

المحاضرة الاولى

يتحلل الالتزام إلى عنصرين : المديونية والمسؤولية

عنصر المديونية الذي يفرض على المدين واجب الوفاء وعلى الدائن قبوله

ثانيهما: عنصر المسؤولية الذي يمكن الدائن من قهر المدين على الوفاء اذا لم يقم به مختاراً.

فإذا نفذ المدين التزامه طوعاً انقضى عنصر المديونية، وإذا امتنع عن تنفيذ التزامه برز عنصر المسؤولية الذي يقتضي قهره على التنفيذ. وقد نظر جانب من الفقه الى الالتزام على انه رابطة موحدة، الا ان كثير من الحالات لا يمكن تفسيرها الا على أساس ازدواج رابطة الالتزام:

- فقد توجد المديونية دون المسؤولية، كحالة الالتزام الطبيعي الذي لا يجبر المدين على الوفاء.

- وقد تزيد المديونية على المسؤولية، كالشريك الموصي الذي لا يسأل عن ديون الشركة الا في حدود حصته. وقد تزيد المسؤولية على المديونية كحالة المدينين المتضامنين حيث يسأل كل منهم عن كل الدين مهما كان نصيبه فيه.

- وقد تقوم المسؤولية لضمان دين غير حال، فتجوز الكفالة في الدين إذا حدد المبلغ المكفول.

- وتقوم المسؤولية لضمان دين غير شخصي، كالرهن المقدم من غير المدين لضمان الوفاء بالدين.

- وقد تسبق المسؤولية المديونية في النشوء، فتنشأ لضمان دين مستقبل او احتمالي.

تنفيذ الالتزام المدني: يتضمن الالتزام المدني عنصرا المديونية والمسؤولية، فان الكلام عن تنفيذه يتضمن ما يأتي:

اولاً: ان وجود الالتزام في ذمة شخص يتطلب قيامه بوفاء عين ما التزم به طوعاً. ويسمى التنفيذ عندها بالتنفيذ العيني الاختياري، وينقضي حينئذ عنصر المديونية، والوفاء هو الطريق الطبيعي لانقضاء الالتزام.

ثانياً: اذا لم يقم المدين بالوفاء بالتزامه، نهض عنصر المسؤولية وامكن للدائن ان يجبر مدينه على الوفاء بمعونة السلطة العامة، ويسمى التنفيذ عندها بالتنفيذ الجبري. والاصل ان يقع التنفيذ الجبري تنفيذاً عينياً باجبار المدين على اداء عين ما التزم به، وهو ما يسمى بالتنفيذ العيني الجبري بشروط معينة، فان تتوفر هذه الشروط فان التنفيذ يتحول الى تنفيذ بمقابل (التعويض)، اي يؤدي المدين الى دائه تعويضاً يشمل ما اصابه من خسارة وما فاتته من كسب.

المحاضرة الثانية

التنفيذ العيني الجبري

وجوب تنفيذ الالتزام بحسن نية: ان مبدأ حسن النية اضحى في القوانين الحديثة قاعدة عامة تحكم اعمال المدين جميعاً في الوفاء بالتزامه واصبح قوام تنفيذ العقود كافة. ان حسن النية يعني، ان ينفذ المدين التزامه على نحو يطابق نية الطرفين عند التعاقد، وبطرق لا تفوت ما قصده الدائن من مصلحة عند ابرام العقد او تجعلها اكثر كلفة دون مبرر.

- شروط التنفيذ العيني الجبري

نصت المادة (٢٤٦) على شرطين، اضافة الى شرطين اخزين يمكن استخلاصهما من طبيعة عمل القضاء:

اولاً: ان يكون التنفيذ العيني ممكناً : يحق للدائن مطالبة المدين بالتنفيذ العيني والمحكمة ان تقضي به مادام ممكناً، فان استحالة التنفيذ العيني فلا مجال للمطالبة به، وينظر الى سبب الاستحالة، فان كانت بسبب اجنبي انقضى التزام المدين بحكم القانون وامتنع الرجوع عليه بالتعويض. أما إذا تحققت الاستحالة بخطأ المدين فان التنفيذ العيني يتحول الى التنفيذ بطريق التعويض.

وعدم إمكان التنفيذ العيني واستحالته بخطأ المدين متصورة في جميع أنواع الالتزامات عدا الالتزام بدفع مبلغ من النقود، ولكن عدم الإمكانية هذه تتأثر بعاملين اولهما طبيعة الالتزام ووسائل تنفيذه المادية وثانيهما ميعاد التنفيذ:

فمن حيث الطبيعة، مثلاً، فان استحالة تنفيذ الالتزام بنقل حق عيني على عقار تتحقق عندما يمتنع البائع عن تسجيل العقد في دائرة التسجيل العقاري، وتبدو الاستحالة بالنسبة للالتزام بنقل حق عيني على منقول عندما يقدم البائع على بيعه لمشتري ثان تسلمه بحسن نية، وتتحقق الاستحالة بالنسبة للالتزام بالامتناع عن عمل عند إقدام المدين على القيام بالعمل الذي تعهد بالامتناع عنه

وتبدو استحالة التنفيذ من حيث ميعاد التنفيذ فيما لو تحدد في الاتفاق ميعاد لتنفيذه وانقضى الميعاد دون ان يتم التنفيذ فلا تبقى جدوى من التنفيذ العيني الا إذا أقام المدين الدليل على عكس ذلك، كاتفاق صناعي مع مقاول بان يبني له جناح في معرض دولي لعرض مصنوعاته أمام الزوار وانقضت مدة المعرض دون يقيم المقاول البناء.

ثانياً: ان لا يكون في التنفيذ العيني إرهاب للمدين، او فيه إرهاب ولكن العدول عنه يلحق بالدائن ضرراً جسيماً: يجوز للمدين ان يعدل عن التنفيذ العيني رغم إمكانيته الى التنفيذ بطريق التعويض إذا توفر شرطان: اولهما، ان يكون في التنفيذ العيني إرهاب له، وثانيهما ان لا ينتج عن عدوله عن التنفيذ العيني ضرر يعادل او يفوق في جسامته ما يلحقه. ويقصد بالإرهاب الخسارة الجسيمة المحققة التي تصيب المدين بسبب التنفيذ العيني لا مجرد الكلفة والضيق ولا يدخل في معناه مجرد ارتفاع الأسعار أو زيادة الضرائب.

ولا يكفي للعدول تحقق إرهاب المدين بل يجب ان لا ينتج عن العدول ضرر جسيم يصيب الدائن، فالعدول عن التنفيذ العيني بسبب الإرهاب وان جاء تطبيقاً لنظرية عدم التعسف في استعمال الحق الا ان هذا التطبيق لا ينهض اذا لحقت بسبب ذلك خسارة اكبر بالدائن، كما لو تعهد صيدلي بتوريد أدوية خاصة لمرضى في مستشفى وانقطع استيرادها فانه يجبر على توفيرها كاستيرادها على حسابه، لان الضرر اللاحق بالمرضى أكثر مما يوقعه الإرهاب به من ضرر، وتقدير ذلك يعود للقضاء.

ثالثاً: ان يطلب الدائن التنفيذ العيني: لان القضاء لا ينظر في أمر الا إذا قدم به طلب رفع إليه، فإذا طالب الدائن بالتنفيذ العيني الجبري وتوافرت شروطه، فليس للمدين ان يمتنع او يعرض التعويض، وإنما يجبره القضاء عليه ، وإذا طالب الدائن بالتعويض وعرض المدين التنفيذ العيني حكم بالتنفيذ العيني الاختياري، ولا يحق للدائن رفضه، لان الأصل في التنفيذ ان يكون عينياً.

رابعاً: ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ واجب الأداء: يعد إيصال الحقوق الى أصحابها من صميم واجبات السلطة العامة ، ولكنها لا تتدخل لمساعدة كل مدع بحق باستيفائه من خصمه قهراً فلا بد من ثبوت الحق ووضوحه وخاصة إذا ثبتت في سندات تنفيذ وهي تلك الوثائق التي تتضمن حقوقاً ثابتة واضحة لا مجال لإنكارها والتي ينبغي على الدائن ان يتزود بها كي لا تتردد السلطة العامة في قهر المدين على تنفيذها.

خامساً: ان يكون امتناع المدين عن التنفيذ أو تأخره فيه غير مشروع: وهو شرط يدور حول تقابل الالتزامات، فإذا لم يقم الدائن بتنفيذ التزامه حق للمدين أن يمتنع عن تنفيذ التزامه، ويعتبر امتناعه حينئذ مشروعاً لا يجوز للدائن طلب التنفيذ العيني الجبري.

- كيف يقع التنفيذ العيني الجبري عند توفر شروطه

السلطة الموكل إليها أمر القيام بالتنفيذ العيني الجبري: تتولى السلطة العامة إيقاع التنفيذ الجبري بإشراف القضاء ومراقبته، والجهة المختصة بالتنفيذ في العراق هي دائرة

التنفيذ سواء كان التنفيذ عينياً جبرياً أو التنفيذ بطريق التعويض، وعن طريق الحجز على أموال المدين، وهي الدائرة المختصة في الأصل بتنفيذ سندات التنفيذ. كما منح قانون جباية الديون المستحقة للحكومة بعض الدوائر الرسمية الأخرى سلطات تنفيذية.

- اختلاف صور التنفيذ العيني الجبري باختلاف محل الالتزام

تختلف صور التنفيذ العيني الجبري باختلاف محل الالتزام، وكما يأتي:

اولاً- الالتزام بنقل حق عيني يرد على عقار: يتضح من نصي المادتين (٢٤٧، ٥٠٨) مدني عراقي، ان عقد بيع العقار والعقود المتعلقة بإنشاء حق عيني عقاري آخر او نقله او تعديله او زواله، تعبر من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بعد تمام تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري. وعليه لا يستطيع الدائن جبر مدينه على تنفيذ التزامه الأصلي تنفيذاً عينياً وهو نقل الحق العيني إذا امتنع المدين عن ذلك، كما لا يستطيع جبره على تنفيذ التزامه التبعية وهو تسليم العقار، وهو التزام بعمل يتضمنه الالتزام الأصلي، لان العقد لا وجود له قبل استيفاء الشكل الذي نص عليه القانون.

إلا ان الدائن، كمشتري العقار مثلاً، يستطيع ان يطالب بالتعويض حسب نص المادة ١١٢٧ مدني عراقي التي نصت على انه (التعهد بنقل ملكية عقار يقتصر على الالتزام بالتعويض، إذا اخل أحد الطرفين بتعهدة سواء اشترط التعويض في التعهد أو لم يشترط).

ثانياً - الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالذات: ان الحق العيني بالنسبة لهذا النوع من الالتزامات ينتقل بقوة القانون وبمجرد نشوئه، إذا كان المنقول المعين بالذات مملوكاً للملتزم، ولذلك لا يتصور اللجوء الى التنفيذ الجبري في نطاق هذا الالتزام. ومع ذلك فان انتقال الحق هذا قد تعطله قاعدة (الحيازة في المنقول سند الملكية)، كما لو ان البائع باع المنقول ذاته الى مشتر ثان تسلمه بحسن نية فتنتقل إليه الملكية بسبب الحيازة لا بسبب العقد، لان البائع تجرد من الملكية بمقتضى بيعه الأول.

إلا أن للتنفيذ الجبري بالنسبة لهذا النوع من الالتزام مجالاً بالنسبة للالتزام التبعية الذي يتضمنه الالتزام بنقل الحق العيني، وهو الالتزام بتسليم المنقول المعين بالذات إذا امتنع

المدين عن تسليمه، فللدائن إجباره على التسليم عن طريق دائرة التنفيذ إذا كان المنقول موجوداً وكان بيده سند تنفيذ وعن طريق استصدار حكماً من القضاء بتسليمه إليه، وإن كان غير موجود بسبب إخفائه أو هلاكه بخطأ المدين، تحول الدائن إلى المطالبة بالتنفيذ بطريق التعويض.

ثالثاً - الالتزام بنقل حق عيني يرد على منقول معين بالنوع والمقدار: لا يتم تنفيذ هذا الالتزام ولا ينقل الحق إلا بتعيين المنقول بالذات، وبالنظر إلى أن تعيينه بالذات يقتضي فرزه، أي عزله عن بقية صنفه وسواء سلم للدائن أو لم يسلم، فإن امتناع المدين عن الفرز يحول دون انتقال الحق إلى الدائن ويفسح المجال إلى تنفيذه جبراً عنه. والحكم عندئذ، أنه إن كان لدى المدين منقولات من نفس النوع، حق للدائن أن يطلب من المحكمة أن تخوله القيام بتعيين الشيء المستحق له أو تكليف خبير بهذه المهمة، وبتعيين الشيء بالذات يتم انتقال الحق العيني؟، وبتسليم الشيء يتم تنفيذ الالتزام بالتسليم وهو الالتزام التبعية.

أما إذا لم يكن لدى المدين مثليات من نفس النوع، يحق للدائن استئذان المحكمة، أو بدون استئذائها في الحالات المستعجلة، لشراء شيء من النوع نفسه على نفقة المدين ويرجع على المدين بالمصروفات التي أنفقها وبالتعويض عن تأخر المدين في تنفيذ التزامه، وتقدر المحكمة مدى ملائمة تصرف الدائن عند عدم استئذائها وقد تحكم له بمبلغ أقل إذا تبين لها تسرعه وسوء تصرفه. وقد يتحول الدائن إلى المطالبة بالتعويض في حالتين أولاً، إذا تعذر حصول الدائن على شيء من النوع نفسه، وثانياً، إذا اتخذ من امتناع المدين عن التنفيذ العيني ذريعة للمطالبة بالتعويض.

المحاضرة الثالثة

التنفيذ بمقابل أو التعويض

يعرف التعويض بأنه: مبلغ من النقود أو أية ترضية من جنس الضرر تعادل المنفعة التي كان سينالها الدائن فيما لو نفذ المدين التزامه على النحو الذي يوجبه حسن النية وتقتضيه الثقة في المعاملات.

حالات التعويض: يحق للدائن اقتضاء التعويض عند توفر شروطه في حالات هي:
اولاً - إذا أصبح التنفيذ العيني للالتزام مستحيلاً بخطأ المدين.

ثانياً - إذا تطلب التنفيذ العيني تدخل المدين الشخصي، وامتنع عن التنفيذ وفشل الحكم عليه بالغرامة التهديدية في كسر عناده وإكراهه على التنفيذ.

ثالثاً: إذا كان التنفيذ العيني ممكناً ولكنه مرهق للمدين، وكان في التعويض ترضية كافية للدائن، لان عدم التنفيذ العيني لا ينطوي على ضرر جسيم يصيبه.

رابعاً: إذا كان التنفيذ العيني ممكناً دون تدخل المدين الشخصي، ولكن الدائن لم يطلبه ولم يعرض المدين القيام به.

انواع التعويض: يبدو التعويض على نوعين: اولهما: التعويض عن عدم التنفيذ، وثانيهما: التعويض عن التأخير في التنفيذ. وتبدو القواعد التي تحكمها واحدة لولا قيام الفارقين الآتيين بينهما:

اولاً: يحل التعويض عن عدم التنفيذ محل التنفيذ العيني ولا يمكن الجمع بينهما لأن الدائن سيتقاضى حقه مرتين عندئذ، اما الجمع بين التعويض عن التأخير وبين التعويض عن عدم التنفيذ فأمر جائز إذا تأخر المدين في تنفيذ التزامه وتحققت شروطهما.

ثانياً: ان اذار المدين يعتبر إجراء لازم للحكم بالتعويض عن التأخير ولا ضرورة له في بعض حالات التعويض عن عدم التنفيذ. كما يجوز الجمع بين التعويض عن عدم التنفيذ وبين التعويض عن التأخير في التنفيذ.

شروط استحقاق التعويض

يفهم من نصوص القانون المدني العراقي ان شروط استحقاق التعويض هي:

اولاً: الإعذار.

ثانياً: توافر أركان المسؤولية المدنية عقدية او تقصيرية.

ثالثاً: عدم الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية.

ولسبق الكلام عن الشرطين الأخيرين، سوف نوضح فقط موضوع الإعذار.

يعرف الإعذار بأنه: دعوة المدين من قبل دائنه الى تنفيذ التزامه، ووضعه قانوناً في حالة التأخر تأخراً تترتب عليه مسؤوليته عن الإضرار التي تصيب الدائن نتيجة هذا التأخر.

- ويشترط الإعذار لاعتبارين: أولهما قانوني: ومفاده ان مجرد تأخر المدين لا يكفي لاعتباره مقصراً، وإن حلول الاجل يعني ان الدين أضحى مستحق الأداء دون ان يعني تضرر الدائن وسكوته عن المطالبة بحقه يحمل على محمل التسامح والرضا الضمني بمد اجل الوفاء. ولنفي هذه القرينة يجب ان يفصح الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه وعدم تسامحه ازاء التأخير في التنفيذ من خلال الإعذار.

وثانيهما: اعتبار أخلاقي: ومفاده ان تنبيه المدين الى تقصيره ودعوته الى تنفيذ التزامه إجراء تقتضيه القيم الخلقية قبل مفاجأة المدين بالتنفيذ الجبري بما ينطوي عليه من إجراءات تمس كرامته وسمعته.

- كيف يقع الإعذار: بمقتضى نص المادة ٢٥٧ مدني عراقي يتم الاعذار في إحدى صور ثلاث:

اولاً: يكون إعدار المدين بإنذاره: وهذه هي القاعدة العامة، والإنذار ورقة رسمية يعبر فيها الدائن عن رغبته الجدية في اقتضاء حقه من مدينه، ويتم بواسطة الكتاب العدل. ويسمى في العراق بالتبليغ.

ثانياً: يجوز ان يتم بأي طلب كتابي آخر: كورقة رسمية او برقية او رسالة مسجلة او عادية إلا ان الاخيرة تثير مشكلة اثبات واقعة تسلمها من قبل المدين وإثبات محتواها.

ثالثاً: يجوز ان يقع بأية صورة أخرى يحددها اتفاق الطرفين، كالاتفاق بين الطرفين صراحة او ضمناً على اعتبار المدين معذراً بمجرد حلول الاجل، ويجب ان يكون قاطعاً في دلالتة، فان احتمل الشك، فسر الشك لمصلحة المدين.

- متى يجب الإعدار في القانون العراقي: تطلب المشرع العراقي الاعذار بمقتضى المادة ٢٥٦ كشرط لاستحقاق التعويض، سواء كان تعويضاً عن عدم التنفيذ او تعويضاً عن التأخر فيه، ومع ذلك يلاحظ ان الاعذار شرط لاستحقاق التعويض عن التأخير في التنفيذ اما المطالبة بالتعويض عن عدم التنفيذ فلا حاجة للاعدار فيها، لان الحكم بالتعويض امر مؤكد متى ما توافرت شروطه.

- الحالات المستثناة من وجوب الاعذار في قانوننا: تستثنى من الإعدار حالات يعتبر حلول الأجل فيها كافياً لإشعار المدين بوجوب المبادرة الى التنفيذ وإلا وجب عليه التعويض، دون الحاجة الى استيفاء إجراء الاعذار، وهي:

اولاً - الحالات المستثناة بحكم الاتفاق: بمقتضى المادة ٢٥٧ مدني عراقي يجوز للطرفين الاتفاق على أن يكون المدين معذراً بمجرد حلول الأجل دون حاجة الى استيفاء إجراء ما، ومثل هذا الاتفاق قد يقع صريحاً او ضمناً كأن يشترط في عقد مقاوله وجوب إكمال البناء في ميعاد معين. ولكن يجب ان يكون قاطعاً في دلالتة لا يحتمل شكاً.

الا ان هذا الاتفاق لا يعفي الدائن من السعي الى مكان الوفاء لأن القاعدة في الوفاء ان الدين مطلوب وليس محمول.

اما إذا كان تنفيذ الالتزام واجباً في موطن الدائن فيجب على المدين التقدم للوفاء عند حلول الأجل.

الا ان هذا الاتفاق لا يعمل به إذا فسخه الدائن بتصرفه، كأن ينص العقد بين شركة التأمين وبين المؤمن له على وجوب دفع الأقساط في مركز الشركة عند حلول آجالها دون حاجة الى إعدار المدين، ثم تجري الشركة على إيفاد محصلها لتسلم الأقساط وتعذر المدين كلما تأخر، وعندها لا يجوز للشركة ان تحتج على المدين بعدم لزوم الإعدار.

ثانياً - الحالات المستثناة بنص القانون: وهي طائفتين، ومنها لم تكن هناك حاجة للنص على عدم ضرورة الإعدار فيها، ومنه ما يبدو الإعدار فيها غير مجد ولم يفد النص إلا تأكيد عدم جدواه:

- الطائفة الأولى من الحالات هي:

١١- إذا كان محل الالتزام رد شيء يعلم المدين إنه مسروق، او شيء تسلمه دون وجه حق، وهو عالم بذلك.

٢: استحقاق البائع الفوائد القانونية عن الثمن المستحق الأداء دون حاجة الى إعدار المشتري، إذا كان قد سلمه الشيء المبيع، وكان الشيء قابلاً ان ينتج ثمرات او إيرادات أخرى، ما لم يقضي النص او الاتفاق بخلاف ذلك.

٣: إذا أخذ الشريك مبلغاً من مال الشركة أو احتجزه، لزمته فوائد هذا المبلغ من يوم أخذه أو احتجازه مع التعويض ان كان له مقتضى دون حاجة الى انذاره.

٤: إذا استعمل الوكيل مال الموكل لصالح نفسه، فعليه فوائد المبالغ التي استخدمها لصالحه من وقت استخدامها، دون حاجة الى انذاره.

٥: إذا أنفق الوكيل مبلغاً في تنفيذ الوكالة فعلى الوكيل أن يرد له ما أنفقه في تنفيذها تنفيذاً معتاداً مع الفوائد من وقت الاتفاق مهما كان حظ الوكيل من النجاح في مهمته، دون حاجة الى إعداره.

- الطائفة الثانية من الحالات هي:

1: - إذا أصبح تنفيذ الالتزام تنفيذاً عينياً غير ممكن بفعل المدين، وخاصة إذا كان محل الالتزام نقل حق عيني أو قياماً بعمل، ووجب ان ينفذ في وقت معين انقضى دون ان يتم، او كان الالتزام امتناعاً عن عمل واخل به المدين.

2: - إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.

3: إذا صرح المدين كتابة أنه لا ينوي تنفيذ التزامه.

ثالثاً: الحالات المستثناة لأن طبيعة الأشياء تقتضي عدم وجوب الإعذار وإن لم يرد بشأنها نص:

١- إذا استحال على الدائن ان ينذر مدينه بسبب الظروف المحيطة به. فان تعهد ناقل بنقل راكب الة جهة ما في ميعاد محدد، وتسبب بخطئه في تأخر وصوله، فان الركب يستحق التعويض عن الضرر دون حاجة لاعذار الناقل لانه يستحيل عليه القيام بالاغذار بسبب ظروف النقل.

٢- إذا جاهر المدين بعلمه بحلول الأجل وبنيته في تنفيذ التزامه، فلا لزوم للإعذار عندئذ. لأن المدين يكون قد أعلن بما يهدف الإعذار الى إعلامه به، وتحقق غرض الاعذار قبل وقوعه.

المحاضرة الرابعة

أثار الإعذار

تترتب على الاعذار نتيجتان قانونيتان، هما على التعاقب:

النتيجة الاولى - إلزام المدين بالتعويض عن التأخير في التنفيذ من وقت الإعذار: إذا عذر الدائن مدينه، أصبح المدين مسؤولاً عن الضرر اللاحق بالدائن بسبب التأخير في التنفيذ من وقت الإعذار. اما إذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود، فإن فوائد التأخير يبدأ سريانها من تاريخ المطالبة القضائية بها لا من تاريخ الإعذار، ما لم يحدد القانون او الاتفاق او العرف التجاري تاريخاً آخر لسريانها. وسبب عدم مسؤولية المدين قبل الإعذار، هو افتراض ان الدائن غير متضرر من التأخير ويحمل سكوته على انه رضاً ضمناً بمد أجل الوفاء. وبالإعذار يفصح الدائن عن رغبته الجدية في استيفاء حقه دون تأخير ويلقي تبعة اي ضرر يلحق به على عاتق المدين.

النتيجة الثانية - انتقال تبعة الهلاك: تأثر مشرعنا في أحكام تبعة الهلاك بالفقه الإسلامي وميز بين يد الضمان ويد الأمانة. وعرف يد الضمان بأنها يد غير المالك إذا حاز الشيء بقصد تملكه. كيد الغاصب، ويد الحائز بقصد التملك سواء كان حسن النية او سيئها. وعرف يد الأمانة بأنها يد غير المالك إذا حاز الشيء لا بقصد تملكه وانما على اعتباره نائباً عن المالك كيد الوديع والمستأجر والمستعير.

وقضى بأن الشيء إذا انتقل من يد مالكة الى يد غير المالك بعقد او بغير عقد وهلك دون تعد او تقصير، فإن تبعة الهلاك تكون على صاحب اليد إذا كانت يده يد ضمان على الشيء ويهلك على صاحب الشيء إذا كانت يد صاحب اليد يد أمانة. ولكن يد الأمانة تنقلب الى يد ضمان إذا كان صاحب اليد ولو بغير قصد التملك، قد حبس الشيء عن صاحبه دون حق أو أخذه دون اذنه.

فان كان الالتزام بالتسليم مستقلاً، وانتقل الشيء من يد مالكة الى يد غير المالك بعقد، كعقد الإعارة او الوديعة او الإيجار وهلك الشيء بسبب أجنبي وهو في يد الحائز تحمل المالك تبعة الهلاك لأن يد الحائز يد أمانة.

إلا ان يد المستعير او الوديع، وهي يد أمانة قد تنقلب الى يد ضمان إذا حبس أي منهما الشيء دون حق. كأن يطالب برده ويمتنع عن الرد دون سبب مشروع.

وإذا انتقل الشيء بغير عقد الى الحائز، كالغصب والحيازة بحسن نية او بسوءها وهلك الشيء دون تعد او تقصير منه، تحمل الحائز تبعه الهلاك، لأن يده يد ضمان.

أما إذا كان الالتزام بالتسليم تبعياً، كالتزام البائع بتسليم المبيع، وهلك الشيء بيده قبل تسليمه إلى المشتري، فإنه يهلك على البائع، لأن يد البائع وهو المالك القديم توصف بانها يد ضمان حتى ينفذ التزامه بالتسليم، غير أن يد البائع تنقلب قبل التسليم الى يد امانة إذا دفع بعدم التنفيذ وحبس المبيع في يده لأن المشتري لم يدفع الثمن وهلك المبيع بسبب اجنبي فان المشتري هو من يتحمل تبعه الهلاك.

وبالإعذار تنتقل تبعه الهلاك من عاتق الطرف الذي كان يتحملة إلى عاتق الطرف الآخر. فإذا كانت يد المدين يد امانة، كيد الوديع والمستعير، فان قام الدائن بإعذارهما بوجوب التسليم وامتنعا تحولت يدهما من يد امانة الى يد ضمان ويتحملان حينئذ تبعه الهلاك ولو بسبب أجنبي.

وإذا كانت يد المدين يد ضمان وإن لم تكن الحيازة بقصد التملك، كيد البائع قبل التسليم، الا ان يد البائع تتحول الى يد امانة اذا اعذر المشتري بوجوب تسلم الشيء وامتنع عن تسلمه وهلك الشيء بسبب أجنبي في يد البائع تحمل المشتري تبعه هلاك الشيء، فبالإعذار تنتقل تبعه الهلاك من عاتق المدين بالتسليم الى عاتق الدائن به.

- تقدير التعويض

عند توفر شروط استحقاق التعويض، أصبح التعويض مستحقاً، ووجب تقديره، والتمزم المدين بدفعه سواء تم ذلك اختياراً او جبراً.

والأصل أن يقوم القاضي بتقدير التعويض والحكم به. ويسمى التعويض عندئذ بالتعويض القضائي، ويجوز أن يتم تقدير التعويض باتفاق الطرفين ويسمى التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي، وقد يتولى القانون تقديره عندما يكون محل الالتزام دفع مبلغ من النقود، ويسمى بالتعويض القانوني.

أما التعويض القضائي: هو تعويض يقدره القضاء ويحكم به عند الفصل في الدعوى التي يقيمها الدائن على مدينه ليحمله بمقتضاها مسؤولية عدم تنفيذ التزامه أو التأخر في تنفيذه.

وقد سبقت الإشارة الى أنواع التعويض وكيفية تقديره وعناصره ووقت تقدير الضرر الذي يجب التعويض عنه، عند شرح نظرية الالتزام واليها ينبغي الرجوع.

المحاضرة الخامسة

التعويض الاتفاقي أو الشرط الجزائي

- تعريفه: يعرف التعويض الاتفاقي بانه اتفاق يحدد فيه المتعاقدان مقدراً التعويض الذي يستحقه الدائن اذا لم ينفذ المدين التزامه أو أخل به أو تأخر في تنفيذه.

ويسمى ايضاً بالشرط الجزائي، فهو شرط لانه يدرج عادة ضمن شروط العقد الأصلي ليقوم استحقاق التعويض على اساسه، وهو جزائي لان الغرض منه مزدوج، فهو تعويض للدائن عما يصيبه من ضرر. وهو جزاء يفرض على المدين لعدم تنفيذ التزامه أو لإخلاله به أو لتأخره فيه، وينطوي على معنى التهديد دون ان يكون عقوبة، لان المبلغ الذي يتضمنه يقدر عادة بأكثر من الضرر الذي يلحق بالدائن نتيجة اخلال المدين بالتزامه أو عدم تنفيذه أو تأخره.

- تطبيقاته: قد يكون التعويض الاتفاقي تعويضاً عن عدم التنفيذ او عن التأخير في التنفيذ، كما لو اشترط رب العمل على المفاوض تعويضاً عن عدم التنفيذ او تعويضاً معيناً عن كل يوم يتأخر فيه عن اقامة البناء عن الموعد المحدد، ولا مانع ان يكون تعويضاً اتفاقياً عن مسؤولية تقصيرية كالاتفاق على تقدير التعويض المستحق في حالة خيانة أمانة، والشرط الجزائي كثير الوقوع في الحياة العملية، لاسيما في عقود المقاولات والتوريد والأشغال.

- الأغراض من الشرط الجزائي: قد يراد من الشرط الجزائي التحايل على احكام القانون المتعلقة بفوائد التأخير. او تعديل احكام المسؤولية العقدية تخفيفاً او تشديداً، الا ان اهم غرض يهدف اليه هو تجنب تحكم القضاء او التخفيف من تحكمه في تقدير التعويض، وتحاشي النزاع الذي يثور بشأن ركن الضرر من حيث وجوده أو انعدامه وطبيعته.

خصائص الشرط الجزائي: يتميز الشرط الجزائي بالخصائص الآتية:

اولاً - انه اتفاق بين طرفين: فيجب ان يستوفي هذا الاتفاق أركان العقد وشروطه وتسري عليه جميع أحكام العقد من بطلان وتوقف وغيرها.

ثانياً: انه اتفاق على تقدير التعويض. ولكي ينتج هذا الاتفاق اثره يجب تتوافر شروط استحقاق التعويض.

ثالثاً: انه اتفاق يحدد فيه مقدماً مقدار التعويض: فيجب ان يسبق هذا الاتفاق عدم التنفيذ او التأخير فيه وإلا اعتبر صلحاً، ويدرج عادة ضمن بنود العقد الأصلي ولا مانع ان يتم في اتفاق لاحق بشرط ان يقع قبل الإخلال بالالتزام.

رابعاً: انه اتفاق ينطوي على خروج عن أحكام التقدير القضائي: الأصل ان يتولى القضاء تقدير التعويض، ولذلك تعتبر احكام التعويض الاتفاقي احكاماً استثنائية فيجب ان يفسر دون توسع وقصره على الحالة التي قصدها الطرفان.

خامساً: انه اتفاق تبعي: لان الاتفاق على الشرط الجزائي لم يقصد لذاته، وانما تم بمناسبة اتفاق آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه. فهو اتفاق لا يولد التزاماً أصلياً بالتعويض وإنما ينشئ التزاماً تبعياً بتقدير التعويض.

طبيعة الشرط الجزائي: سبق القول ان الشرط الجزائي لم يقصد لذاته، وانما هو التزام تبعي تم بمناسبة اتفاق أصلي آخر وبقصد حمل المتعاقد على تنفيذه. فهو يحدد التزاماً جزائياً في صورة تعويض مقدر لا ينشأ الا نتيجة الإخلال بالالتزام الأصلي، وتترتب على صفة التبعية للشرط الجزائي نتائج أهمها ما يأتي:

من حيث التنفيذ: تكون العبرة بالالتزام الأصلي لا بالشرط الجزائي عند مطالبة الدائن مدينه بالتنفيذ مادام التنفيذ العيني ممكناً ، الا انه يجوز للدائن طلب تطبيق الشرط الجزائي اذا وافقه المدين على ذلك ويفسر هذا التحول بانه تم بناءً على اتفاق ضمني، واذا استحال التنفيذ العيني بخطأ المدين فان للدائن طلب تنفيذ الشرط الجزائي وللمدين ان يعرض تنفيذه، الا انه اذا كانت استحالة التنفيذ بسبب أجنيبي فان الالتزام الأصلي ينقضي ويسقط الالتزام التبعي، ولا تجوز المطالبة بتنفيذ الشرط الجزائي، لان المدين لا يكون مسؤولاً والتعويض لا يكون مستحقاً حينئذ.

من حيث الأوصاف: وبالنظر لتبعية الشرط الجزائي للالتزام الأصلي فانه تلحق به جميع الأوصاف التي يقترن بها الاخير من شرط وتعدد واجل.

من حيث البطلان: ان بطلان الالتزام الأصلي، بسبب انعدام الأهلية او عدم مشروعية المحل مثلاً، يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي، اما بطلان الشرط الجزائي فلا يؤثر على صحة الالتزام الأصلي لانه تابع، والتابع قد يسقط والأصل يظل قائماً ، كمخالفة الشرط الجزائي لقواعد القانون الآمرة كاشتراط الدائن المرتهن تملك العقار المرهون اذا لم يوف المدين بالدين في اجله، أو لمخالفته للنظام العام كأن يتعهد ممثل الا يمثل في مسرح معين وإلا حبس نفسه.

من حيث الفسخ: ان فسخ العقد وهو مصدر الالتزام الأصلي يؤدي الى سقوط الشرط الجزائي ويقدر التعويض حينئذ من قبل القضاء.

احكام الشرط الجزائي

يتضح من نص المادة (١٧٠) مدني عراقي ان الشرط الجزائي اذا توافرت شروطه يصبح ملزماً للمتعاقدين، ويجب على القاضي الحكم به، ولا يستطيع القاضي ان يجري تعديلاً في المبلغ المقدر تبعاً للضرر الذي أصاب الدائن تخفيضاً أو زيادة إلا في الأحوال التي نص عليها القانون، وهي كما يأتي:

أ- تخفيض الشرط الجزائي: يجوز للمحكمة ان تنقص قيمة الشرط الجزائي في حالتين حسب (م - ١٧٠) م. ع وهما:

اولاً - إذا كان الشرط الجزائي مبالغاً فيه لدرجة كبيرة: أو حسب تعبير المشرع العراقي (إذا اثبت المدين ان التقدير كان فادحاً). ففداحة التقدير يجب ان تفسر على نحو ما قصده المشرع المصري، وعليه لا يكفي لتخفيض قيمة الشرط الجزائي ان تكون في التقدير زيادة بحيث تتجاوز قيمته قيمة الضرر، وإنما يجب ان تكون قيمة الزيادة مبالغاً فيها الى درجة كبيرة.

ثانياً - إذا كان الالتزام الأصلي قد نفذ في جزء منه: تقتضي العدالة ان الشرط الجزائي لا يستحق بكامله إلا اذا لم ينفذ المدين التزامه كاملاً، فإذا اثبت المدين انه قام بتنفيذ التزامه تنفيذاً جزئياً قبله الدائن دون اعتراض ولم يتضرر منه، جاز للقاضي تخفيض قيمة الشرط الجزائي بنسبة ما تم تنفيذه نزولاً عند مقتضيات العدالة واحتراماً لإرادة المتعاقدين حيث يمكن القول ان إرادة الطرفين قد انصرفت الى التخفيض مادام المدين قد نفذ جزءاً من التزامه.

واحكام المادة ١٧٠ م. ع من النظام العام ويقع بطلاً كل اتفاق يخالف مقتضاها، واذا تم التخفيض فلا يتحتم ان يكون مساوياً للضرر بل يكفي ان يكون متناسباً معه.

ب - زيادة الشرط الجزائي: للمحكمة ان تزيد من قيمة الشرط الجزائي إذا كان التعويض المتفق عليه يقل عن الضرر الواقع، وذلك في حاتين تبرر زيادة التعويض فيهما احكام شروط الإعفاء من المسؤولية او التخفيف منها:

اولاً - حالة الغش والخطأ الجسيم: إذا كان الإخلال بالالتزام العقدي ينسب الى غش او خطأ جسيم ارتكبه المدين وكان الضرر يفوق في مقداره قيمة الشرط الجزائي (م - ١٧٠) مدني عراقي.

ثانياً - اذا كانت قيمة الشرط الجزائي تافهة: اذا كانت قيمة الشرط الجزائي من التافهة بحيث لا تعتبر تعويضاً جدياً عن الضرر، وكان الشرط الجزائي وسيلة تحايل للإعفاء من المسؤولية التقصيرية، تطبيقاً لنص المادة ٢٥٩ التي قضت بابطال كل شرط يعفي من المسؤولية التقصيرية، والشرط الجزائي اذا تفهت قيمته لا يعتبر تعويضاً جدياً عن ضرر واقع، ويعتبر اعفاءً ضمناً وغير مباشراً من المسؤولية التقصيرية فيكون باطلاً.

واحكام الحالتين اعلاه من النظام العام ويقع بطلاً كل اتفاق يخالف مقتضاهما.

سلطة القاضي في تعديل الشرط الجزائي

للقاضي سلطة مطلقة في الحكم بالتعويض المتفق عليه او تعديله ولا رقابة من محكمة التمييز على حكمه، وتعد توافر اركان المسؤولية من العناصر التي تخضع لتقديره، فاذا توفرت شروط استحقاق التعويض ووجد القاضي تناسباً بين قيمة الشرط الجزائي وبين قيمة الضرر حكم بمقتضى الشرط الجزائي دون تعديل في قيمته وان جاوزت قيمته الضرر مراعي التناسب بين القيمتين لا التساوي، وله ان يجري عليه تعديلاً في الأحوال التي نص عليها القانون.

حكم الشرط الجزائي في عقد ناقل لملكية عقار او منشئ لحق الرهن عليه، دون ان يسجل في دائرة التسجيل العقاري: يتضح من نصوص القانون المدني العراقي، ان العقد ناقل لملكية عقار او المنشئ لحق الرهن عليه من العقود الشكلية التي لا تنعقد إلا بعد تسجيلها في دائرة التسجيل العقاري، اما العقد غير المسجل فيعتبر باطلاً ويكون في حكم

العدم ولا يرتب اثرأ باعتباره عقداً ناقلاً للملكية او منشأً للرهن، ومع فان القانون يلقي على عاتق الناكل عن التسجيل التزاماً بالتعويض، وقد اختلف شراح القانون المدني في تحديد مصدر هذا التعويض ومصير الشرط الجزائي الذي تضمنه التعهد إن وجد، وهذه الآراء هي:

الرأي الاول: يذهب الى ان المسؤولية تقصيرية، وان الشرط الجزائي يكون باطلاً، ويقدر القاضي التعويض على اساس الفعل الضار. وحجته ان بطلان الالتزام الأصلي يؤدي الى بطلان الشرط الجزائي ، وهذا الرأي وان يساير منطق الشكلية الا انه يهدر قيمة التعهد السابق والشرط الجزائي.

الرأي الثاني: ويرى ان المسؤولية عقدية ويبقى الشرط الجزائي صحيحاً، واخذ به الكثير من الشراح إلا انهم اختلفوا في تبريره، فذهب فريق منهم الى ان العقد قبل تسجيله صحيح ولكنه لا ينتج أثره الا بعد تسجيله، ومادام صحيحاً فان اطرافه تلتزم به وبالشرط الجزائي الذي تضمنه ، وهو رأي ينسجم موقف المشرع المصري لا العراقي فيما يتعلق بالشكلية. وذهب آخرون الى ان التعهد قبل تسجيله يولد بعض الاثار الشخصية باعتباره عقداً غير مسمى تحول اليه العقد الباطل طبقاً لنظرية تحول العقد، ولذلك يبقى الشرط الجزائي صحيحاً مستنداً الى العقد غير المسمى الذي تحول اليه. ويرد عليه بان التعهد ينشأ منذ البدء عقداً غير مسمى دون الحاجة للقول بتحوله وفقاً لنظرية تحول العقد ويرهن ذلك بمدى تحقق شروطها. ونرى ان العقد قبل تسجيله لا يعتبر عقد بيع او رهن وانما هو عقد غير مسمى، وهو عقد ملزم يوجب التعويض عند الاخلال به. وعليه فان التعويض ينشأ عن مسؤولية عقدية مصدرها العقد غير المسمى، وان تضمن التعهد شرطاً جزائياً وجب على القاضي ان يحكم به او ان يعدله في الاحوال التي نص عليها القانون. وهو ما أخذت به محكمة التمييز ممييز الشرط الجزائي عما يشته به من أوضاع

اولاً - تمييز الشرط الجزائي عن العربون.

إذا كانت دلالة العربون جزاء العدول عن العقد، فإنه يشتبه بالشرط الجزائي عندئذ، إذ ينظر إليه كتعويض يستحق عن العدول عن العقد، ومع ذلك فإن ثمة فروق بينهما تجعلهما جزاءين مختلفين، وكما يلي:

اولاً: يعتبر الشرط الجزائي تقديراً لتعويض يستحق عند توافر شروط التعويض، اما العربون فجزاء حق العدول بصرف النظر عن وقوع الضرر.

ثانياً: يجوز تعديل قيمة الشرط الجزائي زيادة او نقصاناً في الحالات التي نص عليها القانون ليتناسب مع مقدار الضرر الحقيقي، اما العربون فينبغي الحكم بمقداره الذي حدده الطرفان دون تعديل فيه لانقطاع الصلة بين استحقاقه وبين توافر الضرر وجوداً وعدماً.

ثالثاً: يشترط الإعذار لاستحقاق الشرط الجزائي حسب الاصل باعتباره تعويضاً، اما العربون فلا يعتبر تعويضاً وإنما يعد مقابل حق العدول عن العقد فلا يشترط الاعذار لاستحقاقه.

ثانياً تمييز الشرط الجزائي عن شرط الحد الاعلى للمسؤولية.

قد تشترط شركات الطيران او السكك الحديد او اي متعهد بالنقل بأن مسؤوليتها لا تتجاوز مبلغاً معيناً عند ضياع رزمة او صندوق من البضاعة المرسلة كتعويض عن الضياع وهذا ما يسمى شرط الحد الأعلى للمسؤولية، فان زاد الضرر عن المبلغ المعين دفعت ما تحدد في الشرط من مبلغ وإذا قل عنه دفعت مبلغاً يساوي الضرر الفعلي لا المبلغ المعين في الشرط. ويشترك كلا الشرطان في انهما اتفاق على تقدير التعويض يقدر بمبلغ مقطوع وعلى أساس عنصر الضرر الا ان الفارق بينهما ان قيمة مبلغ شرط الحد الأعلى تخفض عندما يثبت المسؤول نقصان الضرر الفعلي عن قيمة التعويض، اما الشرط الجزائي فالاصل ان لا يتم تعديل قيمته إلا في الأحوال التي نص عليها القانون.

التعويض القانوني (الفوائد)

تولى القانون تقدير مقدار التعويض الذي يستحقه الدائن، في حالة الالتزام بدفع مبلغ من النقود، وكان في تدخله مدفوعاً بكراهة تقليدية للربا، فرتب التعويض على مسؤولية المدين عند التأخر في تنفيذ التزام محله الانتفاع بمبلغ من النقود بعد ان أجرى تحويلاً على قواعد المسؤولية المدنية، والمقصود بالتعويض القانوني في هذا المقام هي الفوائد. وتعرف الفائدة بأنها: مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له، او نظير انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة.

انواع الفوائد: يتضح من التعريف ان الفوائد على نوعين فوائد تأخيرية وفوائد تعويضية (استثمارية)

اما الفوائد التأخيرية: فهي الفوائد المستحقة عند التأخير في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود اياً كان مصدر هذا الالتزام، عقداً او إرادة منفردة او عملاً غير مشروع أو كسباً دون سبب او نص للقانون، فهذا الالتزام (دفع نقود) يقبل التنفيذ العيني دائماً ولا محل للمطالبة فيه عن التعويض عن عدم التنفيذ، فتقتصر المطالبة فيه على التعويض عن التأخير في تنفيذه.

اما الفوائد التعويضية (الاستثمارية): فهي الفوائد المستحقة نظير انتفاع المدين بمبلغ من النقود ويكون العقد مصدرها، ويلتزم المدين بدفعها مقابل الانتفاع بالدين ما ظل مترتباً في ذمته الى حين ميعاد استحقاق الوفاء بالدين. كالفوائد المستحقة على المقترض، والفوائد التي يستحقها حامل السند أو من أودع وديعة في مصرف.

وتوجد ثلاثة فروق بين هذين النوعين من الفوائد:

اولهما: ان الفوائد التأخيرية تعتبر تعويض عن دين حل اجله، اما الفوائد التعويضية فتعويض عن دين لم يحل اجله ثانيهما: ان الفوائد التأخيرية تستحق عند التأخر في تنفيذ التزام محله دفع مبلغ من النقود اياً كان مصدر هذا الالتزام.

اما الفوائد التعويضية فتستحق مقابل الانتفاع بمبلغ من النقود ويكون مصدرها العقد.

ثالثهما: الفوائد التأخيرية هي فوائد اتفاقية او قانونية تولى القانون تحديدها، اما الفوائد التعويضية فهي اتفاقية دائماً

شروط استحقاق الفوائد

أ - شروط استحقاق الفوائد التأخيرية:

يتضح من نصوص المواد (١٧١ ، ١٧٣) م.ع، أن يشترط لاستحقاق الفوائد التأخيرية توافر شروط ثلاثة، هي:

اولاً: أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام.

لا تستحق الفوائد القانونية إلا عند الإخلال بالالتزام يكون محله مبلغ من النقود، اياً كان مصدره عقداً كالتزام المقرض برد المبلغ الذي اقترضه، او كسب دون سبب كالتزام من استلم نقوداً دون حق بردها، او القانون كالتزام بالنفقة. كما يجب ان يكون محل الالتزام نقوداً منذ نشأته، فلا تستحق الفوائد اذا كان محلها غير النقود ابتداءً وأصبح كذلك فيما بعد، فلا فوائد على الالتزام بدفع التعويض الناشئ عن المسؤولية التقصيرية او العقدية، لان التعويض في الحالتين يعتبر تنفيذاً بمقابل لا تنفيذاً عينياً للالتزام أصلي.

وينبغي ايضاً ان يكون محل الالتزام معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام، فلا فوائد إذا تحدد مقدار محل الالتزام عند المطالبة به ولم يكن كذلك عند نشأته، فلو اتلف شخص مال غيره وحكم عليه بالتعويض، فسيخلو الحكم من احتساب الفوائد.

ثانياً: تأخر المدين في الوفاء.

ان المسؤولية الناشئة على عدم تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود هي المسؤولية المترتبة على التأخير في الوفاء به، لانه التزام يقبل التنفيذ العيني دائماً، وبما ان الفوائد هي تعويض مقدر بنص القانون او الاتفاق، فينبغي لاستحقاقها ان تتوفر شروط استحقاق التعويض، وهي توفر أركان المسؤولية المدنية، خطأ وضرر وعلاقة سببية، واعدار المدين، الا ان مشرعنا خرج على قواعد استحقاق فوائد التأخير واجرى تحويراً على قواعد المسؤولية، مراعيًا مصلحة الدائن، كما لم يكتف بشرط اعدادار لاستحقاقها فتشدد بشأنه مراعيًا مصلحة المدين.

ففيما يتعلق بأركان المسؤولية، لم يشترط القانون اثبات حصول ضرر بالدائن لإستحقاق الفوائد التأخيرية ولم يكلف الدائن بإثبات وجوده ومقداره، ذلك لانه افترض تحقق الضرر بسبب التأخر في الوفاء عن الميعاد المتفق عليه فرضاً غير قابل لإثبات العكس ولم يمكن المدين من نفي وقوعه، فضلاً عن ان المشرع افترض مقدار الضرر فلم يجز المطالبة بزيادة او بإنقاص فوائد التأخير، قانونية او اتفاقية، الا في حالات استثنائية وردت على سبيل الحصر. وذلك تقديراً من المشرع الى اهمية النقود في النظام الاقتصادي المعاصر الذي يبسر استثمار النقود وان التأخير في دفعها يحرم الدائن من استثمارها.

واذا انتفت ضرورة اثبات الضرر فان ذلك يستتبع حتماً اقتراض العلاقة السببية بين الخطأ والضرر فرضاً لا يقبل اثبات العكس، اما عنصر الخطأ فقد تحور ليبدو في صورة التأخير في الوفاء، لان الالتزام بدفع مبلغ معين في اجل معين هو التزام بتحقيق نتيجة لانه التزام بنقل ملكية واذا لم تتحقق النتيجة ثبت الخطأ، والنتيجة لن تتحقق إلا اذا تم الوفاء في ميعاد معين.

ثالثاً - مطالبة الدائن بفوائد التأخير مطالبة قضائية: رعاية لمصلحة المدين، لا يكفي الإعدار لاستحقاق الفوائد، كما حال صور التعويض الأخرى، وانما تشدد القانون بدافع كراهية الربا وتطلب المطالبة القضائية لاستحقاقها، ولا يكتفى بالمطالبة باصل الدين لاستحقاقها وانما ينبغي طلب الفوائد في عريضة الدعوى، ولذلك لا تسري الفوائد إذا

كانت عريضة الدعوى باطلة، او سقطت الخصومة أو تركت، او رفعت الدعوى أمام محكمة غير مختصة. الا ان المطالبة القضائية لاستحقاقها ليست من النظام العام ولذلك يجوز الاتفاق على ما يخالفها، وقد يجري العرف على غير مقتضاها، وقد ينص القانون على عكسها كما سبق البيان.

فقد يتفق الطرفان على سريان الفوائد الاتفاقية من تاريخ ثبوت الدين في ذمة المدين، او من وقت الاعذار، او منذ حلول الاجل، اما الفوائد القانونية فيبقى الاصل في سريانها المطالبة القضائية اذ لا وجود للاتفاق بشأنها.

وقد يحدد العرف ميعاد سريانها كما هو الحال في الحساب الجاري ومن وقت الخصم والإضافة.

ب - شروط استحقاق الفوائد التعويضية: تستحق الفوائد التعويضية عند توافر شرطين هما:

اولاً - أن يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام: ولا تختلف الفوائد التعويضية عن الفوائد التأخيرية، لأن الفوائد قانونية او تأخيرية لا تستحق الا عند توافر هذا الشرط، وكما سبق البيان.

ثانياً - ان يتم الاتفاق عليها بين الطرفين: فاتفق الدائن مع المدين عليها شرط لاستحقاقها، فلا يلتزم المشتري بدفع الفوائد على الثمن المؤجل، ولا المقرض بدفع فوائد المبلغ المقرض، الا عند الاتفاق عليها، وكذلك يتناول الاتفاق تحديد سعرها على ان لا يتعدى الحد الاعلى الذي قرره القانون.

تحديد سعر الفائدة: تدخل القانون بدافع كراهية الربا في التشريعات كافة، وفي القوانين الإسلامية خاصة، في تحديد سعر الفائدة، فبالنسبة للفوائد القانونية فقد حدد القانون المدنية سعرها وجعله أربعة في المائة في القضايا المدنية وخمسة في المائة في القضايا التجارية، والفوائد القانونية كما سبق البيان هي فوائد تأخيرية يحددها القانون عند عدم الاتفاق على سعرها بين المتعاقدين، والعبرة بالمدين في التمييز بين المسائل المدنية

والتجارية، إذ تحتسب الفائدة بالسعر القانوني في المسائل المدنية إذا كان المدين غير تاجر وإن كان الدائن تاجراً والمعاملة تجارية.

أما الفوائد الاتفاقية فقد ترك القانون تحديدها الى إرادة المتعاقدين بشرط ان لا يزيد سعرها على سبعة في المائة ويجوز ان تقل عن السعر القانوني طبقاً لما تم الاتفاق عليه.

جواز تخفيض سعر الفائدة او إسقاطها: يجوز تخفيض سعر الفائدة او الحكم بعدم استحقاقها في حالات ابتغى فيها المشرع العراقي محاربة الربا الفاحش، هي:

أولاً - الفائدة المستترة: اية عمولة او منفعة اياً كان نوعها اشترطها الدائن، إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الأقصى المتقدم ذكره، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض إذا ثبت ان هذه العمولة او المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد أداها ولا تقابلها منفعة مشروعة.

ثانياً - تسبب الدائن بخطئه في إطالة أمد النزاع: تطبيقاً لنظرية التعسف في استعمال الحق، اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة امد النزاع بخطئه، فالمحكمة ان تخفض الفوائد، قانونية كانت ام اتفاقية، او لا تقضي بها اطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع دون مبرر.

ثالثاً - الفوائد على متجمد الفوائد، او الفوائد المركبة: وتعني الفائدة المركبة إضافة الفوائد المستحقة الى رأس المال، وتقاضي فوائد قانونية او اتفاقية على المبلغ الجديد، وبالنظر الى ما تنطوي عليه من تضخم للدين فقد حرمتها القوانين الحديثة ومنها قانوننا. ويستثنى من ذلك التحريم ما جرت عليه القواعد والعادات التجارية.

رابعاً - زيادة مجموع الفوائد على رأس المال: لا يجوز ان يتجاوز مجموع الفوائد التي يتقاضها الدائن اتفاقية كانت ام تأخيرية على مقدار رأس المال. فإن تجاوزه التزم المدين بدفع ما يساوي رأس المال من فوائد فقط، وع ذلك فان هناك قيدين على هذه القاعدة هما:

اولاً: يصح تجاوز الفوائد مقدار رأس المال إذا جرت القواعد والعادات التجارية على ذلك، فيجوز في الحساب الجاري بمقتضى العرف التجاري زيادة الفوائد على رأس المال، نظراً لجواز تقاضي الفائدة المركبة فيه.

ثانياً: يصح التجاوز اذا تعددت الصفقات، بشرط ان لا يقع التعدد تحايلاً على حكم القانون، كأن يتم تجزئة الصفقة الى صفتين تجزئة صورية.

جواز تخطي حدود الفائدة المقررة قانوناً:يجوز تخطي حدود الفائدة المقررة قانوناً في الحالتين الآتيتين:

اولاً: اذا تسبب المدين بغشه أو بخطئه الجسيم في الحاق ضرر بالدائن يجاوز في مقداره الفوائد المستحقة، فللدائن ان يطالب بتعويض تكميلي يضاف الى الفوائد القانونية او الاتفاقية.

ثانياً: جواز ان يتجاوز السعر القانوني للفوائد التجارية، السعر الذي حدده القانون في الحساب الجاري.

خصائص الفوائد: تتميز الفوائد بالخصائص الثلاث الآتية:

اولاً: انها تعويض تولى القانون تقديره ولذلك سميت الفوائد بالتعويض القانوني، مدفوعاً بعاملين اولهما ان النقود رأس مال مستثمر يدر النفع دائماً، وثانيهما عدم فسخ المجال لاستغلال المدين استغلالاً يتسرب منه الربا الفاحش.

ثانياً: انها تعويض خرج فيه المشرع على القواعد العامة للمسؤولية المدنية تأثراً بطبيعة النظام الاقتصادي المعاصر.

ثالثاً: انها تعويض تمادى المشرع في التدخل في نطاقه إمعاناً في محاربة الربا.

المحاضرة السابعة

حق الضمان العام ووسائل المحافظة عليه

إذا لم يحم المدين بتنفيذ التزامه اختياراً، أمكن جبره على التنفيذ الجبري، عينيّاً كان أم بطريق التعويض، فلم يعد الالتزام علاقة بين شخصين، وإنما تغيرت النظرة إليه فأضحى علاقة بين ذمتين. والذمة المالية للمدين هي الضمان العام لحقوق الدائنين كافة.

والذمة المالية للمدين تعني مجموع ما للشخص من حقوق موجودة أو قد توجد والتزامات ناشئة أو قد تنشأ. فهي تشمل الحقوق والالتزامات الموجودة وما سيوجد منها في المستقبل، وهذا ما يفسر قدرة الدائن على التنفيذ على مال للمدين لم يكن يملكه وقت نشوء الدين، وعدم استطاعته التنفيذ على مال خرج من ملك المدين وقت التنفيذ وكان من عناصر ذمته وقت نشوء الحق، كما يفسر عدم انقضاء الدين إلا بقدر ما يسدد منه، فإذا نفذ الدائن على أموال المدين ولكن الدين لم يسدد كاملاً فإن كل ما سيؤول إلى المدين من مال مستقبلاً سيدخل في ضمان الدائن ويستطيع التنفيذ عليه. وطبيعي أن الدائن يقتضي حقه من العناصر الموجبة من الذمة المالية للمدين وهي الحقوق، بينما تمثل الالتزامات العناصر السالبة من ذمته، فأى دين من ديون المدين تضمنه جميع أمواله. وعبرت المادة ٢٦٠ مدني عن ما تقدم بقولها (أموال المدين جميعاً ضامنة للوفاء بديونه).

خصائص الضمان العام واختلافه عن الضمان الخاص أو التأمين العيني:

تعتبر أموال المدين ضماناً عاماً لحقوق الدائنين كافة. ويسمى الدائن بحق شخصي دائناً عادياً، تمييزاً له عن الدائن بحق عيني، كالدائن المرتهن، الذي يتمتع بضمان خاص إضافة إلى الضمان العام.

ويتميز الضمان العام بالخصائص الثلاث الآتية:

أولاً - أنه لا يخول حق افضلية لدائن عادي على غيره: فالدائنون كافة متساوون قانوناً في هذا الضمان العام إلا من كان له حق التقدم طبقاً للقانون. وهذا يعني، أن لكل دائن

الحق في ان ينفذ على أي مال للمدين لا فرق بين الدائن العادي وبين الدائن المرتهن أو صاحب حق امتياز. وللدائنين الآخرين التدخل في الاجراءات التي اتخذها احدهم ومشاركته في حصيلة اجراءاته لاستيفاء حقوقهم منها فيقسم ما ينتج عن التنفيذ على مال المدين فيما بينهم. وإن لم يكف الثمن للوفاء بحقوقهم كاملة فيقسم بينهم قسمة غرماء، أي بنسبة دين كل منهم الى مجموع الديون.

وإذا كان لأصحاب الحقوق العينية التبعية، كالدائن المرتهن والدائن الممتاز، حق التقدم على غيرهم من الدائنين العاديين، فإن ذلك لا يمس طبيعة الضمان العام، وإنما يترتب على ما لهم من ضمان خاص يخولهم حق التقدم على الدائنين العاديين في اقتضاء حقوقهم من ثمن المال الذي ورد عليه الحق العيني وأصبح تأميناً عينياً لاستيفائه. ذلك لأن لصاحب الحق العيني التبعية ضمانان. احدهما عام يتمثل في جميع اموال المدين. وثانيهما خاص، وهو الذي ورد عليه حقه العيني التبعية كدار للمدين مرهونة لصالحه، يخوله حق التقدم في استيفاء حقه منه قبل غيره من الدائنين العاديين، وإذا لم يكف ثمنه لإيفاء حقه كاملاً، انقلب الى دائن عادي بالنسبة لما تبقى من حقه وتساوى وغيره من الدائنين في الضمان العام.

ومما يذكر، ان المقصود من نص القانون على المساواة بين الدائنين، هي المساواة القانونية وليست المساواة الفعلية، فإذا بادر بعض الدائنين الى التنفيذ بتوافر شروطه فأنهم يقتضون حقوقهم دون ان يشاركهم غيرهم من الدائنين في ثمرة التنفيذ. ذلك ان التنفيذ يتطلب شرطين، اولهما: ان يكون حق الدائن مستحق الأداء وغير متنازع في وجوده وفي مقداره، وثانيهما: ان يكون بيد الدائن سند تنفيذ، ومن لا يتوفر فيه ذلك لا يشارك غيره في إجراءات وحصيلة التنفيذ.

ثانياً - انه لا يخول الدائن العادي حق تتبع ما يخرج من ملك المدين من مال: فلا يستطيع الدائن العادي ملاحقة مال المدين الى أي يد انتقل اليها. ذلك لأن حقه يترتب في ذمة المدين المالية دون ان ينصب على مال معين تجوز ملاحقته. فإذا خرج المال من ملك المدين بالبيع مثلاً، سرى البيع في مواجهة الدائن ولا يستطيع التنفيذ عليه. وفي ذلك

يختلف الضمان العام عن الضمان الخاص او التأمين العيني. ففي الضمان العام تتحدد اموال المدين التي يجوز التنفيذ عليها بما يملكه وقت التنفيذ، ولا سبيل للدائن الى ما خرج من ملك مدينه من مال قبلئذ، اما في الضمان الخاص فيتعلق الحق بمال معين بذاته تجوز ملاحقته متى انتقل من يد لأخرى.

ثالثاً - انه لا يخول للدائن حق التدخل في ادارة المدين أمواله والتصرف فيها: فحق المدين في إدارة امواله والتصرف فيها لا يتأثر بكثرة ديونه او بتعدد دائنيه، وإنما يظل حقه قائماً حتى تتخذ إجراءات التنفيذ، أو يصدر الحكم بحجره عن التصرف في امواله إذا اعتبر مفلساً. ويستوي الضمان العام والضمان الخاص من حيث الحيلولة دون المدين والتصرف في امواله، ولكنهما يختلفان من حيث التأثير على مدى قدرته على التصرف فيها. ذلك لأن الضمان الخاص يثقل مال المدين ويفرض قيوداً على التصرف في المال الذي قدمه ضماناً خاصاً لاستيفاء دين ما.

- وسائل حماية حقوق الدائنين: لا تبدو اهمية الضمان العام الا عند الشروع باجراءات التنفيذ على اموال المدين، اما قبلها فيكون المدين حراً في إدارة أمواله والتصرف فيها، وعليه فان مصلحة الدائنين تقتضي المحافظة على اموال المدين والإبقاء على ذمته المالية ملينة كي يتمكنوا من التنفيذ عليها، ولذلك كان لابد للقانون من تأكيد هذا الضمان بحماية الدائن ضد إهمال المدين او ضد تصرفاته المنطوية على الغش في الفترة السابقة على التنفيذ لما يترتب على تصرفاته تلك من أضرار بالدائنين وإنقاص الضمان العام لحقوقهم، فقرر وسائل مختلفة لتحقيق هذا الغرض، وتعرف هذه الوسائل بأسم الوسائل الممهدة للتنفيذ.

والوسائل الممهدة للتنفيذ تقف وسطاً بين الوسائل التحفظية، التي ترمي الى مجرد المحافظة على اموال المدين كوضع ختم على أمواله او قطع تقادم بالنسبة لحقه ...، وبين الوسائل التنفيذية التي تهدف الى التنفيذ على اموال المدين، وانما تقصد التمهيد للتنفيذ دون ان تستغرقه بهدف تسهيل استيفاء الدائنين لحقوقهم عن طريق التغلب على اهمال المدين وغشه.

- حصر الوسائل الممهدة للتنفيذ: نشأت هذه الوسائل عن أصل واحد هو مبدأ الضمان العام الذي يفيد بأن كل دين من ديون المدين تضمنه جميع أمواله وان للدائن الحق في الرقابة على اموال مدينه ليأمن على ضمانه العام من الانتقاص، وهي وسائل متنوعة ذكر مشرعنا خمساً منها، هي دعاوى ثلاث: هي الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن ودعوى الصورية . وإجراءان: وهما الحق في الحبس للضمان والحجر على المدين المفلس، وندرسها تباعاً.

الدعوى غير المباشرة

نصت المادة ٣١٦ على انه (يجوز لكل دائن، ولو لم يكن حقه مستحق الأداء، ان يستعمل حقوق هذا المدين إلا ما تعلق منها بشخصه خاصة أو كان غير قابل للحجز، ولا يكون استعمال الدائن لحقوق مدينه مقبولاً إلا إذا اثبت أن المدين لم يستعمل هذه الحقوق، وان إهماله في ذلك من شأنه ان يسبب إفساره او ان يزيد في هذا الإفسار). ونصت المادة (٢٦٢) على انه (يعتبر الدائن في استعماله حقوق مدينه نائباً عن هذا المدين. وكل فائدة تنتج من استعمال هذه الحقوق تدخل في اموال المدين وتكون ضماناً لجميع دائنيه).

غرض هذه الدعوى: حماية الدائنين من الضرر الناشئ عن إهمال المدين في استعمال حقوقه لعلمه ان أثر الإهمال لن يصيبه وإنما سيلحق بدائنيه وانه لن يستفيد من استعمالها لان نتيجتها ستؤول إلى ذمته المالية ويستوفي الدائنين حقوقهم منها.

طبيعة هذه الدعوى: تقف هذه الدعوى وسطاً بين الوسائل التحفظية والوسائل التنفيذية، فهي لا ترمي الى مجرد الحفاظ على أموال المدين، وإنما تهدف الى استعمال حق قصر المدين في استعماله إهمالاً أو تعمداً، كما ان مباشرة الدائن لها لا تعتبر تنفيذاً لحقه ولا وسيلة لاستيفائه، وإنما هي للتنفيذ فحسب، فيكون في وسع الدائن استيفاء حقه منه مع بقية الدائنين باللجوء الى وسائل التنفيذ.

وهي دعوى لأن الدائن يستعمل حقوق مدينه نيابة عنه ، وهي غير مباشرة لأن الدائن يقتضي حقه بطريق غير مباشر هو العمل على المحافظة على عناصر الضمان العام للتنفيذ عليها فيما بعد، ولأن الدائن يستعمل حقوقه نيابة عنه دون وجود علاقة قانونية مباشرة بين الدائن ومدينه.

أساس الدعوى القانوني: تقوم هذه الدعوى على اسس ثلاثة، هي:

اولاً - حق الضمان العام، وما يفيد من اعتبار اموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، وحماية الدائن من نقص العناصر الموجبة في ذمة المدين.

ثانياً: وجود مصلحة عاجلة مشروعة للدائن تجيز له استعمال حقوق مدينه اذا ثبت ان عدم استعمال المدين لها يسبب إفساره او الزيادة فيه.

ثالثاً: نيابة الدائن عن مدينه. وهي نيابة قانونية وليست وليدة اتفاق، ولكنها نيابة من نوع خاص، لأنها بخلاف احكام النيابة مقررة لمصلحة النائب الدائن لا لمصلحة الأصيل المدين ولذلك تطلب القانون إدخال الأصيل خصماً في الدعوى التي يباشرها النائب نيابة عنه.

المحاضرة الثامنة

شروط الدعوى غير المباشرة

تبدو شروط هذه الدعوى على نوعين اولهما الشروط الموضوعية وهي ثلاث فئات وثانيهما الشروط الإجرائية وهما شرطان:

الشروط الموضوعية:

اولاً - الشروط الموضوعية المتصلة بحق الدائن: يشترط في حق الدائن ان يكون محققاً مؤكداً وان كان غير معين المقدار على الأقل حتى يستطيع مباشرة هذه الدعوى، فالحقوق

تتفاوت من حيث القوة وتتدرج من الضعف الى القوة على النحو الاتي: ١- الحق غير المحقق وهو الحق الاحتمالي او الحق المتنازع فيه. وهو اضعف الحقوق. ٢- الحق غير المحقق غير المقدر، كالحق في التعويض قبل تقديره. ٣- الحق المحقق المقدر. ٤ - الحق المستحق الأداء اي غير المؤجل. ٥- الحق الواجب التنفيذ، اي الثابت في سند تنفيذ، وهو اقواها.

واكتفى المشرع في حق الدائن، سواء كان دائناً عادياً أو دائناً مرتهنأً او له حق امتياز، ان يكون محققاً مؤكداً وان كان غير معين المقدار حتى يستطيع مباشرة هذه الدعوى، وعليه فللمتضرر من عمل غير مشروع ان يستعمل حقوق مدينه قبل صدور الحكم بالتعويض له، ولا يجوز استعمالها من كان حقه احتمالياً كحق الوارث قبل موت المورث او كان حقه متنازعا فيه، كما يجوز مباشرتها وان كان الحق مقترن بأجل واقف او فاسخ او معلق على شرط فاسخ، اما الحق المعلق على شرط واقف فلا يجوز مباشرتها لانه غير محقق الوجود لان وجوده رهن بتحقيق الشرط.

ثانياً - الشروط الموضوعية التي ترجع الى المدين: وهما شرطان يردان الى فكرة المصلحة المشروعة العاجلة للدائن.

اولهما - تقصير المدين في عدم استعمال حقه: قد يعتمد المدين الى عدم استعمال حقه نكايه بالدائنين، وقد ينتج عن اهمال، وعبء اثبات التقصير على عاتق الدائن، ويكفي اثباته ان المدين قد تأخر في استعمال حقه عن الوقت الذي لا يسمح الرجل المعتاد لنفسه ان ينقضي دون استعمال الحق، كاثباته انه تراخى في رفع الدعوى، او انه رفعها وتوقف عن الاستمرار بها، وللمدين نفي تقصيره بأن يثبت مثلاً ان في الوقت متسعاً لمباشرة حقه او انه ينشط بعد إهمال ويتولى مباشرة الدعوى بنفسه بدل الدائن، او ينهي هذه الدعوى اذا اتفق مع مدينه على إنهاء النزاع صلحاً.

وللدائن ان يطعن بالصلح بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين بحق دائنه إذا انطوى الصلح على إضرار به.

ثالثاً: ان يتسبب عدم استعمال المدين لحقه في إعساره او في زيادة إعساره: والمقصود هنا هو الإعسار الفعلي وليس الإعسار القانوني، ويراد بالإعسار الفعلي زيادة ديون المدين على حقوقه مما يحول بين الدائن وبين استيفاء حقه كاملاً عند التنفيذ. اما الاعسار القانوني فيتطلب حكماً وإجراءات معينة.

وحسب المادة ٢٦١، يشترط ان ينطوي تقصير المدين على إضرار بالدائن، كأن يتسبب في إعساره او الزيادة في إعساره، فان كان المدين موسراً امتنع استعمال الدائن لحق مدينه وان ادى ذلك الى ضياع الحق، وكذلك الحال اذا كان للدائن تأمين عيني يضمن الوفاء بحقه، وتنتفي مصلحة الدائنين كافة في إقامة هذه الدعوى اذا انصبت على استرداد عين مثقلة بحقوق رهن تستغرق قيمتها، وعلى الدائن عباً اثبات الاعسار او الزيادة فيه.

الشروط الموضوعية المتصلة بالحق الذي يستعمله الدائن: الاصل ان كل ما يقع في الضمان العام للدائنين من دعاوى وحقوق يستطيع الدائن استعمالها باسم المدين عند توفر شروط الدعوى، فللدائن ان يقطع التقادم ضد المدين، وان يسجل عقود الشراء والرهن المترتبة له، وان يطعن بالاحكام الصادرة ضده، وله ان يباشر كل ما من شأنه صيانة حقوق مدينه من الضياع سواء كانت حقوقاً شخصية او عينية.

الا انه ينبغي ان يكون ما يستعمله الدائن باسم مدينه حقاً وليس مجرد رخصة، والرخصة لا تمثل قيمة مالية وإنما هي مكنة اكتساب الحق وليست حقاً، كمكنة أخذ عقار بالشفعة او قبول هبة. ذلك لان استعمال المكنة يكون رهناً بمشيئة صاحبها. ويجب ان يكون حقاً مالياً، اما الحقوق غير المالية فلا شأن للدائنين بها، كالحقوق العامة وحقوق الاسرة وإن ترتب على استعمالها كسب حقوق مالية، فليس للدائن رفع دعوى طلاق نيابة عن مدينه وان ادى ذلك الى تخفيف عباً مالي عنه، ولا يجوز للدائن استعمال الحقوق المتصلة بشخص المدين والتي تقوم على اعتبارات ادبية لان تقديرها يناط بالمدين وحده كحق الواهب في الرجوع في الهبة، وكذلك ليس للدائن استعمال ما لا يجوز حجزه او اذا كانت العين مرهونة لضمان دين يجاوز مقداره قيمتها لانعدام مصلحته.

الشروط الاجرائية: ويقصد بها الإجراءات الواجب إتباعها لمباشرة الدعوى غير المباشرة، وهما شرطان، يتعلق احدهما بالدائن، ويتصل ثانيهما بالمدين.

اولاً - وجوب ان يستعمل الدائن حق المدين باسم المدين: وهو ما اشترطته المادة ٢٦١ واعتبرت الدائن نائباً عن مدينه وعليه ان يباشرها باسم المدين كأى نائب يباشر حقوق الأصل فان باشرها باسمه ردت دعواه لانعدام الصفة، ولا يشترط ذكر ذلك في عريضة الدعوى اذا ادركت نيابته من فحوى العريضة. الا ان نيابة الدائن هنا تتميز بثلاث صفات: اولها، انه يستمدها من القانون، فهي نيابة قانونية، وثانيتها، انها نيابة مفروضة على الاصيل لمصلحة الدائن، وثالثاً، انها نيابة تقتصر على استعمال الحق دون التصرف فيه.

ثانياً: وجوب إدخال المدين خصماً في الدعوى: ذلك لأن الحكم الصادر بها لا يسري في حق المدين، ولا يحوز حجية الشيء المحكوم فيه بالنسبة اليه والى الدائنين كافة إلا إذا كان المدين خصماً في الدعوى. فإذا أهمل الدائن ذلك، جاز للمدين ان يدخل فيها من تلقاء نفسه، وجاز لمدين المدين طلب إدخاله، وجاز للمحكمة ان تدخله من تلقاء نفسها.

اثار الدعوى غير المباشرة

اولاً- اثار هذه الدعوى بالنسبة الى المدين وهو الاصيل: لا يترتب على رفع هذه الدعوى من قبل الدائن حرمان المدين من التصرف في الحق الذي يستعمله الدائن نيابة عنه. فيظل حر التصرف فيه فإن كان له حق عيني على شيء جاز له بيعه او هبته، وان كان حقه ديناً جاز له حوالته، وله ان يتصالح على الحق او ان ينزل عنه ديناً او عيناً، وللمدين ان يستوفي حقه من مدينه وقد يخفيه ويعتبر الوفاء صحيحاً. وله ان يقضيه بالتجديد او المقاصة او الإبراء، سواء قبل رفع الدعوى او بعدها، ويكون تصرف المدين نافذاً في حق الدائن وللمدين المدين التمسك به في مواجهة الدائن. إلا ان للدائن حق الطعن في تصرفات مدينه بدعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه.

ثانياً - اثار هذه الدعوى بالنسبة الى الخصم وهو مدين المدين: يعتبر الدائن في مواجهة الخصم نائباً عن المدين، ولذلك يستطيع الخصم ان يدفع في مواجهته بجميع الدفوع التي يستطيع ان يدفع بها في مواجهة دائنه، وهو مدين الدائن رافع هذه الدعوى. كالدفع بانقضاء الالتزام بأحد اسباب انقضائه كالوفاء او التجديد او المقاصة او التقادم، سواء وقع السبب قبل رفع الدعوى او اثائها. وله ان يدفع ببطلان التصرف المنشئ للحق موضوع الدعوى، او التمسك بإجازة المدين للتصرف ولو وقع بعد رفع الدعوى، والتمسك باي اتفاق بينه وبين المدين كالصلح او التنازل.

وللخصم ان كان له مصلحة في الوفاء ان يوفي للدائن ما ترتب له في ذمة المدين فيتوقف عن الدعوى لزوال صفته.

ولما كان الدائن نائباً عن المدين فليس له حق اكثر مما للمدين نفسه. فلا يجوز له ان يسلك طريقاً من طرق الاثبات ليس في وسع المدين ان يسلكه لو رفعت الدعوى من قبله، كما وليس للخصم ان يدفع بدفوع خاصة بشخص الدائن.

ثالثاً - آثار الدعوى بالنسبة للدائن ولغيره من الدائنين: حسب المادة ٢٦٢، لا يستأثر الدائن رافع هذه الدعوى بنتيجتها لوحده، وانما يتعرض لمزاحمة الدائنين في اقتضاء ديونهم من الحق المحكوم به استناداً الى فكرتي الضمان العام والنيابة القانونية.

ذلك ان نيابة الدائن في هذه الدعوى تقتصر على استعمال الحق دون التصرف فيه، فان صدر الحكم لصالحه كان حكماً لصالح المدين ويكون عنصراً من عناصر ذمته المالية التي تعتبر ضماناً عاماً لحقوق الدائنين كافة، وعندئذ يفيد منها جميع الدائنين سواء من دخل منهم خصماً في الدعوى او من لم يدخل فلهم جميعاً حق التنفيذ على الحق المحكوم به واقتسام ثمنه بينهم قسمة غرماء إن لم يكف للوفاء بحقوقهم كاملة، وقد يكون لأحدهم حق التقدم على غيره بسبب ان له رهن او حق امتياز، فيتقاضى حقه قبل غيره وقد يستغرق الوفاء بحقه مال المدين فيحرم رافع الدعوى من استيفاء حقه.

يتضح ان رفع هذه الدعوى لا يقرر امتيازاً لرافعها على غيره من الدائنين، ومن ثم عليه ان يحتاط ويتفادى مزاحمة الدائنين له فيتخذ إجراءات التنفيذ مع إجراءات هذه الدعوى ليتمكن من الاستيلاء على ما يحكم له به والتنفيذ عليه.

المحاضرة التاسعة

دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

تعرف هذه الدعوى بأنها: دعوى يقيمها الدائن للطعن في التصرفات الضارة به والصادرة من مدينه المعسر بقصد حمايته من غشه والمحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين، عن طريق المطالبة باعتباره من الغير بالنسبة لأثر هذه التصرفات حتى لا تكون نافذة بحقه.

اصل الدعوى وطبيعتها والحكمة منها: سميت هذه الدعوى البولصية نسبة الى القاضي الروماني بولص الذي ابتدعها. وهي من حيث الطبيعة، وهي دعوى لا تفضي الى بطلان التصرف الذي يجريه المدين، وإنما تؤدي الى عدم سريان تصرف المدين في حق دائنه. ويظل تصرف المدين قائماً بينه وبين من صدر اليه التصرف.

والحكمة من هذه الدعوى مزدوجة، فهي تهدف الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين. كما تهدف الى حماية الدائنين من غش المدين المعسر عن طريق المطالبة بعدم سريان اثر تصرفه في مواجعتهم كي لا يضاروا به. لأن المدين قد يعتمد الى القيام بتصرفات تلحق ضرراً بدائنيه، فقد يبيع امواله الظاهرة ويخفي ثمنها، او يحابي اقربائه واصدقائه فيبيعهم امواله بثمان بخس او يهبهم اياها

مقارنة بين دعوى عدم نفاذ تصرف المدين والدعوى غير المباشرة: تتماثل كلتا الدعويان في أمرين وتختلفان في أمور ثلاثة: اما أوجه التشابه فهي:

اولاً: ان كليهما تهدفان الى المحافظة على الضمان العام لحقوق الدائنين.

ثانياً: ان كلاهما دعوى ترفع على مدين معسر صدر منه تصرف يلحق ضرراً بدائنيه.

اما اوجه الاختلاف فهي:

أولاً : ان دعوى عدم النفاذ ترمي الى حماية الدائن من غش المدين وتهريب امواله من متناول دائنيه.

بينما ترمي الدعوى غير المباشرة الى وقاية الدائن من اهمال مدينه في المحافظة على حقوقه.

ثانياً: ان الدائن يرفع دعوى عدم النفاذ باسمه ويخاصم فيها مدينه ومن صدر إليه تصرف المدين.

بينما في الدعوى غير المباشرة يقيم الدائن الدعوى باسم مدينه ويستعمل فيها حقوقه نيابة عنه ليخاصم فيها غيره.

ثالثاً: اثر دعوى عدم النفاذ ينصرف الى الدائنين. بينما ينصرف اثر الدعوى غير المباشرة الى المدين وتنول نتيجتها إليه مباشرة وإن أفاد منها داننوه بصورة غير مباشرة.

- تقادم دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن: لا تسمع دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف. ولا تسمع في جميع الأحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف.

شروط دعوى عدم نفاذ تصرف المدين في حق الدائن

يتضح من نصوص القانون المدني العراقي (٢٦٣ ، ٢٦٤ ، ٢٦٥)، أن شروط هذه الدعوى على ثلاثة أنواع:

اولاً - الشروط التي ترجع الى الدائن وتتصل بحقه: وهما شرطان:

أ - ان يكون حق الدائن مستحق الأداء: ومفاد ذلك، انه عند الحكم بهذه الدعوى سيحصل الدائن على سند تنفيذ

مما يعني ان مباشرة هذه الدعوى تقتضي أن يكون حق الدائن قابلاً للتنفيذ به إذا تم ثبوته في سند تنفيذ، وهو يكون كذلك إذا كان مستحق الأداء.

ب - ان يكون حق الدائن سابقاً على التصرف المطعون فيه: ذلك لسببين:

اولهما: انه ليس للدائن ان يتظلم من تصرف اجراه المدين، إلا اذا كان المال محل ذلك التصرف موجوداً في ذمة المدين وقت نشوء حق الدائن.

ثانيهما: من المتعذر تصور غش المدين إلا اذا كان حق الدائن سابقاً على تصرفه، فلا يجوز لشخص أن يطعن في تصرف مدين لم يكن دائناً له وقت نشوء التصرف، لتعذر الادعاء بأن المدين قصد من تصرفه الاضرار به. والعبرة في احتساب اسبقية حق الدائن على التصرف المطعون فيه، بتاريخ وجود الحق لا بتاريخ استحقاقه، وعباً اثبات الاسبقية يقع على عاتق الدائن، لانه المدعي وهو المكلف بإثبات شروط هذه الدعوى.

ثانياً - الشروط المتعلقة بالتصرف المطعون فيه: ينبغي ان يكون العمل المطعون فيه والصادر من المدين عن غش، تصرفاً قانونياً سواء صدر من جانب واحد كالإبراء والوفاء والتنازل والوقف او صدر من الجانبين كالعقد، سواء كان ملزماً لجانب واحد كالهبة او ملزماً للجانبين كالبيع، او كان العقد معاوضة كالقسمة او تبرعاً كالقرض والهبة دون عوض، اما اذا وقع البيع او الهبة في مرض الموت كان حكمهما حكم الوصية ويعتبران غير نافذين دون حاجة للطعن بهما بهذه الدعوى.

اما العمل المادي، كالعمل غير المشروع والتزام المدين بدفع تعويض عنه، فلا يجوز الطعن به وان ادى الى اعسار المدين او زيادة اعساره، لانه نافذ قانوناً بحق المدين. ويشترط في التصرف لإمكان الطعن فيه بهذه الدعوى شرطان:

اولهما ان يكون مفقراً للمدين وثانيهما ان يكون ضاراً بالدائن:

اولاً - ان يكون التصرف مفقراً للمدين: أن تصرفات المدين من حيث تأثيرها على ذمته المالية على أربعة انواع:

١- ان يمتنع المدين في تصرفه عن تقوية ذمته المالية بالامتناع عن زيادة حقوقه، كرفضه هبة عرضت عليه.

٢- ان يمتنع المدين في تصرفه عن تقوية ذمته المالية بالامتناع عن إنقاص التزاماته، كرفضه إبراء من دين في ذمته.

٣- ان ينقص بتصرفه من حقوقه، كتصرفه بعين يملكها بالبيع او الهبة.

٤- ان يزيد بتصرفه من التزاماته، كأن يقترض مالاً او يشتري عيناً بأكثر من قيمتها.

وما يعتبر تصرفاً مفقراً للمدين هو النوعين الأخيرين.

ثانياً - ان يكون التصرف ضاراً بالدائن: إذا انتفى الضرر انعدمت مصلحة الدائن وتعذر عليه رفع هذه الدعوى. ويقصد بالضرر الحيلولة دون استيفاء الدائن لحقه كاملاً، ومع ذلك فليس كل تصرف يصدر من مدينه ويؤدي الى اعساره او زيادة اعساره يلحق ضرراً بدائنيه إلا اذا توفرت فيه ثلاثة أمور:

اولاً- ان يرد التصرف على حق يفيد الدائن: ويقصد به الحق الذي يعتمد عليه الدائن في استيفاء دينه منه، فإن لم يكن الحق مفيداً له انعدمت مصلحته في الطعن بتصرف مدينه لعدم تضرره منه. ويكون الحق مفيداً للدائن في الأحوال الآتية:

١- إذا كان من الجائز التنفيذ عليه، فما لا يجوز حجزه لا فائدة للدائن من الطعن به، كالنفقة ونسبة معينة من الراتب.

٢- ان لا يؤدي الطعن الى استعمال حق متصل بشخص المدين، فلا فائدة من الطعن بتنازل المدين عن حقه في التعويض الأدبي او الرجوع في الهبة لعدم إمكان الدائن استعماله ولو نجح بإعادته للمدين لانه متعلق بشخصه.

٣- ان لا تنعدم مصلحة الدائن في الطعن بالتصرف، فلو تصرف المدين بمال مرهون لغير الدائن وكانت قيمة الرهن تتجاوز قيمة المال، فليس للدائن مصلحة في الطعن بالتصرف.

ثانياً: ان يكون هذا التصرف تالياً في صدوره لنشوء حق الدائن: وقد سبق الاشارة له عند الكلام عن الشروط المتصلة بحق الدائن.

ثالثاً: أن يؤدي التصرف الى إفسار المدين أو الى زيادة في افساره: والمراد بالإفسار هنا هو الإفسار الفعلي، ويعني ان لا يكون للمدين من الاموال الظاهرة التي تقبل التنفيذ عليها ما يكفي لتسديد ديونه المستحقة الاداء، والراجح في الافسار الفعلي ان تكون الديون مستحقة الاداء قياساً على الافسار القانوني. ويجب ان يؤدي تصرف الدين الى افساره اذا كان المدين موسراً قبل تصرفه، او ان يؤدي الى زيادة افساره اذا كان معسراً قبل صدوره، كالوفاء بدين قبل استحقاقه والهبة والبيع بثمن بخس او بثمن جدي اخفاه او بدده. ولذلك لا يعتبر تصرف المدين ضاراً بدائنه اذا لم يجعل المدين معسراً وقت صدوره وان تحقق افساره بسبب لاحق. كما يمتنع على الدائن الطعن بتصرف مدينه إذا كان معسراً وتصرف بعوض لم يؤد الى زيادة افساره او ادى الى افساره ولكنه اصبح موسراً قبل رفع الدعوى كأن تلقى هبة او ميراثاً، اذ يشترط ان يبقى المدين معسراً الى وقت رفع الدعوى حتى تبقى للدائن مصلحة في رفعها. أما عباً لإثبات الافسار فقد وزعته المادة ٢٦٥ مدني عراقي بين الدائن والمدين بقصد تيسير الاثبات على الدائن خلافاً لقاعدة (البينة على المدعي) وهو هنا الدائن، فإذا ادعى الدائن إفسار المدين فعليه ان يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها.

ثالثاً - الشروط التي ترجع الى المدين وخلفه: اشترطت المادة ٢٦٤ م. ع صدور التصرف عن غش وتواطؤ إذا كان معاوضة ولم يشترط توافرها في تبرعات المدين. أما الغش فيقصد به نية الإضرار بالدائن وقت صدور التصرف، أما التواطؤ فيعني توافر قصد الغش لدى كل من المدين ومن صدر له التصرف وقت صدوره.

ويعتبر الغش من أبرز شروط هذه الدعوى لأن الغش لن يتحقق إلا إذا صدر من المدين تصرف ضار بدائن كان حقه مستحق الأداء وثابتاً له قبل صدور التصرف لأنه تسبب في اعساره أو في زيادته ويعتبر العنصر النفسي في هذه الدعوى فهو الباعث على تصرف المدين، ليقابل عنصر الضرر الذي يعتبر العنصر المادي فيها.

ويختلف الغش في هذه الدعوى عن التدليس، وإن كانا تطبيقين للنظرية العامة في الغش، في أمور ثلاثة:

- ١- ان التدليس يقتصر بطرق احتيالية، اما الغش فإنه لا يقتصر بها.
 - ٢- ان التدليس يوجه الى المتعاقد الآخر بقصد الإضرار به، اما الغش فيوجه الى الغير وهو الدائن في هذه الدعوى.
 - ٣- ان جزاء التدليس فهو ابطال العقد اذا تحقق عند تكوين العقد ويكون تعويضاً إذا كان تدليساً عند تنفيذه، اما جزاء الغش في هذه الدعوى فهو عدم نفاذ تصرف المدين بحق دائنه.
- وقد وقف المشرع العراقي موقفاً خاصاً حيال الغش في هذه الدعوى وفي موضعين:
- اولهما - انه ميز بين المعاوضات وبين التبرعات من حيث اشتراط الغش والتواطؤ في الاولى دون الثانية. ثانيهما - انه يسر على الدائن إثباتها في عقود المعاوضات بما اقامه من قرائن.

والحال ان بحث شرط الغش والتواطؤ يقتضينا التمييز بين حالتين:

الحالة الاولى - الطعن في التصرف الصادر من المدين الى خلفه: فرق المشرع بين المعاوضات والتبرعات، فأشترط للطعن بالتصرف صدور التصرف عن غش من المدين وعن تواطؤ بينه وبين المتصرف اليه، إذا كان تصرف معاوضة. اما في تبرعاته فقد اكتفى بالشرطين الاولين من شروط الدعوى دون اشتراط الغش والتواطؤ.

وعلة هذه التفرقة، هي المفاضلة بين حق الدائن وحق الخلف، ففي المعاوضة ترتب حق كل منهما بمقابل، ومصلحة الدائن بنزع المال من الخلف تقابلها مصلحة الخلف بالاحتفاظ بالمال الذي دفع عنه عوضاً، ولتفضيل مصلحة أحدهما على الآخر لابد من عنصر مرجح لأحدهما على الأخرى. وقد وجد مشرعنا في غش المدين وتواطئه مع الخلف العنصر المرجح لمصلحة الدائن.

أما في التبرعات فتقوم المفاضلة بين مصلحة الدائن المتضرر من التصرف ومصلحة الخلف (المتبرع له) الذي تلقى الحق دون مقابل، ونزعه منه يعني فوات مصلحة له دون أن يصيبه ضرر مؤكد، مما ينبغي ترجيح مصلحة الدائن لأن دفع الضرر أولى من جلب المنفعة. وبناءً على هذه التفرقة قضى المشرع العراقي بالحكمين الآتيين:

أولاً - بالنسبة للمعاوضات، يشترط لعدم نفاذ تصرف المدين في حق دائنه غش المدين وعلم الخلف بالغش:

ويقصد بالغش هنا أن يقصد المدين بتصرفه الإضرار بالدائن، وعلى الدائن إقامة الدليل على أن التصرف صدر عن المدين وهو عالم أنه يسبب في إعاضاره أو في زيادته، إلا أن للمدين إثبات عكس هذه القرينة بإثبات أنه لم يقصد الإضرار بدائنيه بالرغم من علمه بإعاضاره وإنما صدر عن بائع آخر. كتوفير حاجاته الضرورية الأسرية أو المهنية.

ويجب أيضاً، إثبات تواطؤ المتصرف له (الخلف) بإثبات علمه بغش المدين، من خلال قرينة قانونية هي إثبات الدائن علم من صدر إليه التصرف وقت صدوره بأنه يسبب إعاضار المدين أو يزيد في إعاضاره. أو بإثباته أن الخلف كان ينبغي أن يعلم بإعاضار المدين، مثلاً لوجود صلة قرابة أو زواج أو صداقة حميمة بينه وبين المدين.

ألا أن هاتين القرينتين غير قاطعتين، فيمكن للخلف نقض إياً منهما بإثباته حسن نيته وجهله بقصد إضرار المدين بالدائن رغم علمه أن المدين معسر، كإثباته أن التصرف مألوف تقتضيه أعمال مهنته. ويخضع ذلك لتقدير قاضي الموضوع دون رقابة محكمة التمييز.

ثانياً - بالنسبة للتبرعات، لا يشترط غش المدين ولا سوء نية الخلف لعدم نفاذ التصرف بحق الدائن:

حيث يكتفى من الدائن للطعن بتصرف مدينه إذا كان تبرعاً أن يثبت ان تصرف المدين أدى الى اعساره او زيادة اعساره دون ان يكلف بإثبات علم المدين بأنه معسر وعلم خلفه بإعساره.

وللتمييز بين المعاوضات والتبرعات في الحالات التي يدق فيها التمييز، فقد أقر الفقه التكييف الآتي:

- ١- يعتبر القرض بفائدة معاوضة، اما القرض بغير فائدة فيعتبر تبرعاً.
- ٢- إذا انطوى عقد المعاوضة على غبن فاحش يبدو بسببه تبرعاً، فانه يعتبر معاوضة اذا كان العوض جدياً ليكون الغبن الفاحش قرينة على الغش، ويعتبر تبرعاً إذا كان العوض تافهاً وغير جدي.
- ٣- إذا بدا العقد معاوضة من ناحية احد العاقدين وتبرعاً من ناحية المتعاقد الآخر، كعقد الكفالة دون عوض الذي يعتبر تبرعاً للدائن، كان العبرة بتحديد طبيعته هي بالنظر الى الدائن المتصرف له.
- ٤ - إذا دخل في الهبة عنصر المعاوضة بحيث تنتفي منها صفة التبرع، اعتبرت معاوضة. كالهبة بعوض ذو قيمة او كانت هبة صادرة اعترافاً بجميل إذا بولغ بقيمتها وانطوت المبالغة على قصد الإضرار بالدائنين.

الحالة الثانية - الطعن بتصرف الخلف في الحق الذي تلقاه من المدين الى خلف ثان: إذا اقدم الخلف على التصرف بالحق الذي تلقاه من المدين الى خلف آخر، ولم يكن التصرف الصادر الى الخلف الاول قد حكم بنفاذه، فالحكم في هذه الحالة، كما يأتي:

- ١- إذا كان كل من تصرف المدين وتصرف الخلف معاوضة، فيشترط توافر الغش في جانب كل من المدين والخلف الاول والثاني، كي لا ينفذ التصرف في حق الدائن.

٢- إذا كان تصرف كل من المدين والخلف الاول تبرعاً، كانا غير نافذين في حق الدائن، دون اشتراط إثبات الغش.

٣- إذا اختلف التصرفان فكان احدهما معاوضة والآخر تبرعاً، اشترط الغش حيث يكون التصرف معاوضة، واعتبر غير نافذ في حق الدائن دون شرط الغش إذا كان تبرعاً.
صور لدعوى عدم نفاذ التصرف قررها المشرع العراقي:

نص مشرعنا على ثلاث صور لهذه الدعوى لحسم خلاف فقهي بشأنها ولخروج بعضها على القواعد العامة، هي:

اولاً - الطعن في تفضيل دائن على آخر دون حق، بتقرير ضمان خاص له: وتعني، ان المدين اذا اعسر قد يلجأ الى تفضيل دائن على آخر بان يقدم له سبباً للتقدم على غيره من الدائنين لم يكن متوفراً له عند نشوء حقه. كأن يقرر له رهن على بعض امواله، سواء تقرر ذلك بمقابل كما لو مد الدائن اجل دينه او حط من قيمته، او تم تقريره تبرعاً. والحكم في هذه الحالة انه اذا كان المدين قد تلقى مقابلاً نظير تصرفه اعتبر التصرف معاوضة ووجب على الدائن الطاعن في التصرف اثبات غش كل من المدين والدائن المتصرف إليه، أي إثبات ان الضمان الخاص قدم نتيجة تواطؤ بينهما. أما إذا كان تصرف المدين تبرعاً فان الدائن الطاعن لا يكلف بإثبات الغش والتواطؤ. فإذا نجح الدائن في طعنه حرم من قدم له الضمان الخاص من ميزة التقدم واعتبر ما قدم له غير نافذ في حق سائر الدائنين.

ثانياً - الطعن في إثثار المدين المعسر أحد دائنيه بالوفاء دون غيره: اجاز مشرعنا الطعن في الوفاء الحاصل من المدين المعسر لأحد دائنيه، الا انه يجب التمييز بين حالتين في الوفاء:

١- الوفاء بدين مستحق الأداء: اعتبر مشرعنا الوفاء بدين مستحق الأداء في منزلة المعاوضات لانعدام قصد التبرع فيه، وأشترط لعدم نفاذه في حق باقي الدائنين غش المدين وتواطؤ بينه وبين الموفى له.

٢- الوفاء بدين مؤجل: فيكون الوفاء بحكم التبرع، إذ لا مقابل فيه للتنازل عن الأجل، ولا ينفذ بحق باقي الدائنين دون حاجة الى اثبات الغش والتواطؤ. فان طعن الدائن في الوفاء ونجح في دعواه وجب على الدائن الموفى له رد ما استوفى وشارك غيره من الدائنين في الضمان العام.

وبهذا يكون مشرعنا بهذا الحكم قد خرج على القواعد العامة لهذه الدعوى، لأن الوفاء لا يعتبر تصرفاً مفقراً للمدين الموفى لانه لا ينقص من حقوقه ولا يزيد من التزاماته، كما ان الوفاء بدين حال لا يستخلص منه تواطؤ الموفى له مع المدين لأن استيفاء الحق غرض مشروع.

ثالثاً - الطعن في القسمة التي يجريها الشريك المدين: يحق لدائني أي شريك الطعن في قسمة المال المشاع، إذا ثبت أن القسمة قد تمت إضراراً بحقوقهم. فقد يتفق المدين مع شركائه على ان يفرز لنفسه نصيباً أقل من حصته الشائعة إضعافاً للضمان العام لحقوق دائنيه. وإذا حصل ذلك جاز لدائنيه الطعن في القسمة بعد تمامها بهذه الدعوى. وإذا نجحوا في اثبات التواطؤ بين المدين وشركائه من المتقاسمين، عاد المال الذي تقاسمه الشركاء الى الشيوع ثانية، ووجب إعادة إجراءات القسمة لتجري بحضور الدائنين، أو بيع المال بالمزاد العلني ليأخذ الشركاء من ثمنه أنصبتهم وليستوفي دائنوا الشريك من نصيب مدينهم ما لهم من حقوق.

المحاضرة العاشرة

آثار دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

اولاً - آثارها بالنسبة الى الدائن الطاعن في التصرف وإلى غيره من الدائنين: ان رفع الدعوى والاستمرار فيها وانفيذ الحكم الصادر فيها رهن بتوافر صفة الدائن في الطاعن بالتصرف، وإلا انتفت مصلحته في الطعن لإنعدام الضرر. فإن فقد هذه الصفة بعد رفع الدعوى او بعد صدور الحكم تعذر عليه الاستمرار فيها او تنفيذ الحكم الصادر فيها. وهو

يفقد هذه الصفة إذا استوفي حقه من المدين او من الخلف تفادياً لتنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه. ومع ذلك يتعذر على الدائن الاستمرار في الدعوى او تنفيذ الحكم ولو لم يفقد صفة الدائن في ثلاث حالات:

اولاً: إذا اصبحت اموال المدين كافية للوفاء بما عليه، لانتفاء شرط إعسار المدين.
ثانياً: إذا اثبت من صدر اليه التصرف إن المدين يملك كالأ كافيّاً للوفاء بحق الدائن.
ثالثاً: إذا لم يكن الخلف قد دفع الثمن بعد، وكان قريباً من ثمن المثل بإيداعه في صندوق المحكمة.

فإن إستمرت صفة الدائن مع توافر شروط الدعوى الأخرى، حكم القضاء بعدم نفاذ تصرف مدينه بحقه وباعتباره من الغير، مع تعويضه عن الضرر ان كان له مقتضى. الا ان هذا الحكم لا يخوله أي حق على المال محل الحكم وإنما عليه ان يباشر إجراءات التنفيذ وفقاً لقانون التنفيذ ليحصل على حقه.

ولا يترتب على حكم عدم نفاذ التصرف عدم نفاذ التصرفات التي تأسست عليه بحجة ان الخلف لا يملك من الحقوق اكثر من السلف، وان فاقد الشيء لا يعطيه، لان مشرعنا خرج على هذه القاعدة في نطاق هذه الدعوى حماية للغير حسن النية وعملاً بمبدأ استقرار المعاملات، فأشترط الغش في جانب الخلف الثاني او من يخلفه للحكم بعدم النفاذ.

ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف ، ما يلي من نتائج:

- اذا كان التصرف ينقص من اموال المدين، فإن المال الذي انصب عليه تصرف المدين يعتبر انه لم يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه، فإذا كان التصرف إسقاط حق عيني، كالتنازل عن حق ارتفاق، رجع الحق بالنسبة للدائن، وإذا كان التصرف إبراءً من دين اعتبر الدين باقياً في ذمة مدين المدين.

- إذا كان التصرف يزيد في التزامات المدين، كأقتراضه مالاً أو سدد القرض أو شراء عين معينة ودفع الثمن، وجب على المتصرف اليه وهو المقرض أو البائع أن يرد الى المدين ما قبضه لأن التصرف لا يكون نافذاً في حق الدائن.

أما اثر الدعوى بالنسبة لباقي الدائنين، فحسب المادة ٢٦٦ م.ع، انه اذا رفع احد الدائنين هذه الدعوى، جاز لأي من الدائنين الآخرين المستوفين لشروطها ان يتدخل ليستفيد من الحكم الصادر بعدم النفاذ الذي أعاد الحق الى الضمان العام، ولهم، وان لم يشاركوا في اجراءات الدعوى، ان يشاركوا الدائن الطاعن في التنفيذ على مال المدين. وإذا كان لأحد الدائنين تأمين عيني على المال محل الحكم فانه يتقدم في استيفاء حقه على الدائن الطاعن الذي قد لا ينال شيئاً منه اذا استغرق حق صاحب التأمين العيني قيمة المال الذي عاد للضمان العام. يتضح ان فائدة الحكم بعدم النفاذ تعم جميع الدائنين الذين صدر التصرف المطعون فيه اضراراً بهماآثار دعوى عدم نفاذ التصرفات في حق الدائن

اولاً - آثارها بالنسبة الى الدائن الطاعن في التصرف وإلى غيره من الدائنين: ان رفع الدعوى والاستمرار فيها وانفيذ الحكم الصادر فيها رهن بتوافر صفة الدائن في الطاعن بالتصرف، وإلا انتفت مصلحته في الطعن لإنعدام الضرر. فإن فقد هذه الصفة بعد رفع الدعوى او بعد صدور الحكم تعذر عليه الاستمرار فيها او تنفيذ الحكم الصادر فيها. وهو يفقد هذه الصفة إذا استوفي حقه من المدين او من الخلف تفادياً لتنفيذ الحكم على الحق الذي تلقاه. ومع ذلك يتعذر على الدائن الاستمرار في الدعوى او تنفيذ الحكم ولو لم يفقد صفة الدائن في ثلاث حالات:

اولاً: إذا اصبحت اموال المدين كافية للوفاء بما عليه، لانتفاء شرط إعسار المدين.

ثانياً: إذا اثبت من صدر اليه التصرف إن المدين يملك كالأ كافيّاً للوفاء بحق الدائن.

ثالثاً: إذا لم يكن الخلف قد دفع الثمن بعد، وكان قريباً من ثمن المثل بإيداعه في صندوق المحكمة.

فأن إستمرت صفة الدائن مع توافر شروط الدعوى الأخرى، حكم القضاء بعدم نفاذ تصرف مدينه بحقه وباعتباره من الغير، مع تعويضه عن الضرر ان كان له مقتضى. الا ان هذا الحكم لا يخوله أي حق على المال محل الحكم وإنما عليه ان يباشر إجراءات التنفيذ وفقاً لقانون التنفيذ ليحصل على حقه.

ولا يترتب على حكم عدم نفاذ التصرف عدم نفاذ التصرفات التي تأسست عليه بحجة ان الخلف لا يملك من الحقوق اكثر من السلف، وان فاقد الشيء لا يعطيه، لان مشرعنا خرج على هذه القاعدة في نطاق هذه الدعوى حماية للغير حسن النية وعملاً بمبدأ استقرار المعاملات، فأشترط الغش في جانب الخلف الثاني او من يخلفه للحكم بعدم النفاذ.

ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف ، ما يلي من نتائج:

- اذا كان التصرف ينقص من اموال المدين، فإن المال الذي انصب عليه تصرف المدين يعتبر انه لم يخرج من الضمان العام ويستطيع الدائن التنفيذ عليه، فإذا كان التصرف إسقاط حق عيني، كالتنازل عن حق ارتفاق، رجع الحق بالنسبة للدائن، وإذا كان التصرف إبراءً من دين اعتبر الدين باقياً في ذمة مدين المدين.

- اذا كان التصرف يزيد في التزامات المدين، كأقتراضه مائلاً أو سدد القرض او شراء عين معينة ودفع الثمن، وجب على المتصرف اليه وهو المقرض أو البائع أن يرد الى المدين ما قبضه لأن التصرف لا يكون نافذاً في حق الدائن.

أما اثر الدعوى بالنسبة لباقي الدائنين، فحسب المادة ٢٦٦ م.ع، انه اذا رفع احد الدائنين هذه الدعوى، جاز لأي من الدائنين الآخرين المستوفين لشروطها ان يتدخل ليستفيد من الحكم الصادر بعدم النفاذ الذي أعاد الحق الى الضمان العام، ولهم ،وان لم يشاركوا في اجراءات الدعوى، ان يشاركوا الدائن الطاعن في التنفيذ على مال المدين. وإذا كان لأحد الدائنين تأمين عيني على المال محل الحكم فانه يتقدم في استيفاء حقه على الدائن

الطاعن الذي قد لا ينال شيئاً منه اذا استغرق حق صاحب التأمين العيني قيمة المال الذي عاد للضمان العام. يتضح ان فائدة الحكم بعدم النفاذ تعم جميع الدائنين الذين صدر التصرف المطعون فيه اضراراً بهم.

ثانياً - آثارها بالنسبة الى المتعاقدين: لا يترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف بطلان هذا التصرف، فيظل التصرف نافذاً في العلاقة بين المتعاقدين وينصرف اثره الى خلفهما العام او الخاص، ويبقى التصرف نافذاً في حق الدائنين الذين لم يطعنوا به او لم يشاركوا في الاجراءات اهمالاً او لعدم توفر شرط الدعوى. ويقتصر اثر الحكم على الدائن الطاعن ومن استفاد منه من الدائنين، ويترتب على بقاء التصرف نافذاً بين طرفيه ومن خلفهما، ان التصرف إذا كان بيعاً ترتبت عليه النتائج التالية:

- ١- يرتب التصرف جميع آثاره إلا ما تعارض منها مع عدم نفاذه بحق الدائنين، فيلتزم المشتري بدفع الثمن ويلتزم البائع بنقل ملكية المبيع وتسليمه وضمانه.
 - ٢- يعتبر الشيء المبيع ملكاً للمشتري، فإن نفذ عليه الدائن واستوفى حقه وبقي شيء من ثمنه فانه يعد ملكاً للمشتري وتسلم له وان كان شيء النية متواطئاً.
 - ٣- تنصرف آثار التصرف الى الورثة والخلف الخاص كالمشتري الثاني، فان بقيت فضلة من الثمن بعد التنفيذ ورثها ورثة المشتري لا ورثة البائع.
 - ٤- يكون التصرف نافذاً بحق دائني المشتري وتنتقل اليهم حقوقه، ولهم ان ينفذوا على العين المباعة بعد ان يستوفي دائني المدين حقوقهم منها.
- التوفيق بين المصالح المتعارضة: لما كان الحكم لصالح الدائن في هذه الدعوى يؤدي الى عدم نفاذ تصرف بحق دائنيه، وإلى بقاء التصرف نافذاً بين المتعاقدين وخلفائهما، فان التعارض بين مصالح من اعتبر التصرف غير نافذ بحقه وبين من اعتبر نافذاً بحقه يبدو امراً واضحاً، ولذلك لا بد من تطبيق القواعد العامة لمعالجة هذا التعارض. ويترتب على تطبيقها النتائج التالية:

١- إذا طعن الدائن بعقد بيع أبرمه مدينه ونجح في دعواه واستوفى دينه من ثمن المبيع، كان للمشتري ان يرجع على المدين (البائع) اما بدعوى ضمان الاستحقاق او بدعوى الكسب دون سبب.

٢- اذا كان البائع غير المدين، اي ان المبيع انتقل من مشتري اول الى مشتري ثان، فان للمشتري الثاني ان يختار اما الرجوع بدعوى ضمان الاستحقاق على من باعه المبيع، او ان يرجع بدعوى الكسب دون سبب على المدين.

٣- في العقود الملزمة لجانبين يجوز للخلف الخاص ان يطلب فسخ العقد جزاءً لعدم التنفيذ، اذا نفذ الدائن على المال محل التصرف.

٤- اذا كان تصرف المدين تبرعاً كالهبة، فليس للموهوب له بعد الحكم بعدم نفاذ التبرع والتنفيذ على المال المتبرع به الرجوع على المدين بضمان الا إذا اشترط ذلك في التصرف.

٥- إذا كان التصرف المطعون فيه يزيد من التزامات المدين كعقد القرض، فليس للمقرض ان يشارك الدائنين السابقة حقوقهم على هذا التصرف في قسمة الغرماء، لعدم نفاذ القرض في مواجعتهم وتقدمهم عليه، ولكنه يزاحم الدائن اللاحق حقه لعقد القرض لنفاذ التصرف بالنسبة اليه.