

انقضاء الإفلاس بالمقايضة

م.م. بارق حمزة عبد

م.م. هبة مهدي الفحام

جامعة الامام جعفر الصادق (ع) النجف الاشرف

المقدمة:

إن التطورات الاقتصادية ادت الى تعقد الحياة فبدأ الافراد يبحثون عن موارد تمكنهم من توفير مصدر العيش لهم، ومن مجمل تلك الموارد هو اللجوء الى الاتجار، فأضحت التجارة سبب في التبادل بنوعيه الداخلي والخارجي ، حيث اتسعت العلاقة التجارية فلم تعد مقتصرة على التجارة الداخلية بل اصبح هناك تبادل على مستوى دولي، والتجارة قد تكون ذا صفقة رابحة واخرى غير رابحة، مما ينتج عنها في حالة الخسارة اصابة الشخص التاجر بالإفلاس، فالتاجر يتعرض للعديد من الازمات والاختناقات في حياته التجارية من شأنها ان تؤدي الى حدوث ضائقة مالية تعجزه عن الوفاء بديونه، يجد التاجر نفسه في موقف يصعب تجاوزه ، خصوصاً إذا تمسك الدائنون بحقوقهم في الحصول على ديونهم وعدم الموافقة على التسوية ، وأمام هذا الوضع لا بد من ايجاد الحلول الكفيلة بمعالجتها وتمثلت بنظام المقايضة.

ويقسم البحث على مبحثين، يتناول الأول الاطار المفاهيمي لنظامي الافلاس المقايضة، وتم تقسيمه الى مطلبين، نتطرق في المطلب الاول الى بيان مفهومي الافلاس والمقايضة، وفي المطلب الثاني سنتطرق الى ضوابط نظام الافلاس وعقد المقايضة، أما المبحث الثاني فيتناول آثار انقضاء الافلاس بالمقايضة، وتم تقسيمه الى مطلبين، تناول الأول تصفية اموال المدين المفلس تصفية جبرية في حين تناول الثاني أثر انقضاء الافلاس بالمقايضة لأطراف عقد المقايضة.

-مشكلة البحث:

تتمثل المشكلة البحثية في كون الإفلاس نظام قانوني الغرض منه التعامل مع الدائنين جميعهم على قدم من المساواة في حين نجد ان المقايضة هي حالة قانونية تؤدي الى تفضيل احد الدائنين على غيره، لذا فلا بد من حل تلك المشكلة والتعارض بين النظامين.

-السؤال المركزي:

هل يمكن انهاء افلاس التاجر بالمقايضة؟

-الاسئلة الفرعية:

١- ما المقصود بالإفلاس؟

٢- ما المقصود بالمقايضة؟

٣- ما الاثر المترتب على انقضاء الإفلاس بالمقايضة؟

-الهدف المركزي:

بيان كيفية انهاء الإفلاس بالمقايضة.

-الاهداف الفرعية:

١- معرفة المقصود بالإفلاس والمقايضة.

٢- معرفة الاثر المترتب على انقضاء الإفلاس بالمقايضة.

-منهج البحث:

من اجل الاحاطة بالموضوع من كافة الجوانب يتعين علينا الرجوع الى كل من المنهج التحليلي والاستقرائي والمقارن، حيث نقوم بتحليل النصوص القانونية التي تناولت موضوع البحث، ومن ثم نستقرئ أهم الآراء التي ساهمت في ايجاد الحلول المناسبة، واخيرا المنهج المقارن من خلال اللجوء الى قوانين الدول التي تناولت الموضوع والتي نرى بأن معالجتها تختلف عما موجود في القانون العراقي.

المبحث الأول: الاطار المفاهيمي لنظامي الافلاس المقايضة:

رأى الباحثون ان المفاهيم التي وضعوها الفقهاء في الوقت السابق اسس بنوا عليها ما يستجد من بعدهم من عقود او انظمة، وبالفعل وجد ان اكثر العقود المستجدة ينطبق عليها عقد معين، وفي مجال بحثنا نجد ان الافلاس نظام قانوني يصيب الذمة المالية للمدين التاجر وبالتالي يخضع لنصوص القانون التجاري، اما المقايضة فهي عقد يخضع فيه الاطراف لنصوص القانون المدني، على الرغم من اختلاف النظامين الا اننا نستطيع ان ندمج كلا من النظامين للتوصل الى نتيجة ترضي كلا من الدائن والمدين والمفلس، لذا لا بد من التعرف على المقصود بالافلاس اولا ومن ثم بيان المقصود بالمقايضة لمعرفة مدى التوافق بين النظامين.

لما كانت المقايضة عقد لكن المشرع العراقي لم يورد نصوص خاصة بها ولم يفرد لها قسم خاص كبقية العقود لذا سوف نستعين بأحكام عقد البيع لسد النقص الحاصل في التشريع. لذا سنقسم المبحث الى مطلبين، نتطرق في المطلب الاول الى بيان مفهومي الافلاس والمقايضة، وفي المطلب الثاني سنتطرق الى ضوابط نظام الافلاس وعقد المقايضة.

المطلب الأول: مفهوم نظامي الافلاس والمقايضة

اعتاد المشرعون والفقهاء والباحثون الى وضع مفاهيم الغرض منها ايضاح معناها للقارئ كي يكون على علم بها من جهة وكلي لا يدعي انه يجهل المقصود بها من جهة اخرى، لذا تعمق الفقهاء في وضع تعريف للإفلاس والمقايضة، فالإفلاس نظاما يصيب التاجر في ذمتهم المالية اي زيادة في التزاماتهم المالية على حقوقهم المالية من شأن هذا الالتزام ان يرهق التاجر وبالتالي يصبح غير قادر على الوفاء بديونه التجارية.

من المعلوم ان السمعة التجارية محل اعتبار في المعاملات وان اعلان افلاس التاجر من شأنه ان يضر به سواء كان الاضرار حالالا او مستقبلا، فكان لا بد من ايجاد وسيلة وفاء بالديون تحل محل النقود تتمثل

هذه الوسيلة بالمقايضة، المقايضة لا تعتبر نظاما حديثا بل نظاما قديما يسبق عقد البيع ، فكان الفرد يبادل ما يحتاج اليه من سلع وخدمات بسلع وخدمات لديه اكتفاء ذاتي منها، في ضوء ما سبق وللاستيضاح عن مفهومي الافلاس والمقايضة سنقسم هذا المطلب الى فرعين، نتطرق في الفرع الاول الى مفهوم الافلاس، وفي الفرع الثاني سنتطرق الى مفهوم المقايضة.

الفرع الأول: مفهوم الافلاس

اختلف الفقه في تحديد مفهوم معين للإفلاس والسبب في ذلك يعود الى جهدهم المتواصل في ايجاد مفهوم ينطبق على الافلاس شامل وواسع وقابل للتطبيق في ظل التطورات الاقتصادية والتجارية، ومن التعاريف التي قيلت بشأنه هو اسلوب نص عليه القانون للتنفيذ على اموال المدين نتيجة توقفه عن دفع ديونه بقصد تصفية امواله تصفيه جماعية لصالح دائنيه وتحقيق المساواة بينهم حيث تتم التصفية لتوزيع ناتجها على الدائنين قسمة غرماء طالما تساوت مراكزهم القانونية¹، يتضح من هذا التعريف ان الباحث جعل نظام الافلاس عاما وشاملا ينطبق على جميع الاشخاص في الوقت الذي يكون فيه نظام الافلاس قاصرا على فئة التجار، ومن التعاريف التي قيلت هو طريق للتنفيذ الجماعي على اموال المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية².

يتضح من خلال التعريف السابق ان هناك غموض في المفهوم حيث يصعب على القارئ معرفة المقصود به دون اللجوء الى المصادر الاخرى ، وكذلك عرف على انه الشركات التي افلست من الناحية القانونية او وضعت تحت الاشراف القضائي او منحت الحق ان تخضع لأحكام قانون الافلاس³، نرى ان الباحث في هذا المقام قد حصر نطاق الافلاس في الوقت الذي يكون فيه الافلاس نظاما عاملا وشاملا لجميع التجار سواء كان التاجر شخص طبيعي او معنوي، نعم قد تقلس الشركات وقد يسوء مركزها المالي وبالتالي تكون اكثر تأثيرا بالإفلاس لكن ذلك لا يعني ان نقصر الافلاس على الشركات او الاشخاص المعنوية.

كذلك عرف الإفلاس على انه نظام قاصر على التجار وحدهم ينظمه القانون التجاري ويفترض توقف التاجر المدين عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها بغض النظر عما اذا كان المدين موسرا او معسرا كثرت امواله او قلت^٤، هذا التعريف على الرغم من وجاهته الا انه يسوده بغض الغموض ، لكون نظام الإفلاس نظاما يسري على التاجر المفلس والإفلاس في اللغة يعني الحالة التي يعيشها الشخص من عسر وعجز مالي ، بحيث تزيد ديونه على ماله من حقوق : فيقال افلس فلان ، اي ليس لديه فلوس، وذلك بعد ان كان مؤسرا^٥ ، لذا لا يمكن القول ان الإفلاس نظاما يسري على التاجر وهو في حال متيسر. ان اختلاف الفقه في تحديد مفهوم الإفلاس يعود الى موقف المشرع العراقي، لان المشرع نص بالمادة (٥٦٦) من قانون التجارة العراقي الملغي على الإفلاس حيث حدد مفهومه على انه "كل تاجر توقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة افلاس ويشهر افلاسه بحكم يصدر بذلك"^٦.

فيتبين من نص المشرع العراقي انه تطرق الى تحديد شروط الإفلاس وليس الإفلاس في ذاته على العكس من المشرع المصري الذي تناول مفهوم الإفلاس بشكل اوسع من المشرع العراقي وذلك بموجب نص المادة (١٥٥٠ ١،٢) حيث جاء فيها " يعد في حالة افلاس كل تاجر ملزم بموجب احكام هذا القانون بإمسك دفاتر تجارية اذا توقف عن دفع ديونه التجارية اثر اضطراب اعماله المادية ولا يترتب على التوقف عن الدفع اثر قبل صدور حكم شهر الإفلاس، ما لم ينص القانون على غير ذلك"^٧. نرى من نص المشرع المصري انه جعل الإفلاس يسري على كل تاجر يمك سجل تجاري، لان من شروط الشخص لكي يكون تاجرا سواء كان شخصا طبيعيا او معنويا ان يمك سجل تجاري. يرى الباحث ان الإفلاس نظاما يسري على الشخص التاجر الذي يمك سجلا تجاريا وامتنع عن اداء ديونه المستحقة الوفاء في مواعيد استحقاقها والذي صدر بحقه حكم بالإفلاس بموجب الحكم يستطيع كل شخص الحصول على حقه من خلال مراجعة المحاكم المختصة.

السؤال الذي يبرز في هذا الصدد، اذا كان الافلاس نظاما خاصا بالتجار، ما النظام الذي يسري على الشخص الغير تاجر؟ ان غاية المشرع من التشريع هي الحفاظ على الحقوق واعطاء كل ذي حق حقه، كما نص المشرع على الافلاس للتاجر فقد نص على الاعسار بالنسبة للمدين المدني وذلك بموجب نص المادة (٢٧٠) من القانون المدني العراقي حيث جاء فيها " المدين المفلس الذي يكون دينه المستحق الاداء ازيد من ماله اذا خالفه غرماؤه ضياع ماله او خافوا ان يخفيه او ان يجعله باسم غيره وكان خوفهم مبنيا على اسباب معقولة وراجعوا المحكمة في حجه عن التصرف في ماله او اقراره بدين لآخر حجزته المحكمة"^٨، كان المشرع العراقي موقفا في نص المادة السابقة حيث يتطرق الى مفهوم الاعسار بشكل تفصيلي لا يدع مجالا للاجتهاد القضائي او الفقهي.

من نص المادة السابقة نجد هناك اختلاف بين الافلاس والاعسار ، الافلاس نظام خاص يصيب التاجر في ذمتهم المالية، اما الاعسار فهو نظام يسري على الشخص الغير التاجر، وكذلك نجد ان المفلس يخضع لأحكام قانون التجارة اما المعسر يخضع لأحكام القانون المدني كما يتضح من نص المادة السابقة، كذلك يختلف الافلاس عن الاعسار في كون في كون الافلاس يسقط حقوق التاجر السياسية اما الاعسار فلا يترتب عليه ذات الاثر.

ويحق للمحكمة في حالة الافلاس ان تحكم به من تلقاء نفسها دون ان يطلب الدائنين ذلك، اما في الاعسار فلا يمكن الحكم به الا بالاستناد الى طلب الدائنين فقط، في حالة الافلاس يجوز لكل ذي مصلحة ان يطعن في حكم اشهار الافلاس، ام في الاعسار لا يجوز الطعن فيه الا من كان طرفا في الخصومة الموجه للمدين المعسر^٩.

السؤال الذي يبرز هنا هل يمكن اعتبار الشخص مفلسا ومعسرا في الوقت ذاته؟ عند البحث في مصادر الفقه القانوني نجد انها تخلو من الاجابة على هذا التساؤل، لكن الباحث يرى ان الشخص يمكن اعتباره مفلسا ومعسرا في الوقت ذاته لان المشرع عندما نص على الافلاس بموجب المادة السابقة اعتبر الشخص

التاجر مفلسا اذا كان الدين تجاريا وهذا يعني ان الدين ان لم يكن تجاريا فيمكن اعتبار الشخص معسرا ، وللحفاظ على حقوق الدائنين الاخرين يرى الباحث في هذا الصدد مساواة كلا من الدائنين التجاريين والدائنين المدنيين لكي يحصل كل ذي حق حقه لان القول عكس ذلك يعني مزاحمة الدائنين التجاريين وبالتالي ضياع حقوق الدائنين العاديين وهذا القول غير مقبول لان القانون غايته الاساسية الحفاظ على حقوق كافة الاشخاص سواء كانوا تجار او اشخاص عاديين.

الفرع الثاني: مفهوم المقايضة

ان الاصل في المعاملات المالية ان يكون المقابل نقدا وهذا هو المعتاد، لكن في بعض الاحيان قد يكون الشخص معسرا او مفلسا لا يملك نقودا للوفاء بالتزاماته المالية فيلجأ الى وسيلة اخرى لتنفيذها، واحدى تلك الوسائل هي المقايضة، حيث كان للمقايضة دور كبير في الفترات الزمنية السابقة اذ لا يمكن للشخص الحصول على احتياجاته الاساسية الا من خلالها فيقوم بمبادلة الشيء الزائد عن حاجته بشيء اخر يكون بأمر الحاجة فكانت المقايضة تحل محل النقود، لكن بتطور المجتمعات وظهور النقود التي تعتبر اساس المعاملات بنوعها المدنية والتجارية قل الاقبال عليها لكن بالرغم من ذلك تولى المشرع تنظيمها في القانون المدني بموجب نص المادة (٥٠٧) والتي جاء فيها "البيع اما ان يكون بيع العين بالنقد وهو البيع المطلق او بيع النقد بالنقد وهو الصرف او بيع العين بالعين وهي المقايضة".

في الاصطلاح القانوني يقصد بالمقايضة هي عملية تداول للسلع والخدمات بين طرفين او اكثر دون استخدام النقود - وسيلة نقدية - وبمعنى اخر^{١٠}. وكذلك عرفت على انها عقد يلتزم به كلا من المتعاقدين ان ينقل للآخر على سبيل التبادل ملكية مال ليس من النقود^{١١}.

يتضح من التعريف السابق ان المقايضة في جوهرها تتضمن توفير سلعة او خدمة واحدة من قبل طرف مقابل سلعة او خدمة اخرى من طرف اخر، على سبيل المثال، النجار الذي يقوم ببناء جدار للمزارع بدلا من ان يقوم المزارع دفع مبلغ مليون دينار مقابل الجدار يتفق معه ان يقوم بإقامة الجدار وبالمقابل اعطاه

للمحاصيل التي تساوي قيمة بناء الجدار. فالمقايضة في أساسها تقوم على التفاوض بين شخصين لتحديد القيمة النسبية لسلعهم وخدماتهم وعرضها على بعضهم البعض في تبادل مساوٍ.

فكان كل فرد ينتج ما يحتاجه شخصياً بنفسه ، ومن هنا نشأت المقايضة كأول صورة من صور التبادل التي عرفها الإنسان في مراحل تطوره الأولى ، وعلى هذا ، فالمقايضة ما هي إلا عملية تبادل السلع والخدمات بسلع وخدمات أخرى إن أمكن ، ومهما كانت عيوب نظام المقايضة ، فالذي لا شك فيه أنها نظام أدى دوره التاريخي بنجاح عندما كان عدد السلع قليلاً وأنواعها محدودة وحاجات الإنسان سهلة وغير معقدة ، الأمر الذي أدى إلى انهيار هذا النظام تماماً ، وعندها دعت مقتضيات النمو الاقتصادي وانتشار ظاهرتي التخصص وتقسيم العمل واتساع نطاق المبادلة ، أن نحاط علماً بالعيوب التي لحقت بالمقايضة وجعلتها نظاماً جامداً غير صالح للوفاء بمستلزمات النظم الاقتصادية الحديثة.

ينطوي أسلوب المقايضة على تقديم الأفراد لسلع وخدمات نظير حصولهم على سلع وخدمات مقابلها من غيرهم من الأفراد، وحيث أن وظيفة النقود هي تسهيل عمليات التبادل وإحلال التبادل النقدي محل المقايضة، فقد جرى العرف في كتب النقود والبنوك الدراسية على تأكيد فاعلية النقود كوسيلة للتبادل، ببيان مدى الصعوبات الناشئة عن المقايضة، وفي الحقيقة ، فإن الصعوبات نظام المقايضة تمثلت في تلك الشروط القاسية التي يتطلبها إنجاز عملية المقايضة.

ولمعرفة تلك الصعوبات دعنا نتصور أن هناك اقتصاداً ما يقوم على التخصص وتقسيم العمل ولكنه لا يعرف النقود، ومن ثم يأخذ فيه التبادل شكل المقايضة المباشرة^{١٢} ، فإذا كان هناك شخص ما ينتج قمحاً ولكنه يرغب في الحصول على رأس من الماشية ، ففي هذه الحالة لا بد أن يبحث هذا الشخص عن شخص آخر لديه رأس من الماشية ويرغب - في نفس الوقت - في الحصول على قمح، فإذا وجد مثل هذا الشخص فإنه يستطيع أن يبادله القمح في مقابل رأس الماشية ، معنى هذا أن المقايضة المباشرة

تستدعى ضرورة تحقيق التوافق المزدوج للطلبات ، وإذا كان هذا الأمر صعباً في اقتصاد بسيط به عدد محدود من السلع ، فإنه يصبح من قبيل المستحيل عندما يكون هناك عدد كبير من السلع. مما تقدم يتضح ان للمقايضة العديد من الفوائد منها انها تسمح للأفراد بالمتاجرة بالعناصر التي يمتلكونها ولكنهم لا يستخدمونها للعناصر التي يحتاجونها ، مع الاحتفاظ بالأموال والتي من شأنها ان تقلل النفقات، والفائدة الأخرى تتمثل في خلق نوع من الائتمان بين التجار وبالتالي تتوفر حالة من الاطمئنان في تعاملاتهم التجارية لان علم التاجر ان التاجر الأخر الذي يتعامل معه لديه بديلا عن الاموال يثق في تعامله معه سواء كان الدين مدينيا او تجاريا.

لذا يمكن تعريف انقضاء الإفلاس بالمقايضة على انه قيام التاجر المفلس بمبادلة ما موجود لديه من عقارات واعيان بعد ان اصبح غير قادرا على اداء ديونه المستحقة الوفاء في مواعيد استحقاقها نقدا وصدور بحقه حكم بالإفلاس، بموجب الحكم يستطيع كل شخص الحصول على حقه من خلال الحصول على العقارات والاعيان الموجودة لدى المدين المفلس.

المطلب الثاني: ضوابط نظامي الإفلاس والمقايضة

يتضح من التعريف السابق ان انقضاء الإفلاس بالمقايضة من حيث الاصل يكون اتفاقيا اي رضائيا ولكن هناك استثناء اي يمكن ان يجري قضائيا دون ان يكون هناك تراضي بين الطرفين (الدائن والمدين المفلس) كما سيأتي بيانه في المبحث الثاني، الاصل في العقود الرضائية وعقد المقايضة كالعقود الأخرى يجب ان يكون صحيحا صادرا من اشخاص يتمتعون بالأهلية، في ضوء ما تقدم من اجل انقضاء الإفلاس بالمقايضة صحيحا لابد من توافر ضوابط محددة نص عليها المشرع العراقي في القانون المدني ، وهذا ما سنتطرق اليه في هذا المطلب ، سنقسم المطلب الى فرعين ، نتطرق في الفرع الاول الى الرضا وفي الفرع الثاني المحل في عقد المقايضة.

الفرع الأول: رضا الدائن والمدين المفلس بانقضاء الدين بالمقايضة

يشترط في عقد المقايضة كما في سائر العقود اقتران ارادتين متطابقتين ، اي وجود ايجاب معين وقبول مطابق له ، واقتران الاخير بالأول اي وصوله الى علم الموجب^{١٣} ، بمعنى اخر ان يصدر الايجاب من المدين المفلس ويصدر القبول من الدائن، لان المهم في عقد المقايضة هو اقتران الايجاب بالقبول ولا يهم ان يقوم المدين المفلس بالإيجاب بل يمكن ان يقوم الدائن بالإيجاب ويقترن بقبول المدين المفلس. ولكي ينعقد الايجاب والقبول صحيحا لابد من التعبير عنه، من المعلوم ان التعبير قد يكون صريحا كأن يكون قد يكون لفظا او اشارة ، ويمكن ان يكون ضمنيا اذا كانت ظروف الحال لا تدع شكا في دلالة^{١٤} ، كأن يقوم المدين المفلس بإيصال جهاز كهربائي الى المحل التجاري للدائن يساوي قيمه الدين وقبله الدائن وقام باستخدامه، فهنا يعتبر سكوت الدائن واستخدامه للجهاز بمثابة رضاه عن الايجاب الموجه من المدين المفلس.

الايجاب الموجه من المدين المفلس قد يكون محدد بميعاد قبول واخرى لا يقترن، ففي حال اقترانه يلتزم المدين المفلس بإيجابه ولا يجوز العدول عنه ولكن من ناحية اخرى اذا انقضى موعد الايجاب ولم يقترن بقبول فإن الايجاب لا يصبح غير ملزم بل ويسقط سقوطا تاما، لكن ذلك لا يمنع من بقاء المدين المفلس على ايجابه رغم انتهاء مدة القبول، نرى ان مصلحة الدائن ان يقبل العرض المقدم له من قبل المدين المفلس لان الإفلاس يعني عدم توافر النقود لدى المدين المفلس تمكنه من اداء ديونه، وان اعتماد التاجر الاخر على الدين الموجود لدى المدين المفلس يمكن ان يصيبهم ضرر من جراء ذلك لذا نرى ان قبولهم هو المخرج من الازمة المالية نتيجة لإفلاس المدين.

هل موت المدين المفلس يؤثر على الايجاب الصادر منه؟ من المعلوم ان المقايضة تنصب على العقارات والاعيان الموجودة لدى المدين المفلس، نعم العقارات تحتاج الى اجراءات لكي يتم نقلها الى الدائن او دائني المفلس بعكس المنقول الذي يسهل نقل ملكيته بمجرد التسليم، ففي حال صدور الايجاب من المدين

المفلس ثم توفي فإن وفاته لا تؤثر على الايجاب الصادر منه ولا يمنع من اقترانه بالقبول عند وصوله الى الدائن، وبالتالي يتحمل ورثه المدين المفلس هذا الالتزام^{١٥}.

الايجاب قد يوجه الى الدائن مباشر في مجلس العقد، كما يمكن ان يوجه بالمراسلة، فاذا وجه الايجاب في مجلس العقد فذلك يفهم ان المدين المفلس قد التزم بإيجابه الى الوقت الذي يقبل به الدائن وفي حال انقضاء المجلس دون ان يصدر قبول من الدائن للمدين المفلس ان يتراجع عن ايجابه ما دام لم يقترن بقبول من الدائن، اذا وجه القبول عن طريق المراسلة فإن العقد لا ينعقد الا اذا وصل القبول الى علم الموجب قبل سقوط الايجاب الموجه من قبل المدين المفلس^{١٦}.

ولكي تتم المبادلة بصورة صحيحة لابد من اتفاق الدائن والمدين المفلس على الشيء الذي ترد عليه المقايضة ، فاذا لم يتفق الطرفين كأن يعرض المدين على الدائن ملكية ارض زراعية وكان الدائن يروم الحصول على قطعة ارض صرفه فإن المقايضة لا تتم ، ويفهم من ذلك اتفاق الطرفين على طبيعة العقد ، فلا تنعقد المقايضة اذا قصد المدين المفلس بيع وقصد الدائن مقايضة.

الفرع الثاني: محل المقايضة

قصد بالمحل في عقد المقايضة الحق الذي يرد على شيء من الأشياء، قد يكون الحق عينيا كحق الملكية أو حق الارتفاق أو انتفاع أو ما إلى غير ذلك، وقد يكون وحقا شخصا كما في حوالة الحق وقد يكون حقا أدبيا معنويا كحق المؤلف و أيضا المحل في أي عقد هو العملية القانونية ، أي أنها يصبأ الشيء المتفق على نقل ملكيته في قالب قانوني أي الالتزامات التي يراد إنشائها سواء التزام البائع بنقل الملكية والتزام المشتري بدفع الثمن.

لكي ينعقد عقد المقايضة انعقادا صحيحا لابد من توافر مجموعه من الشروط الشرط الاول منها المشروعية يكون المبيع مشروعاً أي قابل للتعامل فيه، فإذا كان محل الالتزام مستحيلا في ذاته مخالفا لنظام العام

او للآداب العامة كانت المقايضة باطلة بطلان مطلق فالمحل يجب ان يكون غير خارج عن التعامل بطبيعته أو حكم القانون يصلح أن يكون محل للحقوق المالية^{١٧}.
والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها هي التي يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها وأما الخارجة بحكم القانون فهي التي يجيز القانون أن تكون محل للحقوق المالية^{١٨}.

اما الشرط الثاني هو شرط الوجود شرط الوجود أو إمكانية الوجود عنى الوجود و هو أن يكون محل عقد المقايضة موجودا وقت انعقاد عقد البيع أو يكون ممكن الوجود مستقبلا فإن كان المبيع غير موجود أصلا أو لا يمكن وجده في المستقبل اعتبرت المقايضة باطلة بطلان مطلق و كذلك ان وجد وهلك قبل المقايضة فالمقايضة باطلة أيضا أما إذا كان محل المقايضة موجود وقت انعقاد العقد لكن هلك قبل التسليم فهنا العقد يفسخ^{١٩} ، يجوز أن يكون محل الالتزام شيئا مستقبليا و محققا كالمحصول الزراعي في المستقبل .و لقد ورد استثناء في هذه المادة في الفقرة الثانية و هو بطلان التعامل في تركة إنسان على قيد الحياة حتى ولو كان برضاه إلى في الأحوال المنصوص عليها قانونا. زد إلى ذلك ان يكون المشتري غير ممنوعا من اكتساب الحق المبيع أو ناقصا لأهلية الوجوب مثل منع المدافعين القضائيين و المحامين من شراء الحقوق المتنازع عليها .

الشرط الثالث التعين أو القابلية للتعين ، إذا لم يكن محل الالتزام معينا بذاته، وجب أن يكون معينا بنوعه، ومقداره و إلا كان العقد باطلا ويكفي أن يكون المحل معينا بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطيع به تعين مقداره و إذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء، من حيث جودته ولم يمكن تبين ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بتسليم شيء من صنف متوسط " إذا تخلف شرط التعين أو القابلية للتعين يكون العقد باطلا بطلان مطلق^{٢٠}.

اما الشرط الاخير هو العلم الكافي بمحل المقايضة بالنسبة للدائن، اشترط المشرع العلم الكاف بمحل المقايضة و إذا تخلف يكون قابل للإبطال لمصلحة الدائن وإذا ذكر في عقد المقايضة أن الدائن عالم

بمحل المقايضة سقط حق هذا الأخير في طلب إبطال المقايضة بدعوة عدم العلم به إلا إذا أثبت غش المدين المفلس.

المبحث الثاني: آثار انقضاء الإفلاس بالمقايضة:

لكل عقد اثر بعد انتهاءه سواء كان الانتهاء رضائي او قضائي، لكل نرى ان هذا الاثر يختلف من عقد الى اخر والسبب في ذلك يعود الى اختلاف الطبيعة القانونية للعقد، لذا نرى ان هناك اختلاف بين الفقهاء على تحديد طبيعة العقد بل من الصعوبة ان يبقى التكييف ذاته ينطبق على العقد وذلك بسبب التطور الذي نشهده، انقضاء الإفلاس بالمقايضة كما سبق وان بينا نظامين مختلفين وفي بحثنا حاولنا ان نقرب بين النظامين كون عقد المقايضة شأنه شأن عقد البيع ينطبق على كافة الانظمة بما فيها نظام الإفلاس، في ضوء ما سبق سنبين احكام انقضاء الإفلاس في المطلب الاول، وفي المطلب الثاني سنتطرق الى اثر انقضاء الإفلاس بالمقايضة لأطراف عقد المقايضة.

المطلب الأول: تصفية اموال المدين المفلس تصفية جبرية

الغرض الاساسي من اقامة الدعوى هو الحصول على حق أيا كانت الوسيلة التي توفي الدين سواء كانت نقود او عقار او منقول ، حيث جعل القانون الدعوى حق للمدعي وواجبا على المدعى عليه، لا يتمكن الشخص من الحصول على حقه دون اللجوء الى القاضي، حيث يعتبر القضاء الدعامة الاساسية لاستحصال الحقوق، وبقرار القاضي يتمكن الشخص من تنفيذه دون ان ينازعه شخص اخر، ومن ناحية اخرى نجد ان القضاء لا يتمكن من استحصال الحقوق دون طلبها منه، وفي مجال بحثنا لا يتمكن الدائنين من الحصول على حقهم من المدين المفلس الا من خلال مراجعة الجهات المختصة.

من خلال ما تقدم لكي يستطيع دائني المدين المفلس من الحصول على حقهم لا بد من مراجعة امين التفليسة اولا والدخول كمزايدين في المزادات العلنية لأموال المفلس لاستحصال حقوقهم من خلال

مقايضتها مع ديونهم، لذا سنقسم المطلب الى فرعين، نتطرق في المطلب الاول الى بيع اموال التقلية، وفي الفرع الثاني نتطرق الى بيع اموال المدين المفلس في المزايدة العلنية.

الفرع الأول: بيع اموال التقلية

ان اعتماد الدائنين على المدين المفلس في الحصول على حقهم يصعب احيانا ، لانه يعتمد في اغلب الاوقات التراخي في الوفاء بديونه لذلك اعطى القانون لجهة مخولة رسميا بيع موجودات المدين المفلس دون ان يملك الحق في الاعتراض بعد قيام الجهة المختصة بأخذ اقواله، يتلخص عمل هذه الجهة ببيع اموال المفلس ، وقد حظر المشرع على الجهة المذكورة التصرف بأموال المدين المفلس خلال فترة الاجراءات التمهيديّة حيث تبدأ هذه الفترة منذ تسليم الاموال الى امين التقلية بعد صدور حكم شهر الافلاس وتنتهي بانعقاد جمعية الصلح بعد الانتهاء من تحقيق الديون^{٢١}.

نرى ان المشرع كان موقفاً لان ترك التصرف في اموال المدين يؤدي الى الحاق الضرر به وبالتالي نجد ان الحكمة التشريعية تتمثل في رغبة المشرع في الحفاظ على حق الدائن وعدم المساس به ، لان القول بعكس ذلك قد يتسبب في ضياع فرصة الصلح مع باقي الدائنين^{٢٢}.

ورغبة من المشرع في الحفاظ على ما للمفلس من اموال سواء كانت اعيان او غيرها اجاز لقاضي التقلية ان يأذن ببيع الموجودات السريعة التلف، او التي تنقص من قيمتها في حالة بقاءها، و الموجودات التي تقتضي صيانتها مصاريف باهضة، حيث يعتبر ذلك استثناءً من حيث الاصل ، الغرض منه تحقيق مصلحة المدين المفلس سواء بجلب منفعة او تجنب ضرر اوتقادي فوات فرصة للكسب، كما يجوز للقاضي ان يأذن ببيع اذا رأى ان هناك ضرورة قصوى للحصول على النقود على شئونها ، واخيرا اذا كان البيع يحقق مصلحة الدائنين^{٢٣}.

السؤال الذي يبرز بهذا الصدد، هل يتم بيع اموال المدين المفلس رغم عنه؟ سبق وان بينا ان هناك حالات يأمر بمقتضاها القاضي امين التقلية ان يبيع اموال المدين المفلس ولكن الاصل لا تباع اموال المدين

المفلس الا بعد الاستماع الى اقواله ويتم ذلك من خلال قيام القاضي باخباره بطلب امين التفليسة الذي قدمه للحصول على اذن قاضي التفليسة بالبيع ، بعد حضور المفلس والاستماع الى اقواله يتخذ القاضي قرارة في البت بطلب امين التفليسة او الاخذ بكلام المفلس .

في حال صدور قرار ببيع اموال التفليسة، هل يحق للمفلس الطعن بقرار قاضي التفليسة؟ نظرا لما يسببه قرار القاضي من خطر جراء بيع اموال المدين المفلس على مستقبله المهني واضعاف فرصته في الحصول على صلح مع الدائنين ، فقد قرر له ولكل ذي مصلحة حق الطعن امام محكمة الافلاس في القرار الصادر من قاضي التفليسة ببيع اموال المفلس خلال المرحلة التمهيدية ، اما عن كيفية الطعن فيتم من خلال تقديم الطعن بصحيفة تودع قلم كتاب المحكمة وتعلن لذوي الشأن خلال ١٠ ايام من تاريخ ايداع القرار او تبيغته الى المفلس ، وتتنظر به المحكمة من اول جلسة على الا يشترك القاضي المطعون بقراره في نظر هذا الطعن، ويترتب على الطعن تنفيذ القرار حتى تحكم المحكمة فيه، وفي حال عدم قبول المحكمة للطعن جاز لها ان تحكم على المدين المفلس غرامه اذا تبين انه تعمد في تعطيل تنفيذ الحكم^{٢٤}.

الفرع الثاني: بيع اموال المدين المفلس في المزايمة العلنية

يعرف المزداد العلني بأنه صورة من صور بيع العقارات أو الأراضي أو أي سلعة أخرى، وذلك بطريقة تضمن للبائع تحقيق أعلى ربح ممكن حيث يتم تنظيم اجتماع يضم كل الأشخاص الراغبين في شراء السلعة المعروضة عبر المزداد، ثم يوضع حد أدنى لسعر البيع ويبدأ الحاضرون بعرض أسعار متفاوتة بحيث يزاود كل منهم على الآخر، وتستمر المزايمة حتى يعرض أحد الحاضرين سعراً لا يزاود عليه غيره، وبذلك يتم البيع ويكون صاحب أعلى سعر هو من يحصل على السلعة المعروضة^{٢٥}. من خلال التعريف السابق يتضح لنا ان محل البيع قد يكون عقارا وقد يكون منقولاً يحق لدائني المدين المفلس الدخول كمزايديين وفي حال رسوا المزايمة عليهم يتم انقضاء دينهم بالمقايضة ايا كان المحل سواء كان عقارا او منقولاً.

لكي يستطيع الدائنون الدخول الى المزايدة كمزايدين هناك اجراءات يتبعها الاشخاص الذين يرومون الدخول، تبدأ بإعلان الجهة المسؤولة عن البيع عن نيتها في البيع ، حيث يشتمل هذا الإعلان على عرض الموعد المحدد والمكان الذي سيقام فيه المزاد، وتحديد الشروط الواجب توافرها ضمن نص الإعلان كالاتشارك المطلوب والحد الأدنى لسعر البيع، بالإضافة إلى شروط أخرى، مثل: تحديد جنسية المتقدمين، وتحديد طبيعة الجهة التي يسمح لها بالمشاركة كأفراد أو شركات^{٢٦}.

ترك فترة زمنية كافية ما بين نشر الإعلان وموعد التقديم للاشتراك بالمزاد وموعد إقامته، وبذلك تتاح الفرصة للراغبين بالاشتراك بالتفكير ملياً قبل ذلك، كما تتاح الفرصة أيضاً للطعن القضائي في المزاد أو في أحد شروطه وصدور الحكم النهائي للطعن، حيث أن قبول الطعن في المزاد حتى ولو كان بعد إقامته سيلغي نتيجة المزاد، كما ستقوم الهيئة المسؤولة عنه بتعديل الشروط المتعلقة به وإعادة من جديد^{٢٧}.

تحديد قيمة البيع أو السعر الذي سيبدأ منه المزاد العلني، حيث يتم تحديد هذه القيمة من خلال خبير مختص يعمل على تقدير سعر الشيء محل المزاد، تحضير كراسة الشروط التي تتضمن كافة الشروط الواجب توافرها في المتقدمين للمزاد، ومنها: موعد المزاد، وقيمة الاشتراك في المزاد، وهي قيمة غير مستردة إلا في حال الانسحاب قبل حلول موعد المزاد، بالإضافة للشروط المتعلقة بطبيعة المتقدم وجنسيته، سواء كانوا أفراداً أو شركات.

إتاحة فترة زمنية كافية قبل فتح باب التقديم للمزاد ليفكر المتقدم ملياً ويحدد موقفه تجاه المزاد، وليتسنى له المقارنة ما بين الشيء محل المزاد والسعر المطلوب، وتحديد مبلغ التأمين المؤقت، وهو مبلغ يقره قانون الدولة أو الهيئة المسؤولة عن المزاد، ويتم دفعه من قبل كافة المتقدمين لضمان جديتهم في الشراء، وهو مسترد بشكل كامل لجميع المتقدمين الذين لم يرسو المزاد عليهم^{٢٨}.

تحديد مبلغ التأمين النهائي، وهو نسبة من سعر العقار يتوجب على المشتري دفعها حال انتهاء المزاد لضمان الجدية في الشراء تبدء المزيدة من قيمة البيع المحددة مسبقاً، والاستمرار بذلك حتى يرسو المزاد على أعلى سعر، وبذلك يحدد الشخص الذي سيشتري العقار .

تحصيل مبلغ التأمين النهائي من المشتري، والاتفاق معه على مهلة زمنية يقوم خلالها بسداد المبلغ المستحق للعقار كاملاً أو جزء منه، وفي حال الإخلال بطريقة وشروط الدفع المتفق عليها ضمن كراسة الشروط يحق للهيئة فسخ العقد وإقامة مزاد جديد دون الحاجة لحكم قضائي بذلك، تسليم العقار للمشتري بعد سداد المبلغ كاملاً في مدة يتم الاتفاق عليها مسبقاً، وفي حال تخلفه عن الاستلام قبل انتهاء المدة تقوم الجهة المسؤولة بإضافة رسوم شحن وتسليم إضافية يلزم بها المدين المفلس^{٢٩}.

المطلب الثاني: أثر انقضاء الإفلاس بالمقايضة لأطراف عقد المقايضة:

لكي ينقضي الإفلاس بصورة صحيحة لا بد من قيام المدين المفلس بمجموعه من الاجراءات جميع تلك الاجراءات ضرورية لحصول الدائن على حقه وفي حال عدم اتباعها يحق للدائن اتباع كافة الطرق القانونية لاستحصال حقه، لذا سنتطرق الى هذا الاجراءات بشكل اكثر تفصيلا وكما يلي :

١- التزام المدين المفلس بتسليم الشيء محل المقايضة

ان اول التزام يقع على عاتق المدين المفلس هو التزامه بتسليم الشيء محل المقايضة سواء كان المحل يقع على عقار او على عين، وعقد المقايضة كعقد البيع يستلزم جملة من الشروط لايقاعه صحيحا من هذه الشروط تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري اذا كان محل المقايضة يقع على عقار ، والالتزام بنقل الملكية العين اذا كان محل المقايضة يقع على عين، وضمانا لحق الدائن نرى ان هذا الالتزام لا يقع عاتق المدين المفلس فقط بل يقع على ورثته اذا توفي^{٣٠}، هذا من جانب ومن جانب اخر يجب ان يقوم بتسليم الشيء محل المقايضة بالحالة التي كان عليها و تسليم كل ما يعتبر من ملحقاته وكل ما يجري به العرف انه من توابع المتبادل ولو لم يذكر في عقد المقايضة.

وفي حال حدوث تغيير في المحل يحق للدائن رفض عملية التبادل او ان يأخذ مقابلا يتناسب مع الاموال الموجودة لدى المدين المفلس^{٣١}.

اما عن مكان التسليم محل المقايضة اعطى المشرع للمتعاقدين سلطة تقديرية في اختيار المكان الذي يتم التسليم فيه حيث قضى ان يقوم المدين المفلس بالتسليم في محل وجود الشيء المتقايض في مكان وجوده وقت التعاقد، وفي حال عدم اتقاؤهم فيكون التسليم في المكان المتفق عليه بينهما وفي حال عدم اتقاؤهم يقوم المدين المفلس بتسليمه للمشتري في محل اقامته، واخيرا اتباع ما جرى عليه العرف في التسليم، على سبيل المثال اتفاق الشركات التجارية مع المزارعين على تسليم الشيء محل المقايضة الى المخازن وليس في اماكن الانتاج، حيث يترتب على عدم قيام المدين المفلس بهذا الالتزام رفض الدائن للمقايضة واستحصال حقه نقدا.

٢- التزام المدين المفلس بضمان هلاك محل المقايضة وتلفه قبل تسليمه

من المعلوم ان هناك ظروف طارئة تلحق بالشخص سواء كان الطرف يتعلق به او بماله او بأفراد عائلته حيث يصعب على الفرد تلافيه الا ببذل عناية ، في الكثير من الاحيان تحدث ظروف غير عادية تؤدي الى هلاك الشيء محل المقايضة قبل ان يقوم المدين المفلس بتسليمه الى الدائن لاسباب خارجه عن ارادتهما ، هذا الهلاك تارة يكون كليا واخرى يكون جزئيا، هذا الالتزام على الرغم من اهميته لكن نرى انه يضر بمصلحة الطرفين معا اي المدين المفلس والدائن، لان المدين هو في الاصل مفلسا وان هلاك الشيء محل المقايضة لطرف لا يد له فيه يمكن ان يؤدي الى اتباع اجراءات قانونية اخرى بحقه، لذا يجب البحث عن سبب الهلاك، اذا كان الهلاك بفعل شخص اخر كان للدائن الرجوع على الشخص الذي اتلفه بقيمة الشيء محل المقايضة على ان يتسلم الشخص المتلف الشيء محل المقايضة من المدين المفلس بقيمته قبل اتلافه، اذا تلف الشيء محل المقايضة بيد الدائن فيعتبر ان دينه قد انقضى وبالتالي لم يصبح دائنا للمدين المفلس^{٣٢}.

يرى الباحث ان هذا الالتزام واجب على المدين المفلس لان غرض الدائن من المقايضة هو الحصول على دينه وان هلاك الشيء محل المقايضة يجرمه من الحصول على ماله وبالتالي يبقى المدين المفلس مشغول الذمة.

٣- التزام المدين المفلس بضمان العيوب الخفية للشيء محل المقايضة
ان مقايضة الافلاس استثناءً من الاصل، لان العرف جرى على استعمال النقود في التعاملات التجارية ، لذا يجب ان يكون الشيء محل المقايضة سالما وخاليا من اي عيب يمكن ان يلحق به ، وللتخفيف من عائق المدين المفلس جرى العرف على مسامحة المدين المفلس عن العيوب الطفيفة التي لا تؤثر على قيمة المال المتقايض والتي لا تؤثر على ارادة الدائن.

لكن في بعض الاحيان قد تكون تلك العيوب تؤثر على قيمة المتقايض ولا تسد الدين الذي بذمه المدين المفلس، للدائن الحق اما رد المتقايض الى المدين المفلس او قبوله بالحالة التي كان عليها مع المطالبة بما تبقى في ذمه المدين المفلس^{٣٣}، لكن هذه الالتزام لكي يقع يفترض توافر مجموعة من الشروط منها ، ان يكون البيع خفيا.

والمقصود بالخفي هنا وهو العيب الذي لا يعرف بمشاهدة ظاهرة للشيء محل المقايضة، ولا يستطيع للشخص العادي ان يتبينه او يتعرف عليه ، فلا يكتشفه الا شخص له خبرة في هذا المجال ولا يظهر هذا العيب الا بعد التجربة^{٣٤}.

ان لقاء اللوم على المدين المفلس يمكن ان يؤدي الى الاضرار به ، ومن اجل المحافظة على حقوقه من استغلال الغير له هناك حالات اعفى منها القانون المدين المفلس من الضمان وتتمثل تلك الحالات في اذا بين المدين المفلس للدائن ان العيب موجودا وقت التعاقد وكان الدائن عالما بوجوده عند اتفاق المدين المفلس معه، وكذلك يعفى من الضمان اذا رضي المدين بالعيب القديم بعد اطلاعه عليه او بعد علمه به من اخر غير المدين المفلس، اذا اشترط المدين المفلس على الدائن عدم مسؤوليته عن كل عيب

يظهر في الشيء محل المقايضة^{٣٥}. واخيرا اذا تم بيع ما للمدين المفلس من عين او عقار في المزايدة العلنية او من قبل السلطات القضائية^{٣٦}.

في هذا الفرض يرى الباحث لضمان حق الدائن يتوجب عليه ان يقوم بجملة من الاجراءات منها فحص الشيء محل العقد سواء قام بالفحص بنفسه او بواسطة شخص اخر خبيرا في المجال الذي ينتمي اليه الشيء محل المقايضة، لان الدائن في الكثير من الاحيان يتصرف مباشرة بالعين المتقايض عليها في سبيل الحصول على المال للاستمرار في تجارته وان ترك فحصها بشكل دقيق يمكن ان يحمله مصاريف تضره من جهة وبتجارته من جهة اخرى.

٤- التزام المدين المفلس بضمان استحقاق المبيع

لكي يستفاد الدائن من عملية المقايضة اشترط القانون على المدين المفلس ان يضمن استحقاق المبيع، يقصد باستحقاق المبيع ظهور الحق في المبيع لغير المدين المفلس، او بمعنى اخر ثبوت ملكية الشيء محل المقايضة لغير المدين المفلس بعد انقضاء عقد المقايضة، فيصبح المالك الاصلي للشيء محل المقايضة هو المستحق له بموجب احكام القانون وليس بائه.

ويترتب على صدور الحكم بالاستحقاق رجوع الدائن على المدين بالدين الاصلي لا بمبلغ الشيء محل المقايضة المستحق، او رجوع الدائن على المشتري الجديد وبقوم بشرائه على ان يرجع المشتري على المدين بالإفلاس بالثمن، وبذلك يصبح المشتري هو دائن للمدين المفلس.

اما اذا استلم الدائن الشيء محل المقايضة من المدين المفلس وقام بإدخال بعض التحسينات عليه على سبيل المثال كان الشيء محل المقايضة ارضا زراعية وقام الدائن بأنشاء بعض التحسينات عليها، كبناء دار وبناء مأوى للماشية وشق نهر وقام بغرس الاشجار ثم تبين بعد ذلك ان الارض الزراعية مستحقة لشخص الاخر، ما الاجراء القانوني في هذا الفرض؟

للدائن الحق في المطالبة بقيمة التحسينات التي اجراها على الارض الزراعية او ان يطلب شراء الارض الزراعية من قبل المستحق الاصلي، او ان يرجع على المدين المفلس بقيمة ما انفقه على الارض الزراعية، بالإضافة الى كون القانون اعطى الحق في المطالبة بقيمة المنشآت والمزروعات التي يقيمها شخص على ارض مملوكة للغير، وللأخير الحق في دفع ما يقابلها من ثمن او ان يقوم بإزالتها مع اعطاء ثمنها للدائن والاحتفاظ بها.

٥- التزام المدين المفلس بدفع نفقات الشيء محل المقايضة

الالتزام الاخير الذي يقع على عاتق المدين هو التزامه بتحمل نفقات الشيء محل المقايضة، قد يصاحب انعقاد عقد المقايضة دفع نفقات على سبيل المثال تسجيل العقار في دائرة التسجيل العقاري يتطلب العديد من النفقات مثل دفع نفقات الضريبة التي تقع عليه او دفع رسم او دفع اتعاب محاماة، جميع هذه النفقات يحكمها الاتفاق، قد يتفق الدائن والمدين المفلس على تحملها مناصفة بينهما رغبة من الدائن في التخفيف من عاتق المدين المفلس او قد يتفق معه على تحمل النفقات بمفرده^{٣٧}.

ففي عقد المقايضة الاصل هو تحمل المدين المفلس نفقات تسليم الشيء محل المقايضة ، لكن ذلك لا يمنع ان يتم الاتفاق على تحملها مناصفة بينهم (المدين المفلس والدائن)^{٣٨}.

النتائج:

١- يعرف الإفلاس على انه نظاما يسري على الشخص التاجر الذي يمسك سجلا تجاريا وامتنع عن اداء ديونه المستحقة الوفاء في مواعيد استحقاقها والذي صدر بحقه حكم بالإفلاس بموجب الحكم يستطيع كل شخص الحصول على حقه من خلال مراجعة المحاكم المختصة.

٢- تعرف المقايضة على انها هي عملية تداول للسلع والخدمات بين طرفين او اكثر دون استخدام النقود - وسيلة نقدية - وبمعنى اخر.

٣- عدم ايراد المشرع العراقي نصوص تنظم عقد المقايضة مما اقتضى بنا الرجوع الى النصوص القانونية الخاصة بعقد البيع، وقد رأينا ان هناك اختلاف كبير بين العقدين ففي عقد البيع يعتبر الثمن اساس المحل اما في المقايضة لا يجد الثمن محل فيها.

٤- من اجل بيع ما يتواجد لدى المدين المفلس من موجودات في المزاد العلني وحصول الدائنين على حقوقهم لا بد من دخولهم كمزايدين لكن نرى ان دخولهم ليس على ثمن الشئ محل المزاد بل على ما يقابل حقهم.

٥- انقضاء الافلاس بالمقايضة يحقق مصلحة الدائن والمدين بالإفلاس معا، بالنسبة للدائن يمكنه من الحصول على حقه من خلال مقايضة دينه بعقار او منقول، ويحقق مصلحة المدين المفلس في التخفيف من ديونه بأقل خسارة ممكنة.

التوصيات:

١- نوصي المشرع العراق بتنظيم عقد المقايضة بشكل أكثر تفصيلا وعدم الاعتماد على النصوص القانونية الخاصة بعقد البيع كون المحل في عقد البيع يختلف عن المحل في عقد المقايضة.

٢- نقترح على المشرع العراقي ان يعطي الافضلية والاولوية لدائني المدين المفلس عند دخولهم كمزايدين في المزادات العلنية التي تجرى من قبل السلطات المختصة.

٣- نوصي المشرع أن يعطي لأمين التفليسة سلطة بيع الموجودات السريعة التلف او التي تتطلب نفقات باهضة مباشر دون الرجوع الى قاضي التفليسة كون اتباع الاجراءات القانونية كتقديم طلب والاستماع الى اقوال المدين المفلس يمكن ان يؤدي الى اتلاف المواد وافسادها وبالتالي ضياع منفعتها على كل من المدين المفلس والدائن.

الهوامش:

- ١- المنان محمد احمد، قوانين العمل المصرفي والتجاري في السودان، دار جامعة افريقيا، الخرطوم ، ط ١، ٢٠٠٥، ص ٢٩٤.
- ٢- عبد الرحمن السيد فرمان، الوسيط في قانون التجارة الجديد - الافلاس والصلح الواقي منه-، دار النهضة العربية، ط١، بدون سنة نشر، ص ٦.
- ٣- حسين النوري، نظام الافلاس، جامعة عين شمس، القاهرة، بلا سنه طبع، ص ٢.
- ٤- مصطفى كمال طه ومحمد مراد منير، الاوراق التجارية والافلاس، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، ١٩٨٤، ص ٢٧٧.
- ٥- مختار الصحاح، طبعه دار المعارف، ١٩٨٣، ص ٥١٠.
- ٦- المادة (٥٦٦) من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة (١٩٧٠).
- ٧- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة (١٩٩٩).
- ٨- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة (١٩٥١).
- ٩- الغريب ابراهيم محمد الرفاعي، دفع الضرر العام بأثبات الضرر الخاص، دار الكتب القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١١، ص ٤٢٧.
- ١٠- انور سلطان، العقود المسماة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٠، ص ٣٨١.
- ١١- جمال الدين العطيفي، التقنين المدني المصري ، ج٣، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، ١٩٤٩، ص ١١٢.
- ١٢- ميراندا زغلول رزق، نقود ومصارف، جامعة بنها ، ٢٠٠٩ ، ص٦.
- ١٣- رمضان محمد ابو السعود، شرح احكام القانون المدني، القسم الاول، منشورات الحلبي، ط١، ٢٠١٠، ص ٢٥٢.
- ١٤- سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩، ص ٢٥٢.
- ١٥- وليم قلادة، التعبير عن الارادة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة، ١٩٥٥، ص ١٨٠.
- ١٦- سعيد سعد عبد السلام، مصدر سابق، ص ٢٥٤.
- ١٧- سليمان مرقس، شرح القانون المدني، عالم الكتب، ط٤، ١٩٨٠، ص ١٤٦.

- ١٨- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط٤ ، ٢٠٠٥ ، صفحة ٤٥ الى الصفحة ٦٠.
- ١٩- دسي يوسف زهية حورية ، الوجيز في عقد البيع ، طبعة ٢٠٠٨ ، دار الأمل للطباعة و النشر و التوزيع ، تيزي وزو الجزائر ، صفحة ٧٧-٧٨
- ٢٠- محمد حسنين، مصدر سابق، ص ٥٨.
- ٢١- عبد الرحمن السيد قرمان، الوسيط في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة، ٣٢٣.
- ٢٢- محمد سمير الشراوي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤، ص ١٤٢.
- ٢٣- عبد الرحمن السيد قرمان، مصدر سابق، ص ٣٣٢.
- ٢٤- عبد الرحمن السيد قرمان، المصدر السابق، ص ٣٣٣.
- ٢٥- هند فالح محمود العلاف، بيع العقار بالمزايدة العلنية، رسالة ماجستير، كلية القانون جامعة الموصل، ٢٠٠١، ص ٨.
- ٢٦- محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف، بغداد، ١٩٨١، ص ٦٩.
- ٢٧- شكر محمود داود، المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني، بحث منشور في مجلة الرافيدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، لسنة ٢٠١٦، ص ١٤٨.
- ٢٨- حسن علي ذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، جامعة الدول العربية، ١٩٥٦، ص ٦.
- ٢٩- عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، ١٩٦٠، ص ٥٠٥.
- ٣٠- خليفة الخروبي، العقود المسماة، مجمع الاطرش للكتاب، تونس، ٢٠١٣، ص ١٩٤.
- ٣١- مصطفى النايل المنزول، العقود المسماة، جامعة افريقيا العالمية لجنة البحث العلمي والنشر، ط١، الخرطوم، ٢٠٠٩، ص ٢٨.
- ٣٢- سليمان مرقس، مصدر سابق، ص ٣٦٣.
- ٣٣- انور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣، ص ٢٥٢.
- ٣٤- محمد لبيب ، دروس في نظرية الالتزام، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٢١٩.
- ٣٥- عبد الخالق حسن احمد، عقد البيع ، ج٣، ٢٠٠٨، ص ٢٠٨.

- ٣٦- عبد الحميد عثمان، العقود المسماة، عقد البيع، ص ٢٠٧.
- ٣٧- سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، عقدي البيع والايجار، ١٩٧٤، ص ١٦٣.
- ٣٨- منصور مصطفى منصور، البيع والمقايضة، ١٩٥٧، ص ٢٣٣.

المصادر والمراجع:

اولا : كتب اللغة:

مختار الصحاح، طبعة دار المعارف، ١٩٨٣.

ثانيا : الكتب القانونية:

١. الغريب ابراهيم محمد الرفاعي، دفع الضرر العام بأثبات الضرر الخاص، دار الكتب القانونية، ط١، القاهرة، ٢٠١١.
٢. الواثق عطا المنان محمد احمد، قوانين العمل المصرفي والتجاري في السودان، دار جامعة افريقيا، الخرطوم ، ط ١، ٢٠٠٥.
٣. انور سلطان، العقود المسماة، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٠.
٤. انور سلطان، شرح عقدي البيع والمقايضة، دراسة مقارنة في القانونين المصري واللبناني، دار النهضة العربية، بيروت، ١٩٨٣.
٥. جمال الدين العطيبي، التقنين المدني المصري ، ج٣، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة ، ١٩٤٩.
٦. حسن علي ذنون، محاضرات في القانون المدني العراقي، نظرية العقد، جامعة الدول العربية، ١٩٥٨.
٧. حسين النوري، نظام الافلاس، جامعة عين شمس، القاهرة، بلا سنه طبع.
٨. خليفة الخروبي، العقود المسماة، مجمع الاطرش للكتاب، تونس، ٢٠١٣.
٩. دسي يوسف زهية حورية، الوجيز في عقد البيع ، طبعة ٢٠٠٨ ، دار الأمل للطباعة و النشر ، تيزي وزو الجزائر.
١٠. رمضان محمد ابو السعود، شرح احكام القانون المدني، القسم الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، ط١، ٢٠١٠.
١١. سعدون العامري، الوجيز في العقود المسماة، عقدي البيع والايجار، ١٩٧٤.
١٢. سعيد سعد عبد السلام، الوجيز في العقود المدنية المسماة، دار النهضة العربية، ١٩٩٩.
١٣. سليمان مرقس، شرح القانون المدني، عالم الكتب، ط٤، ١٩٨٠.
١٤. عبد الحميد عثمان، العقود المسماة، عقد البيع، ٢٠٠٨.

١٥. عبد الخالق حسن احمد، عقد البيع ، ج٣، ٢٠٠٨.
 ١٦. عبد الخالق حسن احمد، عقد البيع، الوجيز في شرح قانون المعاملات المدنية، ج٣، دبي، ٢٠٠٨.
 ١٧. عبد الرحمن السيد فرمان، الوسيط في قانون التجارة الجديد - الافلاس والصلح الواقي منه-، دار النهضة العربية، ط١، بدون سنة نشر.
 ١٨. عبد الرحمن السيد قرمان، الوسيط في قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، القاهرة.
 ١٩. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الرابع، البيع والمقايضة، ١٩٦٠.
 ٢٠. محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط٤ ، ٢٠٠٥.
 ٢١. محمد سمير الشرقاوي، القانون التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٤.
 ٢٢. محمد شريف احمد، نظرية تفسير النصوص المدنية، مطبعة وزارة الاوقاف، بغداد، ١٩٨١.
 ٢٣. محمد لبيب ، دروس في نظرية الالتزام، القاهرة، ١٩٩٢.
 ٢٤. مصطفى النايل المنزول، العقود المسماة، جامعة افريقيا العالمية لجنة البحث العلمي والنشر، ط١، الخرطوم، ٢٠٠٩.
 ٢٥. مصطفى كمال طه ومحمد مراد منير، الاوراق التجارية والافلاس، الدار الجامعية للطباعة، بيروت ، ١٩٨٤.
 ٢٦. منصور مصطفى منصور، البيع والمقايضة، ١٩٥٧.
 ٢٧. ميراندا زغلول رزق، نقود ومصارف، جامعة بنها ، ٢٠٠٩ .
- ثالثا : الرسائل والاطاريح:
١. هند فالح محمود العلاف، بيع العقار بالمزيدة العلنية، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون، جامعة الموصل، ٢٠٠١.
 ٢. وليم قلادة، التعبير عن الارادة، اطروحة دكتوراه مقدمة الى جامعة القاهرة، ١٩٥٥.
- رابعا : البحوث والدوريات:
- شكر محمود داود، المركز القانوني لمشتري العقار بالمزاد العلني، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (١٣)، العدد (٤٩)، لسنة ٢٠١٦.