الرقم الدولي : ISSN: 2075-7220

الرقم الدولي العالمي : ISSN: 2313-0377

مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث 2024 السنة السادسة عشر

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

Print ISSN : 2075-7220

Online ISSN : 2313-0377

Al-Mouhaqiq Al-Hilly Journal For Legal and Political Science

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University

Third issue 2024 Sixteenth year

No. Deposit in the Archives office – office 1291 for the national Baghdad in 2009

هيئة تحرير المجلة

ت	الاسماء	الصفة	مكان العمل	الاختصاص العام	الاختصاص الدقيق
1	أ.د. فراس كريم شيعان	رئيس هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
2	م.د. هند فائز احمد	مدير هيئة التحرير	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون دولي خاص
3	أ.د. اسراء محمد علي سالم	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
4	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون اداري
5	أ.د. حسون عبيد هجيج	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
6	أ.د. ضمير حسين ناصر	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
7	أ.د. وسن قاسم غني	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
8	أ.د. ذكرى محمد حسين	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون تجاري
9	أ.د. صادق محمد علي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
10	أ.د. اسماعيل نعمة عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون جنائي
11	أ.م.د محمد جعفر هادي	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
12	أ.م.د. رفاه كريم كربل	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون اداري
13	أ.م.د. قحطان عدنان عزيز	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دولي
14	أ.م.د. ماهر محسن عبود	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون خاص	قانون مدني
15	أ.م.د. اركان عباس حمزة	عضواً	كلية القانون / جامعة بابل	قانون عام	قانون دستوري
16	أ.د. مروان محمد محروس	عضواً	كلية الحقوق/جامعة البحرين	قانون	ــــــــــ
17	أ.د. مزهر جعفر عبد جاسم	عضواً	اكاديمية السلطان قابوس لعلوم الشرطة / عمان	قانون عام	قانون جنائي
18	أ.د. سهيل حدادين	عضواً	الجامعة الاردنية	قانون	ــــــــــ
19	أ.د. فتحي توفيق عبد الرحمن	عضواً	كلية القانون/جامعة البتراء	قانون	ــــــــــ
20	أ.م.د. منى محمد عباس عبود	مدقق اللغة الانجليزية	كلية التربية الاساسية / جامعة بابل	اللغة الانجليزية	ــــــــــ
21	م.د. احمد سالم عبيد	مدقق اللغة العربية	كلية القانون / جامعة بابل	اللغة العربية	ــــــــــ

ت	عنوان البحث	اسم الباحث	عدد الصفحات
1	دور ارادة المدين في اختيار التامين العيني الاتفاقي	أ.د.منصور حاتم محسن انفال ثائر عمران	36 - 1
2	صور واساس التنازل عن العقد الاداري (دراسة مقارنة)	أ.د. اسماعيل صعصاع غيدان علي عايد عباس	71 - 37
3	الاثار الموضوعية لجريمة تجاوز الاوزان للمواد المخدرة او المؤثرات العقلية (دراسة مقارنة)	أ.د.حسون عبيد هجيج ناهض هاشم رشيد	105 - 72
4	جريمة تزوير عملة ورقية متداولة قانونا او عرفا في العراق (دراسة مقارنة)	أ.د.حسون عبيد هجيج صلاح هادي مغير	127 - 106
5	مفهوم الخبرة في القضاء الاداري	أ.د.صادق محمد علي نوران محمد باقر	155 - 128
6	الاحكام الموضوعية لجريمة الامتناع عن تحرير عقد الايجار	أ.د.محمد اسماعيل ابراهيم حسن كريم مجبل	172 - 156
7	الاحكام الموضوعية لجريمة الاتفاق على اجرة عقار تزيد على الحد الاعلى المقرر قانونا	أ.د.محمد اسماعيل ابراهيم حسن كريم مجبل	193 - 173
8	الركن الخاص في جريمة المتاجرة بالمواد الاثرية (دراسة مقارنة)	أ.د.محمد اسماعيل ابراهيم محمد كاظم خليل	215 – 194
9	فعالية مجلس الامن في مواجهة استخدام الاسلحة الكيميائية	أ.د.سرمد عامر عباس براء جبر مكلد	236 - 216
10	جريمة عدم قبول عملة وطنية صحيحة (دراسة مقارنة)	أ.د.منى عبد العالي موسى علاء محمد كاظم	258 - 237
11	جريمة الاستخفاف بالقران الكريم (دراسة مقارنة)	أ.د.نافع تكليف مجيد سلام عامر دحام	287 - 259
12	جريمة تفتيت وبيع الاراضي الزراعية (دراسة مقارنة)	أ.د.نافع تكليف مجيد عارف سالم ربيط	309 - 288
13	الضمانات الممنوحة للمكتتب في عقد القرض العام ضد عدم التسديد	أ.د.سعد خضير عباس أ.د.رفاه كريم كربل م.كاظم خضير محمد	334 - 310
14	الضمانات الممنوحة للمكتتب في عقد القرض العام ضد انخفاض قيمة العملة	أ.د.سعد خضير عباس أ.د.رفاه كريم كربل م.كاظم خضير محمد	360 - 335
15	المسؤولية المدنية المترتبة على اخلاء المدني بإفشاء الاسرار المهنية(دراسة مقارنة)	أ.م.د حبيب عبيد مرزة زينب سليم عداي	380 - 361
16	خصوصية المسؤولية التقصيرية الناشئة عن الحوادث المدرسية (دراسة تحليلية مقارنة)	أ.م.د ايناس مكي عبد نصار	414 - 381
17	الاساس القانوني لقوات الامم المتحدة لحفظ السلام	أ.م.د.قحطان عدنان عزيز علا كريم خضير	434 - 415
18	احالة الدعوى الادارية لعدم الاختصاص	م.د.اثير ناظم حسين	464 - 435

مجلة المحقق الحلي

للعلوم القانونية والسياسية

مجلة علمية فصلية محكمة تصدر عن كلية القانون بجامعة بابل

العدد الثالث

السنة السادسة عشر

2024

البريد الالكتروني **https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues**

رقم الايداع في دار الكتب والوثائق ببغداد 1291 لسنة 2009

دور إرادة المدين في اختيار التأمين العيني الاتفاقي(دراسة مقارنة)

أ.د. منصور حاتم محسن(1)
كلية القانون / جامعة بابل

انفال ثائر عمران(2)
كلية القانون/ جامعة بابل

تاريخ استلام البحث: 2024/6/26 تاريخ قبول النشر:2024/7/15 تاريخ النشر:2024/9/19

المستخلص

خلاصة هذه الدراسة أنها تسعى إلى بيان دور إرادة المتعاقدين التي تُنشئ عقد التأمين العيني الاتفاقي، لأنه الأصل أن القانون هو من يحدد التأمينات العينية، ولكن في إمكان المدين تقرير تأمين عيني اتفاقي على ما يدخل في ذمته المالية ، وبالرغم من أن الأصل في العقود هو الحرية التعاقدية وأن العقد شريعة المتعاقدين فإننا نلاحظ بأن موضع الإرادة في هذا النوع من العقود وأن كانت مبنية على الاتفاق فهي مقيدة بالطابع التحديدي للقانون، وهذه الدراسة تسعى إلى بيان حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي على مال من أموال الضمان العام والقيود التي ترد على إرادة المدين، لأنه التأمين يشكل في طياته خروجاً على القواعد العامة، كخروج الدائن من قسمة الغرماء .

الكلمات المفتاحية: - إرادة المدين، إرادة الدائن، حق الإعطاء، التأمين العيني الاتفاقي.

The role of the debtor's will in choosing contractual real insurance

Dr.Mansour Hatem Mahsen
College Of Law/ University Babylon

Anfal Thair Omran
College Of Law/ University of Babylon

Abstract

The conclusion of this study is that it seeks to clarify the role of the will of the contracting parties that creates the contract of real insurance in real terms, because the principle is that the law is the one that determines the real insurances, but it is in the debtor's ability to decide on real insurance by agreement on what falls under his financial liability, despite the fact that the principle in contracts is freedom. Contractual law, and that the contract is the law.

Key words: - The debtor's will, the will of the creditor, the right to give, In-kind insurance.

المقدمة

التأمين العيني الاتفاقي يختلف عن بقية التأمينات العينية فهو يتم عن طريق الاتفاق ويحتاج إلى مراحل لإكمال تكوينه، أما التأمينات العينية الأخرى فإن بالإمكان أن يعطي القانون أو الحكم القضائي الدائن مباشرة تأميناً عينياً على مدينه. وأن الإرادة هي أساس التصرفات القانونية، وهي المصدر الرئيسي للالتزامات سواء الناتجة عن إرادة منفردة، أو مقترنة بإرادة أخرى ، ويقصد بذلك أن إرادة الشخص حرة ولها سلطة مطلقة في إبرام ما شاءت من العقود بشرط ألا تتعارض هذه الحرية مع النظام العام فالإرادة أساس وجود أي عقد وهي من المفاهيم الأساسية التي يرتكز عليها العقد في وجوده ، فهي أساس وجود أي عقد ، فالعقد هو اتفاق أرادات يهدف إلى أنشاء أو تعديل أو نقل أو أنهاء التزامات معينة ، فالحرية التعاقدية لكل شخص في الدخول في علاقة عقدية ، فالإرادة أو الرضا بين اطراف العقد هو الأساس وإن كان القانون يشترط أن يتجلى هذا الرضا بشكل رسمي يحدده القانون في بعض الحالات . حيث يعد وجود الإرادة والرضا من شروط صحة العقد، والرضا ليس له قيمة إلا إذا ظهر إلى الوجود وتم التعبير عنه، وحسب ما يقرر القانون من حيث الأهلية اللازمة لتوافرها، ويرتبط كذلك بالمرحلة السابقة لإبرام العقد.

ما تقدم يخضع له التأمين العيني الاتفاقي بوصفه عقداً ، يخضع للقواعد العامة للعقود، حيث أن أهمية هذا العقد واضحة في النظام القانوني ، كونه يوفر للدائن ، فضلاً عن الضمان العام المقرر لجميع الدائنين ، ضماناً قوياً وخاصاً من خلال تخصيص مال معين بالذات ، لضمان الوفاء بدينه المضمون ، حيث للدائن طلب بيع المال المحمل بالتأمين العيني عند عدم استيفاء حقه المضمون اختياراً، دون أن يخشى خروجه من ملك المدين في الفترة ما بين نشوء التأمين العيني واتخاذ إجراءات التنفيذ الجبري ، كما يجنبه ذلك خطر مزاحمة سائر الدائنين العاديين والمرتهنين التالين له في المرتبة.

فبالنظر لهذه الأهمية التي تكسبها التأمينات العينية الاتفاقية كونها تخول أصحابها سلطات التقدم والتتبع بالإضافة إلى الحبس في بعضها، لذا فأن هناك أحكام تتعلق بالمرحلة السابقة لإبرام عقد التأمين العيني، وهي مرحلة أختيار التأمينات العينية الاتفاقية وإعطاءها من قبل المدين للحصول على الائتمان والتزود بها من قبل الدائن للضمان. حيث أن لإرادة المدين دور في إعطاء تأمين عيني اتفاقي، حيث تنشئ التصرف القانوني، وللدائن الحق في السعي للحصول على تأمين عيني اتفاقي، وبما أن التأمين العيني الأتفاقي يشكل في طياته خروجاً على القواعد العامة، كخروج الدائن من قاعدة قسمة الغرماء التي تعتبر قاعدة عامة، فليس للمدين أن يستعمل حقه في الإعطاء على وجه غير مشروع، كأن يخفي غشاً واحتيالاً من قبل المدين أو تواطئ مع الدائن، فالغش والتواطؤ يعد المدين متعسفاً في حق إعطاء التأمين العيني الأتفاقي على أساس «مبدأ الغش يفسد كل شيء».

وكذلك تكمن أهمية الموضوع وأسباب اختياره، في وجوب البحث في الطابع التحديدي للتأمين العيني الأتفاقي من قبل التشريعات وعدم مطالبة الدائن بالحصول على تأمين غير منصوص عليه في القانون، لأنه عدم الامتثال لذلك سيخلق عدم المساواة بين الدائنين خارج الحدود المرسومة قانوناً، واعتبار الامتثال لذلك التحديد التشريعي للتأمينات العينية الأتفاقية من النظام العام.

ولبيان ذلك قسمنا هذا البحث إلى مبحثين، المبحث الأول؛ حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي، ونحاول في هذا المبحث دراسة حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي على مال من أموال الضمان العام في المطلب الأول، وسندرس تقييد حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي، والمبحث الثاني؛ حق الدائن في الحصول على تأمين عيني اتفاقي،

ونحاول في هذا المبحث دراسة حق الدائن في السعي إلى حق التقدم في المطلب الأول، وسندرس تقييد حق الدائن عند التنازل عن مرتبة التأمين العيني الاتفاقي.

تمهيد

الأصل أن التأمينات العينية القانون هو من يحددها، ولكن في إمكان المدين تقرير تأمين عيني اتفاقي على أي عنصر إيجابي من عناصر ذمته المالية، عدا ما لا يمكن حجزه من الأموال. وبما أن التأمين العيني يؤدي إلى الإخلال بالمساواة. فهذه التأمينات العينية الاتفاقية التي يزود بها الدائن تكون في تعارض مع الوضع القانوني الذي يكون فيه جميع الدائنين متساويين. وموضع هذه الإرادة في تكوين التأمينات العينية الاتفاقية ليس بدون حدود، وأن كانت الإرادة هي التي تكونها خلاف التأمينات القانونية والقضائية، وذلك لأنها مقيدة بالطابع التحديدي، حيث أنها إرادة مقيدة بقيود معينة سوف نتناولها بالبحث، وبما أن التامين العيني الاتفاقي يشكل في طياته خروجاً على القواعد العامة، كخروج الدائن من قاعدة قسمة الغرماء، فليس للمدين أن يستعمل حقه في الإعطاء على وجه غير مشروع. وعليه فإن لنشوء عقد التامين العيني الاتفاقي لا بد من وجود إرادة طرف تتفق مع إرادة طرف آخر وان يكون لهذا الاتفاق آثار يحميها القانون والعقد اتفاق، إنما يقتضي أن يكون لهذا الاتفاق (آثار) قانونية فالاتفاق الذي ليس له الأثر لا يكون عقداً. فالعقد اذاً يرتكز على الإرادة، بل هو يتمخض إرادة خالصة إذا قلنا إن إرادة المدين وحدها هي التي تلزمه، حيث أن الشخص حر في قبول أو عدم قبول الإيجاب الموجه إليه، ولكن في حالة القبول يكون للطرفين الحرية في تحديد أحكام العقد الذي سيرومان إليه، سواء الأحكام المتعلقة في الشكل أو مضمون العقد، فبعد أن كان ينظر إلى العقد بانه تطابق إرادتين من اجل أحداث آثار قانونية، أصبح ينظر إليه بانه ظاهرة اجتماعية. مما ينتج عن تغير هذا المفهوم أن آثار العقد التي كانت تحددها إرادة المتعاقدين، أصبحت تحددها إرادة المجتمع عن طريق القانون. وهذا جعل الإرادة في العقد في حالة تراجع، فلابد من توافر شروط معينة حتى يعتد بهذه الإرادة' وحتى بعد توافر هذه الشروط تبقى غير كافية هذه الإرادة. لان سلطان الإرادة ليس مقصوراً على أنشاء الالتزامات وحدها، بل أيضاً في إنشاء الحقوق.

وهذه الإرادة تنشط تدرجاً، حيث أنها أضعف نشاطاً في الحقوق العينية من الحقوق الشخصية، فإن الحقوق العينية وأن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها، فإن هذه الإرادة لا تستطيع أن تخلق شيئاً جديداً فيها، وأن آثارها لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً، بل إن القانون هو الذي يتولى في الغالب تحديد مداها. إذ يعتبر أن إرادة الأطراف في العقد هي التي تنشئ الالتزام والحق، تحدد موضوعه، أشكاله، ونطاقه[1] .

وموضع الإرادة في التأمينات العينية الاتفاقية ليس بدون حدود ، وأن كانت الإرادة هي التي تكونها خلاف التأمينات القانونية والقضائية ، وذلك لأنها مقيدة بالطابع التحديدي ، حيث أنها مقيدة بـمبدأ حسن النية الذي تطلبه العقود حماية للمتعاقد، حيث ترتبط العناصر الأخرى المكونة للعقد بإرادة الطرفين، ويحدد الموضوع عن طريق تفسير العقد الذي يتقلص إلى البحث عن نية الطرفين الحقيقية [2]. وأيضاً يحد من هذه الحرية النظام العام. فمن الضروري احترام مبدأ حسن النية في العقود، ليس فقط في مرحلة تنفيذ العقد فحسب، بل في مرحلة إبرام العقد، بل وحتى في مرحلة المفاوضات العقدية، وأن الأخلال بهذا المبدأ، سيجعل من الشخص المخل به معرضاً للمساءلة القانونية على أساس المسؤولية العقدية ومبدأ الغش يفسد كل شيء. ومن الضروري أيضاً احترام قواعد النظام العام، ومنها استبعاد الجزء الباطل بحكم القانون، القائم على فكرة تصحيح العقد عندما يتضمن اتفاقيات مخالفة للنظام العام، وذلك يتحقق بمجرد مخالفة العقد لقواعد القانون، حيث يُصَحح العقد إجبارياً باستبعاد الجزء الباطل بحكم القانون، حتى لو كان ذلك الجزء هو الباعث الدافع إلى التعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين أو لكلاهما، لأنه هذا الاتفاق لا يغير في الوصف القانوني للعقد لعدم

عده عنصراً فيه. وأن هذه الإرادة أضعف نشاطاً في الحقوق العينية من الحقوق الشخصية، فإن الحقوق العينية وأن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها، فإن هذه الإرادة لا تستطيع أن تخلق شيئاً جديداً فيها، وأن القانون هو من يتولى تحديد مداها.

وبناءً على ما تقدم، نحاول في المباحث القادمة، دراسة دور الإرادة وأحكامها والقيود التي ترد عليها وفقاً لما حدده المشرع، ونبدأ أولاً بدراسة حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي في المبحث الأول.

المبحث الأول

حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي

للمدين الحق في إعطاء تأمين عيني اتفاقي بإرادته التي تنشئ هذا التصرف القانوني، إلا أن هذا الحق له أحكامه التي جاءت للموازنة بين الطرفين وحماية الائتمان الذي وجد التأمين العيني من أجله، ولبيان ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول؛ حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي على مال من أموال الضمان العام، والثاني؛ تقييد حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي، وكما سيتم بيانه:

المطلب الأول

حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي على مال من أموال الضمان العام

التأمينات العامة هي التأمينات التي تكون فيها جميع أموال المدين الموجودة في ذمته المالية والتي يجوز حجزها جميعها ضامنه للوفاء بديونه حتى لو كان المدين قد تملك بعضها في وقت لاحق لنشوء حق الدائن ، وأن جميع الدائنين متساوين قانوناً تجاه هذا الضمان [3] ، وقد أصطلح على تسمية هذا النوع من التأمينات ، «بالضمان العام» [4] . وتُكون الذمة المالية للمدين الضمان العام للدائنين، إذ ترتبط العناصر المكونة للذمة المالية أي العناصر الموجبة (الحقوق) فيها بالعناصر السالبة (الالتزامات) فيضمن العنصر الموجب منها السالب، بمعنى أن ضمان الدائنين لا يقع على حق أو مال معين بذاته من حقوق المدين وأمواله، بل يقع على الجانب الإيجابي من ذمة المدين برمته، باعتباره ذا كيان ذاتي مستقل، عما تضمنه من حقوق والتزامات. وهذا معنى الضمان العام. والذمة المالية لها كيانها الخاص المستقل عن كيان عناصرها، ووفقاً لذلك، فإن التغيرات في العناصر هذه لا يكون لها أثراً في الذمة المالية، إذ تكون متميزة عن العناصر الداخلة في تكوينها. وعلى أساس هذا يكون للذمة المالية وجود ولو لم يكن على صاحبها أو عليه أي حق، اكتفاء باحتمال نشوء حقوق مالية له أو عليه في المستقبل [5].

والذمة المالية ، بوصفها مجموعة العناصر التي تدخل في تكوينها ، تعتبر ضماناً للوفاء بديون صاحبها ، فأنه يترتب على ذلك نتائج هامة بعضها في صالح الدائنين وبعضها ضد هذا الصالح؛ ففي حالة عدم الوفاء يستطيع الدائن أن يلجأ إلى ذمة المدين وينفذ على العناصر الموجبة، التي تكون داخلة في تكوينها وقت التنفيذ [6]. وما دام أن حق الدائن ينصب على ذمة مدينه، فالأصل أن الدائنين جميعاً متساوون بالنسبة لضمان حقوقهم، بصرف النظر عن تاريخ نشوء دين كل واحد منهم. فالدائن السابق في تاريخ نشوء دينه يتساوى مع الدائن اللاحق في هذا التاريخ. وإذا لم يكفِ العنصر الإيجابي في ذمة المدين ، أي أمواله ، للوفاء بجميع ديونه قسمت هذه الأموال على جميع الدائنين قسمة غرماء ، أي بنسبة دين كل واحد منهم [7]. ولكن مبدأ المساواة هذا، يقتصر على الدائنين الذين طالبوا بديونهم إذ ليس من مقتضيات المساواة بين

الدائنين استدعاء الدائن المهمل وتحريضه على التنفيذ. على أن المساواة قاصرة على الدائنين العاديين وهم الذين لا يتمتعون بضمان خاص، كالتأمين العيني الأتفاقي. أما الدائنين الذين يتمتعون بالضمان الخاص، فلا يخضعون لقاعدة المساواة ، وإنما يتقدمون على الدائنين العاديين عند التزاحم [8].

وبما أن حق الدائن ينصب على ذمة المدين ، لا يخول الدائن حق التدخل في إدارة المدين أمواله والتصرف فيها ، فحق المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها لا يتأثر بكثرة أو تعدد الدائنين ، وإنما يظل حقه قائماً حتى تتخذ إجراءات التنفيذ ، أو يصدر الحكم بحجزه عن التصرف في أمواله إذا اعتبر مفلساً [9]. فالضمان العام لا يرفع يد المدين عن التصرف في أمواله، ولا يمنعه من عقد ديون جديدة. وذلك لأنه لا يربط حق الدائن بمال معين من أموال مدينه، ولا يزود الدائن بأية سلطة قانونية، يستطيع بواسطتها منع المدين من التعامل مع دائن جديد. فالمدين يستطيع أن يتصرف في أي مال من أمواله بعوض أو تبرع ، فتضعف هذه التصرفات فرصة الدائن في استيفاء حقه كاملاً ، ودون أن يكون لأحدهم حق التقدم على الآخر ، فإذا كان المدين معسراً ، أي اذا كانت أمواله غير كافية لسداد ديونه ، فلن يستوفي الدائن حقه كاملاً ، ويقل نصيبه من هذه الأموال ، كلما زاد عدد الدائنين ، ثم أن تخلف الدائن عن المشاركة في التنفيذ يضيع عليه حقه [10].

والضمان العام يخول الدائنين مراقبة أموال المدين بعدة طرق قانونية، ما دخل منها في ذمة المدين وما خرج، حتى يأمنون على ضمانهم من أن ينتقصه غش المدين أو تقصيره. وهذه الطرق تعد طرق وسطى ما بين التحفظية والتنفيذية، فلا هي مقصورة على مجرد التحفظ على أموال المدين ولا هي تؤدي مباشرة إلى استيفاء الدائن حقه بالتنفيذ على أموال المدين. فهي أقوى من الطرق التحفظية إذ هي تمهيد للتنفيذ ، وهي أضعف من الطرق التنفيذية إذ أن التنفيذ يعقبها دون أن تستغرقه ، وهذه الطرق جميعها ترد إلى أصل واحد، هو المبدأ العام الذي تقدم ذكره من أن جميع أموال المدين ضامنة لالتزاماته [11].

يخلص مما تقدم أن القانون المدني العراقي والمقارن وضع حماية للدائن بجعل جميع أموال مدينه، الحاضرة منها والمستقبلية، ضامنة للوفاء بحقه. والدائنون جميعاً متساوون في استيفاء حقوقهم من الضمان العام ، ويستطيعون التنفيذ على جميع ما موجود بالذمة المالية للمدين بدون أي تمييز بينهم إلا ما استثنى[12]. فحق الدائن لا يتعلق بمال أو أموال معينة، وهذا ما هو واضح في المادة 260 من القانون المدني العراقي وما تقابلها من القوانين المقارنة، حيث أنها تقيم هذا الضمان العام على قاعدتين أساسيتين، القاعدة الأولى أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، بمعنى أن الدائن يستطيع أن يستأدى حقه بالتنفيذ على أي مال من أموال المدين، سواء كان هذا المال مملوكاً للمدين في وقت نشؤ حق الدائن. أو نشأ بعد ذلك، ولا يمنع الدائن من هذا التنفيذ، سوى أن يكون المشرع قد حظر الحجز عليه. والقاعدة الثانية أن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ، بمعنى لا يفضل دائن على دائن آخر إلا من تمتع منهم بضمان خاص [13]. ويبقى المدين حراً في التصرف في أمواله، وهذا يعرض الدائن لخطر عدم استيفاء حقه كله أو بعضه إذا لم يجد وقت التنفيذ لدى المدين من الأموال ما يفي بهذا الحق. ولما كان المدين حراً في زيادة التزاماته، فإن المساواة بين الدائنين تعرض الدائن لخطر مزاحمة الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعد تاريخ نشوء حقه الأمر الذي قد يترتب عليه التقليل من احتمال حصوله على حقه كاملاً. وعليه أن الضمان العام المقرر للدائن لا يحميه من خطر تعذر استيفاء حقه كله أو بعضه، لأن حرية المدين في التصرف في أمواله وزيادة التزاماته قد تؤدي إلى الإخلال بالثقة التي وضعها في مدينه فيعسر بعد أن كان موسراً [14].

وإذا كانت القواعد التي وضعها المشرع المدني لحماية الدائنين ، تعتبر أن الخطر الذي يهدد الدائن هو إعسار المدين فهي تهدف إلى الحد من تفاقم هذا الخطر ، لذا كان من الطبيعي أن يهيئ القانون، ضماناً يوفر الثقة للدائن وهو التأمين

العيني الأتفاقي لذا كان للمدين أن يميز دائناً معيناً وذلك بإعطائه حقاً عينياً على مال معين بالذات من أموال الضمان العام ، أو العمل على تسليم الدائن شيئاً ما كتأمين لدينه ، سواء أكان منقولاً أو عقاراً، يعتبر تفضيلاً له على غيره من الدائنين ويشكل خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين [15]، ويسمى هذا الضمان بالضمان الخاص الذي يمنح بناء على موافقة المدين لان في التأمين العيني الأتفاقي حق التنفيذ على أموال المدين [16].

ولكن موضع إرادة المدين في حق إعطاء تأمين عيني أتفاقي ليس بدون حدود ، وأن كانت الإرادة هي التي تكونه خلاف التأمين العيني القانوني والقضائي ، وذلك لأنه مقيد بالطابع التحديدي الذي نص عليه المشرع وهو ما يعرف في القانون المدني الفرنسي بقاعدة « لا امتياز بدون نص » [17] ، أي أن كل تأمين عيني أتفاقي يحمل في جوهره استثناء على المساواة بين الدائنين، لذا يجب أن لا يكون منحه خارج نطاق أجازة القانون [18] . بمعنى أن القانون وحده هو الذي يسن الأسباب المشروعة للتفضيل ، أي أن القانون عطل دور الإرادة في هذا الجانب ، لأن الدائن حائز التأمين العيني الأتفاقي يسعى إلى تحسين النفع الذي يوفره له هذا العقد، بجمعه مع الضمان العام عند عدم استيفاء حقه كاملاً ، فهو يحصل على تأمين مركب بين الضمان العام والضمان الخاص [19]، وهكذا نرى الدائنين يجمعون بين تأمينات عينية ، على سبيل المثال منح عدة تأمينات عينية اتفاقية [20] ، وقد تكون تأمينات عينية مع تأمينات شخصية ، كالكفيل الشخصي مع التأمين العيني الأتفاقي على أموال المدين [21] .

ولكن حسب مفهوم قاعدة « لا امتياز بدون نص » [22] ، فلا يجوز لطرفي الالتزام الدائن والمدين أن ينشئ امتيازاً في غير الحالات التي يقررها القانون، ولا يجوز للقاضي أن يجعل الحق ممتازاً إذا كان القانون لم ينص على ذلك [23] ، والقانون إذ يقرر الامتياز فذلك مراعاةً منه إلى أن التأمين العيني الأتفاقي يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء. كما أن التأمين العيني الأتفاقي يخول لصاحبه حقاً في الأفضلية خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين ولا يمكن أن يملك زمام الخروج على هذه القاعدة سوى المشرع، بالإضافة إلى ذلك أن التأمين العيني الأتفاقي له صفة مطلقة، فهو يحتج به على الكافة وهذا الأثر الخطير للتأمين العيني الأتفاقي لا يجوز ترتيبه إلا في الحدود التي أرادها المشرع. ولذلك تقصر إرادة المدين على الحق في إعطاء التأمين العيني الأتفاقي دون الحق في أنشاء تأمين عيني أتفاقي جديد لم ينص عليه القانون [24] .

وبما أن التأمين العيني الأتفاقي يشكل في طياته خروجاً على القواعد العامة ، كخروج الدائن من قاعدة قسمة الغرماء التي تعتبر قاعدة عامة [25] ، فليس للمدين أن يستعمل حقه في الإعطاء على وجه غير مشروع [26]، كأن يخفي غشاً واحتيالاً من قبل المدين أو تواطئ مع الدائن ، فالغش والتواطؤ يعد المدين متعسفاً في حق إعطاء التأمين العيني الأتفاقي على أساس « مبدأ الغش يفسد كل شيء » [27] . ويظهر التعسف أيضاً في حالة إعطاء تأمينات مبالغ بها وغير متناسبة بالنسبة إلى الدين المضمون [28] . وكذلك في حالة زوال الملكية عن المدين بضرورات الحد من إطلاق الأثر الرجعي لزوالها. فليس يحتم اذا زالت الملكية أن تزول دائما وأبداً بأثر رجعي ، فالأثر الرجعي ينكر واقعاً استمر فترة من الزمن طالت أم قصرت ، ولا يجب أن ينكر القانون الواقع دائما وأبداً بل عليه أن يقره ويرتب عليه آثاراً إذا اقتضت الظروف ذلك ، وأدعى هذا الظرف مراعاة حقوق الغير حسن النية ، وعليه فإن الدائن يحتج بحقه في مواجهة المالك الحقيقي للعقار لا الشخص الذي صدر منه التأمين العيني [29] . ومن القيود الهامة التي ظهرت في الفقه الفرنسي ما ذهب إليه البعض من حرمان المالك من حق بيع العقار مجزئاً كالتصرف في جزء من العقار أو العقارات المرهونة أو تصرف فيها إلى مشترين متعددين ، فمثل هذه البيوع وأن كانت لا تؤدي إلى الانتقاص من قيمة العقار ، إلا أنها تضر بالدائن من حيث انه يضطر لقبض حقه مجزئاً خصوصاً في حالة تحرير العقار ، ويبدو الفارق في أن تقدير التعسف يكون بالنظر إلى سلوك مستعمل الحق أي المدين ، أما تقدير أضعاف التأمينات يكون بالنظر إلى وضع الضمانات بالمقارنة بما كانت

عليه وبالنظر إلى الدائن. ولكن الصعوبة الحقيقية تكمن في انه لا يمكن القول بأضعاف التأمينات لمجرد التصرف. فقد يقوم المدين بالوفاء بالدين. ولا تتضح المصاعب أمام الدائن إلا إذا اضطر إلى اتخاذ إجراءات التنفيذ وعلى الأخص في حالة تحرير العقار. ويكون ذلك عادة إما مع حلول الأجل أو باقترابه. والمادة 295 قانون مدني عراقي و273 قانون مدني مصري تكفل حماية الدائن في حالة أضعاف التأمينات فعلاً ولا يكفي لأعمالها احتمال أو خشية الأضعاف [30] .

المطلب الثاني

تقييد حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي

كثيراً ما يعجز جزاء القاعدة القانونية المقرر بالنص، عن كفالة احترام قواعد السلوك الآمرة. وعندئذ يمكن لمبدأ «الغش يفسد كل أمر» ، سد هذه الثغرة وتقييد حق المدين في إعطاء تأمين عيني اتفاقي، فهو مبدأ قانوني اصلي يستند إلى أسس أخلاقية واجتماعية لمحاربة الخداع والاحتيال ، تأكيداً لمبدأ حسن النية الذي يجب أن يسود التصرفات القانونية كافة ، لحماية حقوق الأفراد والمجتمع، فيتوعد بالجزاء كل من يستخف بقاعدة معينة، ورتب القانون البطلان كجزاء على الغش [31]. ويستر هذا الاستخفاف باستخدام وسيلة فعالة التحقيق، كتواطؤ المدين مع الدائن الثاني والمبادرة بالتسجيل قبل الدائن الأول، وعرف الغش من قبل بعض الفقهاء [32] بأنه : (عمل يعمد إليه الشخص بقصد الإضرار بحقوق شخص آخر) ، وهو يتضمن بهذا المفهوم معنى الغدر، فمن يقصد الإضرار بغيره ، قد يتعمد إلى ذلك من أجل مصلحة ذاتية له و إن كانت غير مشروعة، لكن قصد الإضرار بحقوق الغير المتضمن لمعنى الغش، إنما يعد الغرض الرئيس أو الوحيد لا لأي شيء سوى الغدر والخداع وإلحاق الأذى بحقوق الغير . أما دعوى عدم نفاذ التصرف، فهذه الدعوى مع أنها من حيث المبدأ تُعد وسيلة حماية لحقوق الدائنين أصحاب الضمان العام ، فهي أيضاً تُعد وسيلة حماية لحقوق الدائنين أصحاب الضمان الخاص ، من المدين الذي يتصرف بأمواله أو ينقص قيمتها ، بحيث أن فعالية التأمين العيني الأتفاقي للدائن تم إفسادها بسبب تصرف المدين [33] . وفي هذا التصرف قد لا يكون المدين معسراً، فقد تكون ذمته المالية يتغلب فيها العنصر الموجب على العنصر السلبي، ومع ذلك، ورغماً عن غياب هذا الشرط التقليدي لدعوى عدم نفاذ التصرف، فإن هذه الدعوى متاحة أمام الدائن بالنسبة إلى حقه في التأمين بوصفها قيداً على حرية المدين في إعطاء التأمين العيني الأتفاقي، فهو ملزم بعدم أضعاف التأمين وتفويت الفرصة على الدائن من حقه في التنفيذ العيني نتيجة تصرف المدين لمنع الدائن من التزود به فهي دعوى تشكل حماية أفضل للدائن من تصرفات مدينه من قيد مبدأ «الغش يفسد كل أمر» [34]. فالجزاء المقرر في النصوص القانونية، هو تمكين الدائن الأول من المطالبة بسقوط الأجل، وذلك باعتبار أن تواطؤ المدين مع الدائن الثاني والمبادرة بالتسجيل ، ترتب عليه إضعاف التأمين الذي اكتسبه الدائن الأول [35] .

وهنالك قيداً ثالثاً بموجب النصوص القانونية على حرية المدين وهو يظهر في حالة كان هنالك تأمين عيني اتفاقي على حصة أحد الشركاء الشائعة، فإن القانون خرج بقاعدة استثنائية على تصرفات المدين في المال الشائع عندما ترد هذه التصرفات على تأمين عيني اتفاقي [36] ، وذلك لأنه المشرع العراقي أخذ في هذه الحالة بفكرة الحلول العيني، ونحن نقترح عليه الأخذ بفكرة انتقال التأمين العيني الاتفاقي بمرتبته إلى ما يعادل قيمة المال المحمل بالتأمين العيني الذي كان محل التأمين العيني بالأصل كما فعل المشرع المصري [37] .

ويجوز للدائن الطعن في أي تصرف قانوني يزيد في التزامات المدين ، ومن ثم يجوز له الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات [38]. فعندما يتصرف المدين في التأمين العيني الأتفاقي يتخذ حينها موقفاً إيجابياً، مخلاً في ذلك بالتزامه الأول

وهو الالتزام بإعطاء شيء [39] ، إذ بالنسبة للدائن والمدين والغير يعتبر التصرف الصادر من المدين على التأمين العيني الأتفاقي نافذاً [40]، ولكن للدائن بما له من ضمان خاص إن ينفذ على المال الضامن تحت يد الحائز، بما له من حق التتبع ، فإن أساسه اعتبار التصرف الصادر من المدين في المال موضوع التأمين العيني غير نافذ في حق الدائن ، شأنه في ذلك شأن التصرف الذي يصدر من المدين إضراراً بدائنيه العاديين بما لهم من ضمان عام ، وذلك لأنه كل ما في الأمر أنه في حالة التأمين العيني الأتفاقي كفى القانون الدائن مسؤولية إثبات سوء نية المدين نظراً لقيامه بتسجيل حقه مما يفترض معه علم الجميع بوجوده [41]، فالدائن له الحق في أن يتخذ الإجراءات في مواجهة الحائز باعتباره مالك العقار ، ولا يستفيد من هذه الإجراءات جميع الدائنين، فضلاً عن أن الحائز يجوز له تطهير العقار أو تخليته ، وهذا بدوره يؤدي إلى انقضاء الضمان الخاص لأنه حق الدائن يستوفى من الثمن [42] ، والتطهير قد يعرض الدائنين إلى عدة أمور منها، عدم كفاية الثمن لوفاء جميع حقوق الدائنين أو إلى إنقاص ضمانه [43].

ويختلف حق التتبع عن دعوى عدم نفاذ التصرفات في عدة أمور منها، لا يترتب على حق التتبع استرداد المال أو إعادته إلى الذمة المالية للمدين كما هو الحال في دعوى عدم نفاذ التصرفات، بل أن الدائن ينفذ على المال الضامن تحت يد الحائز ويتخذ الإجراءات في مواجهته باعتباره مالك العين، ولا يستفيد من هذه الإجراءات جميع الدائنين. ويجوز للدائن في حق التتبع أن يتتبع العين في أي يد تكون حتى لو كانت الأموال الباقية كافية لوفاء الدين [44].

وقد يقرر المدين على محل التأمين العيني الأتفاقي ضماناً لصالح عدة دائنين. والقاعدة العامة التي تحكم التزاحم بينهم هي أن العبرة بالأسبقية في التسجيل. لأنه العلم الفعلي بالحقوق العينية التي سبق تقريرها على التأمين العيني الأتفاقي لا يعتد به. وإنما العبرة فقط بالعلم القانوني، وهو لا يتوافر إلا بإجراء التسجيل. ولكن الصعوبة تعرض حينماً يتواطأ المدين مع الدائن الثاني لحرمان الدائن الأول من مزية التأمين العيني الذي اكتسبه. وقد يتوافر ذلك مثلاً إذا أهمل المدين أو وضع العقبات في سبيل تسجيل التأمين العيني الأول، ثم قام بتقرير تأمين آخر لصالح الدائن الثاني، وبادر بتيسير إجراء التسجيل حتى يكتسب هذا الأخير أولوية على الدائن الأول. ويكون هذا التعجيل عادة نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الثاني. ومن هنا يثور البحث في أثر الغش [45].

وقد أستقر القضاء في محكمة النقض الفرنسية منذ زمن بعيد على إعمال مبدأ أن الغش يفسد كل أمر. وبذلك قضت بإهدار أثر التسجيل إذا تم نتيجة تواطؤ المدين مع الدائن الثاني ، إضراراً بحق الدائن الذي لم يسجل حقه بعد [46] .

ويميل بعض الفقه [47] إلى تأييد هذا الاتجاه في مطاردة الغش. بل يتجه في هذا الصدد إلى وجوب الاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر على أوسع نطاق، حتى ولو لم يرد بشأنه نص في القانون. فهو يعتبر من المبادئ العامة التي تحكم التنظيم القانوني في الجماعة [48] .

ولكن هذا الجزاء لا يحقق مصلحة الدائن، فلعله يفضل بقاء الأجل وعدم استيفاء حقه إلا في الأجل المحدد للوفاء. ومن هنا تظهر مصلحته في صيانة التأمين العيني والاحتفاظ له بمرتبة يسبق بها الدائن المرتهن الثاني الذي تقدم عليه نتيجة لتواطؤه مع المدين. ولا يتيسر تحقيق هذه النتيجة إلا بتطبيق الطعن بالتصرف بدعوى عدم نفاذ التصرفات [49] .

وبالتالي فإن هدف دعوى عدم نفاذ التصرف إذاً هو في الحقيقة أوسع من حماية الدائنين حائزي تأمين عيني أتفاقي ، لأنها تهدف إلى حماية أصحاب الضمان العام ، وأضيق في آن واحد ، ما دامت لا تتعلق إلا بحائزي حقوق خاصة على هذا المال بالنسبة لأصحاب الضمان الخاص [50].

ومعنى ذلك أن أي دائن حقه خالٍ من النزاع مستحق الأداء وتصرف المدين يؤدي إلى الإعسار، يستطيع حينها الدائن استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف ، وللإعسار في دعوى عدم نفاذ التصرف معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة

، فالمقصود به هو الإعسار الفعلي، بأن تزيد ديون المدين على حقوقه [51]، فيعتبر إعساراً في هذه الدعوى بأن لا يكون للمدين مالاً ظاهراً يفي بكل ديونه حتى لو كان له مالاً غير ظاهر يفي بكل الديون ، أو مالاً ظاهراً يتعذر التنفيذ عليه. فإن في جميع الأحوال هذه لا يسقط الأجل وأن توافر شرط الإعسار لقيام الدعوى، فليس من حق الدائن إقامتها لأن الحق هنا غير مستحق الأداء [52] . وعليه أن حق الدائن إذا تركز على التأمين العيني الأتفاقي ثم قام المدين بالتصرف فيه إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن، وكان الدائن لا يريد حقه في التتبع حتى لا يضطر إلى تحمل إجراءات التطهير، أو الاصطدام بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، فإن في هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة من الإعسار بالمعنى المقصود بدعوى عدم نفاذ التصرفات، ما دام الدائن لا يستطيع الوصول إلى العين ذاتها الذي تركز فيها حق الدائن، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي للدائن بعد فوات العين بالحصول على التعويض. ومن ثم يجوز له الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات في تصرف المدين في العين ، فيتمكن من ذلك برد العين إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها [53] . وأن التصرف معناه هنا التصرف القانوني دون العمل المادي ، فإذا قام المدين بنزع من العقار محل التأمين العيني الأتفاقي بعضاً من توابعه التي عدت عقاراً بالتخصيص، وشملها التأمين العيني الاتفاقي وعلى الأساس هذا، فإن العمل المادي هذا لا يطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرف، ولكن بعده عملاً قانونياً ينقص من ضمانات الدائن قد يكون سبباً في تحقق أجل الدين أو في مطالبة الدائن لمدينه بتأمين تكميلي [54] ، فيجوز الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف في هذه الحالة [55] .

ولكن يلاحظ أن عقد الكفالة الشخصية لا يصح الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات لأنه يزيد في التزامات المدين ولا ينقص من حقوقه. لذلك يجب أن تفترض حالة كفيل عيني حتى تُمكن من تطبيق دعوى عدم نفاذ التصرفات ، فالكفيل العيني يقدم رهناً على عين مملوكة له لضمان دين للمدين، وهو بذلك ينقص حقوقه بترتيب هذا الحق العيني، فهذا العمل الصادر منه قابل الطعن عليه بدعوى عدم نفاذ التصرفات ، والعقد بالنسبة له تبرع وبالنسبة للدائن معاوضة، وأن العبرة في هذه الحالة بالدائن الذي تعاقد معه الكفيل العيني، ولما كان العقد بالنسبة له معاوضة وجب اشتراط تواطئه مع الكفيل العيني، حتى يمكن دائن الكفيل من الطعن في الكفالة بدعوى عدم نفاذ التصرفات [56] . فإذا كان الدائن أدى للمدين مقابلاً للضمان الخاص، بأن يمد أجل الدين أو يمنح المدين أجل جديد أو حط جزءاً من الدين، فإن هذا التصرف يعتبر معاوضة بالنسبة إلى الدائن وإن كان يعتبر تبرعاً بالنسبة إلى الكفيل العيني. والعبرة في دعوى عدم نفاذ التصرفات بمن حصل له التصرف، فتكون العبرة هنا بالدائن الذي حصل على الضمان، ويكون التصرف معاوضة. فيشترط إذاً، حتى يطعن دائنو الكفيل العيني في تصرفه بدعوى عدم نفاذ التصرفات، أن يثبتوا غش الكفيل العيني وغش الدائن الذي حصل منه على الضمان [57] .

وإنما يتحقق الفرض عملاً، إذا كان كل من المدين والموهوب له سيء النية، وعندئذ يمكن أن يكون المشتري من الموهوب له سيء النية فيجوز للدائن رفع دعوى عدم نفاذ التصرفات عليه، أو يكون حسن النية فلا يجوز للدائن ذلك.

ويترتب على ما تقدم أن الموهوب له إذا رتب تأمين عيني اتفاقي على العين لدائن حسن النية، فان حق الدائن المرتهن لا يتأثر بدعوى عدم نفاذ التصرفات التي يرفعها دائن الواهب.

أما الوفاء بمقابل فيمكن الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات، وذلك أن الدائن الذي استوفى مقابلاً لحقه إما أن يكون قد أخذ ما يساوى حقه، ولم يدفعه إلى ذلك غير استيفاء هذا الحق، وفي هذه الحالة لا يجوز الطعن، وأما أن يكون المقابل الذي أخذه يزيد كثيراً على حقه، وثبت أنه أراد بذلك الوصول إلى فائدة غير مشروعة إضراراً بالدائنين الآخرين، وفي هذه الحالة يجوز الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات، ومثل الوفاء بمقابل اتفاق المدين مع أحد الدائنين على إعطائه

ضماناً خاصاً على عين مرهونة ، فقد يكون الدائن الذي حصل على هذا الضمان عالماً بغش المدين ولكنه يسعى في التأمين على حقه ، وهذا غرض مشروع، ولا يجوز الطعن في هذه الحالة ، ولكن يجب أن يكون الدائن الذي حصل على ضمان خاص لحقه قد أعطى شيئا في مقابل ذلك، كأن مد في أجل الدين أو أعطى أجلاً جديداً ، أما اذا لم يعطِ شيئاً في مقابل حصوله على الضمان الخاص فالعقد تبرع، ولا يشترط في جواز الطعن عليه التواطؤ ، بل يكفى إثبات غش المدين وحده [58].

يلاحظ من ذلك، إذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين هو غير الشيء الذي ثبت عليه التأمين العيني الاتفاقي فالأمر ظاهر، لأن الدائن ذا التأمين العيني الاتفاقي يعتبر دائناً شخصياً بالنسبة إلى هذا الشيء محل الضمان العام. ولكن يشترط في هذه الحالة أن الشيء الذي ترتب عليه التأمين العيني الاتفاقي يكون غير واف بالدين حتى يتحقق الضرر من التصرف بمحل الضمان العام للدائن المرتهن لأنه يفوت عليه فرصة التنفيذ عليه لاستيفاء حقه فيتم الطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرفات، أما إذا كان الشيء الذي تصرف فيه المدين هو الذي رتب عليه التأمين العيني الاتفاقي، فلدائن صاحب هذا التأمين أن يطعن كذلك في التصرف حتى لا يكون مضطراً إلى تتبع الشيء في يد الغير فيعرضه ذلك إلى خطر التطهير. ويستطيع الدائن صاحب التأمين العيني الاتفاقي الطعن في التصرف حتى بعد أن يمتنع عن زيادة العشر في إجراءات التطهير أو حتى بعد أن يزيد العشر، وحتى بعد أن يبدأ في التنفيذ بحقه على ثمن العين [59].

ويتبين مما تقدم أن المدين إذا تصرف في محل التأمين العيني الاتفاقي، فشرط الإعسار يأخذ معنى جديداً، ويكفي لتوافر هذا الشرط أن يفوت على الدائن التنفيذ على محل التأمين العيني الاتفاقي [60] .

بقى أن نشير إلى أنه يتضح مما قدمناه أن التمييز بين المعاوضات والتبرعات له أهمية كبيرة في دعوى عدم نفاذ التصرفات [61] . إذ لو كان التصرف معاوضة فلا بد من أثبات غش المدين وخلف المدين وخلف خلفه وهكذا، أما لو كان تبرعاً فلا ضرورة لأثبات شيء من ذلك إلا الغش في جانب المدين وحده في القانون المدني الفرنسي. ومن ذلك يجب تحديد ما اذا كان التصرف تبرعاً أو معاوضة حتى تجرى على كل حالة ما تفتضيه من الحكم [62] . وأن الأثر المترتب على تصرف المدين إضراراً بالدائن عليه جزاءان مقيدان له حرية التصرف، أوله وقائي يمنع وقوع التعسف، مستند بذلك إلى دعوى عدم نفاذ التصرفات، وإلى مبدأ الغش يفسد كل شيء، وثانيه علاجي يتمثل بالتعويض على عدم القدرة على التنفيذ العيني، وذلك مستند به إلى تحرير العقار، وإلى الحيازة في المنقول سند الملكية.

المبحث الثاني

حق الدائن في الحصول على تأمين عيني اتفاقي

للدائن الحق في السعي للحصول على تأمين عيني اتفاقي، إلا أن هذا الحق مقيد ضمن القواعد القانونية وذلك للموازنة بين الطرفين وحماية الائتمان الذي وجد التأمين العيني من أجله، ولبيان ذلك قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين، الأول؛ حق الدائن في السعي إلى حق التقدم، والثاني؛ تقييد حق الدائن عند التنازل عن مرتبة التأمين العيني الاتفاقي، وكما سيتم بيانه:

المطلب الأول

حق الدائن في السعي إلى حق التقدم

يظهر حق الدائن في التزود بتأمين عيني أتفاقي بطريقتين ، الأولى طريقاً إيجابياً ، بالتأكيد أن للدائن الحق في السعي إلى التفضيل على الدائنين الآخرين للمدين نفسه ، ويشكل بذلك خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين عن طريق التفضيل القانوني الذي نص على مشروعيته القانون [63] . وطريقاً سلبياً ، وهو أن يجد الدائن نفسه في وضع دائن عادي ، وذلك عن طريق الغش والتواطؤ بين المدين ودائن آخر للسعي من أجل التزود بتأمين عيني أتفاقي عن طريق التفضيل غير المشروع الذي نص على عدم مشروعيته القانون [64] .

ولكن يظهر من النصوص القانونية أن هنالك حالات مساواة بين الدائنين العاديين وحائزي تأمين عيني اتفاقي أمام عدد معين من القواعد التي تحدد المصير المشترك للدائنين. ومن ذلك ، ما يذهب إليه نظام الإفلاس التجاري في فترة الريبة التي تسبق الحكم بالإفلاس وأيضاً تأثير عيوب الرضا وغيرها من القواعد التي تأكد أن مبدأ الحق في التأمين يحمل في ذاته حدوده الخاصة [65].

حيث لا يمكن التمسك بالأساس القانوني لحق الأفضلية بشكل مطلق ، وذلك لأنه يمكن الاعتراض عليه بمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين وحائزي تأمينات عينية اتفاقية ، وبعبارة أخرى هناك مساواة بين الدائنين العاديين وحائزي تأمينات عينية اتفاقية التي يتم تسجيلها في سجل مع الدائنين العاديين [66] تجاه قواعد الإفلاس في فترة الريبة [67]. حيث يقوم المدين بتصرفات قد تؤدي للأضرار بالدائنين في أثناء فترة الشك والريبة [68]. وفي هذه الفترة لا يمكن أن ينطبق مفهوم البطلان على تصرفات المدين ، فالبطلان وفقاً للقانون المدني العراقي [69] هو إعادة المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإن كان مستحيلاً جاز الحكم بتعويض عادل . فهو لا يعدو الأمر أن يكون في الحقيقة مجرد عدم نفاذ التصرف في حق جماعة الدائنين وحدها، مع بقاء التصرف صحيحاً منتجاً لآثاره بين المفلس والمتصرف إليه. وانه ليس ثمة ما يدعو لبطلان التصرف وزوال آثاره بأثر رجعي، إذ يكفي لحماية الدائنين إلا يعتد بهذا التصرف في مواجهتهم[70]. ولقد ورد النص على تلك التصرفات في القانون التجاري وحددت مدة التمسك بعدم النفاذ بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وبعد انقضاء خمسة عشر يوم في القانون العراقي وثلاثين يوماً في القانون المصري من تاريخ تقرير التأمين العيني الاتفاقي[71]. فإذا ابرم المدين المفلس التزاماً عقدياً فأنه يقع تحت طائلة المادة (613) من القانون التجاري العراقي الملغي ، أذا توافرت فيه الشروط الثلاث[72]، فالأثر المترتب على ذلك هو أن تقضي المحكمة بطلان تلك التصرفات بطلاناً وجوبياً وهنا لا بد من الإشارة إلى أن البطلان الوجوبي يمتاز عن البطلان بقوة القانون، إذ أن الأخير يقع بقوة القانون دون حاجة إلى صدور حكم ببطلانه ، بمعنى يجوز إبطال حقوق التأمين العيني الاتفاقي المقررة على أموال المدين ، وعدم نفادها في حق الدائنين العاديين مع بقائها صحيحة فيما بين المفلس والدائن ، إذا سجلت بعد تاريخ الوقوف عن الدفع . وبعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تقرير الرهن و الامتياز وذلك ما أورده المشرع العراقي وهو على خلاف ما أخذ به المشرع المصري [73]، أما البطلان الوجوبي فيقصد منه انه يجب على المحكمة متى رفع إليها أمين التفليسة أمر التصرف أن تحكم ببطلانه ، متى ما تحققت من توافر الشروط المذكورة في المادة أعلاه دون أن يكون لها سلطة تقديرية [74] . بينما نص المشرع في المادة (614) [75] على جملة شروط ، يتضح منها أنه للحكم بعدم نفاذ التصرف يجب :

وقوع التصرف خلال فترة الريبة مضافاً إليها التصرفات الواقعة في فترة (90) يوماً السابقة على فترة الريبة، إذ نلحظ هنا أن المشرع لم يقصر هذا النص على التصرفات الواقعة في فترة الريبة كما هو الحال في التصرفات المشمولة بنص المادة (613) تجاري عراقي ملغي التي تضمنت حالة التأمين العيني الاتفاقي. ونرى هنا أن المشرع العراقي قد انفرد بهذا الرأي ليزيد من حماية جماعة الدائنين بيد أن تلك الحماية كانت على حساب المتعاقد مع المفلس.

أن يكّون ذلك التصرف غير خاضع لنص المادة (613) [76] .

أن يكون التصرف ضاراً بجماعة الدائنين. كان يؤدي إلى إنقاص حقوق المفلس أو زيادة التزاماته، فاذا لم يترتب هذا الأثر على التصرف المبرم من قبل المفلس فلا يشمله البطلان الوارد في هذه المادة.

أن يكون المتعامل مع المدين المفلس عالماً بتوقف المدين عن الدفع، فلا يشترط غش المدين ولا نية الإضرار، وعلى أمين التفليسة أن يقيم الدليل على هذا العلم أي أن حسن نية من تعامل مع التاجر يكون مفترضاً وله أثبات ذلك بطرق الإثبات كافة [77] .

وينبغي الإشارة هنا ... إلى أنه لا يعتبر كافياً مجرد علم الدائن بحالة ضيق طارئة يمر بها المدين، بل لا بد أن ينصب العلم على حالة توقف المدين عن الدفع [78] .

أن يكون التصرف صادراً من المفلس ومتعلقاً بأمواله، أما اذا تعلق بأموال الغير فلا يدخل في نطاقه، مثاله قيام الزوجة بالإيفاء من مالها الخاص بالتزام عقدي مترتب في ذمة زوجها [79].

أن يكون أمين التفليسة بوصفه ممثلاً لجماعة الدائنين هو المتقدم بطلب بطلان التصرف [80].

وعليه إذا ابرم المدين المفلس التزاماً عقدياً أو أوفى بالتزام عقدي قائم ، يدخل ضمن التصرفات المنصوص عليها [81]، وقد توافرت فيها الشروط الثلاث، وهنا يكون لأمين التفليسة الحق بالطعن بتصرف المدين ، بموجب دعوى عدم نفاذ التصرفات في فترة الريبة، أو دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني [82]، وإذا لا يدخلان ضمن التصرفات المنصوص عليها في هذه المادة، وقد توافرت فيها الشروط الواردة في المادة التالية لها [83]، فعلى المحكمة هنا أن تحكم ببطلان التصرف ، ويستفاد من هذا النص للطعن في تصرفات الكفيل العيني لعدم ذكره في نص المادة السابقة [84].

حيث أن الجزاء الذي يجوز توقيعه في حالة إبرام المفلس عقوداً بمقابل في فترة الريبة هو البطلان إلا أنه في حقيقته ليس بطلاناً بالمعنى القانوني، لأن البطلان يترتب عليه انعدام أثر العقد بالنسبة للمتعاقدين بينما العقد الذي يقضى ببطلانه طبقاً لتلك المادة يظل صحيحاً ومنتجاً لآثاره فيما بين عاقديه وإنما لا ينفذ في حق جماعة الدائنين، فالجزاء في حقيقته هو عدم نفاذ التصرف في حق هذه الجماعة [85]. وما دام الأمر يتعلق بعدم نفاذ تصرفات المدين الحاصلة في فترة الريبة في مواجهة جماعة الدائنين، فإن دعوى عدم النفاذ التي يرفعها وكيل التفليسة ضد الغير لمصلحة جماعة الدائنين قد تختلط بدعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني، ويأتي وجه الخلط بين دعوى عدم نفاذ التصرفات المقررة في القانون المدني ودعوى عدم نفاذ التصرفات المقررة في القانون التجاري، من حيث أنهما تهدفان إلى تجنيب الدائن غش المدين وتنتهيان متى توافرت شروطهما، إلى عدم نفاذ تصرفات المدين المنطوية على الغش في مواجهة الدائن المدعي. غير أن ذلك لا يعني عدم اختلاف الدعويين، كما

لا يعني أنه يمكن الاستغناء بدعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني عن دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون التجاري في فترة الريبة [86] .

وتختلف دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني عن دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون التجاري في فترة الريبة ، من حيث أن وكيل التفليسة وحده هو الذي يباشر الدعوى الأخيرة، بينما يجوز لكل دائن ، وفقاً للقواعد العامة مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني ، كما تختلفان أيضاً من حيث أنه بينما تؤسس دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني على غش المدين ، فإن دعوى عدم نفاذ التصرفات في فترة الريبة تؤسس على حالة التوقف عن الدفع ، وما يترتب عليهما من عجز المدين عن الوفاء بحقوق الدائنين، وهما فارقان استوجبا إخضاع دعوى عدم نفاذ التصرفات في فترة الريبة لقواعد خاصة تختلف عن القواعد العامة التي تحكم دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني [87] .

ودعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني كذلك لا توفر لجماعة دائني المفلس نفس الحماية التي توفرها عدم نفاذ تصرفاته في فترة الريبة ، وهو ما يظهر بوضوح من شروط دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني في القواعد العامة ، فوفقاً لهذه القواعد يشترط لنجاح الدائن في دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني أن يثبت أن التصرف الذي أجراه مدينه يؤدي إلى أنقاص حقوق هذا المدين أو يزيد في التزاماته وترتب عليه إعساره أو الزيادة في إعساره ، بينما يكفي لنجاح وكيل التفليسة في دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين المفلس ، في فترة الريبة ، أن يثبت أن التصرف قد صدر من المدين في هذه الفترة ولو لم يؤدي التصرف إلى إنقاص حقوق المدين أو الزيادة في التزاماته أو إعساره أو زيادة إعساره [88] . هذا فضلاً عن ذلك فإنه إذا كان تصرف المدين بعوض ، فإنه يلزم لنجاح الدائن في دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني إثبات أن هذا التصرف كان منطوياً على الغش من جانب المدين بعلمه أنه معسر وإثباته أن من صدر إليه هذا التصرف كان عالماً بهذا الغش أي عالماً بإعسار المدين ، هذا في حين يكفي وكيل التفليسة لنجاح دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في فترة الريبة إثباته علم الغير المتعاقد مع المفلس بصدور التصرف عن هذا الأخير وهو في حالة توقف عن الدفع ولو لم يكن المفلس حسن النية [89].

على أن تقرير قواعد خاصة في القانون التجاري لدعوى عدم نفاذ تصرفات المفلس في مواجهة جماعة الدائنين لا يلغي تماماً أهمية دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني بالنسبة لهذه الجماعة ، ذلك أن دعوى عدم نفاذ تصرفات المفلس في فترة الريبة تقتصر على التصرفات الحاصلة في هذه الفترة ، بينما لا تتقيد بذلك دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني بحيث يجوز لوكيل التفليسة مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني ، سواء كانت تصرفات المفلس المراد عدم نفادها في مواجهة جماعة الدائنين حاصلة خلال فترة الريبة أو قبلها [90] ، فإذا كانت تصرفات المفلس المراد عدم نفادها في مواجهة جماعة الدائنين حاصلة خلال تلك الفترة كان وكيل التفليسة بالخيار بين استعمال دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني أو دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون التجاري لكن لا يجوز له الجمع بينهما ، فإما أن يتمسك أمام المحكمة المختصة بأحكام دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني، وإما أن يتمسك بأحكام دعوى عدم نفاذ التصرفات في فترة الريبة [91] .

أما إذا كانت تصرفات المفلس المراد عدم الاحتجاج بها في مواجهة الدائنين حاصلة قبل فترة الريبة، فلا مناص أمام جماعة الدائنين من استعمال دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني، وهنا تبدو أهمية هذه الدعوى في حالة الإفلاس. وهنا اختلف الرأي فيمن يجوز له مباشرة دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني. فذهب رأي [92] إلى أنه يجوز لكل دائن من جماعة الدائنين مباشرة هذه الدعوى متى توافرت شروطها. بينما ذهب رأي آخر [93] إلى أنه لا يجوز لأحد مباشرتها سوى وكيل التفليسة ، حيث يمتنع على أي دائن من جماعة الدائنين رفع الدعاوى والإجراءات

الانفرادية بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس . وأياً كان الخلاف فالرأي متفق على أنه متى قضي بعدم نفاذ التصرف ، فإن الفائدة التي تتمخض عن ذلك لا تعود على من باشر دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني ، سواء كان أحد الدائنين أو وكيل التفليسة ، وإنما يعود على جماعة الدائنين [94] ، تطبيقاً لمبدأ المساواة بين جماعة الدائنين الذي يهدف إليه نظام الإفلاس لضمان حقوق الدائنين [95] .

وتظهر أيضاً أهمية دعوى عدم نفاذ التصرفات في القانون المدني على دعوى عدم نفاذ التصرفات في فترة الريبة ، كون الأخيرة لا تسمع بعد مرور سنتين ، بينما الدعوى المدنية لا تسمع بعد مرور ثلاث سنوات [96] .

يلاحظ أن المشرع قد أرتاب من تصرفات المدين خلال فترة الريبة ، لاسيما فيما يتعلق ، بتكوين التأمين العيني الاتفاقي ، الذي يرتبه خلال هذه الفترة ضماناً لدين سابق عليه بما يميز هذا الدائن على الدائنين العاديين الآخرين فلا يخضع لقسمة الغرماء عند أجراء التوزيع ، فقد نص كما ورد ذكره في قانون التجارة العراقي والمصري على بطلان هذا التأمين وجوبياً ، لأنه تقرير المفلس لهذا الضمان الخاص خلال فترة الريبة لأحد الدائنين دون أن يكون هذا الدائن قد اشترطه عند نشوء الدين ، إنما يكون له من قبيل التبرع بهذا الضمان ، فقد نص المشرع على بطلان تبرعات المفلس [97]، ولما كان سياق المادة وحكمة تشريعها تهدف إلى أبطال ما أراده المفلس من محاباة لدائن عادي على دائن آخر ، سواء كان دينه داخل فترة الريبة أم خارجها [98]. والحكمة من هذا النص هي الرغبة في المساواة بين دائني المفلس، وفي دفع الغش الذي قد يرمي به هذا إلى تمييز أحد دائنيه على الآخرين[99] .

ويلاحظ أن أساس العقود جميعاً هو الرضا و عقد التأمين العيني الاتفاقي هو واحد من تلك العقود الرضائية [100]. ويعتبر هذا الشرط من اهم الشروط الموضوعية بل هو الأساس للعقود جميعاً وهو وجود أرادتين متوافقتين أي الإيجاب والقبول لأطراف العقد، المدين والدائن، أي برضى الطرفين المتعاقدين ويرجع في ذلك إلى القواعد العامة في نظرية العقد [101] .

فيجب أن يصدر هذا الرضا عن ذي أهلية وغير مشوب بأحد عيوب الرضا وهي الإكراه والتغرير مع الغبن والغبن الفاحش والغلط والاستغلال ، وفي حال كان المدين عديم الأهلية فإن التأمين العيني الاتفاقي يقع موقوفاً ، مثلاً فإن كان صادر من الصبي المميز ، فيشترط فيه أجازه وليه، أما أذا كان المدين شخص آخر غير المدين فإن عقد التأمين هنا يكون ضاراً ضرراً محضاً كونه يضع عقاره تأمين لدين شخص آخر ولا يعود عليه التأمين العيني الاتفاقي بمنفعة وإنما يصبح متبرعاً [102]، مما يصح الطعن به بدعوى عدم نفاذ التصرفات عند توفر شروطها [103].

وأن هنالك فرق في حق الدائن بالتزود بين التأمين العيني الأتفاقي الوارد على شيء غير معين بالذات والتأمين العيني الأتفاقي الوارد على شيء معين بالذات، ففي هذا الأخير يتوافر التتبع وان اصطدم بقاعدة «الحيازة في المنقول سند الملكية» ولكن أمتنع تطبيق هذه القاعدة لوجود شرط تسجيل التأمين العيني الأتفاقي للشيء المعين بالذات محل التأمين، أما في الأول فأن التتبع لا يوجد مطلقاً وكل ما يكون لصاحب التأمين هو التقدم. ومع هذا هنالك رأي فقهي لا يتفق مع من يقول بنفي صفة الحق العيني ووصفه حقاً شخصياً أذا كان محل التأمين دون حيازة مالاً مثلياً ، وعدم وجود سلطة التتبع ذلك لأنها تقتضي وجود الشيء ذاته حتى يمكن أن تتخذ إجراءات التنفيذ في مواجهته ، ولكن هذا لا ينفي صفة العينية عن حق التأمين ، وعليه نقول بإمكانية ورود التأمين العيني الأتفاقي على الشيء المثلي ، بل توفر ضمان أقوى للمرتهن في استيفاء حقه ، فالمثليات عند هلاكها لا تؤدي إلى انقضاء الرهن ، إذ يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء ، والمدين يلتزم بالمحافظة على كمية مماثلة وليس كما في الأشياء القيمية يحافظ على ذات الشيء [104] .

أما بالنسبة إلى عدم وجود سلطة التتبع في التأمين العيني الأتفاقي الوارد على منقول مثلي فأنه لا يؤدي إلى نفي صفة العينية ، فالدائن المرتهن يستوفي حقه بالتقدم على بقية الدائنين من ثمن المال على محل التأمين، فالأولوية هي غاية التأمين العيني الأتفاقي وليس التتبع وإنما التتبع هو شرط لممارسة الأفضلية ، وغاية المرتهن الأساسية والوحيدة هي استيفاء المرتهن حقه المضمون بالأولوية وهذه الغاية تتمثل بالتقدم ، فالتقدم اذاً هو غاية التأمينات العينية كلها ، أما التتبع والأنظمة الأخرى وسائل لتحقيق هذه الغاية تتمثل بإزالة العقبات التي تعترض التقدم أو الأفضلية [105]، ومن هذه العقبات خروج المال من يد المدين خروجاً لا يحتج به على المرتهن، ومن ثم لا يمكن مباشرة حق التقدم إلا بعد اتخاذ الإجراءات في الحجز والتنفيذ بين يدي من آل إليه وهو التتبع ، بينما التقدم يمارس في الحالتين سواء خرج من يد المدين أو عند بقاءه في يده ، لذا يكون هو غاية التأمين ، لذا فأن المشرع الفرنسي عند تعريفه للرهن الوارد على منقول مادي سواء كان بانتقال حيازته للمرتهن أو دون انتقال الحيازة ، لم يشر إلا إلى حق التقدم دون أن يذكر حق التتبع [106].

وعليه فإن ليس للدائن الطعن في تصرفات مدينه ، بدعوى عدم نفاذ التصرفات المنصوص عليها في القانون المدني، عندما يكون المنقول مثلياً ، وذلك لأنه لا يجوز الطعن بهذه الدعوى على حق غير خالاً من النزاع [107] ، فالمال المنقول المثلي غير معين مما يؤدي إلى النزاع على محل الحق ، فتكون حقوق الدائن صاحب التأمين العيني الأتفاقي في حالة مساواة مع الدائن العادي، بينما المال المنقول المعين بالذات خالاً من هذا النزاع فيمكن الطعن بتصرف المدين بدعوى عدم نفاذ التصرفات عندما تتوفر شروط الدعوى [108] .

المطلب الثاني

تقييد حق الدائن عند التنازل عن مرتبة التأمين العيني الأتفاقي

يترتب على حق التقدم أن يحتل الدائن المرتهن مركزاً ممتازاً يتقدم به على سائر الدائنين في استيفاء دينه. ويتحدد هذا التقدم بالمرتبة التي يكفلها إجراء التسجيل للتأمين العيني. وأن أبرز خصائص التأمين العيني هو حق التقدم وهو مزية مقررة للدائن المرتهن في علاقته بغيره من دائني المدين تخوله أن يستوفي حقه الأصلي وملحقاته من ثمن التأمين العيني أو المال الذي حل محله قبل غيره من الدائنين الذين ليس لديهم سبب خاص يخولهم أن يتقدموا عليه [109].

ولكن الدائن المرتهن صاحب حق التقدم ، كثيراً ما تظهر مصلحته في أن يتصرف في هذا المركز الممتاز، فيتصرف بإرادته بالتنازل عن مرتبته إلى الدائن الذي يليه، فينزل مثلاً المرتهن الأول عن ترتيبه إلى المرتهن الثالث ويأخذ محله ، وهذا النزول لا ينصب إلا على حق التقدم دون أن يمس أية ميزة أخرى من مزايا التأمين العيني [110]. ويفترض النزول عن مرتبة التأمين العيني تعدد الدائنين المرتهنين لذات محل التأمين العيني، وينصب الاتفاق على دعوة من جانب الدائن المتقدم إلى دائن متأخر ، لينزل الدائن المتقدم عن مرتبته لدائن مرتهن آخر متأخر عنه ، فلا يجوز النزول لدائن عادي لأن الفرض أن النزول يكون عن المرتبة وحدها فلا يشمل التأمين العيني [111].

وتتعدد البواعث التي تدفع إلى مثل هذا الاتفاق، ومصلحة الدائن المتنازل له ظاهرة. أما الدائن المتنازل لا ينزل عادة عن مرتبة التأمين العيني، إلا إذا كان هناك سبب يدعوه للنزول عن هذه المرتبة والاكتفاء بمرتبة أقل. فيجوز أن يكون نزوله عن ترتيبه معاوضة أي لقاء ثمن معين، أو على إمكان الطعن في الديون التي تكون مرتبتها بين مرتبة المتنازل والمتنازل إليه، أو اعتماداً منه على تأمين عيني آخر مقرر له، وهو في هذه الحالة لا تعنيه مرتبة حقه على التأمين العيني، إذ هو يعتمد على التأمين العيني الآخر الذي يفي بحقه كاملاً. أو إذا كان

واثقاً من أن التأمين العيني يفي بجميع الديون المسجلة لغاية التأمين الذي نزل الدائن إلى مرتبته. كما يجوز أن يتم هذا النزول على سبيل التبرع [112]، اعتماداً من الدائن على انتفاء مصلحته في هذا التأمين لوجود تأمين عيني آخر يضمن له استيفاء دينه ، ويلاحظ في هذا الشأن أن إجازة المشرع لمثل هذا التنازل ، قد يفضي إلى تمكين المدين من الاحتفاظ دائماً بالمرتبة الأولى في حدود الدين الذي تضمن الوفاء به ، للحصول على ائتمان آخر من دائن جديد . ويتيسر ذلك باستخدام أدارة الاشتراط لمصلحة الغير. وصورة ذلك أن يتم اتفاق بين المدين والدائن، فيلتزم الأخير بمقتضاه أن يتخلى عن مرتبته لصالح دائن جديد إذا منح ائتماناً للمدين. وليس في القواعد العامة ما يمنع مثل هذا الاتفاق، على أنه يخضع لأحكام القانون في شرط عدم الإضرار بالدائنين الآخرين [113].

وللدائن أن ينزل عن مرتبة التأمين العيني في حدود الدين المضمون بهذا التأمين لمصلحة دائن آخر له تأمين مسجل على نفس محل التأمين العيني للدائن الذي يروم للتنازل، ويجوز التمسك قبل هذا الدائن الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول، عدا ما كان منها متعلقاً بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان الانقضاء لاحقاً للتنازل عن المرتبة [114].

والدائن مقيد بعدة قيود لا يجوز التنازل عن مرتبة التأمين العيني إلا بتوافرها، وإذا نزل الدائن عن مرتبته نزولاً قانونياً تتوافر فيه القيود، أصبح الدائن المتنازل له في مرتبة الدائن المتنازل، وأصبح الدائن المتنازل في مرتبة الدائن المتنازل له[115]. وهذه القيود هي:

أولاً: النزول عن المرتبة يكون في حدود حق المتنازل: يحق للدائن أن ينزل عن مرتبة التأمين العيني، في حدود الدين المضمون بهذا التأمين العيني، ويفترض هذا النص أن هناك فرقاً بين دين المتنازل ودين المتنازل له، فإذا كان الدين الأول أكبر من الدين الثاني ارتفع الدائن المتنازل له بكل دينه، وهو أصغر من دين المتنازل إلى مرتبة الدائن المتنازل. أما إذا كان دين المتنازل هو أصغر من دين المتنازل له، فحينئذ لا يرتفع دين المتنازل له إلى مرتبة دين المتنازل إلا في حدود دين المتنازل، أي في حدود مقدار دين المتنازل وغنى عن البيان أنه إذا كان دين المتنازل مساوياً لدين المتنازل له، فلا مشكلة في الأمر، إذ يرتفع المتنازل له بجميع دينه إلى مرتبة المتنازل[116].

ثانياً: جواز التمسك ضد المتنازل له بالدفوع التي يمكن التمسك بها ضد المتنازل: والجدير بالملاحظة أنه إذا ارتفع المتنازل له إلى مرتبة المتنازل في حدود الدين المتنازل عنه فإن المتنازل له يقبل ضده من الدفوع، فيما لو ارتفع به، ما كان يقبل ضد المتنازل، لأن المتنازل إنما تنازل، وهو يخضع تنازله لجميع الدفوع التي كانت تقبل ضده. ويجوز لهذا الدائن التالي في المرتبة أن يدفع أن هذا الدين المتنازل عن مرتبته بأنه دين باطل لعدم مشروعية السبب أو لانعدام الرضا، أو بأنه دين قابل للبطلان لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضا، ويجوز أيضا الدفع بانقضاء الدين للوفاء به، أو لتجديده أو المقاصة، أو للإبراء أو للتقادم أو لغير ذلك من أسباب انقضاء الالتزام، ولكن لا يجوز التمسك في هذه الدفوع إذا كان هذا الدفع متعلقاً بانقضاء حق الدائن المتنازل في تاريخ لاحق [117].

ثالثاً: يجب ألا يضر النزول عن التأمين العيني ضرراً غير مشروع بالدائن المتوسط: وهذا شرط بديهي يستخلص من نظرية التعسف في استعمال الحق، يحكمه أن محل التأمين العيني إذا كان يوفي بجميع الديون، فلا يضر النزول عن التأمين العيني بحقوق الدائن المتوسط. لأن كل شخص من الدائنين سوف يحصل على حقه كاملاً [118].

فلا يجوز أن يكون الدائن المتنازل متواطئاً مع الدائن المتنازل له، وهنا نفرض أن الدائن الأول بمليون دينار له تأمين أول على كل من العقارين (ا) و (بـ)، وقيمة كل منهما مليون دينار. وأن الدائن الثاني، وهو دائن بمليون دينار، له تأمينان في المرتبة الثانية على كل من العقارين (ا) و (بـ). وأن الدائن الثالث، وهو دائن أيضاً بمليون دينار، له تأمين واحد، هو التأمين الثالث على العقار (ا). ظاهر من هذا المثل أن كلاً من الدائن الأول والدائن الثاني يستطيع أن يستوفي حقه كاملاً، وأنهما لا يتركان شيئاً للدائن الثالث. فلو أن الدائن الأول احتال متواطئاً في ذلك مع الدائن الثالث الذي لا يأخذ شيئاً كما رأينا، فإنه يستطيع أن يفعل ما يأتي: ينزل في العقار (ا) عن مرتبة تأمينه الأول إلى الدائن الثالث، فيصبح الدائن الثالث دائناً أولاً في العقار (ا). فيأخذ الدائن الثالث، وقد أصبح دائناً أولاً في العقار (ا) كل قيمة هذا العقار وهي مليون دينار، فيستوفى حقه كاملاً. ويأخذ الدائن الأول حقه كاملاً من قيمة العقار (بـ) فيستنفد هذه القيمة، والدائن الأول هو دائن أول بالنسبة إلى العقار (بـ). أما الدائن الثاني فلا يبقى له شيء، فلا يأخذ شيئاً. هنا ظاهر أن الدائن الأول قد تعسف في استعمال حقه. ولو لم ينزل عن مرتبة تأمينه على العقار (أ) للدائن الثالث، لأخذ حقه كاملاً من العقار (ا) أو من العقار (بـ)، ولأخذ الدائن الثاني حقه كاملاً مما يبقى له من العقارين (ا) أو (بـ)، ولما أخذ الدائن الثالث شيئاً. فيجوز للدائن الثاني أن يطعن بعدم نفاذ تصرف الدائن الأول بتنازله عن مرتبة تأمينه على العقار (ا) للدائن الثالث، لأن هذا التنازل قد وقع من الدائن الأول تعسفاً في استعماله حقه، للإضرار بحق الدائن الثاني. فيلغي تنازل الدائن الأول عن مرتبة تأمينه على العقار (ا) للدائن الثالث، ويتقاسم الدائنون الثلاثة بعد هذا الإلغاء على الوجه الآتي: يأخذ الدائن الأول كل حقه من العقار (ا) أو من العقار (بـ). ثم يأخذ الدائن الثاني حقه كاملاً من العقار الذي يبقى له، (ا) أو (بـ). ولا يأخذ الدائن الثالث شيئاً [119].

رابعاً : أن يكون الحق عيني تبعي مسجل على نفس محل التأمين العيني بين المتنازل والمتنازل له : إذ لا يمكن النزول عن مرتبة التأمين العيني لدائن آخر له تأمين عيني غير مسجل أو له تأمين عيني لكنه مسجل على مال آخر، كذلك لا يجوز النزول عن مرتبة التأمين العيني لدائن عادي، والحكمة المتوخاة من ذلك، هي إلا يكون أي نزول عن مرتبة التأمين العيني ضاراً بالدائنين الآخرين، لذا تم قصور آثار النزول على أصحاب الحقوق النافذة في مواجهة الغير [120] .

وهنالك فرق بين النزول عن التأمين العيني ذاته، والتنازل عن حق التأمين العيني، وبين النزول عن مرتبة التأمين العيني، حيث ينزل الدائن عن التأمين العيني ذاته عادة عن طريق حوالة الحق المضمون حوالة حقه بالتأمين العيني، فيترتب على حوالة هذا الحق أن ينتقل الحق إلى المحال له، وينتقل معه التأمين العيني ذاته الذي يضمن هذا الحق، فيستفيد المحال له من التأمين العيني الذي يضمن الحق المحال[121] .

وكذلك يجوز النزول عن التأمين العيني ذاته عن طريق الوفاء مع الحلول، فيحل الموفي محل الدائن فيما له من تأمين عيني بنفس المرتبة. وحتى يستفيد المحال له أو الموفي من مرتبة التأمين العيني، يجب أن يؤشر بالحوالة أو الحلول على هامش تسجيل التأمين العيني في دائرة التسجيل العقاري [122] .

حيث أن الاتفاق الذي يتناول الالتزام المضمون ، فيلحقه التأمين العيني بطريقة تبعية ، وتختلف آثاره ، باختلاف الأداء القانونية التي تستخدم لتحقيقه، ونذكر منها الفروق الأساسية ، حيث يتفق كل منها في وجوب التأشير بها في هامش السجل حتى يستطيع الدائن المحال له في حوالة الحق، أو الدائن الموفي في الوفاء مع الحلول أن يحتج بالتأمين العيني في مواجهة الغير [123] .

ولكن يبدو الفارق بينهما على النحو الآتي: -

1- من حيث سريان الأداة على الغير: تنشأ حوالة الحق بواسطة اتفاق يتم بين الدائن المحيل والمحال له ولا يشترط لانعقادها رضاء المدين. ولكن يجب لسريانها في مواجهته أن يعلن بها أو يقبلها. ويشترط للاحتجاج بها على الغير أن يكون الإعلان رسمياً، أو أن يكون قبول المدين لها ثابت التاريخ.

أما الوفاء مع الحلول ، فيتحقق في صورتين، إما أن يتفق الدائن مع الموفي على هذا الحلول في تاريخ معاصر للوفاء، وإما أن يرد في عقد قرض أبرمه المدين بقصد الوفاء بالدين ، فينص فيه على حلول المقرض محل الدائن ، وأياً ما كانت صورة الحلول فيلزم لسريانه في مواجهة الغير، وبالتالي انتقال التأمين العيني لصالح الموفي ، أن تكون مخالصة الوفاء في الصورة الأولى، أو عقد القرض ومخالصة الوفاء في الصورة الثانية قد توافر لكل منها تاريخ ثابت [124] .

2- من حيث آثار الأداة القانونية: هنا تظهر الفروق الجوهرية. فالوفاء مع الحلول لا ينبغي أن يضر بالدائن الذي تلقى الوفاء. وهو لا ينتج آثاره إلا بالقدر اللازم فقط لتمكين الدائن الموفي من الرجوع على المدين بما وفاه، ويترتب على هذا القول النتائج الآتية: -

ا - الحلول لا يضر بالدائن الذي تلقى الوفاء، ويظهر أثره في حالة الوفاء الجزئي. فإذا كان الدين مثلاً مبلغ 200، فأدى الموفي مبلغ 100، فهنا تظل الأفضلية للدائن الأول في استيفاء ما تبقى له من قيمة محل التأمين العيني، فاذا بيع محل التأمين العيني بمبلغ ١٠٠ لا يبقى للموفي شيء لأن حلوله مقيد بعدم الإضرار بالدائن الذي تلقى الوفاء الجزئي.

هذا الأثر لا يتوافر بالنسبة إلى حوالة الحق إذا انصبت على جزء من الدين، ففي المثال السابق يتزاحم الدائن المحال له، والدائن المحيل كل منهما على قدم المساواة لاستيفاء حقه من محل التأمين العيني، فيأخذ كل دائن مبلغ 50.

ب - الوفاء مع الحلول لا ينتج آثاره إلا بالقدر اللازم فقط، وذلك لتمكين الموفي من الرجوع على المدين بما وفاه. أي أن الموفي لا يرجع على المدين إلا بقدر ما دفعه فعلاً لا بقدر الدين كله، وذلك على عكس الحال في حوالة الحق، إذ الدائن المحال له أن يرجع على المدين بقيمة الدين كله ولو كان قد دفع للمحيل ثمناً أقل من قيمته. وذلك أن حوالة الحق تتضمن معنى المضاربة وتهدف على هذا النحو إلى تحقيق منفعة المحال له. أما الوفاء مع الحلول فهو أداة قانونية وضعها المشرع لتمكين الموفي من الرجوع بما دفعه وتزويده بالتأمينات التي كانت تكفل الوفاء بالدين. وبذلك لا يضمن التأمين العيني في الوفاء مع الحلول إلا المبلغ الذي دفعه الموفي ، أما في الحوالة فهو يضمن الدين كله بصرف النظر عما دفعه المحال له [125] .

مما تقدم يتضح لنا إذاً أن الاتفاق الذي ينصب على الالتزام المضمون ، فينعكس على التأمين العيني يختلف أثره من حيث الأفضلية باختلاف الأداة القانونية التي تستخدم لتحقيقه [126] .

أما النزول عن مرتبة التأمين العيني ، فهو دون ذلك ، أن الدائن لا ينزل عن التأمين العيني ذاته، بل ينزل عن مرتبته فقط ، فلا يترتب عليه المساس بالحق المضمون ، أنما يفضى إلى التخلي عن المركز المفضل الذي يتمتع به الدائن المرتهن إلى دائن مرتهن آخر متأخر في المرتبة [127] .

كما أن التنازل عن حق التأمين العيني [128] ، هو سبب من أسباب انقضاء التأمين العيني ذاته. وهو يؤدي إلى زوال حق التأمين بما يترتب عليه من تقدم وتتبع ، أما النزول عن مرتبة التأمين العيني فلا يقصد منه بالتنازل عن حق التأمين العيني ، فلا يؤدي إلى انقضاء التأمين العيني، وإنما هو عمل قانوني يقصد منه النزول عن مرتبة التأمين العيني ، لا عن التأمين العيني ذاته [129] .

تبين لنا أن حق التقدم ينقضي بانقضاء التأمين العيني ذاته أو التنازل عن حق التأمين العيني بشكل تام ، وكذلك تنقضي مرتبة التقدم عند التنازل عنها لدائن مرتهن آخر، و لكن هذا التنازل لا يعد انقضاء تام لحق التقدم ، وإنما هو انقضاء بالنسبة للمرتبة التي كان فيها حق التقدم ، إذ أن التقدم ينتقل إلى مرتبة أخرى تكون مرتبة أعلى للمتنازل له ومرتبة أدنى للمتنازل ، لمصلحه ما يقصدها الأخير [130] .

الخاتمة

تبين لنا بعد أن درسنا موضوع ((دور إرادة المدين في اختيار التأمين العيني الاتفاقي))، أن الدائن حائز التأمين العيني الاتفاقي يحصل على تأمين مركب بين الضمان العام والضمان الخاص، وذلك من خلال وضع حماية للدائن بجعل جميع أموال مدينه، الحاضرة منها والمستقبلية، ضامنة للوفاء بحقه. والدائنون جميعاً متساوون في استيفاء حقوقهم من الضمان العام، ويستطيعون التنفيذ على جميع ما موجود بالذمة المالية للمدين بدون أي تمييز بينهم إلا ما استثنى. فحق الدائن لا يتعلق بمال أو أموال معينة، وهذا ما هو واضح في المادة 260 من القانون المدني العراقي وما تقابلها من القوانين المقارنة، حيث أنها تقيم هذا الضمان العام على قاعدتين أساسيتين، القاعدة الأولى أن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بديونه، بمعنى أن الدائن يستطيع أن يستأدى حقه بالتنفيذ على أي مال من أموال المدين، سواء كان هذا المال مملوكاً للمدين في وقت نشؤ حق الدائن. أو نشأ بعد ذلك، ولا يمنع الدائن من هذا التنفيذ، سوى أن يكون المشرع قد حظر الحجز عليه. والقاعدة الثانية أن جميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، بمعنى لا يفضل دائن على دائن آخر إلا من تمتع منهم بضمان خاص. ويبقى المدين حراً في التصرف في أمواله، وهذا يعرض الدائن لخطر عدم استيفاء حقه كله أو بعضه إذا لم يجد وقت التنفيذ لدى المدين من الأموال ما يفي بهذا الحق. ولما كان المدين حراً في زيادة التزاماته، فإن المساواة بين الدائنين تعرض الدائن لخطر مزاحمة الدائنين الذين نشأت حقوقهم بعد تاريخ نشوء حقه الأمر الذي قد يترتب عليه التقليل من احتمال حصوله على حقه كاملاً. وعليه أن الضمان العام المقرر للدائن لا يحميه من خطر تعذر استيفاء حقه كله أو بعضه، لأن حرية المدين في التصرف في أمواله وزيادة التزاماته قد تؤدي إلى الإخلال بالثقة التي وضعها في مدينه فيعسر بعد أن كان موسراً.

وإذا كانت القواعد التي وضعها المشرع المدني لحماية الدائنين ، تعتبر أن الخطر الذي يهدد الدائن هو إعسار المدين فهي تهدف إلى الحد من تفاقم هذا الخطر ، لذا كان من الطبيعي أن يهيئ القانون، ضماناً يوفر الثقة للدائن وهو التأمين العيني الأتفاقي لذا كان للمدين أن يميز دائناً معيناً وذلك بإعطائه حقاً عينياً على مال معين بالذات من أموال الضمان العام ، أو العمل على تسليم الدائن شيئاً ما كتأمين لدينه ، سواء أكان منقولاً أو عقاراً، يعتبر تفضيلاً له على غيره من الدائنين ويشكل خروجاً على القاعدة العامة وهي "قاعدة المساواة بين الدائنين "، ويسمى هذا الضمان بالضمان الخاص الذي يمنح بناءً على موافقة المدين لان في التأمين العيني الأتفاقي حق التنفيذ على أموال المدين.

ولكن إرادة المدين في حق إعطاء تأمين عيني اتفاقي ليس بدون حدود، وأن كانت الإرادة هي التي تكونه خلاف التأمين العيني القانوني والقضائي، وذلك لأنه مقيد بالطابع التحديدي الذي نص عليه المشرع وهو ما يعرف في القانون المدني الفرنسي بقاعدة «لا امتياز بدون نص»، أي أن كل تأمين عيني اتفاقي يحمل في جوهره استثناء على المساواة بين الدائنين، لذا يجب ألا يكون منحه خارج نطاق أجازة القانون. بمعنى أن القانون وحده هو الذي يسن الأسباب المشروعة للتفضيل، أي أن القانون عطل دور الإرادة في هذا الجانب، لأن الدائن حائز التأمين العيني الأتفاقي يسعى إلى تحسين النفع الذي يوفره له هذا العقد، بجمعه مع الضمان العام عند عدم استيفاء حقه كاملاً، فهو يحصل على تأمين

مركب بين الضمان العام والضمان الخاص، وهكذا نرى الدائنين يجمعون بين تأمينات عينية، على سبيل المثال منح عدة تأمينات عينية اتفاقية، وقد تكون تأمينات عينية مع تأمينات شخصية، كالكفيل الشخصي مع التأمين العيني الأتفاقي على أموال المدين.

ولكن حسب مفهوم قاعدة «لا امتياز بدون نص»، فلا يجوز لطرفي الالتزام الدائن والمدين أن ينشئ امتيازاً في غير الحالات التي يقررها القانون، ولا يجوز للقاضي أن يجعل الحق ممتازاً إذا كان القانون لم ينص على ذلك، والقانون إذ يقرر الامتياز فذلك مراعاةً منه إلى أن التأمين العيني الأتفاقي يخول لصاحبه سلطة مباشرة على الشيء. كما أن التأمين العيني الأتفاقي يخول لصاحبه حقاً في الأفضلية خروجاً على قاعدة المساواة بين الدائنين ولا يمكن أن يملك زمام الخروج على هذه القاعدة سوى المشرع، بالإضافة إلى ذلك أن التأمين العيني الأتفاقي له صفة مطلقة، فهو يحتج به على الكافة وهذا الأثر الخطير للتأمين العيني الأتفاقي لا يجوز ترتيبه إلا في الحدود التي أرادها المشرع. ولذلك تقصر إرادة المدين على الحق في إعطاء التأمين العيني الأتفاقي دون الحق في أنشاء تأمين عيني اتفاقي جديد لم ينص عليه القانون. وبما أن التأمين العيني الأتفاقي يشكل في طياته خروجاً على القواعد العامة، كخروج الدائن من قاعدة قسمة الغرماء التي تعتبر قاعدة عامة، فليس للمدين أن يستعمل حقه في الإعطاء على وجه غير مشروع، حيث أن الإرادة في عقد التأمين العيني الاتفاقي هي مقيدة بالطابع التحديدي للقانون، وخاضعة إلى مبدأ حسن النية والنظام العام، فمن الضروري احترام مبدأ حسن النية في العقود، ليس فقط في مرحلة تنفيذ العقد فحسب، بل في مرحلة إبرام العقد، بل وحتى في مرحلة المفاوضات العقدية، وأن الأخلال بهذا المبدأ، سيجعل من الشخص المخل به معرضاً للمساءلة القانونية على أساس المسؤولية العقدية ومبدأ الغش يفسد كل شيء. ومن الضروري أيضاً احترام قواعد النظام العام، ومنها استبعاد الجزء الباطل بحكم القانون، القائم على فكرة تصحيح العقد عندما يتضمن اتفاقيات مخالفة للنظام العام، وذلك يتحقق بمجرد مخالفة العقد لقواعد القانون، حيث يُصَحح العقد إجبارياً باستبعاد الجزء الباطل بحكم القانون، حتى لو كان ذلك الجزء هو الباعث الدافع إلى التعاقد بالنسبة لأحد المتعاقدين أو لكلاهما، لأنه هذا الاتفاق لا يغير في الوصف القانوني للعقد لعدم عده عنصراً فيه. وأن هذه الإرادة أضعف نشاطاً في الحقوق العينية من الحقوق الشخصية، فإن الحقوق العينية وأن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها، فإن هذه الإرادة لا تستطيع أن تخلق شيئاً جديداً فيها، وأن القانون هو من يتولى تحديد مداها.

وكثيراً ما يعجز جزاء القاعدة القانونية المقرر بالنص، عن كفالة احترام قواعد السلوك الآمرة، فيميل بعض الفقه القانوني إلى تأييد مطاردة الغش. بل يتجه في هذا الصدد إلى وجوب الاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر على أوسع نطاق، حتى ولو لم يرد بشأنه نص في القانون. فهو يعتبر من المبادئ العامة التي تحكم التنظيم القانوني في الجماعة، ولكن هذا الجزاء لا يحقق مصلحة الدائن، فلعله يفضل بقاء الأجل وعدم استيفاء حقه إلا في الأجل المحدد للوفاء. ومن هنا تظهر مصلحته في صيانة التأمين العيني والاحتفاظ له بمرتبة يسبق بها الدائن المرتهن الثاني الذي تقدم عليه نتيجة لتواطؤه مع المدين. ولا يتيسر تحقيق هذه النتيجة إلا بتطبيق الطعن بالتصرف بدعوى عدم نفاذ التصرفات، ومعنى ذلك أن أي دائن حقه خالٍ من النزاع مستحق الأداء وتصرف المدين يؤدي إلى الإعسار، يستطيع حينها الدائن استعمال دعوى عدم نفاذ التصرف ، وللإعسار في دعوى عدم نفاذ التصرف معنى عملي ينطوي على كثير من المرونة ، فالمقصود به هو الإعسار الفعلي بأن تزيد ديون المدين على حقوقه ، إذ يعتبر إعساراً في هذه الدعوى إلا يكون للمدين مال ظاهر يفي بجميع ديونه حتى لو كان له مال غير ظاهر يفي بجميع الديون، أو مال ظاهر ولكن يتعذر التنفيذ عليه. ففي جميع هذه الأحوال لا يسقط الأجل وأن توافر شرط الإعسار لرفع الدعوى، فلا يجوز للدائن رفعها لأن حقه غير مستحق الأداء.

وعليه أن حق الدائن إذا تركز على التأمين العيني الأتفاقي ثم قام المدين بالتصرف فيه إلى شخص آخر إضراراً بحق الدائن، وكان الدائن لا يريد حقه في التتبع، لأنه لا يترتب على حق التتبع استرداد المال أو إعادته إلى الذمة المالية للمدين كما هو الحال في دعوى عدم نفاذ التصرفات، بل أن الدائن ينفذ على المال الضامن تحت يد الحائز ويتخذ الإجراءات في مواجهته باعتباره مالك العين، وحتى لا يضطر الدائن إلى تحمل إجراءات التطهير، أو الاصطدام بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية، ففي هذه الأحوال يعتبر المدين في حالة إعسار بالمعنى المقصود في دعوى عدم نفاذ التصرفات، ما دام الدائن لا يستطيع أن يصل إلى العين ذاتها الذي تركز فيها حقه، حتى لو كان عند المدين أموال كافية تفي بتعويض الدائن بعد فوات العين. ومن ثم يجوز للدائن الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرفات في تصرف المدين في العين، فيتمكن بذلك من رد المال المحمل بالتأمين العيني إلى ملك المدين بالنسبة إلى حقه وينفذ بهذا الحق عليها. وغنى عن البيان أن التصرف هنا معناه التصرف القانوني دون العمل المادي، فإذا نزع المدين من العقار محل التأمين العيني الأتفاقي بعض توابعه التي اعتبرت عقاراً بالتخصيص، وشملها التأمين العيني الأتفاقي على هذا الأساس، فإن هذا العمل المادي لا يطعن فيه بدعوى عدم نفاذ التصرف، ولكنه باعتباره عملاً قانونياً ينقص من ضمان الدائن قد يكون سبباً في حلول أجل الدين أو في مطالبة الدائن المدين لتأمين تكميلي، فيجوز الطعن بدعوى عدم نفاذ التصرف في هذه الحالة.

وليس للدائن الطعن في تصرفات مدينه، بدعوى عدم نفاذ التصرفات المنصوص عليها في القانون المدني، عندما يكون المنقول مثلياً، وذلك لأنه لا يجوز الطعن بهذه الدعوى على حق غير خالاً من النزاع، فالمال المنقول المثلي غير معين مما يؤدي إلى النزاع على محل الحق، فتكون حقوق الدائن صاحب التأمين العيني الأتفاقي في حالة مساواة مع الدائن العادي، بينما المال المنقول المعين بالذات خالاً من هذا النزاع فيمكن الطعن بتصرف المدين بدعوى عدم نفاذ التصرفات عندما تتوفر شروط الدعوى.

والمشرع قد أرتاب من تصرفات المدين خلال فترة الريبة ، لاسيما فيما يتعلق، بتكوين التأمين العيني الاتفاقي، الذي يرتبه خلال هذه الفترة ضماناً لدين سابق عليه بما يميز هذا الدائن على الدائنين العاديين الآخرين فلا يخضع لقسمة الغرماء عند أجراء التوزيع ، فقد نص كما ورد ذكره في قانون التجارة العراقي والمصري على بطلان هذا التأمين وجوبياً ، لأنه تقرير المفلس لهذا الضمان الخاص خلال فترة الريبة لأحد الدائنين دون أن يكون هذا الدائن قد اشترطه عند نشوء الدين، إنما يكون له من قبيل التبرع بهذا الضمان ، فقد نص المشرع على بطلان تبرعات المفلس، ولما كان سياق المادة وحكمة تشريعها تهدف إلى أبطال ما أراده المفلس من محاباة لدائن عادي على دائن آخر ، سواء كان دينه داخل فترة الريبة أم خارجها. والحكمة من هذا النص هي الرغبة في المساواة بين دائني المفلس، وفي دفع الغش الذي قد يرمي به هذا إلى تمييز أحد دائنيه على الآخرين.

وأن حق التقدم الذي هو غاية التأمينات العينية كلها، أما التتبع والأنظمة الأخرى وسائل لتحقيق هذه الغاية تتمثل بإزالة العقبات التي تعترض التقدم أو الأفضلية فهو ينقضي بانقضاء التأمين العيني ذاته أو التنازل عن حق التأمين العيني بشكل تام، وكذلك تنقضي مرتبة التقدم عند التنازل عنها لدائن مرتهن آخر، ولكن هذا التنازل لا يعد انقضاء تام لحق التقدم، وإنما هو انقضاء بالنسبة للمرتبة التي كان فيها حق التقدم، إذ أن التقدم ينتقل إلى مرتبة أخرى تكون مرتبة أعلى للمتنازل له ومرتبة أدنى للمتنازل، لمصلحه ما يقصدها الأخير.

الهوامش

[1]) د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2011، ص365.
[2]) جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 200، ص 55.
[3]) انظر المادة (2/260) من القانون المدني العراقي التي نصت على: (وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان ...)، وفي هذا المعنى المادة (2/234) من القانون المدني المصري، والمادة (2285) من القانون المدني الفرنسي.
[4]) د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، الدار الجامعة، 1985، ص 21.
[5]) أستاذنا د. منصور حاتم محسن، نظرية الذمة المالية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، 1999، ص22.
[6]) انظر المادة (2284) من القانون الفرنسي التي نصت على: (يتوجب على الذي التزم شخصياً؛ الوفاء بما تعهد به، من أمواله المنقولة وغير المنقولة كافة الموجودة والمتوقعة مستقبلاً). وفي هذا المعنى انظر المادة (1/260) من القانون المدني العراقي، وفي هذا المعنى المادة (1/234) من القانون المدني المصري.
[7]) د. حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص 26.
[8]) د. عبد المجيد الحكيم، القانون المدني وأحكام الالتزام، الجزء الثاني، 1980، ص 86.
[9]) د. عبد المجيد الحكيم، مصدر سابق، ص 88.
[10]) د. أحمد سلامة، مصدر سابق، ص 14، د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص 26.
[11]) د. عبد الرزاق السنهوري، أحكام الالتزام، مصدر سابق، ص 940.
[12]) هناك أموال لا يجوز التنفيذ عليها بموجب أحكام قانون التنفيذ، أنظر المادة (62) من قانون التنفيذ رقم 45 لسنة 1980 المعدل.
[13]) د. حسين عبد اللطيف حمدان، مصدر سابق، ص 22.
[14]) د. منصور مصطفى منصور، مصدر سابق، ص 6.
[15]) انظر المادة (2/260) من القانون المدني العراقي التي نصت على: (وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون)، وفي هذا المعنى المادة (2/234) من القانون المدني المصري، والمادة (2285) من القانون المدني الفرنسي.
[16]) أنظر المادة 1299 من القانون المدني العراقي: (للمرتهن أن يستوفي حقه في العقار المرهون رهنا تامينا وفقا للإجراءات المقررة لذلك، وإذا لم يفِ العقار بحقه، فله أن يستوفي ما بقي له كدائن عادي من سائر أموال المدين)، وبهذا المعنى المادة 1056 من القانون المدني المصري، والمادة 470 و471 من قانون المرافعات المدنية التجارية المصري رقم 13 لسنة 1968 المعدل. حيث نصت في المادة (470) على: (إذا كانت حصيلة التنفيذ كافية للوفاء بجميع حقوق الدائنين الحاجزين ومن اعتبر طرفاً في الإجراءات وجب على من تكون لديه هذه المبالغ أن يؤدي لكل من الدائنين دينه بعد تقديم سنده التنفيذي أو بعد موافقة المدين). والمادة (471) على: (إذا تعدد الحاجزون ومن في حكمهم وكانت حصيلة التنفيذ غير كافية للوفاء بحقوقهم وجب على من تكون لديه هذه الحصيلة أن يودعها خزينة المحكمة التي يتبعها المحجوز لديه أو التي يقع في دائرتها مكان البيع حسب الأحوال. وعلى المودع أن يسلم قلم كتاب المحكمة بياناً بالحجوز الموقعة تحت يده). والمادة 2475 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على: (عندما يتفق جميع الدائنين المقيدين مع المدين، بمناسبة بيع عقار مرهون، على أن يخصص الثمن للوفاء لكامل ديونهم أو لجزء أو البعض منها، فإنهم يمارسون حقهم في الأفضلية في الثمن. ويمكنهم الاعتراض عليه أمام أي دائن جديد وكذلك أمام أي دائن يستولي على المطالبة بالثمن. ونتيجة لهذا الدفع، يتم تطهير العقار من حق إعادة البيع المرتبط بالرهن العقاري. وفي حالة عدم الاتفاق المنصوص عليه في الفقرة الأولى، تتم إجراءات التطهير وفقا للمواد اللاحقة) .

Article 2475 :

" Lorsque, à l'occasion de la vente d'un immeuble hypothéqué, tous les créanciers inscrits conviennent avec le débiteur que le prix en sera affecté au paiement total ou partiel de leurs créances ou de certaines d'entre elles, ils exercent leur droit de préférence sur le prix et ils peuvent l'opposer à tout cessionnaire comme à tout créancier saisissant de la créance de prix.

Par l'effet de ce paiement, l'immeuble est purgé du droit de suite attaché à l'hypothèque.

A défaut de l'accord prévu au premier alinéa, il est procédé aux formalités de purge conformément aux articles ci-après. "

[17]) د. جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق، ص 175.
[18]) انظر المادة 68 / 2 من القانون المدني العراقي التي نصت على: "والحقوق العينية التبعية هي حق الرهن التاميني وحق الرهن الحيازي وحقوق الامتياز".
[19]) د. جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق، ص 176.
[20]) المادة 2416 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على (أن الرهن المنشأ لأسباب مهنية من قبل شخص طبيعي أو معنوي يمكن أن يخصص لاحقاً لضمان الديون المهنية غير تلك المشار اليها في العقد المنشئ للرهن، على أن ينص ذلك صراحة في العقد، ويمكن للراهن بعد ذلك تقديمه على سبيل الضمان في حدود المبلغ المنصوص عليه في العقد المنشئ للرهن العقاري والمذكور في المادة 2417، ليس فقط للدائن الأصلي فحسب، بل ايضاً، على الرغم من أي شرط مخالف، لدائن جديد حتى ولو لم يتم ايفاء الدائن الأول.
أن اتفاقية إعادة القيد التي يعقدها الراهن مع الدائن الأصلي أو مع الدائن الجديد تتخذ الشكل الرسمي، ويشهر على الشكل المحدد في المادة 2425، تحت طائلة عدم حجيتها على الغير) بموجب مرسوم 2021 .

Article 2416 :
" L'hypothèque constituée à des fins professionnelles par une personne physique ou morale peut être ultérieurement affectée à la garantie de créances professionnelles autres que celles mentionnées dans l'acte constitutif pourvu que celui-ci le prévoie expressément.
Le constituant peut alors l'offrir en garantie, dans la limite de la somme prévue dans l'acte constitutif et mentionnée à l'article 2417, non seulement au créancier originaire, mais aussi, nonobstant toute clause contraire, à un nouveau créancier encore que le premier n'ait pas été payé.
La convention de rechargement qu'il passe soit avec le créancier originaire, soit avec le nouveau créancier revêt la forme notariée.
Elle est publiée, sous la forme prévue à l'article 2425, à peine d'inopposabilité aux tiers."

[21]) د. جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق ، ص 177.
[22]) د. جاك ميتر وآخرون ، مصدر سابق ، ص 175 .
[23]) د. جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق ، ص 258 .
[24]) د. رمضان أبو السعود ، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2008، ص 413.

[25]) د. محمد شريف عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 32.
[26]) انظر من القانون المدني العراقي المادة 7 والمادة 416 التي نصت على "إذا وفى المدين دينا وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز له ان يتمسك اضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق وكان له في ذلك عذر مقبول". والمادة 610 التي نصت على "لا تجوز الهبة اضراراً بالدائنين".
والمادة 1107 التي نصت على "1 – لدائني التركة العاديين وللموصي لهم أن يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير او رتبت للغير او رتبت عليها حقوقاً عينية. 2 – ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين، فاذا انقضت نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم، إلا إذا كان التصرف قد صدر تواطؤا مع الغير للأضرار بهم". والمادة 4 والمادة 5 من القانون المدني المصري.
[27]) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، 265.
[28]) د. جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق، ص 146.
[29]) انظر المادة 1034 من القانون المدني المصري التي نصت على: "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذى تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغائه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذى ابرم فيه الرهن" ، تعتبر هذه المادة استثناءاً على حكم القواعد العامة في رهن ملك الغير وذلك لحماية الخلف حسن النية ، للمزيد انظر د. حسام الدين كامل الاهواني ، مصدر سابق ، 157.
[30]) د. حسام الدين كامل الاهواني ، مصدر سابق ، ص 183 .

[31]) ويعرف الغش بالتحيل بوجه سائغ مشروع في الظاهر ، وغير سائغ ، على إسقاط حكم أو قلبه إلى حكم آخر بحيث لا يسقط أو لا ينقلب إلا مع تلك الواسطة ، فتفعل ليتوصل بها إلى ذلك الغرض المقصود مع العلم بكونها لم تشرع له ، والتحيل مشتمل على مقدمتين : إحداهما قلب أحكام الأفعال بعضها إلى بعض في ظاهر الأمر ، والأخرى جعل الأفعال المقصود بها في الشرع معان وسائل إلى قلب تلك الأحكام . فتحيل هو قلب الأحكام الثابتة شرعاً إلى أحكام أخر بفعل صحيح الظاهر لغو في الباطن. للمزيد انظر أبو أسحاق الشاطبي ، كتاب الموافقات في أصول الشريعة ، ج 2 ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، بدون سنة نشر ، ص 378.

[32]) د. عبدالحي حجازي ، النظرية العامة للإلتزام ، ج 2، مصادر الإلتزام . القاهرة ، 1954، ص 304. و د. سليمان مرقس ، الوافي ، الحقوق العينية التبعية ، المجلد الأول ، القاهرة ، 1992، ط 5، ص ٣٤٤ و عبد الجبار ناجي ، مبدأ حسن النية في تنفيذ العقود ، دار الرسالة ، بغداد، 1975، 15، ص49.

[33]) جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق، ص 400.

[34]) جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق، ص 401.

[35]) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق، ص 225. انظر المادة 295 من القانون المدني العراقي التي نصت على: "يسقط حق المدين في الأجل: ... ب – إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص ..."

[36]) انظر المادة 1062 ف 2 من القانون المدني العراقي التي نصت على: "2- وإذا تصرف الشريك في جزء من المال الشائع، فلا يكون للتصرف أثر إلا إذا وقع هذا الجزء عند القسمة في نصيب هذا الشريك".

[37]) انظر المادة 1039 ف2 من القانون المدني المصري التي نصت على: "2- وإذا رهن أحد الشركاء حصته الشائعة في العقار أو جزءاً مفرزاً من هذا العقار، ثم وقع في نصيبه عند القسمة أعيان غير التي رهنها، انتقل الرهن بمرتبته إلى قدر من هذه الأعيان يعادل قيمة العقار الذي كان مرهوناً في الأصل، ويعين هذا القدر بأمر على عريضة. ويقوم الدائن المرتهن بإجراء قيد جديد يبين فيه القدر الذي انتقل إليه الرهن خلال تسعين يوماً من الوقت الذي يخطره فيه أي ذي شأن بتسجيل القسمة. ولا يضر انتقال الرهن على هذا الوجه برهن صدر من جميع الشركاء ولا بامتياز المتقاسمين".

[38]) انظر المادة 263 من القانون المدني العراقي : "يجوز لكل دائن اصبح حقه مستحق الاداء وصدر من مدينه تصرف ضار به ان يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه اذا كان التصرف قد انقص من حقوق المدين او زاد في التزاماته وترتب عليه اعسار المدين او الزيادة في اعساره وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية " . والمادة 237 من القانون المدني المصري : "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء ، وصدر من مدينه تصرف ضار به أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه ، إذا كان التصرف قد أنقص من حقوق المدين أو زاد في التزاماته وترتب عليه إعسار المدين أو الزيادة في إعساره ، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية" . والمادة 2- 1341 من القانون المدني الفرنسي : " يستطيع الدائن أن يتصرف باسمه الشخصي لكي يصار إلى إعلان عدم نفاذ الأعمال المجراة من قبل المدين تجاهه تزويراً لحقوقه ، شرط أن يكون الطرف الثالث المتعاقد عالماً بهذا التزوير وأن يتعلق الأمر بعقد ذي عوض".

Art.1341-2

“Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude”.

[39]) د. رمضان ابو السعود ، نظرية الحق ، مصدر سابق ، ص 404 .

[40]) انظر المادة 1295 من القانون المدني العراقي التي نصت على : (1- يجوز للراهن ان يتصرف بالبيع وغيره في العقار المرهون رهنا تامينيا وتصرفه هذا لا يؤثر في حق المرتهن) ولكن مقيدة بشرط عدم الضرر في المادة 1296 التي نصت على : (2- فاذا وقعت اعمال من شانها ان تعرض العقار المرهون للهلاك او التعيب او تجعله غير كاف للضمان كان للمرتهن ان يطلب من المحكمة وقف هذه الاعمال واتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر).

[41]) د. محمد علي أمام ، مصدر سابق ، ص 204 .

[42]) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 158 .

[43]) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 159 .

[44]) د. محمد علي إمام ، مصدر سابق ، ص 213 .

[45]) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص 223 .

[46]) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص 224 .

Quarterly Refereed and Scientific Journal Issued By College of Law in Babylon University
Online ISSN:2075-7220 Print ISSN:2313-0377
https://www.iasj.net/iasj/journal/160/issues

[47]) وهذا ما ذهب إليه في الفقه المصري، د. شمس الدين الوكيل في مؤلفه ، نظرية التأمينات ، ومؤلفه ، النظرية العامة في الغش . وايضاً في الفقه الفرنسي ، جاك ميتر ، النظرية العامة للتأمينات .

[48]) انظر د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، هامش رقم 3 ، ص 224 .

[49]) وهذا ما أكدته محكمة النقض المصرية في حكمها بالطعن رقم ٥٢٢٩ لسنة ٨٠ قضائية، الصادر بجلسة ١٩/١٠/٢٠٢١، أن قاعدة الغش يبطل التصرفات، قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص في القانون، مؤداها؛ بطلان الحكم الصادر عن إجراءات تنطوي على غش بقصد تفويت الإجراء على صاحب المصلحة رغم استيفائه من جانبه بما يجب عليه القيام به قانونًا.
للمزيد عن القرار أنظر الموقع ادناه :

https://egyls.com/%D8%A7%D9%84%D8%BA%D8%B4-%D9%8A%D8%A8%D8%B7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%AA%D8%B5%D8%B1%D9%81%D8%A7%D8%AA-%D9%82%D8%A7%D8%B9%D8%AF%D8%A9-/%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86%D9%8A%D8%A9-%D8%B3%D9%84%D9%8A%D9%85

[50]) جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق ، هامش رقم 1 ، ص 401 .

[51]) د. عبد الرزاق السنهوري ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، هامش رقم 3 ، ص 1006 .

[52]) د. عبد الرزاق السنهوري ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، هامش رقم 3 ، ص 1029 .

[53]) د. عبد الرزاق السنهوري ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 1030 .

[54]) أنظر المادة 1296/ 2 من القانون المدني العراقي ، والمادة 1048 / 3 من القانون المدني المصري .

[55]) د. عبد الرزاق السنهوري ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، هامش رقم 2 ، ص 1012 .

[56]) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد، مصدر سابق ، ص 809 .

[57]) د. عبد الرزاق السنهوري ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، هامش رقم 3 ، ص 1016 .

[58]) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 808 .

[59]) د. عبد الرزاق السنهوري ، احكام الالتزام ، مصدر سابق ، هامش رقم 1 ، ص 1007 .

[60]) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، فقرة 731، هامش رقم 1 ، ص780.

[61]) أنظر المادة 264 من القانون المدني العراقي: "1- إذا تصرف المدين بعوض يشترط لعدم نفاذ تصرفه في حق الدائن أن يكون هذا التصرف منطويا على غش من المدين وان يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش ومجرد علم المدين انه معسر كاف لافتراض وقوع الغش منه كما يفترض علم من صدر له التصرف بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر أو كان ينبغي أن يعلم بذلك. 2- أما إذا كان التصرف تبرعا فانه لا ينفذ في حق الدائن حتى لو كان من صدر له التبرع حسن النية وحتى لو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا. 3 – وإذا كان الخلف الذي انتقل اليه الشيء من المدين قد تصرف فيه بعوض إلى خلف آخر فلا يصح للدائن ان يتمسك بعدم نفاذ التصرف إلا إذا كان الخلف الثاني يعلم غش المدين عند تصرفه للخلف الاول أن كان المدين قد تصرف بعوض او كان هذا الخلف الثاني يعلم إعسار المدين وقت تصرفه للخلف الأول أن كان المدين قد تصرف له تبرعا". والمادة 238 من القانون المدني المصري: "1-إذا كان تصرف المدين بعوض، اشتراط لعدم نفاذه في حق الدائن أن يكون منطويا على غش من المدين، وأن يكون من صدر له التصرف على علم بهذا الغش، ويكفي لاعتبار التصرف منطويا على الغش أن يكون قد صدر من المدين وهو عالم أنه معسر، كما يعتبر من صدر له التصرف عالما بغش المدين إذا كان قد علم أن هذا المدين معسر. 2- أما إذا كان التصرف تبرعا، فانه لا ينفذ في حق الدائن، ولو كان من صدر له التبرع حسن النية ولو ثبت أن المدين لم يرتكب غشا". والمادة 2- 1341 من القانون المدني الفرنسي: "يستطيع الدائن أن يتصرف باسمه الشخصي لكي يصار إلى إعلان عدم نفاذ الأعمال المجراة من قبل المدين تجاهه تزويراً لحقوقه، شرط أن يكون الطرف الثالث المتعاقد عالماً بهذا التزوير وأن يتعلق الأمر بعقد ذي عوض".

Art.1341-2
“Le créancier peut aussi agir en son nom personnel pour faire déclarer inopposables à son égard les actes faits par son débiteur en fraude de ses droits, à charge d'établir, s'il s'agit d'un acte à titre onéreux, que le tiers cocontractant avait connaissance de la fraude”.

[62]) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 808 .

[63]) المادة 53 من قانون التنفيذ العراقي المعدل التي نصت على : (ثالثاً – اذا كان المدين قد سلم المحكوم به والمصاريف الى مديرية التنفيذ، وراجع طريقاً من طرق الطعن المنصوص عليها في الفقرة اولاً من هذه المادة، فلا يجوز تسليم المحكوم به الى الدائن، الا بعد اكتساب الحكم درجة البتات او تقديم الدائن كفيلاً يضمن اعادة المحكوم به والمصاريف في حالة نقض الحكم) .
المادة 32 من قانون التنفيذ العراقي المعدل التي نصت على : (ثانياً - للمنفذ العدل في اثناء التسوية وبطلب من الدائن ان يلزم المدين بتقديم كفيل ضامن لتسديد الدين ضمن التسوية التي قررها المنفذ العدل) .

[64]) انظر من القانون المدني العراقي المادة 7 والمادة 416 التي نصت على : (اذا وفى المدين دينا وكان له ان يطلب المقاصة فيه بحق له فلا يجوز له ان يتمسك اضراراً بالغير بالتأمينات التي تكفل حقه، الا اذا كان يجهل
وجود هذا الحق وكان له في ذلك عذر مقبول) ، والمادة 610 التي نصت على : "لا تجوز الهبة اضراراً بالدائنين". والمادة 1107 التي نصت على: "1 - لدائني التركة العاديين وللموصى لهم ان يلاحقوا لاستيفاء حقوقهم في التركة التي نقلت الورثة ملكيتها للغير او رتبت للغير او رتبت عليها حقوقاً عينية. 2 - ويسقط حقهم هذا بعد انقضاء ثلاث سنوات من موت المدين، فاذا انقضت نفذ تصرف الورثة في التركة قبلهم، الا اذا كان التصرف قد صدر تواطؤا مع الغير للأضرار بهم". والمادة 4 والمادة 5 من القانون المدني المصري .

[65]) جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق ، ص 167 .

[66]) انظر المادة 628 من قانون التجارة العراقي الملغي رقم 149 لسنة 1970 التي نصت على : "تدرج في جماعة الدائنين أسماء دائني المفلس الحائزين بوجه قانوني على رهن أو امتياز خاص على منقول، على سبيل التذكير مع الإشارة الى الرهن أو الامتياز".

[67]) جاك ميتر وآخرون، مصدر سابق ، ص 166 .

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

[69]) انظر المادة 138 / 2 من القانون المدني العراقي التي نصت على : "2- فاذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فاذا كان هذا مستحيلا جاز الحكم بتعويض معادل".

[70]) د. علي البارودي ، القانون التجاري ، الاوراق التجارية ، الافلاس ، العقود التجارية ، عمليات البنوك ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، الطبعة الاولى ، 2001 ، ص333 ، كذلك انظر قرار محكمة النقض المصرية في 9 مارس 1981 ، مج 32 ، ص 77 اشار الى الحكم علي جمال الدين عوض ، الافلاس في قانون التجارة الجديد ، دار النهضة العربية ، الطبعة الثانية ، دون سنة طبع ، ص360 .

[71]) انظر المادة 613 من القانون التجاري الملغي التي تنص على : "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الاتية إذا قام بها المدين بعد الوقوف عن ...4 - كل رهن او امتياز يقرران على أموال المدين ضماناً لدين سابق على هذا الرهن"، يقابلها المادة 121 من قانون الإفلاس المصري رقم 11 لسنة 2018 . أنظر أيضاً المادة 616 من قانون التجارة العراقي الملغي التي نصت على : "1 - حقوق الرهن أو الامتياز المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا سجلت بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وبعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز. ويضاف الى هذا الميعاد ميعاد للمسافة بين محل تقرير الرهن أو الامتياز ومحل التسجيل.2 - ويأخذ الدائن صاحب الرهن التالي للرهن المحكوم بعد نفاده في مواجهة جماعة الدائنين مرتبة هذا الرهن. ومع ذلك لا يعطى الدائن المذكور من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه الا ما كان يحصل عليه بفرض نفاذ الرهن السابق ويؤول الفرق الى جماعة الدائنين "، والمادة 124 من قانون الإفلاس المصري التي نصت على : "يجوز الحكم بعدم نفاذ حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص . ويأخذ الدائن صاحب الرهن أو الاختصاص التالي للرهن أو الاختصاص الذي حكم بعدم نفاده في مواجهة جماعة الدائنين مرتبة هذا التأمين. ومع ذلك لا يعطى الدائن المذكور من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه التأمين إلا ما كان يحصل عليه بغرض نفاذ الرهن أو الاختصاص السابق ويؤول الفرق إلى جماعة الدائنين".

[72]) "أ- أن يبرم ذلك الالتزام العقدي في فترة الريبة. ب - أن يقع تحت طائلة أحدى المفردات المنصوص عليها في المادة (613) ، لأنها قد وردت على سبيل الحصر لا المثال ، وبالتالي لا يجوز التوسع فيها قياساً . ج - أن يطلب أمين التفليسة ابطال ذلك الالتزام العقدي ، فلا يجوز للدائن بصفته الفردية او لغيره ان يطلبه وهنا يكون لأمين التفليسة الخيار بأبطاله سواء وفقاً لهذه المادة ، او بموجب دعوى عدم نفاذ التصرفات المنصوص عليها في القانون المدني العراقي". أنظر د. اسامة نائل المحيسن ، الوجيز في الشركات التجارية والافلاس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، 2008 ، ص311 .

[73]) انظر المادة 616 من قانون التجارة العراقي الملغى التي نصت على : "1- ـ حقوق الرهن أو الامتياز المقررة على أموال المدين يجوز الحكم بعدم نفاذها في مواجهة جماعة الدائنين إذا سجلت بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وبعد انقضاء خمسة عشر يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز. ويضاف الى هذا الميعاد ميعاد للمسافة بين محل تقرير الرهن أو الامتياز ومحل التسجيل "، والمادة 124 من قانون الإفلاس المصري نصت على: "يجوز الحكم بعدم نفاذ حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين في مواجهة جماعة الدائنين إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع وبعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص . ويأخذ الدائن صاحب الرهن أو الاختصاص التالي للرهن أو الاختصاص الذي حكم بعدم نفاده في مواجهة جماعة الدائنين مرتبة هذا التأمين. ومع ذلك لا يعطى الدائن المذكور من الثمن الناتج من بيع المال المقرر عليه التأمين إلا ما كان يحصل عليه بغرض نفاذ الرهن أو الاختصاص السابق ويؤول الفرق إلى جماعة الدائنين"

[74]) د. هاني دويدار ، القانون التجاري ، العقود التجارية ، العمليات المصرفية ، الاوراق التجارية الافلاس ، منشورات الحلبي ، الطبعة الاولى ، 2008 ،ص859 .

[75]) أنظر المادة (614) من قانون التجارة العراقي الملغي التي نصت على : "يحكم على كل اجراءات التصرف المعمولة بواسطة المفلس ضمن فترة 90 يوماً قبل تعليق الدفعات وليس استناداً الى تلك الاجراءات الموجودة والتي هي محددة بوقت والمبينة في المادة السابقة فأنها غير مؤثرة ضد هيئة الدائنين ويجب ان تحسب بالمقابل من موجودات لمصلحة الدائنين ان كانت تلك الاجراءات ضارة على مصالحهم والطرف المقابل المتصرف كان مدرك اثناء ذلك الوقت بان المفلس علق الدفعات".

[76]) انظر المادة 613 من قانون التجارة الملغي التي نصت على: "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بإشهار الإفلاس:
1 ـ التبرعات أياً كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري بها العرف.
2 ـ وفاء الديون قبل حلول أياً كانت كيفية الوفاء. ويعتبر إنشاء مقابل الوفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها في حكم الوفاء قبل حلول الأجل. 3- وفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه. ويعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي في حكم الوفاء بالنقود. 4 ـ كل رهن أو امتياز يقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق على هذا الرهن".

[77]) انظر المادة 614 من القانون التجاري العراقي الملغي التي نصت على: "كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة السابقة وخلال الفترة المذكورة فيها، يجوز الحكم بعدم نفاده في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ًضاراً بها وكان المتصرف اليه يعلم وقت وقوع التصرف بوقوف المفلس عن الدفع".

[78]) د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، مكتبة النهضة المصرية، 1959، ص287.

[79]) د. علي جمال الدين عوض، مصدر سابق، ص238.

[80]) انظر المادة 618 من قانون التجارة العراقي المغلي التي نصت على: "لأمين التفليسة وحده طلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حق جماعة الدائنين إذا وقع التصرف قبل صدور حكم إشهار الإفلاس وذلك وفقاً لأحكام المواد 623 إلى 629 من القانون المدني. ويترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف سقوطه في حق جميع الدائنين سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعده". مادة (125) من قانون الإفلاس المصري التي نصت على : "يجوز لأمين التفليسة وحده أو بناء على طلب قاضي التفليسة أن يطلب عدم نفاذ تصرفات المدين في حق جماعة الدائنين إذا وقع التصرف قبل صدور حكم شهر الإفلاس وذلك وفقا لأحكام القانون المدني ، ويسرى الحكم الصادر بعدم نفاذ التصرف في حق جميع الدائنين سواء نشأت حقوقهم قبل حصول التصرف أو بعد حصوله".

[81]) انظر المادة 613 من قانون التجارة الملغي التي تم ذكرها سابقا في صفحة 42.

[82]) د. اسامة نائل المحيسن ، الوجيز في الشركات التجارية والافلاس ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الطبعة الاولى ، 2008 ، ص311 . و د. أحمد محمود خليل ، الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 1987 ، ص 157. أنظر المادة 630 من قانون التجارة العراقي الملغى التي نصت على : "2 ـ ويجوز لأمين التفليسة أن يعذر الدائن المرتهن بوجوب اتخاذ الإجراءات القانونية للتنفيذ على الأشياء المرهونة قبل انتهاء حالة الاتحاد. فإذا لم يقم الدائن المرتهن باتخاذ هذه الإجراءات جاز لحاكم التفليسة بناء على طلب الأمين وبعد سماع أقوال الدائن المرتهن الإذن للأمين ببيع المنقولات المرهونة. ويبلغ قرار حاكم التفليسة بالإذن بالبيع الى الدائن المرتهن. ويجوز لهذا الدائن الطعن في القرار ويترتب على الطعن وقف تنفيذ البيع".

[83]) انظر المادة 614 من قانون التجارة الملغي التي تم ذكرها سابقا في صفحة 42.

[84]) انظر المادة 613 من قانون التجارة الملغي التي تم ذكرها سابقا.

[85]) نقض مصري، بتاريخ 30/3/1967، مجموعة أحكام النقض، لسنة 18. المستشار سعيد أحمد شعله، قضاء النقض في المواد التجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 725.
[86]) د. فخري سيف، دراسة مقارنة لشروط وطبيعة الدعوى البوليصية، مجموعة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، رقم 12، ص 134 وما بعدها.
[87]) أنظر المواد (269-263) من القانون المدني العراقي في تنظيم دعوى عدم نفاذ التصرفات .
[88]) د. مصطفى كمال طه ، الأوراق التجارية والإفلاس ، مؤسسة الثقافة الجامعة ، الاسكندرية ، 1982 ، ص 410 .
[89]) انظر المادة 614 من القانون التجاري العراقي الملغي التي نصت على : "كل ما أجراه المفلس من تصرفات غير ما ذكر في المادة السابقة وخلال الفترة المذكورة فيها، يجوز الحكم بعدم نفاده في مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ًضاراً بها وكان المتصرف اليه يعلم وقت وقوع التصرف بوقوف المفلس عن الدفع".
[90]) د. أحمد محمود خليل ، مصدر سابق ، ص 157.
[91]) د. علي يونس ، الإفلاس والصلح الواقي منه ، مطبعة جامعة عين شمس ، 1992 ، ص 316 .
[92]) د. مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ، ص 341 .
[93]) د. علي يونس ، مصدر سابق ، ص 228 .
[94]) أنظر المادة 266 من القانون المدني العراقي التي نصت على : "متى تقرر عدم نفاذ التصرف استفاد من ذلك جميع الدائنين الذين صدر هذا التصرف اضرارا بهم".
[95]) د. أحمد محمود خليل ، مصدر سابق ، ص 158 .
[96]) انظر المادة 619 من قانون التجارة العراقي الملغى التي نصت على : "لا تسمع الدعاوى الناشئة عن تطبيق الأحكام المنصوص عليها في المواد 613 و614 و615 و616 و618 بعد انقضاء سنتين من تاريخ صدور الحكم بإشهار الإفلاس". وأنظر المادة 269 من القانون المدني العراقي التي نصت على : "لا تسمع دعوى عدم نفاذ التصرف بعد انقضاء ثلاث سنوات من اليوم الذي علم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، ولا تسمع في جميع الاحوال بعد انقضاء خمس عشرة سنة من وقت صدور التصرف".
[97]) مادة (121) من قانون الإفلاس المصري التي نصت على : "كما لا يجوز التمسك في مواجهتهم بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع ، وقبل الحكم بشهر الإفلاس : أ - منح التبرعات أيا كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجرى عليها العرف". مادة 613 من قانون التجارة العراقي الملغى التي نصت على : "لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بإشهار الإفلاس: 1 - التبرعات أياً كان نوعها ما عدا الهدايا الصغيرة التي يجري بها العرف ".
[98]) د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص 231.
[99]) د. سليمان مرقس ، الوافي ، مصدر سابق ، ص 230.
[100]) احمد حسين مرزه الجبوري ، اثار الرهن التأميني ، بحث مقدم الى المعهد القضائي الدورة 23الثامنة والعشرون ، بغداد 2007، ص 5.
[101]) د. عبد الرزاق السنهوري ، نظرية العقد ، مصدر سابق ، ص 208 .
[102]) د. احمد سلامة ، مصدر سابق ، ص 69.
[103]) د. عبد الرزاق السنهوري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص 1000.
[104]) د. احمد سلامة ، الرهن الطليق ، ج 2 ، منشور في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية ، العدد الأول ، السنة الحادية عشر ، ١٩٦٩ ، ص 405 .
[105])) Cass, civ. 27-1-1999.
نقلاً عن مجموعة دالوز للاجتهاد ، ٢٠٠٩ باللغة العربية تعليقاً على المادة ٢٤٦١ منه .
[106]) أنظر المادة 2333 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على : "أن رهن المنقول عبارة عن اتفاق يعطي منشئ الرهن إلى الدائن، حق استيفاء دينه على أموال ، أو مجموعة الأموال المادية الجاهزة النقدية ، أو المستقبلية بالأفضلية على سائر الدائنين . يمكن أن تكون الديون المضمونة حالية أو مستقبلية ، في الحالة الأخير ينبغي أن تكون محددة".

Article 2333
Version en vigueur depuis le 17 septembre 2021

"Le gage est une convention par laquelle le constituant accorde à un créancier le droit de se faire payer par préférence à ses autres créanciers sur un bien mobilier ou un ensemble de biens mobiliers corporels, présents ou futurs.
Les créances garanties peuvent être présentes ou futures ; dans ce dernier cas, elles doivent être déterminables."

[107]) د. عبد الرزاق السنهوري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، هامش 1 ، ص 1006 .
[108]) د. عبد الرزاق السنهوري ، أحكام الإلتزام ، مصدر سابق ، ص 1000.
[109]) د. سليمان مرقس، الوافي ، مصدر سابق ، ص 263 .
[110]) د. سليمان مرقس، الوافي ، مصدر سابق ، ص 273 .
[111]) د. منصور مصطفى منصور ، مصدر سابق ، ص 123 .
[112]) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص 516 .
[113]) د. شمس الدين الوكيل، مصدر سابق ، هامش 1 ، ص 308 .
[114]) انظر المادة 1/322 من قانون التسجيل العقاري التي نصت على : "1 – للدائن المرتهن التنازل عن مرتبته في الرهن الى دائن مرتهن اخر على ان يأخذ كل منهما مرتبة الاخر بشرط ان لا يؤثر ذلك على حقوق الدائنين المرتهنين الاخرين". و المادة (١٠٥٩) من القانون المدني المصري التي نصت على : "للدائن المرتهن أن ينزل عن مرتبة رهنه في حدود الدين المضمون بهذا الرهن لمصلحة دائن أخر له رهن مقيد على نفس العقار ، ويجوز التمسك قبل هذا الدين الآخر بجميع أوجه الدفع التي يجوز التمسك بها قبل الدائن الأول ، عدا ما كان منها متعلقا بانقضاء حق هذا الدائن الأول إذا كان هذا الانقضاء لاحقا للتنازل عن المرتبة". أنظر المادة 2473 من القانون المدني الفرنسي التي نصت على : "يتم تحويل الرهن العقاري تلقائيا مع الدين المضمون. وللدائن المرتهن أن يحل محل دائن آخر في الرهن ويحتفظ بحقه.
كما يجوز له بنقل الأولوية أن ينقل مرتبة تسجيله إلى دائن في مرتبة لاحقة يحل محله "، بموجب مرسوم 2021.

Article 2473 :

" L'hypothèque est transmise de plein droit avec la créance garantie. Le créancier hypothécaire peut subroger un autre créancier dans l'hypothèque et conserver sa créance.

Il peut aussi, par une cession d'antériorité, céder son rang d'inscription à un créancier de rang postérieur dont il prend la place ".

[115]) د.محمد شريف عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 340.
[116]) د. طه البشير ، مصدر سابق ، ص 443.
[117]) د. طه البشير ، مصدر سابق ، ص 443. أنظر ايضاً د.محمد شريف عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 341. انظر ايضاً د. أنور العمروسي، مصدر سابق، ص 193.
[118]) د. طه البشير ، مصدر سابق ، ص 443. أنظر ايضاً د.محمد شريف عبد الرحمن ، مصدر سابق ، ص 341.
[119]) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص 521 .
[120]) د. محمد شريف عبد الرحمن ، مصدر سابق ، 341 .
[121]) انظر المادة 365 من القانون المدني العراقي التي نصت على : "ينتقل الحق الى المحال له بصفته وضماناته كالكفالة والامتياز والرهن وتعتبر الحوالة شاملة لما حل من فوائد واقساط". والمادة 307 من القانون المدني المصري التي نصت على: "تشمل حوالة الحق ضماناته ، كالكفالة والامتياز والرهن ، كما تعتبر شاملة لما حل
من فوائد وأقساط".

[122]) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، ص 308 .
[123]) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، 3.6.
[124]) د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني العراقي ، ج 2 ، ط 2 ، شركة الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، 1967 ، ص 388 .
[125]) د. طه البشير ، أحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 261.
[126]) د. شمس الدين الوكيل ، مصدر سابق ، 308
[127]) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص 515 .
[128]) انظر المادة 1318 من القانون المدني العراقي التي نصت على : "يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التاميني دون الدين". وأنظر المادة 1349 من القانون المدني العراقي التي نصت على : "ج – إذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلاً عن الدين ..." ، وما يقابلها المادة 1113 من القانون المدني المصري.
[129]) د. طه البشير ، مصدر سابق ، ص 444.
[130]) د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، مصدر سابق ، ص 516 .

المصادر

أولاً: الكتب القانونية: -

1- د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البطلان الجزئي للعقود والتصرفات القانونية، دراسة تحليلية وتطبيقية لنظرية الإنقاص، مطبوعات جامعية، الكويت، 1988.

2- د. أسامة نائل المحسن، الوجيز في الشركات التجارية والافلاس، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، 2008.

3- د. احمد سعيد الزقود، الوجيز في التأمينات العينية، مصر، بدون سنة طبع.

4- د. احمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، دار التعاون للطبع، 1966.

5- د. أحمد محمود خليل، الإفلاس التجاري والإعسار المدني، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1987.

6- د. حسين عبد اللطيف حمدان، التأمينات العينية، الطبعة الثانية، الدار الجامعة، 1985.

7- د. رمضان أبو السعود، التأمينات الشخصية والعينية، دار الجامعة الجديدة، 2008.

8- د. ريما فرج مكي، تصحيح العقد، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، لبنان، الطبعة الأولى، 2011.

9- د. سليمان مرقس، الوافي، الحقوق العينية التبعية، ج1، ط5، سنة 1992.

10- د. شمس الدين الوكيل، نظرية التأمينات في القانون المدني، ط2، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1959.

11- د. صالح ناصر العتيبي، فكرة الجوهرية في العلاقة العقدية، ط1، مصر، 2001.

12- د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للإلتزام، ج 2، مصادر الالتزام. القاهرة، 1954.

13- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، ج 10، التأمينات العينية والشخصية، ط 3 الجديدة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت – لبنان، 2000.

14- د. عبد السلام ذهني بك، في التأمينات، مطبعة الاعتماد، مصر، 1926.

15- د. عبد الفتاح عبد الباقي أحكام القانون المدني المصري، التأمينات الشخصية والعينية، دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1950.

16- د. عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني: مصادر الالتزام، مطبعة نديم، بغداد، 1977.

17 - د. عصام أنور سليم، عدم تجزئة العقد في الشريعة والقانون، مؤسسة المعارف.

18- الأستاذ محمد طه البشير، د. غني حسون طه، الحقوق العينية، ج2، ط2، المكتبة العلمية، بغداد، 2009.

19- د. منصور حاتم محسن، نظرية الذمة المالية، الطبعة الأولى، مكتبة دار الثقافة والتوزيع، 1999.

20- د. منصور مصطفى منصور، التأمينات العينية، القاهرة، بدون سنة طبع.

ثانياً: الكتب الفرنسية المترجمة: -

1- جاك غستان، المطول في القانون المدني، تكوين العقد، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع بيروت لبنان، 2000.

2- جاك ميتر، امانوئيل بولمان مارك بينو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام بإشراف جاك فستان ترجمة منصور القاضي، ط1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2006.

3- جاك ميتر، امانوئيل بولمان مارك بينو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية الخاص بأشراف جاك فستان، ترجمة منصور القاضي، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2006.

ثالثاً: القوانين: -

1- القانون المدني العراقي النافذ رقم 40 لسنة 1951.

2- القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.

3- القانون المدني الفرنسي وتعديله رقم 131 لسنة 2016 وتعديله رقم 1192 الصادر في 15/ 9 / 2021.