطالب بإجراء المقاصة بين الدين والتعويض. ومع ذلك إذا ثبت فيما بعد أن الطرفين تواطآ على الالتجاء الى المحكمة للحصول على حكم بالمقاصة، أمكن الطعن فيها بالبطلان الوجوبي، لأنها تكون صورة من صور المقاصة الاتفاقية وليست قضائية، ومتى حكم ببطلانها سقط الحكم القاضي بها(٥٣).

رابعا : كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر:

١٤ ــ نصت على حكم هذا الفرض الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة فأخضعت للبطلان الوجوبي كل رهن أو تأمين اتفاقي آخر رتبه المدين على أمواله خلال فترة الريبة لمصلحة أحد الدائنين. و يدل ظاهر النص على أن البطلان الوجوبي يشمل الرهن أو التأمين الذي يتقرر خلال فترة الريبة ولو كان معاصرا للدين المضمون. ولكن يذهب البعض بحق الى أن هذا المعنى ليس هو المقصود من النص، لأن الأمر الذي يريد المشرع محاربته في هذا المجال هو محاباة الدائن بمنحه ضمانات لم يطلبها عند نشوء الدين، الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين، اذ تتعارض طبيعة التصرف ذاته مع الأهداف التي رسمها المشرع في تنظيم التصفية الجماعية لذمة المفلس. ولذا ينبغي أن يستبعد من نطاق هذا البطلان الفرض الذي ينشأ فيه الرهن أو التأمين مع الدين، اذ يحتمل أن يكون الدائن قد اشترط تقرير الضمان لاخراج الدين، فيتجرد الضمان عندئذ من المحاباة التى يريد المشرع محاربتها. وعلى العكس من ذلك تغلب مظنة المحاباة اذا تقرر الرهن منفصلا عن الدين، أى لاحقا له(٥٤).

---

(٥٢) نقض فرنسى ٢١-٥-١٩٤٢ جازيت بالى ١٩٤٢-٣-٦٣، كذلك ٢٠-١٠-١٩٥٩ نفس المرجع ١٩٥٩-٢-٣٣٢.

(٥٣) ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٣٦١مكرر، برسرو وديسرتو، جـ١، رقم ٦٢٩، ريبير، المرجع السابق، رقم ٣١٠٩، اربنسون، المرجع السابق، رقم ٤٤٩، نقض فرنسى ١٤-١-٧٣ مجموعة أحكام النقض ١٩٧٣ -٤-٧٨ وكذلك ٢١-٥-١٩٧٩، نفس المرجع ١٩٧٩-٤-١٦٥ اشار اليها ريبير، نفس المرجع السابق، ص ٨٢٥.

(٥٤) محسن شفيق، القانون التجارى الكويتي، الكويت ١٩٧٢ص ٤٣٤.

وعلى ذلك فان البطلان الوجوبي لايشمل الا التأمينات الضامنة لدين سابق اذا رتبها المدين على أمواله خلال فترة الريبة لمصلحة دائن نشأ دينه عاديا قبل فترة الريبة أو خلالها(٥٥). فاذا تقرر الضمان قبل فترة الريبة، أو خلالها ولكن معاصرا للدين، فلا يكون خاضعا للبطلان الوجوبي الذي نصت عليه الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة.

فالمشرع قدر أن إقدام المدين على تقديم تأمين خلال فترة الريبة ضمانا لدين نشأ عاديا في الأصل يدل على سوء نية المدين ورغبته في محاباة الدائن الذي رتب التأمين لمصلحته وتفضيله على غيره من الدائنين بتمكينه من الحصول على حقه كاملا وتجنيبه التقدم بدينه في التفليسة والاشتراك مع باقي الدائنين في قسمة الغرماء.

أضف الى ذلك أن المدين الذي يرتب تأمينا على أمواله لضمان دين سابق دون أن يشترط الدائن ذلك وقت نشوء الدين يعتبر قد تبرع بهذا الضمان للدائن، والتبرع ــ كما تقدم ــ من التصرفات الباطلة وجوبا اذا تمت خلال فترة الريبة.

فالمشرع بتقريره هذه القاعدة أراد أن يحقق المساواة بين الدائنين بأن يبطل كل تصرف يقصد به المدين محاباة بعض الدائنين على حساب البعض الآخر(٥٦).

ولإبطال التأمينات الضامنة لدين سابق وجوبا وفقا لنص الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ لابد من توافر ثلاثة شروط هي:ــ

١ ــ أن يقرر التأمين لضمان دين سابق نشأ في ذمة المدين قبل فترة الريبة أو خلالها.

---

(٥٥) نصت على ذلك صراحة التشريعات التجارية العربية والاجنبية اذ تقرر هذه التشريعات أن البطلان الوجوبي لايشمل الا التأمينات الضامنة لدين سابق اذا رتبها المدين على أمواله خلال فترة الريبة لمصلحة دائن نشأ دينه عاديا قبل فترة الريبة أوخلالها. من هذه التشريعات العراقي في المادة ٤/٦١٣ واللبناني في المادة ٤/٥٠٧والمصرى في المادة ٢٢٧ والفرنسي في المادة ٤٤٦. ومن الغريب حقا أن ينقل المشرع الكويتي في قانون التجارة الجديد نص الفقرة الاولى من المادة ٥٨٤ عن الفقرةالأولى من المادة ٨٣٢ من قانون التجارة السابق رقم(٢) لسنة ١٩٦١ دون أن يلاحظ مايدل عليه ظاهر النص كما ذكرنا في المتن ورغم تنبيه استاذنا الدكتور محسن شفيق الى هذا الامر عند شرحه لقانون التجارة السابق في كتابه المشار اليه في الهامش السابق.

(٥٦) ليون كان ورينو المرجع السابق، جـ٧ رقم ٣٦٦ ومابعدها ريبير، المرجع السابق، جـ٢ رقم ٣١١٢ اسكارا المرجع السابق، ص٩٣٥، ارينسون، المرجع السابق، رقم ٤٥٢ محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، =

٢ ــ أن يقرر التأمين خلال فترة الريبة.

٣ ــ أن يرد التأمين على مال مملوك للمدين.

فاذا توافرت هذه الشروط الثلاثة فالمشرع يوجب على المحكمة، متى طلب مدير التفليسة إبطال التصرف، أن تقضي بذلك دون أن يكون لها أية سلطة في التقدير ودون البحث في نية المدين أو الدائن، فالمشرع يوجب البطلان حتى لو ثبت حسن نيتهما، لأن إقدام المدين على هذا التصرف يؤدي الى الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين(٥٧).

ومادامت الحكمة من إبطال التأمينات الضامنة لدين سابق هى تحقيق المساواة بين الدائنين، لذا لايخضع لحكم البطلان الوجوبي الا التأمينات التى يترتب على تقديرها اخلال بهذا المبدأ.

وعلى هذا الأساس لا يخضع لحكم البطلان الوجوبي الرهن الذي ينشأ معاصرا لنشوء الدين أو الذي ينشأ لضمان دين مستقبل ولو تم هذا الرهن خلال فترة الريبة.

فالرهن الذي ينشأ معاصر لنشوء الدين يفسر بحرص الدائن في الحصول على رهن لضمان حقه ولايدل بذاته على قصد الاضرار بحقوق الدائنين الا اذا ثبت أن الدائن كان يعلم وقت نشوء الرهن بتوقف المدين عن الدفع وعند ذاك يطعن في الدين ذاته فاذا قضى ببطلانه سقط معه الرهن بالتبعية(٥٨). و يقع الطعن في الدين بدعوى البطلان الجوازي المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ ــ كما سيجيء ــ متى توافرت شروطها.

اما الرهن الذي ينشأ خلال فترة الريبة لضمان دين مستقبل، كأن يرتب المدين على أمواله رهنا خلال فترة الريبة لضمان الرصيد الذي ينتج عند قفل الحساب الجارى، فلا

= ص ٥١٨، محمد صالح المرجع السابق، ص ٧٦، محمد سامى مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٣٥٠.

(٥٧) نقض فرنسي في ١-١٢-١٩٦٥ المجلة الفصلية ١٩٦٦ ص٦٦٢ رقم ٣٨.

(٥٨) محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص ٥٢٠، استئناف مصرى مختلط، في ٣-٦-١٩٣٦ ب٤٨ ص٢٩٧، تمييز لبنانى ٨-٥-١٩٦٣ مجموعة حاتم ج ٥٢ - ١٥.

يخضع ايضا لحكم البطلان الوجوبي، لان هذا النوع من الرهن لايقصد به الاضرار بحقوق الدائنين أو الاخلال بمبدأ المساواة بينهم(٥٩).

كما لا تخضع للبطلان الوجوبى الكفالة ــ عينية كانت أم شخصية ــ التي يقدمها شخص آخر خلال فترة الريبة لضمان دين سابق ترتب في ذمة المدين، لأن هذه التأمينات لا تتعلق بأموال المدين فلا يترتب على تقريرها إخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين ولا ينجم عنها ضرر لجماعة الدائنين، فلا يكون لها مصلحة في إبطالها(٦٠).

فالكفالة العينية ترد على أموال مملوكة لغير المدين والكفالة الشخصية لايترتب عليها سوى تدعيم ائتمان المدين بضم ذمة أخرى الى ذمته.

كما لا تسرى قاعدة البطلان الوجوبي على حقوق الامتياز، سواء كانت عامة أو خاصة، لان حق الامتياز لاينشأ لاحقا على نشوء الدين، وانما هو صفة في الدين ينشأ في الوقت الذي ينشأ فيه الدين بحكم القانون، اذ لا امتياز الا بمقتضى نص في القانون (م١٦١ مدنى).

أما التأمينات التى يتناولها حكم الفقرة الأولى من المادة ٥٨٤ والتي تخضع للبطلان الوجوبى فهى الرهن الرسمى والرهن الحيازى اذا توافرت فيهما الشروط التى سبقت الإشارة اليها، و يضاف اليهما رهن المحل التجاري والرهن البحرى.

الرهن الرسمي :

١٥ــ عرفت المادة ٩٧١ من القانون المدنى الرهن الرسمي بقولها «الرهن الرسمي عقد به يكسب الدائن على عقار حقا عينيا يكون له بموجبه أن يتقدم على الدائنين

---

(٥٩) استئناف مصرى مختلط في ٩-٥-١٩٣٤ ب٤٦ ص٢٨٦، محكمة مونبيليه الفرنسية ١١-٩-١٩٥٢، جازيت بالى ١٩٥٣- ١-١٤٣ وكذلك نقض فرنسي ٩-١٠-١٩٧٢ جورس كلاسير ١٩٧٣-٤-٦٢٥٦، كذلك ١٦-٢-١٩٧٠ نفس المرجع ١٩٧١ ــ١١ــ١٦٧٥٤

(٦٠) ليون كان ورينو المرجع السابق، جـ ٧رقم ٣٦٨، محسن شفيق، جـ٢ فى الافلاس، ص ٥٢٠ محكمة استئناف Douai الفرنسية في ١٩-٢-١٩٦٨ المجلة الفصلية ١٩٦٩ ص ٢٠٥ رقم ٦٢ جاء في هذا الحكم أن التأمينات المقدمة من غير المدين لاتخضع لعدم النفاذ اذا تمت خلال فترة الريبة لضمان دين نشأ سابقا في ذمة المدين، كذلك استئناف مصرى مختلط ٨-٦-١٩٣٣ب ٤٥-٣١٨.

العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في استيفاء حقه من ذلك العقار في أى يد يكون».
كما تنص المادة ٩٧٢ من القانون المدني على رسمية الرهن بقولها «لاينعقد الرهن الرسمى الا اذا كان بورقة رسمية موثقة وفقا للقانون».

يتضح من هذه النصوص أن الرهن الرسمى لايقع في الأصل الا على العقارات(٦١) وأن الرسمية ركن في العقد لايقوم بدونها(٦٢).

ولتحديد ما إذا كان الرهن الرسمى قد تم في فترة الريبة ولاحقاً لنشوء الدين ينبغي الاعتداد بتاريخ نشوء الرهن فيما بين المتعاقدين، ولا ينشأ هذا الرهن بالنسبة اليهما الا من تاريخ توثيق العقد بورقة رسمية وفقا للقانون كما تقدم، لذا فان تاريخ توثيق العقد هو تاريخ انشاء الرهن، وعلى ذلك اذا وقع تاريخ إنشاء الرهن في فترة الريبة لضمانة دين نشأ في ذمة المفلس عاديا، فان هذا الرهن يخضع لحكم البطلان الوجوبي أما إذا وقع تاريخ إنشاء الرهن قبل فترة الريبة أو خلال هذه الفترة، ولكن في ذات وقت نشوء الدين، فلا يخضع للبطلان الوجوبي، ولايمكن إبطال هذا الرهن الا عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى إن تم هذا الرهن قبل فترة الريبة، وعن طريق دعوى البطلان الجوازى المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ إن تم خلال فترة الريبة في ذات وقت نشوء الدين. كما يمكن إسقاط الرهن عن طريق الطعن في الدين ذاته بإحدى الدعو يين المذكورتين، فإذا حكم ببطلان الدين سقط الرهن بالتبعية(٦٣).

الرهن الحيازى:ـ

١٦ ـ عرفت المادة ١٠٢٧ من القانون المدنى الرهن الحيازى بقولها «الرهن الحيازى عقد به يلتزم شخص، ضمانا لدين عليه أو على غيره أن يسلم الى الدائن أو الى عدل يعينه المتعاقدان، شيئا يترتب عليه للدائن حق عينى يخوله حبس الشيء حتى استيفاء الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في اقتضاء حقه من هذا الشيء في أي يد يكون».

---

(٦١) يقع هذا الرهن استثناء على منقول كما هو الشأن في رهن المتجر والسفن البحرية.

(٦٢) للتفصيل في هذا الموضوع انظرد. محمد لبيب شنب، دروس في التأمينات العينية، الكويت ١٩٧٨ ص١١.

(٦٣) محسن شفيق، حـ٢،ص٥٢٥.

يتضح من هذا النص أن الرهن الحيازى ينشأ بين المتعاقدين بمجرد الاتفاق على العقد ولايشترط لتمامه انتقال حيازة المال المرهون من الراهن الى الدائن المرتهن أو الى من ينوب عنهما، لان التسليم هو التزام على عاتق الراهن وليس ركنا في العقد لايتم بدونه. أما تسليم الشيء المرهون الى الدائن المرتهن في حالة رهن المنقول (المادة ١٠٤٢ مدنى)، أو نقل سند الدين الى الدائن المرتهن أو العدل واعلان المدين بالرهن او التاريخ الثابت لقبوله في حالة رهن الدين (المادة ٢/١٠٥٤مدنى) وقيد الرهن الحيازى اذا وقع على عقار في دائرة التسجيل العقارى الى جانب انتقال الحيازة الى الدائن المرتهن (المادة ١٠٤٨مدنى)، فهذه كلها اجراءات تطلبها المشرع بقصد الشهر والعلانية للاحتجاج بالرهن على الغير.

وعلى ذلك يخضع الرهن الحيازى للبطلان الوجوبي متى تقرر خلال فترة الريبة وبعد نشوء الدين، سواء في ذلك أكان المال المرهون عقارا أو منقولا، وسواء اكان المنقول ماديا أو معنويا. فاذا وقع الرهن قبل فترة الريبة أو تقرر وقت نشوء الدين، فلا يخضع للبطلان الوجوبي.

ولتحديد ما إذا كان الرهن الحيازى قد تم في فترة الريبة ولاحقا لنشوء الدين ينبغى الاعتداد بتاريخ نشوء الرهن، وهويتم ــ كما تقدم ــ بمجرد الاتفاق. أما إذا وقع الاتفاق على الرهن الحيازى وقت نشوء الدين، فلا يخضع للبطلان الوجوبى ولو تمت اجراءات الاحتجاج بالرهن في مواجهة الغيربعد نشوء الدين(٦٤).

رهن المتجر:ــ

١٧ ــ المتجر قانونا لايعنى المكان الذي يمارس فيه التاجر أعماله التجارية أو البضائع والأثاث الموجود فيه بل يقصد به فكرة معنوية تنطوى تحتها مجموعة الأموال المخصصة لغرض الاستغلال، وهذه الأموال لا تكون الا منقولة معنوية كانت أو مادية، لذا يعرف المتجر بأنه مال معنوى مخصص للاستغلال التجارى(٦٥). و يعرفه قانون التجارة فى المادة ١/٣٤ بأنه محل التاجر والحقوق المتصلة بهذا المحل. ورهن المتجر لايتم الا بورقة رسمية (المادة ٤١تجارة)، كما يجب أن يشهر عقد رهن المتجر بقيده فى السجل التجارى (١/٤٢تجارة).

---

(٦٤) استئناف مصرى مختلط ١٢-٦-١٩٣٥ ب ٤٧، ٣٦٦ وكذلك ١٩-٦-١٩٤٠ ب٥٢، ٣٢٠.

(٦٥) سميحة القليوبي، القانون التجارى الكويتي، الكويت ١٩٧٤ ص٢٣٤.

ولتحديد ما اذا كان رهن المتجر قد تم في فترة الريبة ولاحقا لنشوء الدين، ينبغى الاعتداد بتاريخ نشوء الرهن فيما بين المتعاقدين، ولا ينشأ هذا الرهن بالنسبة اليهما الا من تاريخ توثيق عقد الرهن بورقة رسمية وفقا للقانون كما تقدم. لذا فان تاريخ توثيق عقد رهن المتجر هو تاريخ إنشاء الرهن. وعلى ذلك اذا وقع تاريخ انشاء رهن المتجر في فترة الريبة لضمان دين نشأ في ذمة المفلس عاديا قبل فترة الريبة أو خلالها، فان هذا الرهن يخضع لحكم البطلان الوجوبى أما اذا وقع تاريخ إنشاء الرهن قبل فترة الريبة أو خلالها، ولكن في ذات وقت نشوء الدين فلا يخضع للبطلان الوجوبي، ولايمكن إبطال هذا الرهن الا عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى إن تم هذا الرهن قبل فترة الريبة، وعن طريق دعوى البطلان الجوازى المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ إن تم خلال فترة الريبة في ذات وقت نشوء الدين. كما يمكن إسقاط الرهن عن طريق الطعن في الدين ذاته بإحدى الدعويين المذكورتين، فاذا حكم ببطلان الدين سقط الرهن بالتبعية.

رهن السفن البحرية:ـ

١٨ ـ عرفت المادة الاولى من القانون البحرى الكويتي رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠ السفينة البحرية بقولها «السفينة في حكم هذا القانون هى كل منشأة صالحة بذاتها للملاحة تعمل عادة أو تكون معدة للعمل في الملاحة البحرية ولو لم تستهدف الربح».

والسفينة مال منقول لأنها معدة بطبيعتها للانتقال من مكان لآخر وقد أكدت على ذلك المادة الثانية من القانون البحرى بقولها «تعتبر السفينة مالا منقولا تسرى عليها القواعد العامة، والأحكام الواردة في هذا القانون».

وعلى هذا تسرى على السفينة القواعد القانونية العامة المقررة للمنقولات الا ما استثنى بنص خاص.

ومن النصوص الخاصة التى تتعلق برهن السفينة أن المشرع يشترط في المادة ٥٨ من القانون البحرى أن يكون رهن السفينة بطريق الرهن الرسمي، ويجب أن يتم الرهن بعقد رسمى والا كان باطلا.

والرسمية هنا ركن لانعقاد العقد ولا يغنى عنها أى اجراء آخر، وذلك خلافا للقواعد التي تسرى على رهن المنقول والتى يكفى فيها لإنشاء الرهن اتفاق المتعاقدين.

ولتحديد ما اذا كان رهن السفينة قد تم في فترة الريبة ولاحقا لنشوء الدين، ينبغى الاعتداد بتاريخ نشوء الرهن فيما بين المتعاقدين، ولا ينشأ هذا الرهن بالنسبة اليهما الا من تاريخ توثيق العقد بورقة رسمية كما تقدم. لذا فان تاريخ توثيق العقد هو تاريخ إنشاء الرهن.

وعلى ذلك اذا وقع تاريخ انشاء الرهن في فترة الريبة لضمان دين نشأ في ذمة المفلس عاديا قبل فترة الريبة أو خلالها، فان هذا الرهن يخضع لحكم البطلان الوجوبي. أما إذا وقع تاريخ إنشاء الرهن قبل فترة الريبة أو خلالها، ولكن في ذات وقت نشوء الدين، فلا يخضع للبطلان الوجوبى. ولايمكن ابطال هذا الرهن الا عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى ان تم هذا الرهن قبل فترة الريبة، وعن طريق البطلان الجوازى المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ إن تم خلال فترة الريبة في ذات وقت نشوء الدين. كما يمكن إسقاط الرهن عن طريق الطعن في الدين ذاته باحدى الدعويين المذكورتين، فاذا حكم ببطلان الدين سقط الرهن بالتبعية.

المبحث الثالث

آثار البطلان الوجوبى

١٩ــ قلنا أن المقصود بابطال التصرفات التى يجريها المفلس خلال فترة الريبة هو عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين مع بقائه صحيحا ومنتجا لآثاره بين المفلس ومن تصرف اليه، كما أن البطلان يفيد منه جميع الدائنين، سواء في ذلك الدائنين السابقين على التصرف المقضى ببطلانه أو اللاحقين له.

وقد حددت المادة ٥٨٧ من قانون التجارة الجديد آثار البطلان، سواء أكان وجوبيا أو جوازيا، بقولها «١ــ إذا حكم بعدم نفاذ تصرف في حق جماعة الدائنين التزم المتصرف اليه بأن يرد الى التفليسة ماحصل عليه من المفلس بمقتضي هذا التصرف أو قيمة الشيء وقت قبضه، كما يلزم بدفع فوائد ماقبضه أو ثماره من تاريخ القبض».

ولتوضيح آثار البطلان الوجوبي لابد أن نحدد ذلك بالنسبة لكل تصرف من التصرفات التى أوجب المشرع إبطالها اذا أجراها المفلس خلال فترة الريبة، وهذه التصرفات ــ كما تقدم ــ التبرعات، الوفاء بالديون قبل الاستحقاق، الوفاء بغير الشيء المتفق عليه، والتأمينات الضامنة لدين سابق، ورهن المتجر ورهن السفينة البحرية.

فاذا كان التصرف تبرعا وقضى ببطلانه وجب على المتبرع له أن يرد الى التفليسة المال الذي كان موضوع التصرف بذاته إن كان موجودا والا وجب عليه رد قيمته وقت قبضه و يلزم أن يرد الى التفليسة، بالاضافة الى ذلك، ثمار المال من تاريخ القبض اذا كان مما ينتج ثمارا، أو فوائده القانونية من تاريخ القبض اذا كان موضوع التبرع مبلغا من النقود (م١/٥٨٧تجارة). و يلتزم المتبرع له برد المال موضوع التبرع الى التفليسة ولو كان حسن النية، اذ لاعبرة بالنية بالنسبة للبطلان الوجوبي. وعلى ذلك لايستطيع المتبرع له مطالبة التفليسة بالمبالغ التى أنفقها على المال الموهوب(٦٦)، الا إذا عادت بفائدة على جماعة الدائنين، وعلى أن تكون المطالبة في حدود هذه الفائدة تطبيقا للقواعد العامة في الإثراء بلا سبب. فاذا تصرف المتبرع له في الشيء محل التبرع قبل أن يطلب مدير التفليسة إبطال التبرع، فإن حكم التصرف يختلف بحسب ما إذا كان التصرف الثاني على سبيل التبرع أو على سبيل المعاوضة.

فاذا حصل التصرف الثاني على سبيل التبرع، فان الرأى المتفق عليه بين الفقهاء هو وجوب إبطاله، فيلزم المتبرع له الثانى برد الشيء الى التفليسة ولو كان حسن النية.

اما إذا كان التصرف الثانى على سبيل المعاوضة، فقسم من الفقهاء يذهب الى أن هذا التصرف يخضع للقاعدة التى تسرى على المعاوضة الحاصلة في فترة الريبة، و بذلك يخضع التصرف للبطلان الجوازى و يتوقف الحكم بإبطاله على علم المتصرف اليه وقت التصرف بوقوف المدين عن الدفع(٦٧).

على أن البعض الآخر من الفقهاء يذهب الى وجوب إبطال التصرف في هذه الحالة حتى لايتخذ وسيلة لمنع سريان أحكام البطلان الوجوبى، اذ ليس للمشترى حقوق أكثر مما

---

(٦٦) ليون كان ورينو جـ٧، رقم ٣٣٠، برسرو وديسرتو، جـ١ رقم ٦٥٣، محسن شفيق، جـ٢،ص٥٣٣.

(٦٧) برسرو وديسرتو، جـ١، رقم ٦٥٣، ريبير، جـ٢. رقم ٣١٠٣، لاكور وبوترون، جـ٢ رقم ١٧٦٥.

للبائع. ولما كان حق البائع على المال الموهوب مهددا بالبطلان الوجوبي، فانه ينتقل اليه مصحوبا بذات التهديد(٦٨).

واذا كان التصرف وفاء لدين قبل استحقاقه وقضى ببطلانه وجب على الدائن أن يرد الى التفليسة المبلغ الذي قبضه وفوائده القانونية من تاريخ القبض ثم يشترك بدينه في التفليسة بوصفه دائنا عاديا يخضع لقسمة الغرماء (م٥٨٧/١تجارة).

ونفس الحكم ينطبق على الوفاء بغير الشيء المتفق عليه، فاذا قضى ببطلانه وجب على الدائن أن يرد الى التفليسة ماقبضه و يشترك بدينه في التفليسة بوصفه دائنا عاديا يخضع لقسمة الغرماء. فاذا كان محل الوفاء مبلغا من النقود بدلا من الشيء المتفق عليه وجب عليه أن يرد، بالاضافة الى المبلغ الذي قبضه، فوائده القانونية من يوم القبض، واذا كان محل الوفاء شيئا آخر غير النقود وجب عليه أن يرد بالاضافة اليه ثماره اذا كان مما ينتج ثمارا. واذا كان الشيء الذي قبضه غير موجود بذاته تحول التزامه بالرد الى تعو يض يساوى قيمة الشيء الذي قبضه وقت القبض (م ٥٨٧/١تجارة). وقد أحسن المشرع الكو يتي صنعاً عندما أوجب رد قيمة الشيء وقت القبض ليحسم بذلك خلافاً ثار بين الفقهاء حول تقدير قيمة الشيء الذي يلتزم برده الدائن الى التفليسة، إذ قيل برد الثمن الذي قبضه الدائن ان كان باعه، وقيل برد قيمته وقت رفع دعوى البطلان، وقيل برد قيمته المقدرة في العقد الذي تمت به عملية الوفاء بمقابل(٦٩).

واذا تم الوفاء بطريق البيع المصحوب بالمقاصة، وصورته ــ كما تقدم ــ أن يبيع المدين عقارا أو منقولا للدائن ثم تجرى المقاصة بين الثمن المستحق على الدائن المشترى والدين المستحق له على البائع المدين. فهل يترتب على بطلان المقاصة بطلان البيع ايضا بحيث يلزم البائع برد العين والاشتراك بالتفليسة بدينه أم أن البطلان ينال المقاصة وحدها و يبقى البيع قائما ويحتفظ الدائن المشترى بالمبيع و يلتزم بدفع الثمن لمدير التفليسة ثم يشترك بدينه في التفليسة؟ يتوقف الحل على الظروف التى تم فيها الوفاء، فاذا تبين من الظروف أن الطرفين قصدا إجراء عمليتين منفصلتين، فالبطلان ينال المقاصة دون البيع. اما

---

(٦٨) ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٣٣٠.

(٦٩) للتفصيل في هذا الموضوع انظر محسن شفيق جـ٢،ص٥٣٥، أميل المرجع السابق، رقم ٤٦٠، ارينسون المرجع السابق رقم ٤٦٩.

اذا اتضح من ظروف التعاقد أن الطرفين انصرفت نيتهما الى إيجاد ارتباط بين العمليتين بأن قصدا أن تكون المقاصة شرطا للبيع، فالبطلان ينال المقاصة والبيع معا. واذا لم تتمكن المحكمة الكشف عن نية الطرفين من الوقائع المعروضة عليها، وجب اعتبار العمليتين مرتبطتين فيشملهما البطلان الوجوبى معا لأننا في مجال تغلب فيه مظنة الغش(٧٠).

واذا تم الوفاء بغير الشيء المتفق عليه وكان الدين مضمونا بكفيل، برئت ذمة الكفيل، لأن التزام الكفيل التزام تابع ينقضى بانقضاء التزام الأصيل (المادة ٧٥٣مدنى). فاذا قضى بعد ذلك ببطلان الوفاء وألزم الدائن باعادة الشيء الذي قبضه مقابل الدين، فلا يترتب على ذلك إعادة التزام الكفيل، لان قبول الدائن أن يستوفي في مقابل دينه شيئا آخر، يترتب عليه براءة ذمة الكفيل حتى ولو استحق الشيء بسبب بطلان الوفاء مالم يكن الدائن قد احتفظ عند تسلمه المقابل بحقه في الرجوع على الكفيل لو استحق هذا المقابل (المادة ٧٥٥ مدنى).

واذا كان التصرف الذي قضى ببطلانه رهنا رتبه المدين على أمواله لضمان دين سابق، تحول الدائن الذى أبطل رهنه الى دائن مادى و يشترك بدينه في التفليسة بهذا الوصف فيخضع لقسمه الغرماء، واذا كان الدين مضمونا برهن وكفالة وقضى ببطلان الرهن تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من التأمينات (المادة ٧٥٦/١مدنى)، ذلك أن من حق الكفيل أن يحل محل الدائن في ضماناته. فاذا أضاع الدائن هذه الضمانات التى اعتمد عليها الكفيل كان من حق الكفيل أن تبرأ ذمته بقدر ما أضيع من ضمان بشرط أن يكون ذلك نتيجة خطأ يرتكبه الدائن(٧١).

والدائن في حالة ابطال الرهن يعتبر مخطئا، اذ المفروض أنه كان يعلم وقت تقرير الرهن بسبب بطلانه. ومع ذلك اذا ثبت أن الكفيل كان يعلم وقت إعطاء الكفالة ببطلان الرهن فلا تبرأ ذمته(٧٢).

ولكن قد يوجد رهن آخر تال في المرتبة للرهن الذي أبطل صحيح ونافذ في مواجهة

---

(٧٠) ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٣٦٤، برسرود يسرتو، جـ١، رقم ٦٥٦، محسن شفيق، جـ ٢، ص٥٣٧.

(٧١) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتي ص٥٤١.

(٧٢) استئناف مصرى مختلط ٢٣-٦-١٩٣٣ ب ٥٠ ــ ٣٨٣.

جماعة الدائنين، فهل يترتب على إبطال الرهن الأول أن يستفيد الدائن المرتهن التالى له في المرتبة من البطلان فيأخذ مرتبته في الرهن؟

القول بذلك لايتفق والآثار التى تترتب على إبطال التصرفات التى يجريها المفلس خلال فترة الريبة، فالبطلان ــ كما تقدم ــ عبارة عن عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين، أى أن فائدته تقتصر على جماعة الدائنين وحدها.

فإذا كان الامر كذلك، فكيف السبيل الى قصر فائدة بطلان الرهن على جماعة الدائنين في حالة وجود رهن آخر تال له في المرتبة؟ نظم المشرع التجارى هذه المسألة فنص على الحل الذي يتبع في هذه الحالة في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٦ من قانون التجارة الجديد التى نصت بقولها «٢ــ و يأخذ صاحب الرهن التالى للرهن المحكوم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين مرتبة هذا الرهن. ومع ذلك لايعطى الدائن المرتهن المذكور من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه الرهن الا ماكان يحصل عليه بفرض نفاذ الرهن السابق. و يؤول الفرق الى جماعة الدائنين».

يستفاد من هذا النص أن المشرع يقصر فائدة بطلان الرهن في حالة وجود رهن صحيح تال له في المرتبة على جماعة الدائنين دون الدائن المرتهن التالى له في المرتبة الذى لم يشرع البطلان لمصلحته. وعلى ذلك لايفيد هذا الدائن من بطلان الرهن، و يعامل عند التنفيذ على المال المرهون وتوزيع ثمنه كما لو كان الرهن الأول موجودا.

ولتوضيح الحكم الذي نص عليه المشرع نسوق المثال التالى:ــ

لنفرض ان دين المرتهن الاول الذي قضى ببطلانه مقداره ٧٠دينارا ودين المرتهن الثاني التالى له في المرتبة مقداره ١٠٠ دينار و بيع المال المرهون بمبلغ ١٠٠دينار، فان التوزيع يتم على النحو التالى:ــ

يفترض المشرع عند التوزيع نفاذ الرهن الاول وعلى ذلك يكون نصيب الدائن المرتهن الاول في هذا المثال ٧٠ دينارا والباقي من ثمن المال المرهون وقدره ٣٠ دينارا يكون من نصيب الدائن المرتهن الثاني. ولكن حصة الدائن المرتهن الاول تعود الى جماعة الدائنين، اى أن الدائن المرتهن الاول لايأخذ شيئا فيتقدم بدينه البالغ ٧٠ دينارا الى التفليسة بوصفه دائنا عاديا، كما يحق للدائن المرتهن الثاني الاشتراك في التفليسة بالمبلغ الباقي له وقدره ٧٠ دينارا.

الفـــرع الثالث

البطلان الجوازي

٢٠ــ نصت الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد على القاعدة العامة في البطلان الجوازى بقولها «كل ماأجراه المفلس من تصرفات غير ماتقدم في الفقرة السابقة وخلال الفترة المذكورة فيها يجوز الحكم بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضارا بها وكان المتصرف اليه يعلم وقت وقوعه بوقوف المفلس عن الدفع».

يستفاد من هذا النص أن البطلان الجوازى هو القاعدة العامة في البطلان الخاص بفترة الريبة وما البطلان الوجوبي الذي نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٥٨٤ السالفة الذكر، الا استثناء يرد عليها. فالبطلان الجوازى يشمل جميع التصرفات التى لاتخضع للبطلان الوجوبي.

على أن البطلان الذى نصت عليه هذه الفقرة وإن كان جوازيا غير انه لايمكن للمحكمة أن تقضى به الا اذا توفرت فيه شروط معينة. ومع أن البطلان الجوازى يشمل جميع التصرفات التى تفلت من نطاق البطلان الوجوبي، الا ان المشرع استثنى في المادة ٥٨٥ من نطاق البطلان الجوازى الوفاء بقيمة الورقة التجارية ولو وقع خلال فترة الريبة.

لذا سنتكلم في هذا الفرع عن شروط البطلان الجوازى والتصرفات التى يجوز الحكم بإبطالها وآثار هذا النوع من البطلان، ثم نوضح الأحكام الاستثنائية التى نصت عليها المادة ٥٨٥ بشأن الوفاء بقيمة الورقة التجارية.

المبحث الاول

شروط البطلان الجوازى

٢١ــ يشترط لجواز الحكم إبطال التصرف وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ أن تتوافر فيه الشروط التالية:ــ

١ ــ أن يقع التصرف خلال فترة الريبة. وفترة الريبة، كما حددها المشرع التجارى، هي الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تعينه المحكمة للوقوف عن الدفع وتاريخ صدور الحكم بإشهار الإفلاس.

فالمشرع الكويتي وحد فترة الريبة، سواء بالنسبة للتصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي أو بالنسبة للتصرفات الخاضعة للبطلان الجوازى خلافا لبعض التشريعات التي تضيف الى فترة الريبة بالنسبة للبطلان الوجوبي مدة تسبق تاريخ الوقوف عن الدفع(٧٣). ولتحديد ما اذا كان التصرف قد تم خلال فترة الريبة ينبغى الاعتداد بتاريخ تنفيذ التصرف لا بتاريخ تمامه فيما بين المفلس ومن تعامل معه. فاذا كان تنفيذ التصرف قد تم خلال فترة الريبة، فإنه يخضع لحكم البطلان الجوازى المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤، ولو كان تاريخ تمام التصرف قد تم قبل فترة الريبة(٧٤).

٢ ــ أن يكون من تعامل مع المفلس عالما بوقوف المدين عن دفع ديونه وقت اجراء التصرف. وعلى ذلك لايكفى للحكم بابطال التصرف مجرد علم من تعامل مع المفلس باختلال اعمال المفلس واضطراب أحواله المالية(٧٥)، بل لابد أن يثبت للمحكمة أن

---

(٧٣) من هذه التشريعات قانون التجارة السوري واللبناني والمصرى والفرنسي.

(٧٤) انظر عكس ذلك محسن شفيق، جـ٢ ص٥٤٧، حيث يرى أن العبرة بتمام التصرف فيما بين المتعاقدين لابتنفيذه. ومن الغريب أن هذا القول يخالف مايراه نفس صاحب هذا الرأى في موضع آخر من كتابه بشأن عقود المعاوضات، اذ يجيز الحكم بابطالها متى وقعت خلال فترة الريبة ولو كانت تنفيذا لإلتزامات نشأت في ذمة المفلس قبل فترة الريبة ص ٦٥٠ وهذا القول الاخير هو الذي نعتقد بصوابه، لان اغلب التصرفات التي يوجب المشرع أو يجيز ابطالها عبارة عن تصرفات تتم قبل فترة الريبة ولكنها تنفذ خلال هذه الفترة، كالوفاء بالديون بغير الشيء المتفق عليه والوفاء بالديون الحالة.

(٧٥) تكتفي بعض التشريعات لجواز إبطال التصرف بمجرد علم المتعامل مع المدين باختلال اشغاله، من هذه التشريعات قانون التجارة المصرى(م٢٢٨).

الشخص الذي تعامل مع المفلس كان عالما وقت التعامل بوقوف المفلس عن الدفع(٧٦). فاذا ثبت ذلك جاز للمحكمة أن تقضي بإبطال التصرف دون حاجة للبحث عما اذا كان هناك تواطؤ بين المفلس ومن تعامل معه للإضرار بالدائنين.

أما اذا ثبت أن من تعامل مع المفلس حسن النية لايعلم بوقوفه عن الدفع عند إجراء التصرف فلا يخضع تصرفه لقواعد البطلان الجوازى(٧٧). وعلى ذلك لا تعتبر حالة الوقوف عن الدفع قائمة لمجرد علم الدائن بأن مدينه التاجر لم يدفع دينا عليه، لان ذلك لايمكن اعتباره دليلا قاطعا على أنه كان عالما أن امتناعه عن الدفع نتج عن عجزه عجزا متأتيا عن حالته المالية السيئة اذ كثيرا مايكون عدم الدفع نتيجة إهمال أو رغبة في كسب الوقت(٧٨).

وعلى مدير التفليسة الذى يرفع دعوى البطلان أن يقيم الدليل على علم من تعامل مع المفلس بوقوف هذا الآخير عن الدفع، وهذا لايتم الا بإثبات علمه بواقعة مادية معينة من الوقائع التى تكشف عن حالة الوقوف عن الدفع بحيث يصبح الأمر واضحا لاشك فيه، و يستطيع مدير التفليسة إقامة الدليل على هذه الواقعة بكافة الوسائل. وللمحكمة سلطة مطلقة لتقدير الدليل المقدم من مدير التفليسة ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز(٧٩).

وقد سبق أن بحثنا فكرة الوقوف عن الدفع فحددنا ماهيتهاوالصفات الواجب توافرها في الدين الذي يترتب على الامتناع عن دفعه قيام حالة الوقوف عن الدفع والادلة التى تستطيع المحكمة الاستناد اليها لاثبات هذه الحالة، وذلك عند بحثنا كيفية تحديد فترة الريبة في الفرع الأول من هذا البحث.

---

(٧٦) نقض فرنسي في ١٩٥٨/٧/٢ المجلة الفصلية ١٩٥٨ ص٨٤١ رقم ٣١، نقض فرنسي في ١٩٦٢/٦/٦ نفس المصدر ١٩٦٣ ص ٦٥٢ رقم ٤٢، استئناف بيروت في ١٩٦٣/٣/٧ مجموعة حاتم جـ٥١ ص١٥ رقم ١ جاء في هذا الحكم «أن مجرد علم الدائن بحالة ضيق طارئة يمر بها المدين لايكفي ثبوته بحد ذاته للحكم بابطال العقد بالاستناد الى المادة ٥٠٨ تجارى (تقابل المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الكويتي) بل لابد من اثبات علم الدائن بحالة توقف المدين عن الدفع».

(٧٧) استئناف مصرى مختلط في ١٩٣٦/٣/٢٥ ب ٤٨ص ٢٠.

(٧٨) تمييز لبناني ١٩٥٣/١٢/٣٠ مجموعة حاتم جـ ٢٠-١٦.

(٧٩) نقض فرنسي ١٩٣٥/٥/١٨، دالوز ١٩٣٥-٢٣٥، كذلك ١٩٤٧/١١/٢٤ دالوز ١٩٤٨-٣٢.

٣ ــ أن يكون التصرف ضارا بحقوق الدائنين، كأن يؤدى الى إنقاص حقوق المفلس او زيادة التزاماته(٨٠). فاذا لم يترتب على التصرف ضرر بحقوق الدائنين، كما لو كان التصرف عقد بيع بضاعة وكان الثمن المدفوع من المشترى مساو ياً لثمن المثل فلا يشمله البطلان الجوازى المنصوص عليه في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ لأن ابطال التصرف في هذه الحالة وإلزام المشترى برد البضاعة الى التفليسة يقابله أن المشترى يستطيع أن يطالب التفليسة برد الثمن اليه حتى لا تثرى على حسابه متى استطاع أن يثبت أن التفليسة أفادت من الثمن الذى دفعه للمفلس، فاذا رفع الامر الى المحكمة فانها لاتحكم ببطلان مثل هذا التصرف لان هذا البطلان لايعود بالنفع على جماعة الدائنين. كما لايعتبر التصرف ضارا بجماعة الدائنين اذا لم يتعلق بأموال المفلس أو صدر من غيره، كما لو قامت زوجة المفلس بالوفاء بديون زوجها خلال فترة الريبة، اذ يقع التصرف في هذه الحالة على أموال الغير، وبالتالى لايخضع لاحكام البطلان الجوازى، الا اذا ثبت أن الزوج استتر وراء زوجته لاجراء التصرف، عندئذ يعتبر التصرف صادرا من المفلس ومتعلقا بأمواله.

٤ ــ أن يقدم طلب إبطال التصرف الى المحكمة من قبل مدير التفليسة بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين خلال سنة من تاريخ الحكم بإشهار الافلاس (المادة ٥٨٩ تجارة).

فالمشرع جعل من اختصاص مدير التفليسة وحده الطعن بتصرفات المفلس السابقة لحكم الافلاس بغية توحيد ادارة التفليسة بيد شخص واحد لتسهيل تصفيتها.

كما أن البطلان الذي نص عليه المشرع للتصرفات التى يجريها المفلس خلال فترة الريبة يقصد به ــ كما تقدم ــ عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين، أى أن هذا البطلان مقرر لصالح جماعة الدائنين، لذا يجب أن يقدم طلب الابطال مدير التفليسة بوصفه ممثلا لهذه الجماعة. كما يجب على مدير التفليسة باعتباره طالب البطلان أن يقيم الدليل

---

(٨٠) نقض فرنسي في ١٩٦٧/٤/٢٥ المجلة الفصلية ٧١/١٩٦٧ رقم ٣٤، نقض فرنسي في ١٩٦٨/١٢/٣، نفس المرجع، ١٩٦٩ ص ٥٨٨ رقم، ٤٣، محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٦/١/٢٤ الموسوعة ص٤٢٦ رقم ٩٠٥.

على أن التصرف الذى يطالب بابطاله ضار بالدائنين وأن المتصرف اليه يعلم وقت التصرف بوقوف المفلس عن الدفع، وله أن يقيم الدليل على ذلك بكافة طرق الاثبات(٨١).

ولمحكمة الموضوع سلطة مطلقة في تقدير الدليل المقدم من مدير التفليسة دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز.

والمشرع يوجب على مدير التفليسة أن يقدم طلب الابطال خلال سنة من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس. أى أن المشرع يخضع دعوى البطلان الخاصة بفترة الريبة لتقادم قصير رغبة منه في وضع حد للمنازعات التى تؤخر مصير التفليسة.

تلك هي الشروط التي أوجب المشرع توافرها للحكم بالبطلان الجوازى، فاذا تحققت المحكمة من توافر هذه الشروط جاز لها أن تقضى بالبطلان، اما اذا لم تتوفر هذه الشروط فان المحكمة ملزمة بأن ترفض طلب البطلان والا كان حكمها خاطئا.

على أن توافر هذه الشروط في التصرف المراد إبطاله لا يعنى ان المحكمة ملزمة بإبطاله وانما تتمتع بسلطة تقديرية واسعة تستطيع بموجبها أن ترفض إبطال التصرف على الرغم من توافر شروط البطلان دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز(٨٢).

والمحكمة في ممارستها لهذه السلطة التقديرية، تأخذ بنظر الاعتبار الأهداف التى يسعى اليها نظام الافلاس وهي منع المدين من الاضرار بحقوق الدائنين او الاخلال بمبدأ

---

(٨١) استئناف مصرى مختلط في ١٩٣٥/٦/٢٢ ب ٤٧ ص ٣٦٦، نقض فرنسي في ١٩٦٧/٤/٢٥ مشار اليه في الهامش السابق، كذلك محكمة الهافر التجارية في ١٩٦١/٦/٢٦ المجلة الفصلية ١٩٦١ ص ١٢٢ جاء في هذا الحكم الاخير «لايكفي لاثبات علم من تعامل مع المدين بتوقفه عن الدفع من مجرد طلب تقدم به الى المحكمة يطلب فيه الحكم بالدين الذي له بذمة المدين وفي حالة امتناع هذا الاخير عن الدفع الحكم باشهار افلاسه احتياطيا، مثل هذا الاثبات لايكفي وانما لابد أن يقيم مدير التفليسة الدليل على علمه بالتوقف عن الاداء بأدلة أخرى».

(٨٢) نقض فرنسي في ١٩٦٢/٥/١٤ المجلة الفصلية ١٩٦٣ ص ٦٥٢ رقم ٤٣، وفي ١٩٦٨/١١/٢٠ نفس المرجع ص ٥٨٩ رقم ٤٤، كذلك نقض مصرى في ١٩٥٦/٤/٢٦، جاء في هذا الحكم «بطلان العقود التى تعقد بمقابل بعد الوقوف عن دفع الديون وقبل صدور الحكم باشهار الافلاس طبقا لما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٢٢٨ تجارى (تقابلها المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد) هو بطلان جوازى وقد اعطي المشرع للمحكمة الموضوعية سلطة تقدير ظروف التصرف».

المساواة بينهم، فاذا قدرت المحكمة أن التصرف لا يصطدم بهذه الاهداف لا تقضي بالبطلان على الرغم من توافر الشروط التى نص عليها المشرع في التصرف(٨٣). على ان البعض ينتقد بحق جعل البطلان جوازيا للمحكمة متى كان متعلقا بوفاء الديون الحالّة، و يذهب هذا البعض الى أن من واجب المحكمة أن تقضي ببطلان هذا الوفاء متى وقع خلال فترة الريبة وكان الدائن يعلم بوقوف المفلس عن الدفع أو باختلال أشغاله كما تقضي بعض التشريعات، لان التصرف يترتب عليه اخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين وهو بهذا الوصف لايقع الا مصحوبا بالضرر(٨٤).

على أن البعض لايقبل هذا الرأى و يرى أن الوفاء المذكور قد لايحدث ضررا للدائنين فلا يكون هناك معنى لبطلانه، خذ مثلا الوفاء بدين مضمون برهن أو امتياز، فأية مصلحة تعود على جماعة الدائنين من إبطال هذا التصرف مادام أن للدائن حق الاولوية على الثمن الناتج عن بيع المال محل الرهن أو الامتياز؟ أضف الى ذلك أنه من المحتمل أن يكون الدائن حسن النية على الرغم من علمه باختلال أشغال المدين، كما اذا كان يعتقد أنه يستطيع اجتياز الازمة التى يمر فيها بسلام، فيكون حسن نيته عاصما له من إبطال الوفاء الذي وقع له(٨٥). هذا الرد لا نعتقد بسلامته لأن الدين اذا كان مضمونا برهن أو امتياز، فان التصرف لايخضع للبطلان اصلا لانتفاء مصلحة الدائنين. كما أن العلم باختلال أشغال المدين الذى يجيز الحكم بالبطلان يجب أن يكون قاطعا، لان مجرد اعتقاد الدائن أن الاختلال طارىء وأن المدين يستطيع اجتياز الازمة التي يمر فيها بسلام، لايكفي لا ثبات علم الدائن باختلال أشغال المدين كشرط للحكم بالبطلان. أضف الى ذلك أن حسن أو سوء نية الدائن لا تدخل في تقدير المحكمة متى ثبت لها أن التصرف يعود بالضرر على جماعة الدائنين أو يخل بمبدأ المساواة بينهم(٨٦).

---

(٨٣) محسن شفيق، جـ ٢ في الافلاس ص ٥٥٤.

(٨٤) BEDARRIDE، جـ١، رقم ١٩ اشار اليه محسن شفيق جـ٢، ص٥٥٥ هامش رقم ٣.

(٨٥) برسروديسرتو، جـ١، ص٩١٢ هامش رقم (١)، ليون كان ورينو جـ٧، رقم ٣٩٥. محسن شفيق، جـ٢، ص٥٥٦.

(٨٦) نقض فرنسي ١٩٤٤/٩/٤ جورس كلاسير ١٩٤٥-٤-١٨.

المبحث الثاني

التصرفات التي يجوز ابطالها

٢٢ــ نص المشرع التجاري في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الجديد على قاعدة عامة أجاز بموجبها إبطال جميع التصرفات التي لاتخضع للبطلان الوجوبي اذا أجراها المفلس خلال فترة الريبة.

فالبطلان الجوازى الذي نصت عليه هذه المادة هو القاعدة العامة في البطلان الخاص بفترة الريبة. وماالبطلان الوجوبي الذي نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٥٨٤ سالفة الذكر، الا استثناء يرد عليها.

وعلى ذلك فان جميع التصرفات التي لاتخضع للبطلان الوجوبي يجوز الحكم بابطالها كعقود المعاوضات مثل البيع والشراء والايجار، والوفاء العادى بالديون الحالة بذات الشيء المتفق عليه، والتأمينات المعاصرة لنشأة الدين، وتقديم حصة في شركة، والقسمة، والقروض وغير ذلك من التصرفات التي يتقدم مدير التفليسة بطلب إبطالها و يقيم الدليل على توافر الشروط التي نص عليها المشرع لجواز الابطال.

فهذه التصرفات لا تدل بذاتها على أن المقصود بها الاضرار بحقوق الدائنين أو الاخلال بمبدأ المساواة بينهم، لذا لم يخضعها المشرع لأحكام البطلان الوجوبي وانما ترك للمحكمة حرية التقدير في إبطالها، فاذا قدرت المحكمة أن التصرف لايتفق والأهداف التى يسعى اليها نظام الافلاس جاز لها أن تقضي بابطاله. والمحكمة في تقديرها للظروف التي تم فيها التصرف وهل يترتب عليه الاضرار بحقوق الدائنين أو الاخلال بمبدأ المساواة بينهم تفصل في مسألة موضوعية لاتخضع فيها لرقابة محكمة التمييز. فالمشرع تشدد في إبطال التصرفات التى يجريها المفلس خلال فترة الريبة والتى تفلت من نطاق البطلان الوجوبى، اذ ان هذه التصرفات لا تدل بذاتها ــ كما تقدم ــ على أن المفلس تعمد إجراءها إضرارا بالدائنين أو إخلالا بمبدأ المساواة بينهم، اذ يجوز أن تكون هذه التصرفات قد تمت بين المفلس ومن تعامل معه بلا قصد إضرار، بل و بلا حدوث ضرر فعلي لجماعة الدائنين، بل على العكس قد تكون هذه التصرفات مفيدة لجماعة الدائنين اذا كان من شأنها أن تؤدي الى

كسب يزيد من أموال التفليسة(٨٧). فهذه التصرفات لايدل ظاهرها على خروج عن المألوف، فمن الامور الطبيعية أن يعقد التاجر، ولو خلال فترة الريبة، قرضا أو بيعا أو يوفي الديون المستحقة عليه. ولهذا لم ييسر المشرع أمر إبطال هذه التصرفات، فأحاط إبطالها بشروط خاصة، وجعله جوازيا للمحكمة، لأن تيسير ابطال هذه التصرفات يخل باستقرار التعامل و يؤدي حتما الى انهيار ائتمان التاجر وتعطيل نشاطه التجاري والارتداد بغل يد المفلس عن التصرف بأمواله الى وقت الوقوف عن الدفع(٨٨).

ومع أن البطلان الجوازى هو القاعدة العامة في البطلان الخاص بفترة الريبة، فان أهم التصرفات التي تخضع لهذا البطلان والتى بحاجة الى شيء من التفصيل هى الوفاء بالديون الحالة بذات الشيء المتفق عليه وعقود المعاوضات.

الوفاء بالديون الحالة:

٢٣ ــ الوفاء بالديون الحالة بذات الشيء المتفق عليه من التصرفات التى تخضع لحكم البطلان الجوازى متى تمت خلال فترة الريبة، و يكفى لجواز إبطال هذا الوفاء ــ كما تقدم ــ أن يثبت مدير التفليسة علم الدائن بوقوف المفلس عن الدفع، خلافا لما تقضي به دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليه في القانون المدنى والتى تشترط لابطال الوفاء غش المدين وعلم المتصرف اليه بهذا الغش (م١/٣١١ مدنى). هذا ويخضع الوفاء بالديون الحالة لأحكام البطلان الجوازى مهما كان موضوعه، أى سواء أكان بنقود أم بأوراق تجارية أو كان منقولا او عقارا، مادام يقع بذات الشيء المتفق عليه، و يعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي كالوفاء بالنقود كما تقدم.

كما لايهم مصدر الدين، سواء أكان مصدر الدين ناشئا عن عقد أم عن فعل ضار أم إثراء بلا سبب، ومهما كان تاريخ الدين، أى سواء نشأ قبل فترة الريبة أم خلالها، ومهما كان الاسلوب الذي اتبعه الدائن للحصول على الوفاء، سواء تم الوفاء وديا أم عن طريق التنفيذ على أموال المدين.

---

(٨٧) على البارودي، المرجع السابق، ص ٣١٠.

(٨٨) محسن شفيق، جـ٢، ص٥٤٧.

ومن الامور التى تحتاج الى تفصيل في هذا المجال الوفاء عن طريق تسو ية ودية بين الدائن والمدين قبل اشهار الافلاس. فاذا كان هذا الوفاء تنفيذا لتسو ية ودية وافق عليها جميع الدائنين، فالوفاء صحيح ولايجوز إبطاله ولو وقع خلال فترة الريبة، لأن هذا الوفاء لو كان يضر بحقوق الدائنين لما وافقوا عليه، أما إذا تم الوفاء بناء على تسو ية لم يوافق عليها جميع الدائنين، ففى هذه الحالة يجوز الطعن بالوفاء اذا تم خلال فترة الريبة(٨٩). واذا تمت التسو ية الودية بموافقة جميع الدائنين ونفذ المدين شروطها بالنسبة الى بعضهم دون البعض الآخر، جاز للدائنين الذين تخلف المدين عن التنفيذ بالنسبة اليهم التقدم الى المحكمة بطلب فسخ التسو ية والحكم بإشهار إفلاس المدين، فاذا تم ذلك جاز الطعن في الوفاء الذى حصل لبعض الدائنين(٩٠).

عقود المعاوضة :

٢٤ ــ المعاوضة عقد يتلقى بموجبه المفلس عوضا مقابل ماأعطى بموجب العقد، كالبيوع التي يعقدها، سواء أكان بائعا أم مشتريا، وعقود الاجارة التي يكون فيها مؤجرا أو مستأجرا، وتقديم حصة في شركة، وحوالة الحق بمقابل. فهذه العقود يجوز الحكم بابطالها متى وقعت خلال فترة الريبة، سواء أكانت تنفيذا لالتزامات نشأت في ذمة المفلس قبل فترة الريبة أو خلالها. فالبيع الحاصل خلال فترة الريبة يجوز الحكم بابطاله ولو كان تنفيذا لوعد سابقا على هذه الفترة(٩١). كما يجوز الحكم ببطلان تقديم الحصة الى الشركة متى وقع خلال فترة الريبة، ولو نشأ التزام المفلس بتقديمها قبل هذه الفترة، كأن يكون عقد الشركة تم بين الشركاء قبل فترة الريبة الا ان المفلس لم ينفذ التزامه بتقديم حصته في رأس المال الا خلال فترة الريبة، ذلك أن تنفيذ الالتزام وفاء له(٩٢)، و بذلك يخضع بهذه الصفة للبطلان الجوازى شأنه في ذلك شأن الوفاء بالديون، لأن الوفاء بالديون يتم في الغالب تنفيذا لالتزام نشأ في ذمة المفلس قبل الوفاء.

---

(٨٩) محسن شفيق،جـ٢، ص٥٥٩.

(٩٠) نقض فرنسى ٥-٨-١٨٨١، دالوز ١٨٨٢-١-٢٩.

(٩١) انظر عكس ذلك ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٣٩٢.

(٩٢) محسن شفيق، جـ٢، ص٥٦٠.

وهناك بعض التصرفات كانت محل نقاش بين الفقهاء في مدى خضوعها لأحكام البطلان الجوازى وهى القسمة والصلح، الأمر الذى يقتضى بيان حكم هذه التصرفات في القانون الكويتي.

القسمة :ـ

٢٥ـ القسمة تصرف قانوني يهدف الى افراز نصيب من الأموال الشائعة لكل شريك. وهذه القسمة تتم في الملكية الشائعة التى يتعدد فيها الملاك لشيء واحد غير مفرزة حصة كل منهم، بحيث يترتب عليها أن يستقل كل شريك بجزء مفرز من المال أو الأموال الشائعة المقسومة، بعد أن كان كل منهم يملك على الشيوع في كل هذا المال أو تلك الأموال. وقسمة المال الشائع تتم رضاء أو قضاء. فاذا كان المفلس قبل شهر افلاسه يملك مع آخرين مالا على الشيوع ثم تمت القسمة خلال فترة الريبة، فهل يستطيع مدير التفليسة الطعن في هذه القسمة بدعوى البطلان الجوازى متى ترتب عليها ضرر لجماعة الدائنين؟ كما اذا ترتب على القسمة أن تسلم المفلس نقودا لتكملة نصيبه المفرز من المال الشائع ثم أخفى هذه النقود أو بددها، أو قد يتواطأ فيها الشركاء على الاضرار بحقوق الدائنين كأن يتفق شريك مدين مع بقية الشركاء على أن يختص بأموال يسهل اخفاؤها كالنقود أو المجوهرات، أو أن يختص بحصة عينية تقل عن نصيبه و يكمل النصيب بنقود يقبضها دون علم الدائنين. يذهب البعض الى أن القسمة لايمكن الطعن فيها بدعوى البطلان الجوازى، بدعوى أنها ليست منشئة للحق وانما كاشفة له، اذ لايتلقى المتقاسم الملكية عن المتقاسمين الآخرين وانما يعتبر مالكا لحصته منذ قيام حالة الشيوع(٩٣).

---

(٩٣) BEDARRIDE، جـ١، رقم ١٢٠ مكرر، اشار اليه محسن شفيق ح٢، ٥٦١ هامش رقم(١). وأصحاب هذا الرأى يستندون فيه الى النصوص القانونية التي تنص على الأثر الكاشف للقسمة والتى يعتبر بموجبها المتقاسم مالكا للحصة التي آلت اليه منذ بدء الشيوع (المادة ٨٤٣ مدنى مصرى والمادة ٨٨٣ مدنى فرنسى). على أن البعض يرى في القسمة أثرا مزدوجا كاشفا وناقلا. ولما كان هذان الأثران يتعارضان، لم يبق الا أن نغلب أثرا على آخر في المواضيع التي يحسن فيها، من الناحية العملية تغليب هذا الاثر. ولما كانت المقتضيات العملية التى تستدعي تغليب الأثر الكاشف أهم من تلك التى تستدعى تغليب الأثر الناقل، فقد سار التقنين المدنى (المقصود بذلك التقنين المصرى) على النهج التقليدي وعمم أثر القسمة، فجعله في جميع الاحوال أثرا كاشفا. انظر في ذلك السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدنى، جـ٨ رقم ٥٧٣.

على أن غالبية الفقهاء لا تقر هذا الرأى، وتقول ان الأثر الكاشف للقسمة لايخرج عن كونه حيلة قانونية أراد بها المشرع حماية المتقاسم من التصرفات التى يكون أحد شركائه الآخرين قد أجراها أثناء قيام حالة الشيوع على الحصة التى وقعت في نصيبه، فيجب أن يقتصر عمل هذه الحيلة على هذا الفرض الذى وجدت من أجله. و بناء على ذلك يجب أن تكيف القسمة على أنها تصرف بعوض يتنازل فيه كل متقاسم عن نصيبه في الحصص التي آلت الى المتقاسمين الآخرين مقابل تنازل هؤلاء بدورهم عن نصيبهم في الحصة التى آلت اليه. وعلى هذا الأساس يجوز لمدير التفليسة أن يطعن بالقسمة بدعوى البطلان الجوازى، فاذا أثبت الضرر الذى لحق الدائنين بسببها، جاز الحكم ببطلانها(٩٤).

هذا الرأى الذي تقول به غالبية الفقهاء الفرنسيين يتفق والنصوص القانونية التى أخذ بها القانون المدنى الكويتي والتى لم تجعل من القسمة كاشفة للحق وانما إفراز نصيب من الأموال الشائعة لكل شريك، أى استقلال كل شريك لجزء من المال الشائع يملكه ملكية مفرزة (المادة٨٣٨ مدنى). فلم يأخذ المشرع الكويتي بفكرة الأثر الرجعى للقسمة التى أخذت بها أكثر القوانين العربية، تأثرا بالقانون الفرنسي، لأن إسناد أثر القسمة الى وقت التملك في الشيوع، بحيث يعتبر كل متقاسم أنه كان يملك وحده النصيب الذي آل اليه منذ بدء الشيوع، هو تحايل أو مجاز قانوني لأنه يخالف الحقيقة مخالفة مؤكدة، ذلك أن كل متقاسم كان يملك قبل القسمة فيما وقع في نصيب غيره وأن غيره كانوا يملكون فيما وقع في نصيبه(٩٥).

وعلى ذلك فان فكرة الاثر الكاشف للقسمة التى قال بها البعض لمنع مدير التفليسة من الطعن بالقسمة بدعوى البطلان الجوازى، لايمكن التمسك بها في ظل النصوص التى أخذ بها القانون المدنى الكويتى. فمن حق مدير التفليسة أن يطعن فيها بدعوى

---

(٩٤) ليون كان ورينو، ج، ٧، رقم ٣٩٠، برسروديسرتو، جـ١، رقم ٦٧٢، لاكور و بوترون، جـ٢، رقم ١٧٧٩.

(٩٥) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى، ص ٦٢١. للتفصيل في هذا الموضوع انظر بحث قيم للاستاذ الدكتور منصور مصطفى منصور، ينكر فيه الباحث الأثر الكاشف للقسمة و يرى فيها افراز نصيب من الاموال الشائعة لكل شريك وقد نشر هذا البحث في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية التي يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس بعنوان، تحليل اثر قسمة الاموال الشائعة وحماية كل شريك من تصرفات غيره، ص ٧٣ العدد الاول، السنة السادسة ٥يناير ١٩٦٤.

البطلان الجوازى متى تمت خلال فترة الريبة اذا أثبت أنها تضر بحقوق الدائنين وأن شركاء المفلس في المال الشائع كانوا يعلمون بوقوفه عن الدفع. فاذا أقام مدير التفليسة الدليل على ذلك، جاز للمحكمة أن تحكم ببطلان القسمة دون الطلب من مدير التفليسة إثبات الغش من جانب المفلس وشركائه، أى التواطؤ بين المتقاسمين على الاضرار بحقوق الدائنين، لأن هذا الاثبات لايطلب من مدير التفليسة الا في حالة الطعن بالقسمة بدعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى(٩٦) (م٣١١مدنى).

الصلح :

٢٦ــ يعرف القانون المدنى الكويتي الصلح في المادة ٥٥٢ بأنه عقد يحسم به عاقداه نزاعا قائما بينهما أو يتوقيان به نزاعا محتملا، وذلك بأن ينزل كل منهما على وجه التقابل عن جانب من ادعائه.

من هذا يتضح أن عقد الصلح يفترض وجود نزاع قائم أو محتمل و يتطلب تضحيات متبادلة لحسم النزاع، سواء بتنازل كل من المتصالحين عن جزء من ادعاءاته، أو تنازل أحدهما عن كل ادعاءاته في مقابل بدل خارج عن موضوع النزاع. وليس ضروريا، بعد ذلك أن تكون التضحية من الجانبين متعادلة.

فاذا تنازع المفلس مع شخص آخر على ملكية دار وأرض، ثم تصالحا على أن تكون الدار للمفلس والأرض للآخر، فهل يجوز لمدير التفليسة الطعن بالصلح بدعوى البطلان الجوازى متى وقع خلال فترة الريبة، كما لو وجد مدير التفليسة أن الصلح يترتب عليه تضحية بحقوق المفلس اكثر من تضحية الطرف الآخر مما يؤدى الى الاضرار بحقوق الدائنين. هذا الموضوع أثار خلافا بين الفقهاء يشبه الخلاف بشأن القسمة، لأن الصلح ــ

---

(٩٦) يذهب الاستاذ الدكتور محسن شفيق الى أن القانون التجارى لم يفصل في هذا الموضوع و يرى أن حل هذا الموضوع يكون وفقا لنص الفقرة الثانية من المادة ٨٤٢ من القانون المدنى التى تنص «اذا تمت القسمة، فليس للدائنين الذين لم يتدخلوا فيها أن يطعنوا عليها الا في حالة الغش». فلا يجوز لمدير التفليسة الحصول على حكم ببطلان القسمة الا اذا أثبت الغش، أى التواطؤ بين المتقاسمين على الاضرار بحقوق الدائنين، جـ٢، المرجع السابق، ص٥٩٢ و٥٩٣.

كما يعتقد البعض ــ كالقسمة يكشف عن الحق ولاينشئه(٩٧). في حين يذهب الرأى الآخر ــ وهو الراجح ــ الى إهمال هذا الأثر الكاشف في صدد البطلان، والنظر الى الصلح بوصفه من عقود المعاوضة، واخضاعه تبعاً لذلك للبطلان الجوازى(٩٨).

نحن نؤيد هذا الرأى ونعتقد أن الصلح كما نظمه القانون المدنى الكويتي، لايخرج عن كونه من عقود المعاوضة، لأن طبيعة عقد الصلح تقتضى أن يتنازل أحد الطرفين عن جزء من حقه نظيرنزول الطرف الآخرعن جزء مقابل من حقه. والنزول بمقابل عن حق مدعى به، هوتصرف بعوض(٩٩).

الوفاء بقيمة الورقة التجارية يقع صحيحا استثناء :ــ

٢٧ ــ استثنى المشرع من نطاق تطبيق الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤، إضافة الى التصرفات الخاضعة للبطلان الوجوبي، الوفاء بقيمة الاوراق التجارية اذا تم خلال فترة الريبة.

ومع أن الوفاء بقيمة الأوراق التجارية اذا تم خلال فترة الريبة لايختلف عن الوفاء نقدا بالدين الحال الذى يجيز المشرع ابطاله بموجب الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ اذا تم خلال هذه الفترة، فان المشرع استثنى بموجب المادة ٥٨٥ من قانون التجارة الوفاء بقيمة الاوراق التجارية من البطلان اذا تم خلال فترة الريبة ولو توافرت في هذا الوفاء شروط البطلان الجوازى.

وقد أورد المشرع هذا الاستثناء لتشجيع التعامل بالاوراق التجارية وتيسيرتداولها بتأكيد حق الحامل في الحصول على قيمة الورقة ولو وقع خلال فترة الريبة.

أضف الى ذلك أن قانون الصرف يلزم الحامل بتقديم الورقة للوفاء في ميعاد الاستحقاق ولو كان ذلك في فترة الريبة، فاذا قام بذلك وتسلم قيمة الورقة وأجيز بعد ذلك

---

(٩٧) تنص المادة ٥٥٧ من القانون المدنى الكويتي على الأثر الكاشف للصلح خلافا لما اخذ به في المادة ٨٣٨ بشأن القسمة.

(٩٨) ليون كان ورينو، جـ٧ رقم ٣٩٢، برسرو وديسرتو، جـ١، رقم ٦٥٧، محسن شفيق، جـ٢، ص ٥٦٣.

(٩٩) المذكره الايضاحية للقانون المدنى، ص٤١٣.

إبطال الوفاء لحصوله في فترة الريبة وألزم برد قيمة الورقة الى التفليسة فان ذلك يؤدي الى حرمانه من الرجوع على الضامنين لانقضاء مواعيد تحرير برتستوعدم الدفع، و بذلك يخسر قيمة الورقة وحقه في الرجوع على الضامنين(١٠٠).

على أن المشرع وإن اجاز الوفاء بقيمة الاوراق التجارية اذا تم خلال فترة الريبة، الا انه لم يهدر مصلحة جماعة الدائنين اذ ألزم الساحب في الكمبيالة أو الشيك والمظهر الاول في حالة السند لأمر برد قيمة الورقة المدفوعة الى التفليسة اذا كان كل منهما عالما وقت إنشاء الورقة أو وقت حصوله عليها بتوقف المفلس عن الدفع (م٥٨٥تجارة).

فالساحب بتحريره الكمبيالة أو الشيك على المسحوب عليه يستوفي دينا له بذمته، فاذا كان عالما بوقوفه عن الدفع، فانه يستوفي دينه منه بسوء نية، ولذلك يلزمه المشرع برد قيمة الورقة الى التفليسة حماية لحقوق الدائنين. ونفس الامر ينطبق بالنسبة للمظهر الاول في حالة السند لأمر فاذا كان يعلم بوقوف المحرر (المفلس) عن الدفع، فهذا يعني انه تلقى منه الوفاء بسوء نية، فيلزم برد قيمة السند الى التفليسة.

يتضح مما تقدم أن المادة ٥٨٥ تقضي بصحة الوفاء للحامل بقيمة الورقة التجارية متى وقع خلال فترة الريبة وفي ميعاد الاستحقاق و بذات الشيء المتفق عليه.

غير أن هذه المادة لم تهمل حماية مصلحة جماعة الدائنين، ولذلك تلزم الساحب في حالتي الكمبيالة والشيك، برد القيمة المدفوعة الى التفليسة اذا كان يعلم وقت إنشاء الورقة التجارية بوقوف المفلس عن الدفع، و يقع الالتزام بالرد في حالة السند لأمر على المظهر الأول اذا كان يعلم وقت حصوله على السند بوقوف المفلس عن الدفع.

وعلى ذلك فان هذه المادة لا تتضمن في الواقع استثناء من أحكام البطلان الجوازى وكل مافي الامر أن بطلان الوفاء وما يترتب عليه من رد قيمة الورقة لايوجه الى الحامل الذي

---

(١٠٠) ليون كان ورينو، المرجع السابق،جـ٧ رقم ٣٩٩، ريبير جـ٢، رقم ٣١٢٥، اريتسون المرجع السابق، رقم ٤٣٢، استاذنا محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص٧٥، محمد سامى مدكور وعلي يونس، المرجع السابق ص٣٦٢.

يتلقى الوفاء من المدين مباشرة، وانما الى الساحب أو المظهر الاول، لأنه يتلقى الوفاء من المدين بطريق غير مباشر، أى بوساطة الحامل(١٠١).

على أن صحة الوفاء في بعض الفروض كان محل خلاف بين الفقهاء وكذلك بين أحكام القضاء، و يقتضينا البحث الإشارة الى بعض هذه الفروض والحلول التى قيلت بشأنها.

الفرض الاول هو أن يمتنع المدين الأصلى في الورقة عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق، فيحصل الحامل على الوفاء من أحد المظهرين في الورقة بمقتضى الرجوع الصرفي على الضامنين (المادة ٤٧٢/١تجارة)، فهل ينطبق حكم المادة ٥٨٥ على هذا الفرض فيعتبر الوفاء صحيحا ولو كان الحامل يعلم بوقوف من قام بالوفاء عن الدفع؟ أم أن هذا الوفاء لايشمله الاستثناء المنصوص عليه في هذه المادة ويخضع لحكم البطلان الجوازى؟

يرى البعض أن نص المادة ٥٨٥ جاء مطلقا لاتمييز فيه بين الوفاء الذي يقوم به المسحوب عليه أو المحرر و بين الوفاء الذي يقوم به ملتزم اخر في الورقة، أضف الى ذلك أن العلة في تصحيح الوفاء للحامل هي تشجيع التعامل بالأوراق التجارية وتيسير تداولها، وهذه العلة قائمة في الحالتين (١٠٢).

على ان البعض الآخر يرى عدم صحة الوفاء في هذه الحالة واجاز ابطاله وفقا لاحكام البطلان الجوازي، وحجتهم في ذلك ان سبب صحة الوفاء للحامل في هذا الفرض ليس هو تشجيع التعامل بالاوراق التجارية وتيسير تداولها، وانما هو حماية الحامل من ضياع حقه في الرجوع على الضامنين بسبب فوات مواعيد هذا الرجوع(١٠٣). فاذا انتفى هذا

---

(١٠١) محسن شفيق جـ٢، ص٥٧٧، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص٤٧٢، محمد سامى مدكور وعلى يونس المرجع السابق، ص٣٦٢، علي البارودي، المرجع السابق، ص٣٠٩.

(١٠٢) ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٤٠٥، لاكور وبوترون، جـ٢، رقم ١٧٧٢ نقض فرنسي ١٦-٦-١٨٤٦ سيريه ١٨٤٦-١-٥٢٣، وكذلك ١٧-٨-٤

(١٠٣) برسرو وديسرتو، جـ١، رقم ٦٩٦،تالير، المرجع السابق، رقم ١٨٢٤، محسن شفيق، جـ٢، ص٥٨٠، مصطفى كمال طه المرجع السابق، هامش رقم (٢) ص ٤٧٢، سامى مدكور وعلي يونس المرجع السابق، ص٣٦٢، نقض فرنسي ١٨-١٢-١٨٦٥ سيريه ١٨٦٦-١-١٣٧، كذلك ١٥-٥-١٨٦٧ دالوز ١٨٦٧-١-٤١٦، وكذلك ٩-٩-١٨٦٨ دالوز ١٨٦٩-١-٥.

السبب، بعد أن قام الحامل بعمل برتستو عدم الوفاء واحتفظ بحقه في الرجوع على الضامنين، وجب خضوع الوفاء للبطلان الجوازي متى تم من مدين متوقف عن الدفع وكان الحامل يعلم بذلك حتى ولو كان هذا المدين أحد المتضامنين، لأن قبول الحامل الوفاء من هذا المدين مع علمه بوقوفه عن الدفع يدل على سوء نيته، فلا يعتبر جديرا بحماية المشرع ومن العدل إبطال الوفاء تطبيقا لأحكام البطلان الجوازى وإلزام الحامل برد قيمة الورقة الى التفليسة والدخول في التفليسة بوصفه دائنا عاديا أو الرجوع على الضامنين الآخرين إن وجدوا أو القيام بالأمرين معا.

وهذا الفرض الاخير هو الغالب في العمل و يتفق والاهداف التى يسعى الى تحقيقها نظام الافلاس.

الفرض الثاني امتناع المدين الاصلي في الورقة عن الوفاء في ميعاد الاستحقاق فيهمل الحامل في تحرير برتستو عدم الوفاء، ثم يحصل على الوفاء من احد الضامنين في الورقة على الرغم من علمه بوقوفه عن الدفع، فهل يعتبر هذا الوفاء صحيحا وفقا لنص المادة ٥٨٥؟ أم تطبق عليه أحكام البطلان الجوازى؟ هذا الفرض يثير نفس الخلاف السابق وتنطبق بشأنه الحلول التى قيلت لذات الأسباب.

الفرض الثالث يتعلق بالورقة التجارية المتضمنة شرط الرجوع بلا مصروفات اذ يترتب على هذا الشرط إعفاء الحامل من تحرير برتستو عدم الوفاء أو الرجوع على الضامنين في المواعيد القانونية (المادة ٤٧٩ تجارة). فاذا وقع الوفاء لحامل الورقة التى تتضمن هذا الشرط من مدين متوقف عن الدفع وكان الحامل يعلم بذلك، فهل تطبق بشأنه المادة ٥٨٥ فيعتبر الوفاء صحيحا؟ أم أنه يخضع لأحكام البطلان الجوازى؟ هذا الفرض آثار ذات الخلاف الذي أشرنا اليه في الفروض السابقة. فيقول أصحاب الرأى الأ ول بصحة الوفاء لذات التبريرات السابقة(١٠٤). أما أصحاب الرأى الثاني فيفرقون بين حالتين.

الحالة الأ ولى اذا تم الوفاء من المدين الاصلي في ميعاد الاستحقاق فهذا الوفاء يعتبر صحيحا ولايجوز إبطاله وإلزام الحامل برد قيمة الورقة، لأن شرط الرجوع بلا مصروفات يعفى الحامل من تحرير برتستو عدم الوفاء أو الرجوع على الضامنين في المواعيد القانونية ولكنه

---

(١٠٤) ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٤٠٥ مكرر.

لايعفيه من واجب تقديم الورقة في ميعاد الاستحقاق وقبول الوفاء متى عرضه عليه المدين (المادة ٢/٤٧٩ تجارة) والا اعتبر مهملا وتعذر عليه الرجوع على الضامنين الذين يجوز لهم أن يتمسكوا في مواجهته بالاهمال فتتعرض حقوقه لخطر الضياع.

الحالة الثانية اذا رفض المدين الأصلى الوفاء بعد أن قدم له الحامل الورقة في ميعاد الاستحقاق فرجع على الضامنين وحصل على الوفاء من أحدهم بعد ميعاد الاستحقاق، غير أن الوفاء تم من مدين متوقف عن الدفع وكان الحامل يعلم بذلك، فهذا الوفاء لايعتبر صحيحا ويجوز إبطاله وفقا لأحكام البطلان الجوازى، لأن الحامل لو رفض الوفاء من هذا الضامن بعد أن علم بوقوفه عن الدفع فان حقه في الرجوع على الضامنين الآخرين يبقى قائما، ذلك أن المدين الاصلى لم يعرض عليه الوفاء و بالتالي لايعتبر مهملا بحيث يمكن للضامنين أن يتمسكوا باهماله فتتعرض حقوقه لخطر الضياع. فقبول الحامل للوفاء في هذه الحالة يدل على سوء نيته فلا محل لحمايته ويجب أن يجبر على الرد(١٠٥).

المبحث الثالث

آثار البطلان الجوازى

٢٨ ــ تقدم أن بطلان التصرفات لتي يجريها المفلس خلال فترة الريبة سواء كان وجوبيا أو جوازيا، يقصد به عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين مع بقائه صحيحا، ومنتجا لا ثاره بين المفلس ومن تعامل معه.

وعلى ذلك فان إبطال التصرف أو الابقاء عليه يتوقف على مايحققه ذلك من مصلحة لجماعة الدائنين. فاذا وجد مدير التفليسة، بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين، أن التصرف يعود بالضرر عليها وجب عليه أن يرفع دعوى ببطلان التصرف. اما اذا وجد أن الابقاء على التصرف فيه مصلحة لجماعة الدائنين، فعليه أن يطلب تنفيذه، ولايجوز لمن تعامل مع المفلس أن يمتنع عن تنفيذ الالتزام بحجة أن العقد باطل لوقوعة فى فترة الريبة من مدين متوقف عن الدفع، لأن البطلان لم يتقرر لمصلحته وانما لمصلحة جماعة الدائنين.

---

(١٠٥) برسرو وبيسرتو، جـ١، رقم ٦٩٨.

لذا فان آثار البطلان الجوازى لاتختلف عن آثار البطلان الوجوبي التى حددتها المادة ٥٨٧ من قانون التجارة والتي سبق بيانها.

فاذا قضت المحكمة بابطال التصرف فان أثر البطلان يختلف حسب طبيعة التصرف الذى أبطل. فاذا كان التصرف الذي قضى ببطلانه وفاء لدين حال بذات الشيء المتفق عليه، وجب على الدائن أن يرد للتفليسة ماقبضه فاذا كان المدين ملزما بتسليم مال معين بالذات، ونفذ التزامه خلال فترة الريبة، ثم أبطل الوفاء، التزم الدائن برد المال الى التفليسة اذا كان موجودا بعينه مع ثماره إن كان ينتج ثمارا، أو قيمته وقت القبض اذا كان قد هلك، ثم الاشتراك بدينه في التفليسة والخضوع لقسمة الغرماء.

فاذا كان التصرف وفاء مبلغ من النقود نفذه المفلس في فترة الريبة، ثم أبطل الوفاء، وجب على الدائن أن يرد الى التفليسه المبلغ الذى تسلمه من المفلس مع فوائده القانونية من تاريخ القبض ثم الاشتراك بدينه في التفليسة والخضوع لقسمة الغرماء(١٠٦).

أما اذا كان التصرف الذى أبطل من عقود المعاوضة التى يتلقى بموجبها المفلس عوضا مقابل ما أعطى بموجب العقد، فان المشرع يلزم من تعاقد مع المفلس ان يعيد الى التفليسه المال الذي تسلمه من المفلس بعينه ان كان موجودا وقيمته إن كان غير موجود، على أن يسترد من التفليسه العوض الذى قدمه للمفلس اذا وجد هذا العوض بعينه في التفليسه، فاذا لم يكن العوض الذى قدمه موجودا بعينه، جاز له أن يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التى عادت عليها من التصرف حتى لا تثرى على حسابه اذا ما احتفظت بالعوض الذى قدمه للمفلس والمنفعة التى عادت عليها منه(١٠٧). على أن من تعاقد مع المفلس هو الملكف

---

(١٠٦) قضت محكمة تمييز العراق في ١٩٦٦/١١/٢٨ «ان السيد هاشم الصراف قد صدر حكم باشهار افلاسه اكتسب الدرجة القطعية اعتبر فيه يوم ١٩٦٤/٨/٢٥ وهو تاريخ الاحتجاج تاريخا لتوقفه عن دفع ديونه وحيث ان جميع أنواع التأدية للديون اذا جرت تأديتها بعد اليوم المذكور عد ذلك ساقط الحكم بحق (الماسة) وكأنه لم يكن، وذلك استنادا لاحكام المادة (١٥٦) من قانون التجارة العثماني (يقابلها في قانون التجارة الجديد المادة ٦١٤). وحيث أن دفع الدين قد وقع في فترة الريبة المشار اليها في المادة المذكورة آنفاً، فلا يعتد به قانونا وعليه يكون الحكم المميز اذا قضى بالزام المميز بتأدية المبلغ المدعى به الى ماسة المفلس المذكور موافقا للقانون». رقم الاضبارة ١٦٨٢/صلحية/١٩٦٦ (لم ينشر).

(١٠٧) محكمة استئناف القاهرة في ١٩٥٦/١/٢٤ الموسوعة ص ٤٢٦ رقم ٥ كذلك في ١٩٥٧/٦/١٧ الموسوعة ص ٤٣٠ رقم ٩٩ جاء في هذا الحكم الاخير «انه على فرض ان بيع المحل التجارى صادر من

باثبات المنفعة التى عادت على التفليسة من جراء التصرف، كأن يثبت مثلا أن الثمن الذي دفعه اشترى به المفلس مالا لايزال موجودا في تفليسة المدين. فاذا كانت المنفعة التى عادت عليها أقل من قيمة العوض الذي دفعه للمفلس، جاز له الاشتراك بما زاد على المنفعة التى عادت على جماعة الدائنين من التصرف في التفليسة بوصفه دائنا عاديا.

وتستفاد هذه الاحكام من نص الفقرة الثانية من المادة ٥٨٧ التى نصت بقولها «٢ــ و يكون للمتصرف الحق في استرداد العوض الذى قدمه للمفلس اذا وجد هذا العوض بعينه في التفليسه. فاذا لم يوجد كان من حق المتصرف اليه أن يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التى عادت عليها من التصرف وان يشترك في التفليسة بوصفه دائنا عاديا بما يزيد على ذلك».

ويحصل احيانا أن من تعامل مع المفلس قد تصرف بدوره في الشيء الذى حصل عليه الى شخص آخر، فهل يجبر هذا الشخص أن يرد الشيء الى التفليسة متى قضى ببطلان التصرف الذي تم مع المفلس؟ الرأى الذى عليه العمل هو تطبيق القواعد العامة المنصوص عليها في القانون المدنى بشأن دعوى عدم نفاذ التصرف في حق الدائنين. وهذه القواعد تفرق بين ما اذا كان التصرف الثاني من قبيل التبرع أو المعاوضة (المادة ٣١١مدنى)، فاذا كان تبرعا فلا يحتج به على جماعة الدائنين و يلتزم بالرد سواء كان يعلم بوقوف المدين عن الدفع وقت إجراء التصرف بينه و بين من تعامل مع المفلس أو لا يعلم. اما اذا كان التصرف الثاني معاوضة، فلا يجبر على الرد الا اذا ثبت علمه بوقوف المدين عن الدفع وقت إجراء التصرف بينه و بين من تعامل مع المفلس(١٠٨).

تلك هى آثار البطلان للتصرفات التى يجريها المفلس خلال فترة الريبة في العلاقة بين جماعة الدائنين ومن تعامل مع المفلس. أما في العلاقة بين المفلس ومن تعامل معه، فيبقى

= المفلس نفسه فان ذلك لايعنى أن المشترى ليس مالكا وانما كل مايمكن القول به هو انه معرض لطلب بطلان عقده على ان يدفع له الدائنون الثمن الذي دفعه المفلس والا اثرى الدائنون على حساب ذلك المشترى».

(١٠٨) ليون كان ورينو، جـ٧، رقم ٣٩٦، برسروديسرتو، جـ١، رقم ٦٨٤، لاكور وبوترون، جـ٢ رقم ٩٥٤، ريبير، جـ٢ رقم ٣١٢٤، اربنسون، المرجع السابق، رقم ٤٨٢، محسن شفيق، جـ٢، ص٥٦٩، سامى مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٧٦٦.

التصرف صحيحا ومنتجا لآثاره كما تقدم. ولذلك من حق المتعامل مع المفلس أن يطالبه بتنفيذ التصرف بعد انتهاء التفليسه بالصلح او بالاتحاد، ولايستطيع المفلس أن يمتنع عن التنفيذ بالاستناد الى بطلان التصرف في مواجهة جماعة الدائنين.

الفرع الرابع

بطلان تسجيل الرهون وحقوق الامتياز العقارية

٢٩ ــ تقدم أن كل رهن أو امتياز ينشأ مع الدين خلال فترة الريبة، يخضع لحكم البطلان الجوازى، فاذا توافرت شروط هذا البطلان جاز للمحكمة أن تقضي ببطلانه، ومتى قضى ببطلان الرهن سقط معه القيد بالتبعية.

وقد لاحظنا أن من بين شروط البطلان الجوازى المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ اثبات علم الدائن بوقوف المدين عن الدفع، وقد لايستطيع مدير التفليسة إقامة الدليل على ذلك، فيرفض طلب البطلان، وقد يستطيع إقامة الدليل على ذلك الا أن المحكمة لا تقضي به لأن الأمر متروك لسلطتها التقديرية.

لذا فان الرهن أو الامتياز قد ينشأ خلال فترة الريبة صحيحا، فاذا قيد جاز الاحتجاج به على جماعة الدائنين. و بذلك يستطيع الدائن أن ينفذ على المال المشمول بالرهن او الامتياز بوصفه دائنا ممتازا ولا يخضع لقسمة الغرماء.

على أن المشرع أراد التضييق على الدائن المرتهن أو الممتاز في هذه الحالة، فأجاز بطلان القيد وفق شروط أيسر من شروط البطلان الجوازى المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤.

فاذا قضى ببطلان القيد، أصبح الدين عاديا في مواجهة الدائنين، وعلى الدائن أن يتقدم به الى التفليسه فيخضع لقسمة الغرماء.

وقد نصت على حكم هذا الفرض الفقرة الاولى من المادة ٥٨٦ من قانون التجارة الجديد بقولها «١ــ حقوق الرهن او الامتياز المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين اذا حصل القيد بعد تاريخ الوقوف عن الدفع و بعد انقضاء خمسة عشر يوما من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز».

يستفاد من هذا النص أن المشرع يخضع لأحكام البطلان الجوازى حقوق الرهن أو الامتياز العقارية اذا سجلت في دائرة التسجيل العقارى خلال فترة الريبة و بعد انقضاء خمسة عشر يوما من تقرير الرهن أو نشوء الامتياز وتاريخ إجراء التسجيل.

والسبب الذي حمل المشرع على تقرير هذه القاعدة أن عدم تسجيل الرهن عند تقريره يخلق ائتمانا ظاهرا للمدين يحمل الغير على التعامل معه اعتمادا على العقارات التي يملكها والتى يجهل انها مثقلة برهن أو امتياز يقلل من قيمتها، كما يهدف المشرع من إبطال التسجيل الى التقليل من حقوق الامتياز الخاصة التي يحتج بها على جماعة الدائنين لتنشيط الائتمان العادى(١٠٩).

فالمشرع قدر ان عدم التسجيل اما ان يكون بسبب اهمال مشترك من الدائن والمدين، واما بسبب التواطؤ بينهما للاضرار بالغير، وفي كلتا الحالتين أجاز الحكم بابطاله حماية لحقوق الغير حسنى النية.

والبطلان وإن كان جوازيا، الا ان المحكمة لايمكنها ان تقضى به الا إذا توافرت الشروط التي نص عليها المشرع. ولذا سنحدد هذه الشروط ثم نوضح بعد ذلك آثار بطلان تسجيل الرهن وحقوق الامتياز العقارية.

المبحث الأول

شروط البطلان

٣٠ ــ يشترط لجواز الحكم بابطال تسجيل الرهون وحقوق الامتياز العقارية توافر الشروط التي نص عليها المشرع وهى:ــ

١ ــ ان يتم القيد في دائرة التسجيل العقاري خلال فترة الريبة.

---

(١٠٩) ليون كان ورينو، جـ٧ رقم ٤١٠، محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص ٥٨٦، محمد سامي مدكور وعلي يونس، المرجع السابق ص ٢٧٩، علي البارودي المرجع السابق، ص ٣١٢، مصطفى كمال طه، ص ٥١١.

٢ ــ ان يكون قد انقضى خمسة عشر يوما بين تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز وتاريخ قيده في دائرة التسجيل العقاري. ولتحديد هذه المدة ينبغي الاعتداد بتاريخ نشوء الرهن أو الامتياز. وعقد الرهن الرسمي لاينشأ الا بورقة رسمية موثقة وفقا للقانون (م٩٧٢ مدنى) لذا ينبغي الاعتداد بتاريخ توثيق العقد كتاريخ لنشوء الرهن. أما الرهن الحيازى فينشأ بمجرد الا تفاق (م١٠٢٧مدنى). و ينشأ حق الامتياز من وقت نشوء الدين لأن حق الامتياز لاينشأ لاحقا على نشوء الدين، وانما هو صفة في الدين ينشأ في الوقت الذي ينشأ فيه الدين بحكم القانون (م١٠٦١ مدنى).

٣ ــ ان يقدم طلب الابطال الى المحكمة من قبل مدير التفليسة بوصفه ممثلا لجماعة الدائنين خلال سنة من تاريخ صدور الحكم باشهار الافلاس.

ويجب على مدير التفليسة، باعتباره طالب البطلان، أن يقيم الدليل على أن اجراء التسجيل بالشكل الذي نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٥٨٦ سالفة الذكر يضر بحقوق الدائنين.

تلك هي الشروط التي أوجب المشرع توافرها لجواز الحكم بابطال تسجيل الرهون وحقوق الامتياز العقارية. فلم يشترط المشرع لابطال التسجيل اثبات علم الدائن المرتهن أو الممتاز بوقوف المدين عن الدفع، فالبطلان جوازى حتى في حالة حسن نية الدائن المرتهن أو الممتاز مادامت تتوافر في التسجيل الشروط التى نص عليها المشرع. ومن هذه الناحية يختلف بطلان قيد الرهن وحقوق الامتياز عن البطلان الجوازى لتصرفات المدين المنصوص عليها في الفقرة الثانية من المادة ٥٨٤ والتى يشترط لجواز إبطالها ــ كما تقدم ــ علم الدائن بوقوف المدين عن الدفع اثناء إجراء التصرف.

كما يخضع لحكم البطلان الجوازى الرهن او الامتياز الذي ينشأ قبل فترة الريبة متى قيد في دائرة التسجيل العقاري خلال فترة الريبة و بعد خمسة عشر يوما من تاريخ نشوئه، اما اذا تقرر الرهن خلال فترة الريبة ولاحقا لنشوء الدين او تقرر مع الدين وكان الدائن يعلم بوقوف المدين عن الدفع، ففى هذه الحالة لايطعن في القيد وحده، وانما يجب توجيه طلب البطلان الى الضمان ذاته او الدين المضمون به، فاذا قضى بالبطلان سقط القيد

بالتبعية (١١٠). اما اذا لم تمض خمسة عشر يوماً بين تاريخ نشوء الرهن أو الامتياز وتاريخ قيده في دائرة التسجيل العقاري، فان القيد صحيح ولو تم خلال فترة الريبة، ولايمكن إسقاطه الا بالطعن في الضمان ذاته او في الدين المضمون به عن طريق دعوى عدم نفاذ التصرف المنصوص عليها في القانون المدنى اذا نشأ الرهن او الامتياز قبل فترة الريبة، او بدعاوي البطلان الوجوبي او الجوازى المنصوص عليها في المادة ٥٨٤ من قانون التجارة اذا نشأ الرهن او الامتياز خلال فترة الريبة.

واذا كانت المحكمة لا تستطيع أن تقضي بابطال التسجيل الا اذا توافرت الشروط التي نص عليها المشرع، الا أن توافر هذه الشروط لايعنى انها ملزمة بأن تقضي بالبطلان وانما تتمتع بسلطة تقديرية واسعة تستطيع بموجبها ان ترفض إبطال التسجيل على الرغم من توافر شروط البطلان دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز، لان المحكمة تفصل في مسألة موضوعية تستقل في تقديرها(١١١).

والمحكمة في ممارستها لهذه السلطة التقديرية تأخذ بنظر الاعتبار مصلحة الدائنين فاذا قدرت أن إبطال التسجيل لايعود بالنفع على جماعة الدائنين لا تقضي به على الرغم من توافر شروطه، كما لو كان العقار محملا برهون او امتيازات اخرى يحتج بها على جماعة الدائنين تزيد قيمتها على قيمة العقار المرهون، أو أن عدم التسجيل كان لأسباب مقبوله منعت الدائن والمدين من إجراء التسجيل(١١٢).

المبحث الثاني

آثار البطلان

٣١ ــ تقدم ان بطلان التصرفات التى يجريها المفلس خلال فترة الريبة يقصد به عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين.

---

(١١٠) محسن شفيق، جـ ٢، ص ٥٩٠.

(١١١) ليون كان ورينو، جـ٧ رقم ٤١٧ محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، ص ٥٩٢، كذلك استئناف مختلط في ١٩٣١/٩/١٧ ب ٤٣ ص ٤٥١.

(١١٢) نقض فرنسي في ١٩٦٨/٧/٨ المجلة الفصلية ١٩٦٩ ص٢١١ رقم ٦٩.

وعلى ذلك فان المحكمة اذا قضت بابطال تسجيل الرهون وحقوق الامتياز العقارية، فان هذا البطلان يقصد به عدم نفاذ الرهن او الامتياز في حق جماعة الدائنين مع بقائه صحيحا ومنتجاً لآثاره بين المفلس والدائن المرتهن او الممتاز، اى أن هذا الأخير يصبح دائنا عاديا بالنسبة لجماعة الدائنين فيتقدم بدينه في التفليسه بهذا الوصف فيخضع لقسمة الغرماء.

واذا تصادف وجود رهن او امتياز نافذ في حق جماعة الدائنين تال في المرتبة للرهن او الامتياز الذي سجل خلال فترة الريبة، فان الدائن المرتهن او الممتاز الذى يحتج برهنه على جماعة الدائنين لايمكنه ان يتقدم الى المحكمة طالبا إبطال الرهن او الامتياز لسابق له في المرتبة والمسجل خلال فترة الريبة، لان البطلان لم يقرر لمصلحته وانما لمصلحة جماعة الدائنين إي أن طلب الابطال من حق مدير التفليسة وحده باعتباره ممثلا لجماعة الدائنين. فاذا وجد رهن او امتياز نافذ في حق جماعة الدائنين تال في المرتبة للرهن او الامتياز الذي قضى بابطاله، بناء على طلب المدير، فان فائدة البطلان تقتصر على جماعة الدائنين دون المدائن المرتهن او الممتاز التالي في المرتبة الذي لم يشرع البطلان لمصلحته.

و يستفاد هذا الحكم من نص الفقرة الثانية من المادة ٥٨٦ من قانون التجارة الجديد التي نصت بقولها «و يأخذ الدائن صاحب الرهن التالي للرهن المحكوم بعدم نفاذه مرتبة هذا الرهن. ومع ذلك لايعطى من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه الرهن الا ماكان يحصل عليه بفرض نفاذ الرهن السابق، و يؤول الفرق الى جماعة الدائنين»(١١٣).

---

(١١٣) انظر لتوضيح الفرض الذي نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٥٨٦ المثال الذي تقدم ذكره في رقم ١٩.

المراجع العربية

١ ــ الدكتور احمد عبدالرزاق السنهورى ــ الوسيط في شرح القانون المدنى الجزء الثامن القاهرة ١٩٦٧.

٢ ــ الدكتورة سميحة القليوبي ــ القانون التجارى الكويتى ــ الكويت ١٩٧٤ .

٣ ــ الاستاذ على العريف، شرح القانون التجارى المصرى، حـ٣ الأفلاس القاهرة ١٩٥١.

٤ ــ الدكتور على الزيني ــ اصول القانون التجاري، حـ ٣ الافلاس القاهرة ١٩٤٥.

٥ ــ الدكتور على البارودى ــ القانون التجارى اللبنانى، حـ٣ الأوراق التجارية والافلاس، بيروت ١٩٧٢.

٦ ــ الدكتور عزيز العكيلي ــ الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد ــ احكام الافلاس بغداد ١٩٧٣.

٧ ــ الدكتور محسن شفيق ــ القانون التجارى المصرى ــ حـ٢ في الافلاس ١٩٥١.

٨ ــ الدكتور محسن شفيق ــ القانون التجارى الكويتي ــ العقود التجارية، الأوراق التجارية، الافلاس، الكويت ١٩٧٢.

٩ ــ الدكتور محمد صالح ــ شرح القانون التجارى ـ حـ٤ الافلاس ــ القاهرة ١٩٤٣.

١٠ ــ الدكتور محمد سامى مدكور والدكتور على يونس ــ الافلاس القاهرة، ١٩٥٦.

١١ ــ الدكتور محمد لبيب شنب ــ دروس في التأمينات العينية ــ الكويت ١٩٧٨.

١٢ ــ مصطفى كمال طه ــ القانون التجارى ــ الاوراق التجارية والافلاس، بيروت ١٩٨٠ .

١٣ ــ الدكتور منصور مصطفى منصور ــ تحليل أثر قسمة الأموال الشائعة ــ مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة عين شمس، يناير ١٩٦٤ العدد الأول السنة السادسة ص ٧٣.

١٤ ــ الدكتور نهاد السباعى والدكتور رزق انطاكى ــ الوجيز في الحقوق التجارية، حـ ١، دمشق ١٩٦١.

المراجع الاجنبية

1. Besson - Note sous Cass. Civ. 2 mars 1932. Dalloz, 1933-1-121
2. Bourcart, note sous Req. 11 novembre 1907, S.1911-1-353.
3. Emile Tyan - Droit Commercial, t. 2, Beyrouth, 1970.
4. Erawan Le Gall - Faillites, Réglement judiciaire, Banqueroute, Liquidation des biens, Faillite personnelle, Dalloz, Paris, 1970.
5. Escarra - Manuel de droit commercial, Paris, 1948.
6. Gilbert Granchet, La notion de cessation des paiments dans la faillite et le réglement Judiciaire, Paris, 1962.
7. Jaques Argenson et Georges Toujas, Réglement judiciaire, liquidation des biens, Faillite, 4 e édition, Paris, 1973.
8. Lacour et Bouteron - Précis de droit commercial, 2 éd, Paris, 1921.
9. Lyon-Caen et Renault - Droit Commercial, t. 7, Paris, 1934.
10. Percerou et Desserteaux - Des Faillites et banqueroutes, t.1, Paris, 1935.
11. Ripert - Traite élémentaire de droit commercial, 8 ed, t. 2, Par Roblot. Paris, 1981.
12. Taller - Le Faillites en droit Comparé, 2 Vol, Paris, 1887.