



جُمهُورِيَّةُ الْعِرَاق
وَزَارَةُ التَّعْلِيمِ الْعَالِيِّ وَالْبَحْثِ الْعِلْمِيِّ
جَامِعَةُ الْقَادِسِيَّةِ
كُلِّيَّةُ الْقَانُونِ

دور العقد في منح الدائن العادي مركزاً متميزاً على بقية الدائنين العاديين (دراسة مقارنة)

رِسَالَةٌ تَقَدَّمَتْ بِهَا الطَّالِبَةُ

ابتهال حاكم جاسم

إِلَى مَجْلِسِ كُلِّيَّةِ الْقَانُونِ - جَامِعَةِ الْقَادِسِيَّةِ

وَهِيَ جُزْءٌ مِنْ مُتَطَلِّبَاتِ نَيْلِ دَرَجَةِ الْمَاجِسْتِيرِ فِي الْقَانُونِ الْخَاصِ

إِشْرَافِ

أ. د. عبد المهدي كاظم ناصر

أَسْتَاذُ الْقَانُونِ الْمَدْنِيِّ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُم بَيْنَكُم بِالْبَاطِلِ
إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِّنْكُمْ وَلَا تَقْتُلُوا أَنْفُسَكُمْ إِنَّ
اللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا ﴾

صَدَقَ اللَّهُ الْعَلِيُّ الْعَظِيمُ

الإهداء

إلى روحِ صديقتي الغالية
آسيا عمران ...

التي كانت رفيقة الحلم، فحال القدر دون مشهد اكتماله
أهدي هذا العمل إلى روحها الطاهرة؛ وفاءً لذكرها، وامتناناً
لمواقفها الصادقة، ودعواتها التي لازمت مسيرتي.
رحمها الله رحمةً واسعة، وأسكنها فسيح جناته.



الشكر والعرفان

(رَبِّ أَوْزِعْنِي أَنْ أَشْكُرَ نِعْمَتَكَ الَّتِي أَنْعَمْتَ عَلَيَّ)

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، وبفضله تُستكمل المقاصد والغايات، والصلاة والسلام على سيدنا محمد، خير معلم وهايد إلى سبيل الرشاد.
وبعد...

فإن من تمام الوفاء، ومن جميل الخلق، أن يُقرَّ المرء بفضل من كان له أثر في مسيرته العلمية، وإن الكلمات لتقف عاجزة عن أداء حق أصحاب الفضل، غير أن الشكر يبقى أصدق ما يقدمه الإنسان اعترافاً بالجميل.

وأول من أتوجه إليه بالشكر والعرفان أستاذي المشرف الدكتور (عبد المهدي كاظم)، الذي أحاطني بعنايته العلمية، وأفاض عليّ من علمه وخبرته، فلم يبخل عليّ بتوجيهه، ولا تواني عن تقويم أو إرشاد، فكان خير معين لي في إعداد هذه الرسالة، وكان لتوجيهاته السديدة وآرائه الرصينة الأثر الواضح في إنضاج هذا البحث وإخراجه على هذه الصورة، فله مني خالص الامتنان، وجزيل الدعاء.
كما أقدم بوافر الشكر والتقدير إلى عمادة كلية القانون، ورئاسة قسم القانون، وإلى أساتذتي الكرام الذين تتلمذت على أيديهم، واستفدت من علومهم، فكانوا خير قدوة في طاب العلم، وترسيخ منهج البحث القانوني الرصين.

ولا يفوتني أن أعبر عن امتناني إلى القائمين على المكتبات التي استعنت بمصادرهما، لما أبدوه من تعاون وتسهيلات كان لها بالغ الأثر في إنجاز هذه الرسالة.

ويظل الفضل الأكبر - بعد الله سبحانه وتعالى - لأسرتي الكريمة، التي كانت السند في كل مرحلة، فإلى والديّ العزيزين، اللذين أحاطاني بدعائهما، وصبرهما، ودعمهما المتواصل، وإلى إخوتي وأخواتي، أهدي خالص شكري وامتناني، سائلاً الله تعالى أن يجزيهم عني خير الجزاء.

كما يطيب لي أن أخص صديقتي (تبارك ناصر عزوز، رقية كريم عمران، ريام ناظم جاسم، منى صلاح حسين، منار سلمان كاظم) بوافر الشكر والتقدير، عرفاناً بما أبدينه من إخلاص في المساندة، وصدق في التشجيع، ونبل في المواقف، إذ كنَّ خير رفيق في رحلة لم تخل من التحديات، فكان لحضورهن ودعمهن أثر طيب في تخفيف عناء الطريق فجزاهن الله عني خير الجزاء، وأدام بيننا أواصر المودة والوفاء.

وختاماً، أتوجه بالشكر الجزيل إلى كل من أسهم، بقليلٍ أو كثير، في إنجاز هذا العمل، سواء بمشورةٍ نافعة، أو كلمةٍ مشجعة، أو موقفٍ صادق، أو عونٍ كريم، فلهم جميعاً خالص الدعاء، وعظيم الامتنان، سائلاً الله تعالى أن يجعل ما قدموه في موازين حسناتهم، وأن يجزيهم عني خير الجزاء..
والحمد لله رب العالمين.



الباحثة

الملخص

تقوم القاعدة العامة في القانون المدني على مبدأ المساواة بين الدائنين العاديين، إذ يخضعون جميعاً للضمان العام على أموال المدين دون تمييز، غير أن العقد قد يُنشئ لأحد الدائنين مركزاً قانونياً متميزاً يمنحه أفضلية نسبية في استيفاء حقه، تتمثل المسألة القانونية في تحديد الطبيعة القانونية لهذا المركز، وما إذا كان يرقى إلى حق عيني تبعي أو امتياز قانوني، أم يبقى وضعاً تعاقدياً شخصياً نسبياً، كما تتمثل في بيان الأساس القانوني لمشروعيته في ضوء مبدأ سلطان الإرادة ومبدأ المساواة، ومدى تعارضه مع النظام العام وقواعد حماية الدائنين.

ويظهر التعارض بين منطق العقد القائم على سلطان الإرادة ومنطق الضمان العام القائم على المساواة. ويتطلب ذلك كشف الآليات العقدية التي تتيح تحقيق هذا التمييز، كالنيابة الناقصة، وحوالة الحق على سبيل الضمان، والضمانات المستقلة، وخطابات النوايا، وتوظيف الملكية ضماناً من خلال شرط الاحتفاظ بالملكية، والإيجار التمويلي، والوفاء الجزئي مع الحلول، والتصرف الائتماني، ويكشف البحث عن التوازن بين حرية التعاقد وحماية حقوق الدائنين. ويبين أن هذا المركز لا يعد حقاً عينياً ولا امتيازاً قانونياً، بل مركز تعاقدى شخصي نسبي يستمد قوته من الإرادة المشتركة، كما يبين أن مشروعيته تتوقف على عدم الإخلال بمبدأ المساواة وعدم مخالفة النظام العام، وينتهي إلى أن هذا المركز يمثل تحولاً في مفهوم الضمان من منطق جامد قائم على الحقوق العينية التقليدية إلى منطق مرن ووظيفي يستجيب لمتطلبات المعاملات المالية والائتمانية الحديثة.

رقم الصفحة	الموضوع
5-1	المقدمة
54-6	الفصل الأول الإطار المفاهيمي للمركز العقدي المتميز للدائن العادي
35-8	المبحث الأول: ماهية المركز العقدي المتميز للدائن العادي
21-8	المطلب الأول: التعريف بالمركز العقدي المتميز للدائن العادي
16-9	الفرع الأول: تعريف المركز العقدي المتميز
22-16	الفرع الثاني: خصائص المركز العقدي المتميز للدائن العادي
35-22	المطلب الثاني: شروط المركز العقدي المتميز وتمييزه عما يشته به
30-22	الفرع الأول: الشروط اللازمة لإنشاء المركز العقدي المتميز
36-30	الفرع الثاني: تمييز المركز العقدي المتميز عما يشته به
54-36	المبحث الثاني: التأسيس القانوني للمركز العقدي المتميز للدائن العادي
44-37	المطلب الأول: مشروعية المركز العقدي المتميز للدائن العادي
41 - 37	الفرع الأول: الاتفاق كتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة
45 - 41	الفرع الثاني: الاتفاق في ضوء النظام العام وحماية الدائنين
54-45	المطلب الثاني: طبيعة المركز العقدي المتميز للدائن العادي
49 - 45	الفرع الأول: طبيعة المركز العقدي في النصوص التشريعية
55 - 49	الفرع الثاني: موقف الفقه من تحديد طبيعة المركز العقدي المتميز للدائن العادي
108-56	الفصل الثاني آليات المركز العقدي المتميز للدائن العادي
87-58	المبحث الأول : الوسائل التقليدية والحديثة لتحقيق المركز العقدي المتميز
71-59	المطلب الأول: الوسائل التقليدية لتعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي
66-59	الفرع الأول: الانابة الناقصة

72-66	الفرع الثاني: حوالة الحق على سبيل الضمان
87-72	المطلب الثاني: الوسائل الحديثة لتدعيم المركز العقدي المتميز
81-73	الفرع الأول: الضمانات المستقلة (خطاب الضمان)
89-81	الفرع الثاني: خطاب النوايا ودوره في تدعيم المركز العقدي للدائن
108-89	المبحث الثاني: توظيف الملكية كوسيلة لضمان المركز العقدي المتميز للدائن العادي
98-89	المطلب الأول: توظيف فكرة الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان
95 -90	الفرع الأول: شرط الاحتفاظ بالملكية
100-95	الفرع الثاني: الإيجار التمويلي
108-100	المطلب الثاني: نقل الملكية على سبيل الضمان
105-101	الفرع الأول: الوفاء الجزئي مع الحلول
110-106	الفرع الثاني: التصرف الائتماني
114-111	الخاتمة
113-111	أولاً : النتائج
114-113	ثانياً : المقترحات
130 -115	المصادر
A	Abstract

المقدمة

المقدمة

الحمد لله الذي مكننا من هذا الجهد العلمي، ويسر لنا سبل البحث والمعرفة، واعاننا على إنجاز متطلباته، والصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله المنتجبين، اما بعد فتتكون المقدمة من الفقرات الآتية:

أولاً: جوهر فكرة الدراسة

يُعدّ الائتمان من الدعائم الأساسية التي يرتكز عليها البناء القانوني والاقتصادي في المجتمعات المعاصرة، إذ يقوم على فكرة الثقة التي يمنحها الدائن للمدين في تنفيذ التزاماته في المستقبل، الأمر الذي يجعل من مسألة حماية الدائن وضمان استيفاء حقه من القضايا الجوهرية في نطاق القانون المدني، ولما كان الأصل أن الدائن العادي لا يتمتع بأي تأمين خاص أو امتياز يقدّمه على غيره من الدائنين، وإنما يخضع لمبدأ المساواة بينهم، فإن ذلك قد يجعله في مركز قانوني ضعيف نسبياً، خاصة في مواجهة مخاطر إعسار المدين أو مزاحمة باقي الدائنين.

ومنح وسائل قانونية تمكّن الدائن من تقوية مركزه داخل الرابطة العقدية، دون الخروج عن الإطار العام للقواعد التقليدية للالتزامات من شأنه ان يبرز مفهوم "المركز العقدي المتميز للدائن العادي" بوصفه تعبيراً عن حالة قانونية يتمكن فيها الدائن، استناداً إلى اتفاق أو تنظيم تعاقدى معين، من تحقيق نوع من التميز في مركزه، يقربه في آثاره من مراكز الدائنين المتمتعين بضمانات خاصة، دون أن يكتسب صفة الدائن الممتاز بالمعنى الفني الدقيق.

إذ تجلّت فكرة المركز العقدي المتميز للدائن العادي في عدد من النماذج التعاقدية الحديثة التي تهدف إلى توفير حماية فعالة للدائن، ومن أبرزها شرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، والإيجار الائتماني، فضلاً عن بعض الآليات الأخرى كحالات الوفاء الجزئي مع الحلول والتصرفات الائتمانية، التي تشترك جميعها في كونها تسعى إلى تدعيم مركز الدائن ومنحه قدراً من الأفضلية العملية في استيفاء حقه .

ثانياً: أهمية الدراسة

تتبع أهمية هذه الدراسة من تناولها لموضوع جاء كحلول لإشكاليات قانونية قديمة في نطاق القانون المدني، يتمثل في "المركز العقدي المتميز للدائن العادي"، وتنقسم أهمية هذا الموضوع إلى أهمية عملية تتجسد في البحث عن آليات قانونية أكثر فعالية لحماية حقوق الدائنين، وهذا لأن القواعد العامة القائمة على مبدأ المساواة بين الدائنين لم تعد كافية في ظل تزايد المخاطر التي تهدد حقوقهم.

كما أن تعزيز مركز الدائن بوسائل قانونية مرنة يواكب تطورات المعاملات المدنية والائتمانية، وينعكس إيجاباً على دقة التطبيق القانوني واستقرار التعاملات، بما يحدّ من اللبس الفقهي ويعزز من دقة التطبيق القانوني.

والى جانب ذلك، يطرح موضوع المركز العقدي المتميز مسألة الأساس القانوني الذي يستند إليه، إذ يتعين بحث مدى مشروعيته في ضوء مبدأ سلطان الإرادة، الذي يتيح للأطراف تنظيم علاقاتهم التعاقدية بما يحقق مصالحهم، وكذلك في إطار القيود التي يفرضها النظام العام، خاصة تلك المتعلقة بحماية باقي الدائنين ومنع الإضرار بهم.

وكذلك **الأهمية النظرية** التي تتمثل في افادة الباحثين بتحليل موضوع ، وهو "المركز العقدي المتميز للدائن العادي"، ممّا يسهم في إعادة النظر في المركز التقليدي للدائن. كما تبرز هذه الأهمية في توضيح الحدود الفاصلة بين هذا المركز وغيره من الأنظمة المشابهة، كالتأمينات العينية وبعض صور الضمان غير التقليدية، مما يحد من اللبس الفقهي ويضبط المفاهيم القانونية.

وإن دراسة ضوابط المركز العقدي المتميز للدائن العادي تكتسب أهمية خاصة، لما تتطوي عليه من محاولة لإعادة التوازن داخل العلاقة العقدية، من خلال إيجاد حلول قانونية مرنة تواكب التطورات الاقتصادية، دون الإخلال بالأسس العامة التي يقوم عليها نظام الالتزامات. كما تمثل هذه الدراسة إسهاماً في توضيح هذا المفهوم وتحديد معالمه، سواء من حيث بنيته النظرية أو تطبيقاته العملية، في ضوء ما استقر عليه الفقه وما أخذت به بعض التشريعات من اتجاهات حديثة في هذا المجال، يُبرز موقف القضاء أهمية المركز العقدي المتميز للدائن العادي، إذ يكيّف النماذج المستحدثة ويضبط حدودها، موازناً بين حماية الدائن ومبدأ المساواة. ودراسة ضوابطه تحاول إعادة التوازن في العلاقة العقدية بحلول مرنة تواكب الاقتصاد، دون الإخلال بأسس الالتزامات، وتوضح بنيته النظرية وتطبيقاته العملية، في ضوء ما استقر عليه الفقه والتشريعات الحديثة.

ثالثاً: إشكالية الدراسة

تتمحور إشكالية هذا البحث حول مدى إمكانية إقرار مركز عقدي متميز للدائن العادي في إطار العلاقات التعاقدية، على الرغم من خضوعه من حيث الأصل لمبدأ المساواة بين الدائنين بوصفه أحد المبادئ الأساسية التي تحكم الضمان العام. فإذا كان المشرع يملك سلطة تقرير الأفضلية أو الامتياز لبعض الدائنين بنصوص قانونية صريحة تبرر خروجهم على هذا المبدأ، فإن الإشكال يثور بشأن

مدى جواز أن تنشئ الإرادة التعاقدية ذاتها مركزاً خاصاً يمنح أحد الدائنين حماية أو مزية عملية تجعله في وضع أفضل من غيره من الدائنين العاديين.

وتزداد أهمية هذه الإشكالية في التعمق الذي شهدته المعاملات المدنية والتجارية، وما أفرزته من آليات تعاقدية متنوعة تسعى إلى تعزيز مركز الدائن دون اللجوء إلى التأمينات العينية التقليدية أو الامتيازات المقررة قانوناً، ومن ثم يثور التساؤل حول الأساس القانوني الذي يسمح للإرادة بإنشاء مثل هذا المركز، ومدى انسجامه ومبدأ المساواة بين الدائنين، وحدود مشروعيتها في ضوء القواعد الآمرة والنظام العام، فضلاً عن بيان الآثار القانونية المترتبة عليه ومدى فعاليتها في تحقيق الحماية المنشودة للدائن.

رابعاً: اسئلة الدراسة

تتمثل اسئلة الدراسة بتساؤل رئيس يتفرع منه عدة اسئلة والتساؤل الرئيس هو: إلى أي مدى يمكن إقرار مركز عقدي متميز للدائن العادي في ضوء أحكام القانون المدني في التشريعات المقارنة دون الإخلال بالقواعد العامة للالتزامات ومبدأ المساواة بين الدائنين؟ اما الأسئلة الفرعية فتعرض على الشكل الآتي:

1. ما المقصود بالمركز العقدي المتميز للدائن العادي؟
2. ما الأساس القانوني الذي يقوم عليه المركز العقدي المتميز للدائن العادي، وما مدى مشروعيتها في ضوء مبدأ سلطان الإرادة والنظام العام؟
3. ما وسائل تحقق المركز العقدي المتميز للدائن العادي ؟
4. إلى أي مدى تعد الملكية وسيلة قانونية لضمان وتعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي؟

خامساً: منهجية الدراسة

تعتمد هذه الدراسة على المنهج التحليلي المقارن والمنهج الاستقرائي، وذلك من خلال المسارات الآتية وهي المنهج التحليلي وذلك من خلال دراسة تطبيقات هذا المبدأ وتحليلها والوصول إلى المبادئ المشتركة بين هذه التطبيقات التي يتميز بها هذا المركز المنهج المقارن، عبر المقارنة بين الحلول التشريعية والقضائية في الأنظمة القانونية محل الدراسة، وذلك في إطار التشريع الفرنسي بالتركيز على القانون المدني لعام 1804 وتعديلاته لعامي 2006 و2016، والقانون النقدي والمالي رقم (882) لسنة 2005، مع تتبع أحدث الاتجاهات القضائية الفرنسية في هذا الصدد والتشريع المصري عبر تحليل القانون المدني رقم (131) لسنة 1948 المعدل، وقانون تنظيم نشاطي التأجير التمويلي

والتحصيل رقم (176) لسنة 2018، مع رصد تطبيقات القضاء المصري التي جسدت الحماية القانونية للمركز العقدي للدائن في هذه العقود، والقانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، كما نستعين بالمنهج الاستقرائي لعدم وجود قاعدة عامة في التشريعات يتميز بها الدائن العادي عن غيره وانما هنالك وسائل جزئية يمكن ان نلاحظ من خلالها تمييز ذلك الدائن وصولاً إلى مفهوم تمييزه عن باقي الدائنين.

سادساً: الدراسات السابقة

من خلال البحث في موضوع (دور العقد في منح الدائن العادي مركزاً متميزاً على بقية الدائنين العاديين)، 2024 .

لم نجد دراسة قانونية قد تناولته لكن هناك دراسات سابقة منها ما تخص ما تمنحه نصوص القانون كمركز متميز للدائن العادي وأخرى قد تناولت بعض تطبيقات هذا الموضوع ويمكن عرضها على النحو الآتي:

1. طه صباح خضير ، المركز القانوني المتميز للدائن العادي (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير ، كلية القانون ، جامعة القادسية ، مصر ، 2023.

تناولت هذه الدراسة الضمانات المسماة التي نظمها المشرع تنظيمًا قانونياً خاصاً والتي يمنح الدائن بموجبها مركزاً قانونياً متميزاً ، لكنها لم تتناول الضمانات الاتفاقية التي تمنح الدائن العادي مركزاً عقدياً متميزاً بالنسبة إلى غيره من الدائنين، وهو ما يمثل محوراً أساسياً في دراستنا.

2. شيماء خضير عباس، الضمانات العقدية المستقلة (دراسة مقارنة)، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2023.

انصبت عناية هذه الدراسة على الضمانات العقدية المستقلة وتطبيقاتها التي لم تحسم كذلك في هذه الدراسة، إلا أن موضوع دراستنا أوسع نطاقاً؛ إذ لا يقتصر على الضمانات المستقلة فحسب، بل يمتد إلى تطبيقات واتفاقات قانونية أخرى تمنح الدائن العادي مركزاً متميزاً أو أفضلية على غيره، وإن لم تكن تتدرج ضمن مفهوم الضمانات المستقلة بالمعنى الفني الدقيق،

3. نور رشيد فليح، المركز الممتاز للدائن العادي، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والعلوم السياسية، الجامعة العراقية، 2019.

اقتصرت هذه الدراسة على بيان مفهوم المركز الممتاز للدائن العادي ومفرداته، مع الإشارة إلى تطبيقين فقط من تطبيقات المركز العقدي، دون أن تتناول مفهوم المركز العقدي بالدراسة المستقلة أو

تبيين أساسه القانوني أو تحيط بصوره وتطبيقاته المختلفة. وتختلف دراستنا عنها في أنها تعالج مفهوم المركز العقدي للدائن العادي بصورة مستقلة، وتوصل أساسه القانوني، كما تتناول تطبيقاته المختلفة بصورة أشمل وأوسع، وبيان دورها في تحقيق المركز العقدي للدائن العادي .

سابعاً: هيكلية الدراسة

اعتمدت هذه الدراسة على تقسيم منهجي يتكون من فصلين رئيسيين؛ تناول **الفصل الأول** الإطار المفاهيمي للمركز العقدي المتميز للدائن العادي، إذ خُصص **المبحث الأول** لبيان ماهية هذا المركز. بينما عالج **المبحث الثاني** الأساس القانوني لهذا المركز، من خلال بيان مدى مشروعيته في ضوء مبدأ سلطان الإرادة وحدود النظام العام، ثم التطرق إلى طبيعته القانونية، أما في **الفصل الثاني** فقد تناول اليات المركز العقدي المتميز للدائن العادي إذ يتم عرض اهم الوسائل الضمانيه التي يتحقق فيها المركز العقدي المتميز، ويكون ذلك من خلال **مبحثين**، إذ خُصص **المبحث الأول** لدراسة الوسائل التقليدية والحديثة للمركز العقدي المتميز للدائن العادي **المبحث الثاني** خصص لدراسة توظيف الملكية كوسيلة لضمان المركز العقدي المتميز للدائن العادي .



الفصل الاول

الإطار المفاهيمي للمركز العقدي

المتميز للدائن العادي



الفصل الأول

الإطار المفاهيمي للمركز العقدي المتميز للدائن العادي

تمثل دراسة الإطار النظري للمركز العقدي المتميز للدائن العادي خطوة أساسية لفهم الآليات القانونية التي ينظم بها القانون العلاقات بين الدائنين والمدينين، بما يضمن حماية الحقوق وتحقيق التوازن بين المصالح المتنافسة، فالعلاقات التعاقدية لا تقتصر على مجرد التزامات سطحية يمكن الوفاء بها أو تجاهلها، بل تتطوي على شبكة متشابكة من الحقوق والالتزامات التي تحدد بوضوح مركز كل طرف ضمن هذا الإطار، ومن هذا المنطلق يكتسب مفهوم المركز العقدي المتميز أهميته، إذ يعكس قدرة العقد على ترتيب الحقوق بطريقة تراعي مبادئ العدالة والمساواة بين الدائنين، وفي الوقت نفسه تمنح بعضهم حماية إضافية محددة بناءً على اتفاقات صريحة بين الأطراف، من غير الانتقال إلى الحقوق العينية التقليدية كالامتياز أو الرهن.

ولا تقتصر العناية بالمركز العقدي على الناحية النظرية فحسب، بل يمتد إلى بعده العملي في تنظيم الاستحقاقات المالية وضمان استيفاء الحقوق على وفق قواعد واضحة ومرنة، تمنع النزاعات وتحمي الضمان العام لأموال المدين، كما يتيح التمتع في ضوابط هذا المركز فهماً معمقاً لتفاعل الإرادة التعاقدية مع المبادئ القانونية العامة، ويبرز دور القانون في ضبط العلاقة بين الحماية الخاصة للدائنين والنظام العام المالي، وبذلك يصبح المركز العقدي المتميز أداة فعالة في تعزيز الثقة بين الأطراف، وضمان استقرار المعاملات المالية، إضافة إلى كونه إطاراً يسمح بتحليل العلاقة التعاقدية من زاوية شاملة تجمع بين القانون الموضوعي والتنظيم الداخلي للعقد، بما يكفل وضوح الحقوق والالتزامات وتوازن المصالح.

في هذا السياق، يركز هذا الفصل في المبحث الأول على استعراض ماهية المركز العقدي المتميز للدائن العادي، مع دراسة الأسس القانونية التي تقوم عليها ضوابطه في المبحث الثاني، لتقديم صورة شاملة عن كيفية نشوء هذا المركز، وآلياته، والأطر القانونية التي تكفل احترامه وحمايته، بما يعكس دور الاتفاق القانوني في تحقيق التوازن المطلوب بين حرية الأطراف التعاقدية وضرورة ضبط العلاقة المالية بما يحفظ حقوق الجميع ويضمن استقرار المعاملات الاقتصادية.

المبحث الأول

ماهية المركز العقدي المتميز للدائن العادي

تكتسب دراسة المركز العقدي للدائن العادي المتميز أهمية بالغة في فهم الطريقة التي ينظم بها القانون العلاقات المالية بين الأطراف، بما يتجاوز مجرد الالتزامات، فهو يعكس الآليات التي تسمح بترتيب الحقوق والالتزامات بطريقة دقيقة توازن بين حرية الإرادة التعاقدية وحماية النظام العام، كما يبرز التفاعل بين الضمان العام لأموال المدين والالتزامات المتبادلة بين الأطراف ويُعد هذا المركز أحد الأدوات العقدية التي تمكن الأطراف من تنظيم العلاقة التعاقدية بشكل واضح ومنضبط، مع توفير الحماية القانونية اللازمة للدائنين في مواجهة المخاطر المحتملة، دون اللجوء إلى الحقوق العينية التبعية، كما يسمح التمتع في هذا المركز بفهم أعمق لمرونة القانون في التعامل مع الالتزامات المالية، وتوضيح الحدود الدقيقة للحقوق والالتزامات، بما يعكس التوازن الدقيق بين المصالح المتنافسة للأطراف، ويؤكد أن العلاقة العقدية ليست مجرد مصدر للالتزام، بل هي إطار ينسج شبكة متكاملة من الحقوق والالتزامات تتفاعل مع بعضها لتحقيق الأمن القانوني والعدالة الاقتصادية، بناء على ما سبق سوف نخصص المطلب الأول من هذا المبحث للتعريف بالمركز العقدي المتميز، لننتقل للحديث في المطلب الثاني عن شروط المركز العقدي المتميز للدائن و تمييزه عما يشته به .

المطلب الأول

التعريف بالمركز العقدي المتميز للدائن العادي

يشكل المركز العقدي مفهوماً محورياً في دراسة الالتزامات التعاقدية، إذ يتجاوز حدود الالتزام التقليدي ليعكس وضعاً قانونياً متكاملاً يحدد حقوق الأطراف وواجباتهم داخل العلاقة العقدية، ويظهر هذا المركز المتميز بوضوح في حالة الدائن العادي، الذي، يتأثر بالالتزامات والتصرفات التي يقوم بها المدين، نظراً لارتباطها بالضمان العام لأمواله، ويكمن التميز في هذا المركز في أنه ينشأ من إرادة الأطراف التعاقدية دون الاعتماد على ضمانات عينية أو امتيازات قانونية، ويكتسب قوته من ترتيب قانوني داخلي ينظم أفضلية نسبية في الاستيفاء أو حماية الحقوق، مع مراعاة حدود النظام العام، ويتيح هذا المفهوم فهماً أعمق لتوزيع الحقوق والالتزامات بين الأطراف، وسوف نبين هذه الأمور في هذا المطلب وذلك بتقسيمه على فرعين، الأول منه يدرس تعريفه والثاني يدرس أهم خصائص هذا المركز.

الفرع الأول

تعريف المركز العقدي المتميز للدائن العادي

يُعدّ العقد من أهم الوسائل القانونية التي تنظّم علاقات الأفراد، ولم يعد دوره مقتصرًا على إنشاء الالتزامات المتبادلة، بل أصبح إطاراً قانونياً متكاملًا يرسم لكل طرف موقعه داخل الرابطة العقدية، ويوزّع بينهم الحقوق والواجبات وما يترتب عليها من امتيازات أو أعباء، وقد أسهم تطوّر الفكر القانوني في إبراز التفاوت بين هذه المواقع داخل العلاقة التعاقدية، وهو ما أفرز الحاجة إلى تحليل هذا التفاوت وبيان أبعاده القانونية، خصوصاً في ضوء بروز المركز العقدي المتميز للدائن العادي.

أولاً: المقصود بالمركز العقدي المتميز للدائن العادي : سنبين في هذه الفقرة معنى المركز المتميز واستقلالتيته وعلى النحو الآتي:

1. معنى المركز العقدي: من المسلّم به في الفكر القانوني أن العقد ليس مجرد أداة لإنشاء الالتزامات، بل هو إطار قانوني يُحدّد المراكز القانونية للأطراف، أي يحدد لكل منهم وضعاً خاصاً في مواجهة الآخر ومع تطوّر الفكر القانوني والاقتصادي، لم تعد هذه المراكز متساوية دائماً؛ فقد تمنح بعض العقود أحد أطراف مركزاً عقدياً أكثر قوة من غيره، وهو ما يبرز الحاجة إلى صياغة نظرية جديدة لتفسير هذا الوضع، يمكن تسميتها بـ "نظرية المركز العقدي"، أي المركز القانوني الناشئ عن الإرادة التعاقدية والذي يُحدّد موقع الشخص داخل العلاقة العقدية⁽¹⁾.

إذ ينشأ عن العقد الصحيح التزامات تقابلها حقوق، وهو ما يطرح التساؤل عن هوية الملزمين بهذه الالتزامات والمستفيدين من الحقوق الناشئة عنها، تقوم القاعدة العامة على مبدأ نسبية أثر العقد، أي أن آثاره القانونية تنصرف إلى المتعاقدين فقط، ولا تنعكس على غيرهم، إذ ينتج العقد أثره في مواجهة الأشخاص الذين قصدوا هذا الأثر ولا يطلال الغير الذي لم يشارك في إرادة العقد. مع ذلك توسع الفقه القانوني في نطاق تأثير العقد ليشمل بعض الفئات التي لم تشارك مباشرة في إبرامه، وذلك بناءً على طبيعة العلاقة القانونية القائمة، ومن أبرز هذه الفئات الخلف العام، والخلف الخاص، والدائن العادي، فالخلف العام هم الورثة والموصي لهم بحصة شائعة من التركة، تنتقل إليهم حقوق معينة وينعكس عليهم أثر العقود التي أبرمها السلف، حتى وإن لم يشاركوا في مرحلة انعقاد العقد،

(1) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، طبعة ثانية، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020، ص 438.

على سبيل المثال، إذا قام مورث ببيع عقار أو إبرام عقد قرض، فإن الورثة قد يتأثرون بالقيمة المتبقية للتركة، سواء بالزيادة أو النقصان، وهو ما يعكس انتقال أثر العقد بطريقة غير مباشرة⁽¹⁾.

أما الخلف الخاص فهو الذي يتلقى من السلف حقاً عينياً أو شخصياً محدداً، كالمالك الجديد لعقار معين أو المستفيد من حق معين في ذمة السلف، في هذه الحالة يسري أثر العقد بالنسبة إلى الحق المستلم بصورة مباشرة، أي أن الديون أو الالتزامات المرتبطة بهذا الحق تؤثر عليه كما لو كان طرفاً مباشراً في العقد⁽²⁾.

ويمثل الدائن العادي حالة خاصة داخل إطار نظرية المركز العقدي، فهو طرف في العقد، لكنه يتأثر بالالتزامات المدين وعقوده بطريقة غير مباشرة، نظراً لضمانه العام على أموال المدين، فالحقوق والالتزامات التي ينشئها العقد تزيد أو تنقص من الضمان العام الذي يعتمد عليه الدائن في استيفاء دينه، وقد اختلف في تحديد مركز الدائن العادي، فبعضهم عدّه خلفاً عاماً لأنه يتأثر بضمان المدين العام كالفقه الفرنسي التقليدي، وقد ثار الفقهاء فيما بعد على هذه الفكرة فاعتبره خلفاً خاصاً لأنه يستطيع متابعة أموال محددة للمدين⁽³⁾، بينما يرى الاتجاه الثالث أنه غير معني بالعقد ولا يكتسب حقوقاً مباشرة منه، لكنه يظل متأثراً بوسائل حماية الضمان العام لأموال المدين، مثل حق الاعتراض على التصرفات الضارة⁽⁴⁾.

2. استقلال فكرة المركز العقدي عن فكرة الالتزام: تعدّ استقلالية المركز العقدي من الأفكار القانونية التي ترمي إلى تحقيق الاستقرار في المعاملات وحماية الثقة المشروعة، إذ يقتضي هذا المبدأ أن

(1) د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، طبعة الجامعة المستنصرية، 1976، ص 160: 161.

(2) د. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الحامد، عمان، 2010، ص 20 : 32.

(3) انقسم الفقه الفرنسي القديم حول مركز الدائن العادي؛ فبينما ذهب أقطاب المدرسة التقليدية أوبري ورو ولوران إلى اعتباره خلفاً عاماً للمدين استناداً لنظرية الذمة المالية، ثار عليهم فقهاء المدرسة الحديثة بقيادة بلانيول وبودري لاكانتينيري، معتبرين إياه خلفاً خاصاً ليرتبط حقّه بالأعيان والحلول العيني، راجع في ذلك :

Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit, tome 2 (Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1921), n° 1174, p. 396.

(4) د. طارق كاظم عجيل، الكامل في عقد البيع: الجزء الثاني، الطبعة الأولى، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أربيل، 2025، ص 27.

يكتسب صاحب المركز القانوني⁽¹⁾ حقوقه مستقلة - في الحدود التي يرسمها القانون - عن الدفع أو العلاقات الشخصية التي نشأت بين أطراف العلاقة العقدية الأصلية. ويظهر ذلك بوضوح في تطبيقات تجريد الالتزام من الدفع، حيث يُحجب عن المدين التمسك ببعض الدفع في مواجهة الدائن حسن النية الذي تلقى الحق بطريق قانوني، بما يؤدي إلى بقاء الالتزام قائماً رغم وجود تلك الدفع. ولا يعني ذلك إنشاء التزام جديد أو مجرد من سببه، وإنما يقتصر أثره على تعطيل الاحتجاج ببعض الدفع تحقيقاً للتوازن بين مقتضيات العدالة ومتطلبات استقرار التعامل، وهو ما يرسخ استقلالية المركز العقدي بوصفها وسيلة لضمان استقرار المراكز القانونية وتيسير تداول الحقوق.

ونجد تطبيق ذلك في القانون المدني في مواطن متعددة منها الانابة الناقصة حيث يظهر هذا التجريد أكثر وضوحاً من غيرها إذ نجد أن المشرع العراقي نص على أن : (يكون الالتزام المناب صحيحاً حتى لو كان ملتزماً قبل المنيب وكان التزامه هذا باطلاً أو خاضعاً لدفع من الدفع، ولا يبقى للمناب إلا حق الرجوع على المنيب، كل هذا ما لم يوجد اتفاق يقضي بغيره) والحكمة من هذا التجريد هو المحافظة على استقرار المعاملات ودعم الائتمان ودعم الوفاء⁽²⁾.

ثانياً: الأساس النظري لتعريف المركز العقدي: يُستخدم مصطلح المركز في القانون (le statut juridique) أو (la situation juridique) في الفقه للدلالة على الوضع الذي يحدده القانون أو العقد لشخص في علاقة معينة، بما يتضمنه من حقوق والتزامات وسلطات. ويُفرّق الفقه بين المركز القانوني العام الذي ينشأ مباشرة من نصوص القانون كمركز الموظف العام أو المالك أو المودع لديه وبين المركز العقدي الذي يتكوّن من الإرادة الخاصة للأطراف ويستمد وجوده من العلاقة التعاقدية ذاتها. فالعقد لا يُعد مجرد أداة لإنشاء الالتزامات، وإنما إطار قانوني ينظّم المراكز المتقابلة للأطراف، ويحدّد وضع كل منهم داخل العلاقة العقدية⁽³⁾.

وقد أكّد أحد الفقهاء الفرنسيين⁽⁴⁾ هذا الاتجاه بوضوح حين قرر أن العقد لا يُختزل في كونه مجموعة من الالتزامات المتبادلة، بل هو نظام قانوني متكامل ينشئ بين الأطراف وضعاً قانونياً

(1) انظر في تفصيل ذلك د. صدام فيصل كوكز ، د اسعد عبيد عزيز الجميلي ، تجريد الالتزام من الدفع مجلة العلوم القانونية ، كليه القانون ، جامعة العلوم القانونية ، المجلد 28، العدد 2، 2013، ص 20 ، وينظر د. اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام ، مطبعة عبد الله وهبة عابدين _ مصر ، 1976، ص 411 و 412.

(2) المادة 407 من القانون المدني العراقي .

(3) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، مصدر سابق، ص 99-106.

(4) كالفقيه الفرنسي جاك غيستان (Jacques Ghestin) ، راجع:

متبادلاً يُعبّر عن مركز كل طرف داخل العلاقة التعاقدية، وهكذا يتّضح لنا أن فكرة "المركز العقدي" تُعبّر عن تطوّر في النظرة إلى العقد، باعتباره ليس فقط مصدراً للالتزامات، بل نظاماً قانونياً يحدّد المراكز القانونية للأطراف ويمنح كلاً منهم وضعاً مميزاً في مواجهة الآخر، وفق ما تملّيه الإرادة التعاقدية ومبدأ سلطان الإرادة الذي يُعدّ أساس هذا المركز⁽¹⁾.

وفي هذا الإطار فإن التشريع الفرنسي الحديث انتقل من فكرة الالتزام التقليدي، إذ عدّ أن العقد لا يُنشئ التزامات متقابلة فحسب، بل يُقيم مراكز قانونية متبادلة بين أطرافه والتي تسمى لدى الفقه الفرنسي (situations contractuelles réciproques)، وذلك من خلال تفسير الآثار التي رتّبها المشرّع على العقد، ويتّضح ذلك في عقد البيع حيث تُظهر النصوص القانونية أن مركز البائع يتحدّد في حقه في الاحتفاظ بالملكية إلى حين الوفاء بالثمن، بينما يتحدّد مركز المشتري في التزامه بدفع الثمن وحقه في حيازة المبيع، وهو ما استخلص منه الفقه أن العقد يُنشئ إطاراً قانونياً يحدّد مركز كل طرف داخل العلاقة التعاقدية⁽²⁾.

وفي القانون المصري، لم تُصغ النظرية باسم المركز العقدي، لكن أحد أبرز أعلامه القانونية أشار ضمناً إلى أن الالتزام يخلق مركزاً قانونياً خاصاً لكل طرف، بوصفه للالتزام بأنه (رابطة قانونية تحدد وضع كل طرف)، يتّضح ذلك في العقود المدنية مثل عقد الإيجار، حيث للمؤجر حق الحصول على الأجرة وللمستأجر حق الانتفاع بالعقار⁽³⁾.

Jacques Ghestin, Christophe Jamin, et Marc Billiau, Traité de droit civil: Les effets du contrat, 3e éd. (Paris: LGDJ, 2001), n° 56, pp. 64-68

(1) قائلاً:

« Le contrat ne se réduit pas à un simple ensemble d'obligations réciproques: il crée entre les parties une véritable situation juridique, un cadre au sein duquel s'inscrivent leurs droits et devoirs respectifs. » John Armour and Douglas Cumming, Bankruptcy Law and Entrepreneurship, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No. 105/2008, February 2008, p. 2.

(إن العقد لا يقتصر على كونه مجرد مجموعة من الالتزامات المتبادلة، بل يُنشئ بين الأطراف وضعاً قانونياً حقيقياً، يُعدّ إطاراً تُدرج فيه حقوقهم وواجباتهم المتقابلة).

(2) يظهر ذلك في المادة (1583) من القانون المدني الفرنسي لعام 2016: (يُعتبر البيع مُتمماً بمجرد اتفاق الطرفين على المبيع والثمن)، والمادة (1604): (ينتقل الخطر إلى المشتري عند تسليم المبيع). هذه المواد توضح كيف يترجم القانون الفرنسي المركز العقدي إلى حقوق والتزامات عملية قابلة للتنفيذ.

(3) وهذا ما توجه إليه العلامة السنهاوري في مؤلفاته، راجع في ذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهاوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص 147:145. يراجع أيضاً المادة (578) من القانون المدني المصري رقم 131 لعام 1948 المعدل.

عرف بعض الفقه المصري المركز العقدي بأنه: "حصول بعض الدائنين العاديين على مراكز متميزة تجعلهم يقللون من مزاحمة الدائنين الآخرين لهم، استناداً إلى أن مبدأ المساواة بين الدائنين بالنسبة للضمان العام ليس مطلقاً"⁽¹⁾، ومع ذلك يلحظ أن هذا التعريف لا يوضح آلية تمييز الدائنين أو الوسائل التي تمنحهم هذا المركز المتميز.

ومن جانب آخر عرفه باحث آخر بأنه الوسيلة التي تمنح فيها الدائن الأفضلية على غيره دون أن يكون لهذا الدائن رهن أو امتياز، وذلك بأن يمنح بالاتفاق، مركزاً متميزاً عن غيره من الدائنين⁽²⁾. ويلحظ من هذا التعريف أنه لا يذكر أن مبدأ مساواة الدائنين ليس مطلقاً وهذا يعد عنصر مهم لفهم أهمية المركز العقدي، كما أنه لم يوضح الآلية التي يمكن للدائن من خلالها استقلال هذا المركز أو الوسائل العملية لتحقيق الأفضلية فضلاً عن أنه لا يشير إلى الحدود القانونية لهذا التمييز. وما إذا كان قد يتعرض أحياناً للنظام العام أم لا.

فيما توجه رأي فقهي آخر إلى تعريف المركز المتميز للدائن العادي بأنه الأفضلية المقررة للدائن العادي، رغم عدم حصوله على تأمين عيني أو حق امتياز، وذلك بتواجده في مراكز معينة تنجيه من مزاحمة بقية الدائنين العاديين⁽³⁾ وما يسجل على هذا التعريف أنه لا يوضح كيفية حصول الدائن على هذه الأفضلية، فضلاً عن عدم ذكر الأساس القانوني لها إذ لا يشير إلى أن هذه الأفضلية قد تكون محدودة، وخاضعة لمبدأ المساواة بين الدائنين.

ويتبين من استعراض التعريفات السابقة أنها، على اختلاف صياغاتها، انصبت أساساً على بيان الوظيفة العملية للمركز العقدي المتميز للدائن العادي، والمتمثلة في منحه أفضلية على غيره من الدائنين، دون أن تتناول بصورة كافية الأساس النظري الذي يقوم عليه هذا المركز داخل العلاقة العقدية ومن ثم، يقتضي استكمال التأصيل الفقهي الرجوع إلى الاتجاه الحديث في الفقه الفرنسي الحديث⁽⁴⁾، الذي يرى أن العقد لا يُنشئ فقط التزاماً، بل يُحدّد الوضع القانوني (le statut

(1) ينظر في ذلك: د نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الأولى، الإسكندرية، مصر، 2007، ص 20.

(2) ينظر في ذلك شرابن حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، رسالة لنيل درجة الماجستير، جامعة الجزائر، 2007، ص 26:37.

(3) ينظر في ذلك: ريمة برمضان، المراكز القانونية المتميزة ومبدأ المساواة بين الدائنين، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في الحقوق، 2013:2014، ص 31.

(4) ولا سيما غيستان (Ghestin) وترية (Terré) .

juridique) للأطراف داخل العلاقة، وهو ما يسمّيه الفقه الفرنسي بـ "المركز العقدي"، الذي يُنظم الحقوق والالتزامات المتبادلة ككلٍّ متكامل داخل "إطار قانوني ذاتي"⁽¹⁾.

ولم يقتصر هذا التصور على الفقه الفرنسي، بل وجد صده في بعض التشريعات العربية التي وإن لم تستخدم اصطلاح "المركز العقدي" صراحة، فإن نصوصها تسمح باستخلاص هذا المفهوم من الآثار القانونية التي يربتها العقد، وفي هذا السياق، جاء القانون المصري وعرف العقد، إذ نص على أن: (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)⁽²⁾.

ورغم أن النص قد ركّز على الالتزام، إلا أن هناك من ذهب إلى أن العقد هو في حقيقته رابطة قانونية تحدد مركز كل طرف في مواجهة الآخر، بما في ذلك الحقوق المقابلة والواجبات المحتملة، وهو ما يعني أن الإرادة المشتركة لا تنشئ التزامات فحسب، بل تخلق مراكز قانونية متبادلة تظل قائمة طوال مدة العلاقة العقدية⁽³⁾.

ولا يقتصر هذا الاستنتاج على التحليل النظري للنص، وإنما تؤيده التطبيقات التشريعية في القانون العراقي، التي تكشف عن إقرار المشرع بوجود مراكز قانونية متبادلة في عدد من العقود، حيث القانون العراقي على نهج القانون المصري في عدّ العقد إطاراً قانونياً ينشئ مراكز متبادلة بين الأطراف، حيث عرف العقد بأنه: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)⁽⁴⁾، هذا التعريف يبرز طبيعة العقد التقليدية كمصدر للالتزامات، ولكنه لا يقتصر على إنشاء حقوق والتزامات فحسب، بل يحدد أيضاً مركز كل طرف داخل العلاقة التعاقدية، بما يشمل سلطاته، والتزاماته، والمخاطر والحقوق المستقبلية. ومن ثم، يمكن النظر إلى العقد بوصفه إطاراً قانونياً يخلق مراكز قانونية متبادلة لكل طرف، غير أن تطبيقات القانون العراقي تجاوزت هذا المفهوم النصي الضيق، وأقرّت في مواد متعددة بوجود مراكز عقدية متبادلة، كما في عقد الوكالة، التي تُظهر توازن المركزين القانونيين للوكيل والموكل، بحيث يُمنح الوكيل سلطة

(1) Jacques Ghestin, Traité de droit civil – Le contract: formation, 2^e édition, LGDJ, Paris, 1988, p. 24.

(2) المادة (89) من القانون المدني المصري المعدل.

(3) ينظر في ذلك: د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، "الوسيط في شرح القانون المدني"، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2026، ص 99.

(4) المادة (73) من القانون المدني العراقي.

تقديرية محدودة في مواجهة الموكل، وهو ما يدل على أن العلاقة العقدية لا تقوم على الالتزام فقط، بل على تحديد مركز قانوني خاص لكل طرف في حدود الإرادة التعاقدية.

بيد أن تطبيقات هذا المفهوم أكثر رواجاً ووضوحاً في العقود المدنية، حيث تتجسد المراكز العقدية في تحديد موقع كل طرف وحقوقه تجاه الآخر، فعلى سبيل المثال، في عقد الوكالة المدنية، يتحدد مركز الوكيل والموكل من خلال الالتزامات المتبادلة بينهما، إذ يُلزم الوكيل بتنفيذ الوكالة في حدودها المرسومة دون تجاوزها، ولا يُعفى من المسؤولية إلا إذا كان تجاوزه مبرراً بظروف استثنائية جعلت إخطار الموكل متعذراً، وكانت هذه الظروف مما يغلب معها الظن بأن الموكل كان ليوافق على ذلك، على أن يبادر الوكيل بعد ذلك إلى إبلاغ الموكل بما فعله وهذا ما اكدت عليه المادة (933) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951⁽¹⁾.

ومن خلال هذه النصوص والاتجاهات الفقهية، يتضح أن فكرة "المركز العقدي" تمثل تطوراً طبيعياً لمبدأ سلطان الإرادة، إذ لم تعد الإرادة مجرد منشئ للالتزام، بل أصبحت منظماً للمراكز القانونية المتبادلة التي تحكم العلاقة بين الأطراف، بما تتضمنه من حقوق حاضرة ومستقبلية، وضمانات ومخاطر متبادلة. وأمام عدم دقة التعريفات السابقة في تحديد المركز المتميز للدائن العادي. يمكن أن نعرفه بأنه: "الوضع القانوني الذي يمنحه المشرع للدائن العادي بنص خاص، فيمنحه أفضلية عملية في استيفاء حقه من مدينه، ويُخرجه من مبدأ المساواة بين الدائنين، ويُنجيه من مزاحمتهم، دون أن يمنحه تأميناً عينياً أو امتيازاً تقليدياً، وذلك بوسائل محددة هي: الدعوى المباشرة، والحق في الحبس للضمان، والمقاصة".

وما يميز هذا التعريف أنه يشمل الوسيلة، إذ يوضح أن الأفضلية تأتي عن طريق نص قانوني خاص يمنحه المشرع للدائن العادي، كما أنه يشمل النتيجة الواقعية إذ يبين أن الدائن ينجيه هذا المركز من مزاحمة الدائنين الآخرين، كما أنه يشير إلى أن الأفضلية ليست مطلقة، إنما هي استثناء من مبدأ المساواة بين الدائنين، يبقى في حدود ما نص عليه القانون.

وبعد تحديد المقصود بالمركز العقدي المتميز للدائن العادي وبيان عناصره الأساسية، يقتضي الانتقال إلى دراسة خصائص هذا المركز، إذ إن مجرد التعريف لا يكفي لإدراك طبيعته القانونية

(1) جاء فيها: (على الوكيل أن ينفذ الوكالة في حدودها المرسومة، فإن تجاوزها كان عمله باطلاً فيما جاوزها، إلا إذا كانت هناك ظروف تبرر هذا التجاوز وكان من المتعذر عليه إخطار الموكل سلفاً، وكانت الظروف مما يغلب معها الظن بأن الموكل لا يمتنع عن الإذن بذلك، وعلى الوكيل في هذه الحالة أن يبادر بإبلاغ الموكل بما فعله متجاوزاً حدود الوكالة).

وتمييزه من غيره من المراكز، فالخصائص تكشف عن السمات الجوهرية التي تميز هذا المركز وتحدد نطاقه وحدوده العملية، بما يسمح بفهم أعمق لدوره في العلاقات التعاقدية بين الدائنين والمدين، وهذا ما سوف نبجته في الفرع الثاني.

الفرع الثاني

خصائص المركز العقدي المتميز للدائن العادي

يمثل المركز العقدي المتميز للدائن العادي تجسيدا عمليا لتفاعل الإرادة التعاقدية مع الضمان العام لأموال المدين، حيث يمنح الدائن ميزة نسبية محددة دون إحداث امتياز عيني مستقل، وسوف نقوم من خلال هذا الفرع بدراسة خصائص هذا المركز الفريدة، بما يعكس الفرق بينه وبين الحقوق الشخصية والضمانات العينية التقليدية، مع إبراز أثر العقد على ترتيب الاستيفاء ضمن مجموع الدائنين.

أولاً: الطابع الاتفاقي للمركز: يتميز هذا المركز بأنه ينشأ من اتفاق خاص بين الدائن والمدين، أو من ترتيب تعاقدي يمنح الدائن ميزة معينة على غيره، من غير أن يستند إلى امتياز قانوني أو تأمين عيني، أي أن مصدر تميزه هو الإرادة المشتركة للأطراف ضمن حدود القانون، وهذا يجعله يختلف عن الامتياز القانوني الذي مصدره نص قانوني، أو الرهن التأميني الذي هو يستمد قوته من الشكلية القانونية التي تُضفي عليه حجية في مواجهة الغير⁽¹⁾.

وقد اكدت هذا المبدأ التشريعات المدنية المقارنة في صيغها الحديثة، التي تُعدُّ الإرادة حجر الأساس في تنظيم الالتزامات العقدية، إذ يمتلك الأفراد حرية إبرام العقود وتحديد آثارها، بما يمكنهم من تنظيم مصالحهم الخاصة دون تدخل تشريعي مباشر، وهو ما يعكس الارتباط الوثيق بين مبدأ سلطان الإرادة واقتصاديات السوق وحرية المبادرة الفردية وحق تطور الشخصية الإنسانية في الدساتير الحديثة، فجعلت الإرادة المشتركة للأطراف مصدراً للالتزام، ومُنحت القوة الإلزامية ذاتها التي يتمتع بها القانون، بحيث يصبح العقد قانوناً خاصاً بأطرافه لا يجوز نقضه أو تعديله إلا باتفاقهم أو في الحدود التي يقرها القانون⁽²⁾.

(1) يوسف كهيبة، المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبية أثر العقد، بحث منشور في مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجزائر، العدد الأول، 2019، ص 128.

(2) Les articles 1103 et 1193 du Code civil français disposent respectivement que les contrats légalement formés tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, et qu'ils ne peuvent être modifiés ou révoqués que par consentement mutuel ou pour les causes autorisées per la loi. Pour une citation selon le style Chicago, la référence pour la note de bas de page

وسار القانون المدني المصري على النهج ذاته، حيث جعل العقد شريعة المتعاقدين لا يجوز تعديله إلا برضاها، وأوجب تنفيذه بحسن نية⁽¹⁾، وهو ما يعبر عن أن الإرادة المشتركة هي أساس الالتزام، لكنها تبقى مقيدة بضوابط النظام العام والآداب، أما القانون المدني العراقي، فقد تبنى الاتجاه ذاته مع خصوصية واضحة، حيث أكد على أن العقد، متى نُفذ، أصبح لازماً لا يجوز الرجوع عنه أو تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي، غير أن المشرع أجاز للمحكمة التدخل لتعديل الالتزام إذا طرأت حوادث استثنائية عامة جعلت التنفيذ مرهقاً للمدين بحيث يهدده بخسارة فادحة⁽²⁾. وهذا النص يجسد بوضوح أن مبدأ سلطان الإرادة في القانون العراقي ليس مطلقاً، بل تحكمه اعتبارات العدالة والتوازن بين مصالح المتعاقدين.

ومع تطور الحياة الاقتصادية، ظهرت العقود الجماعية وعقود الإذعان والعقود الإلزامية، وهي صور تُظهر تراجعاً عملياً لمبدأ سلطان الإرادة لصالح اعتبارات اجتماعية وأخلاقية كحماية الطرف الضعيف⁽³⁾، وهو ما تأكد في الفقه الفرنسي تحت تأثير الاتجاه الأخلاقي للعقد الذي دافع عنه أحد الفقهاء (vision morale du contrat)⁽⁴⁾، وما تجلّى من ميل تشريعي لصالح المدين (favor debitoris) وفرض التزامات إعلامية على المهنيين تجاه المستهلكين⁽⁵⁾.

كما تجدر الإشارة إلى أن تأثر الدائن العادي بالتصرفات العقدية لمدينه لا يعني قيام رابطة عقدية بينهما، بل هو أثر غير مباشر لزيادة أو نقصان الضمان العام تبعاً لما ينشأ من حقوق أو

s'établit comme suit: Code civil français, art. 1103 et 1193 (modifiés par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016). Vous pouvez consulter le Code civil français.

راجع ، يراجع الدكتور محمد حسن قاسم ، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2018، ص 14- ص 42.

(1) المادة (1/147) من القانون المدني المصري المعدل: «العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقرها القانون»، وتقابلها المادة (1/148) من القانون المدني العراقي: «يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية».

(2) المادة (146) من القانون المدني العراقي : «إذا نُفذ العقد كان لازماً، ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله إلا بمقتضى نص في القانون أو بالتراضي... جاز للمحكمة بعد الموازنة بين مصلحة الطرفين أن تُنقص الالتزام المرهق إلى الحد المعقول إن اقتضت العدالة ذلك...».

(3) Muriel Fabre: Magnan. Droit des obligations. Vol. I. Pp.76 ff.; Bénabent. Droit des obligations. P.42.

(4) Georges Ripert. La règle morale dans les obligations civiles. Paris. 1949.

(5) د. وليد خالد عطية، المبسوط في القانون المقارن للالتزام دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أربيل، 2025، ص 352.

التزامات في ذمة المدين. فالاحتجاج بالعقد على الدائن يختلف عن مساءلته به؛ فالأول مجرد ضرورة واقعية قانوناً، والثاني يخالف قاعدة نسبية آثار العقد التي تقضي بعدم جواز ترتيب حقوق أو التزامات على الغير دون رضاه⁽¹⁾.

وبناءً على ما تقدم، فإن نشأة المركز العقدي المتميز على الإرادة المشتركة تجعل أساسه إرادياً خالصاً يقتصر أثره الإلزامي على أطرافه، مع نفاذه في مواجهة الغير بوصفه حقيقة قانونية واقعية دون أن ينشئ لهم حقوقاً أو عليهم التزامات، وهو ما ينسجم مع قاعدة القوة الملزمة للعقد من جهة، وقاعدة نسبية آثاره من جهة أخرى⁽²⁾.

ثانياً: استقلاله عن التأمينات العينية: يظهر تميّز المركز العقدي للدائن من خلال استقلاله التام عن منظومة الضمانات العينية التقليدية، كالامتيازات والرهن بنوعيه التأميني والحيازي، إذ لا يستند هذا المركز إلى حق عيني تبغي يخول صاحبه التقدم على باقي الدائنين في استيفاء حقه من أموال المدين، فالرهن وعلى وفق للقواعد المدنية المستقرة - يستمد قوته من التخصيص العيني لمالٍ معيّن ضماناً للدين، بحيث يُمنح الدائن المرتهن حقّ التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه من ثمن ذلك المال، وحقّ التتبع في أي يد يكون فيها هذا المال، وهو ما يُبرز الطبيعة العينية للرهن بوصفه تأميناً يخصص مالاً معيناً لغرض استيفاء دين محدد⁽³⁾.

غير أن المركز العقدي المتميز ينهض على أساس مغاير تماماً؛ فهو ضمان ذو طبيعة شخصية ينشأ عن الاتفاق، ويكتسب قوته من الإرادة التعاقدية التي تمنح الدائن ميزة تفضيلية داخل العلاقة التعاقدية ذاتها، من دون أن تمنحه سلطة مباشرة على أموال المدين، فالدائن هنا يظل من حيث الأصل خاضعاً لمبدأ الضمان العام المقرر لبقية الدائنين بموجب المادة التي تنص عليها أغلب التشريعات المدنية ومنها القانون المدني العراقي بالنص على أن: (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه)⁽⁴⁾. إلا أن الاتفاق المميّز يؤدي إلى تعديل العلاقة التقليدية لدى الدائنين، فيوفر للدائن أفضلية نسبية تنبع من الالتزامات الشخصية التي يرتبها العقد على المدين دون تعدٍ على حقوق الغير.

(1) د. طارق كاظم عجيل، الكامل في عقد البيع: الجزء الثاني، مصدر سابق، ص 30.

(2) د. طارق كاظم عجيل، المصدر نفسه، ص 1.

(3) د. عصمت عبد المجيد بكر، رؤية مستقبلية للقانون المدني في ضوء القوانين ومشروعات القوانين المدنية العربية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أربيل، 2025، ص 342.

(4) المادة (234) من القانون المدني المصري (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له من حق التقدم طبقاً للقانون). المادة (2284) من القانون المدني الفرنسي

كما أن استقلال هذا المركز عن الشكلية التي تتطلبها التأمينات العينية يعدّ فارقاً أساسياً بينهما؛ فالرهن مثلاً لا ينعقد أو لا ينفذ تجاه الغير إلا بالشهر أو التسجيل⁽¹⁾، بينما تتحقق آثار الاتفاق التعاقدي بمجرد صحته القانونية بين أطرافه، مع إمكان الاحتجاج به تجاه الغير على وفق القواعد العامة في نسبية آثار العقد ومشروعية شروطه وعدم مخالفتها للنظام العام.

ويظلّ المركز العقدي المتميّز مندرجاً ضمن الإطار العام للضمان العام المقرر للدائنين في القانون المدني، فأموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون⁽²⁾، ومن ثم، فإن الدائن صاحب المركز العقدي المتميز وإن حظي بأفضلية تعاقدية، وكما سبق بيانه، فإن هذا المركز لا يمنح صاحبه حقاً عينياً وإنما ميزة نسبية في الاستيفاء.

كما أن خضوع هذا المركز للضمان العام يجعل فعاليته مرتبطة بمدى ملأة المدين وقدرته المالية، فإذا تعرّضت الذمة المالية للمدين للانقاص نتيجة تصرفات ضارة أو تعسفية، فإن ذلك ينعكس مباشرة في تضائل الحماية التي يتمتع بها الدائن الممتاز شأنه في ذلك شأن سائر الدائنين العاديين، وهنا يظهر الدور الوقائي للقانون المدني في تمكين الدائن من استعمال وسائل قانونية لحماية الضمان العام، كالدعوى غير المباشرة للحفاظ على حقوق المدين من الضياع، ودعوى عدم نفاذ تصرفاته الضارة بحقوق الدائنين (دعوى عدم نفاذ التصرف)، وتحقيق المساواة بين الدائنين عند مرحلة التنفيذ الجماعي وفق قواعد الإفلاس أو الإعسار⁽³⁾.

ومن جهة أخرى، فإن أفضلية الدائن في المركز العقدي لا تمنحه حصانة مطلقة من آثار تزامن الدائنين، بل تظل مرتبطة بمدى احترام الترتيبات التعاقدية عند استيفاء الدين وبما لا يمسّ النظام العام

« Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers; et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre les créanciers des causes légitimes de préférence ».

المادة (260) من القانون المدني العراقي (أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، ويشترك جميع الدائنين في هذه الضمانة على قدم المساواة، إلا من كان له حق أولوية وفقاً للقانون).

(1) محمد طلعت يدك، الآثار القانونية لشهر الحقوق العينية والشخصية: دراسة مقارنة (بين القانون المصري والفرنسي والقوانين العربية)، دار الوفاء للطباعة والنشر، 2018، ص 344.

(2) المادة (234) القانون المدني المصري، والمادة (2284) القانون المدني الفرنسي، والمادة (260) القانون المدني العراقي.

(3) د. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام - دراسة مقارنة، الطبعة الثانية، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أبريل، 2024، ص 130 وما بعدها.

المتعلق بضمان الدائنين. ومع ذلك، فهو يبقى أولوية نسبية تمنحه تقدماً في تحصيل حقه مقارنة بالدائنين العاديين الذين يقفون على قدم المساواة من غير أي امتياز.

وهكذا يتبين أن المركز العقدي المتميز ليس مركزاً مفصلاً عن القواعد العامة للضمان، وإنما امتداداً لها مع تعزيز حماية إضافية تستمد قوتها من الإرادة التعاقدية، من غير أن ترقى إلى مرتبة التأمينات العينية التي تمنح حقاً مباشراً على محلّ معين من أموال المدين.

رابعاً: تمتّعه بوسائل حماية خاصة: يمتلك الدائن المتميز وسائل قانونية لحماية مركزه، والتي تختلف عن الدائن العادي بالترتيب التعاقدى المسبق، لا بوجود أدوات قانونية جديدة، إذ إن دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين بحق دائنه، والطعن في التصرفات الضارة للدائن، وكذلك الدعوى الصورية لإزالة الآثار الشكلية للتصرفات الاحتياطية، متاحة لكل دائن سواء أكان عادياً أم ممتازاً⁽¹⁾، إنما ما يميّز الدائن صاحب المركز العقدي المتميز فهو إمكانية استناد هذه الوسائل إلى نص قانوني خاص يمنحه أفضلية نسبية في استيفاء الدين أو حماية حقوقه، مثل الشرط المانع من التصرف أو الترتيب الضامن والدعوى التي يمكنه اللجوء إليها كالدعوى المباشرة، إذا كان مشروعاً ومتوافقاً مع النظام العام. وهكذا، يظل التميّز في المركز العقدي قائماً على الإرادة التعاقدية التي تمنح حماية إضافية للدائن مقارنة بالآخرين من غير خلق أدوات قانونية جديدة.

خامساً: توازنه بين الإرادة والنظام العام: يُجسّد هذا المركز توازناً دقيقاً بين حرية التعاقد من جهة، والنظام العام لحماية الضمان العام من جهة أخرى، حيث يراد بالنظام العام تلك القواعد التي يراد بها تحقيق مصلحة عامة اقتصادية أو اجتماعية وتتعلق بنظام المجتمع وتسمو على المصلحة الخاصة للأفراد الذين يلتزمون بمراعاتها وعدم الاتفاق على خلافها⁽²⁾؛ فالإرادة يمكنها أن تمنح الأفضلية، ولكن لا يمكنها أن تلغي المساواة المطلقة أو تحرم باقي الدائنين من حقوقهم في التنفيذ على أموال المدين، ومن هنا يتجلى البعد المزدوج لهذا المركز إرادي في نشأته، ونظامي في حدوده، وهو ما يتصور معه

(1) د. عامر محمود الكسواني، احكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008، ص 150 وما بعدها.

(2) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، مصدر سابق، ص 400.

قيام التزام على عاتق المدين قد يبدو منفصل عن العلاقة العقدية الأصلية، بما يمنح الدائن مركزاً تعاقدياً أكثر قوة واستقلالية، دون الإخلال بالقواعد العامة التي تحكم الضمان وحقوق باقي الدائنين⁽¹⁾. استناداً إلى ما قرره الفقه القانوني من أن سلطان الإرادة يعد أصلاً في التعاقد، إلا أنه يظل مقيداً بحدود النظام العام والآداب، فإن مركز الدائن العادي يعكس هذا التوازن؛ فهو يتمتع بحرية إرادية في صياغة التزاماته التعاقدية، طالما لم يخرج عن نطاق النظام العام الذي يضع الضوابط الجوهرية لحماية الحقوق⁽²⁾. ويجدر الإشارة إلى أن هذا المركز العقدي، رغم كونه أساساً لتحديد الحقوق والالتزامات بين الأطراف المباشرة، قد يمتد أثره أحياناً ليشمل أطرافاً ثالثة في حالات محددة، مثل اشتراط العقد لصالح الغير أو التنازل عن المركز، مع بقاء التأثير محدوداً ومحددًا بما نص عليه العقد أو القانون.

واستخلاصاً مما سبق أن المركز العقدي المتميز للدائن العادي لا يخرج عن الإطار العام لمراكز الدائنين العاديين بالتالي فهو لا يفضل عليهم بشيء، ويؤكد هذا أن العقد رغم تأثيره الواقعي على الضمان العام للدائن، يظل أداة لتحديد المركز القانوني داخل الإطار العام للدائنين، دون أن يتحول إلى التزام مطلق أو حق مستقل تجاه الغير، مما يرسخ التوازن بين حرية الإرادة التعاقدية وضوابط النظام العام. المركز العقدي المتميز للدائن العادي

المطلب الثاني

شروط المركز العقدي المتميز وتمييزه عما يشته به

يسعى المركز العقدي المتميز للدائن إلى تنظيم العلاقة بينه وبين المدين، وتحقيق توازن بين حرية التعاقد ومبدأ المساواة بين الدائنين، فهو يعكس إمكانية منح بعض الدائنين أفضلية محددة في استيفاء حقوقهم، دون أن يرتقي إلى الحقوق العينية مثل الامتياز أو الرهن .

ويقوم على اتفاق إرادي صريح يلتزم به الطرفان، ورغم أهميته العملية في تسهيل استيفاء الدين وتعزيز الثقة في التعاملات المالية، كما يكتسب تمييز هذا المركز من الأوضاع القانونية الأخرى أهمية بالغة، وذلك لإزالة الالتباس بينه وبين الوسائل القانونية الأخرى التي تعطي أفضلية للدائن عما

(1) د. علاء حميد حسين الغزي، نظرية الالتزام المستقل : دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفق التعديل نسي لسنة 2016، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2022، ص 3-33.

(2) د. عصمت عبد المجيد البكر، نظرية العقد في الفقه الاسلامي، ط 1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009، ص 57.

سواء من الدائنين، فإن هذا المركز يتطلب توافر مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي تكفل مشروعية الاتفاق ووضوح آثاره القانونية، وضمان تطبيقه بالشكل الذي يحقق العدالة ويحمي النظام العام، ويتناول هذا المطلب عرض تلك الشروط الجوهرية للمركز العقدي المتميز في الفرع الأول، مع إبراز الفروق القانونية الدقيقة التي تميزه من المفاهيم القانونية الأخرى التي قد يشتهر بها في الممارسة العملية في الفرع الثاني.

الفرع الأول

الشروط اللازمة لإنشاء المركز العقدي المتميز

تتطلب إقامة مركز عقدي متميز ضمن العلاقة التعاقدية وجود مجموعة من الشروط الشكلية والموضوعية التي تكفل مشروعية هذا المركز وحماية حقوق جميع الأطراف، وتركز هذه الشروط على وضوح الاتفاق، وجود التزام أصلي مشروع، واحترام النظام العام، بما يوازن بين حرية التعاقد ومبدأ المساواة بين الدائنين. ويهدف هذا الفرع إلى توضيح هذه الشروط الأساسية وأثرها في صحة المركز العقدي المتميز.

أولاً: الشروط الموضوعية: تقوم المراكز العقدية المتميزة على شروط موضوعية تضمن صحتها ومشروعيتها، وتمنع انحرافها عن الغاية التي شرعت من أجلها. وتتمثل هذه الشروط في توافر التزام أصلي مشروع، واتفاق إرادي صريح، وغرض مشروع لا يتعارض مع النظام العام أو الآداب.

1. **وجود التزام أصلي مشروع والذي يعتبر أساساً لبناء أي التزام:** حيث تقوم فكرة وجود التزام أصلي مشروع كشرط لقيام المراكز العقدية الصحيحة على أساس مشترك في القوانين المدنية الفرنسية والمصري والعراقي، إذ تتفق هذه الأنظمة القانونية في اعتمادها على مبدأ مشروعية السبب وصحة الالتزام الأصلي كأساس لصحة التصرفات التابعة له⁽¹⁾.

في القانون المدني الفرنسي، الذي يُعد المصدر التاريخي للقوانين المدنية الحديثة في العالم العربي، نصّ على أن (الالتزام الذي لا سبب له، أو القائم على سبب زائف، أو على سبب غير مشروع، لا يمكن أن يكون له أي أثر)⁽²⁾، وبعد الإصلاحات، أصبحت القاعدة أن (لا يجوز للعقد أن يخالف النظام العام، سواء في شروطه أو في هدفه، بغض النظر عما إذا كان هذا الهدف معلوماً

(1) عبد الوهاب علي بن سعد الرومي. الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي. دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي

والقانون المدني، من دون طبعة، 1994، ص 10-11

(2) المادة (1131) من التقنين المدني الفرنسي القديم (قبل تعديل 2016).

لجميع الأطراف أم لا⁽¹⁾، ويُفهم من ذلك أن الالتزام يجب أن يقوم على سبب حقيقي ومشروع، وإلا كان باطلاً، وقد أكدت محكمة النقض الفرنسية في إحدى أحكامها أن العقود الصورية أو التي تهدف إلى التحايل على القانون أو الإضرار بحقوق الدائنين تعتبر باطلة لانعدام المشروعية في السبب. وبناءً على ذلك، لا يمكن أن يقوم مركز عقدي كالرهن أو الكفالة على التزام باطل أو صوري، لأن هذه العقود تابعة للالتزام الأصلي في وجودها وصحتها⁽²⁾.

وقد تبني المشرع المصري المبدأ ذاته⁽³⁾ إذ قررت المادة (136) أن : (الالتزام يكون باطلاً إذا لم يكن له سبب أو كان سببه غير مشروع، أي إذا خالف النظام العام أو الآداب). كما نصت المادة (137) على أن : (الالتزام يُفترض أن له سبباً مشروعاً ما لم يَقم الدليل على عكس ذلك، وهو ما يعني أن عبء إثبات عدم المشروعية يقع على من يدّعيها، وتُطبّق هذه القواعد على جميع التصرفات التي تقوم على الالتزام الأصلي)، فإذا تبين أن الدين أو المعاملة صورية أو احتيالية - كأن يكون الغرض منها الإضرار بالدائنين - كان المركز العقدي الناتج عنها باطلاً أو غير نافذ وهذا ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية، التي قررت أن : (الكفالة أو الرهن التابعين لدين باطل لا يمكن أن يكتسبا وجوداً قانونياً صحيحاً)⁽⁴⁾.

وفي القانون المدني العراقي، الذي استمد الكثير من أحكامه من القانونين الفرنسي والمصري مع تأثره بالفقه الإسلامي، حيث قرر بوضوح أن العقد يكون باطلاً إذا التزم المتعاقدان دون سبب، أو كان السبب ممنوعاً قانوناً أو مخالفاً للنظام العام أو للآداب وأضاف أن كل التزام يُفترض أن له سبباً مشروعاً ولو لم يُذكر هذا السبب في العقد ما لم يَقم الدليل على خلاف ذلك، بينما إذا دُكر سبب في العقد فيعد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالفه⁽⁵⁾، ويتضح من ذلك أن المشرع

(1) المادة (1162) من التقنين المدني الفرنسي لعام 2016.

(2) قرار محكمة النقض الفرنسية - الغرفة المدنية الأولى - 24 نوفمبر 1983 (الطعن رقم 0376 لسنة 50، مكتب فني 34، ص 1671) المنشور على الموقع الإلكتروني:

تاريخ الزيارة: 2025/12/18 https://www.dar:elqanoun.com/2024/04/blog:post_28.html

(3) د محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، دروس في نظرية الالتزام (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، مصر، 1977، ص 209.

(4) الكفالة عقد تابع للالتزام الأصلي، فإذا كان الالتزام المكفول باطلاً امتنع انعقاد الكفالة لانعدام محلها" (الطعن رقم 8828 لسنة 77 ق، جلسة 2009/4/28). المنشور على الموقع الإلكتروني: <https://lawyeregypt.net>

تاريخ الزيارة: 2025/12/18

(5) المادة (132) من القانون المدني العراقي.

العراقي لم يكتفِ باشتراط مشروعية السبب فحسب، بل أقر قرينة قانونية تفيد بوجود سبب مشروع ما لم يُثبت العكس، وهو ما يعزز استقرار المعاملات ويمنع التحايل أو الصورية، وقد جرى القضاء العراقي على بطلان العقود التي يُراد بها حرمان الدائنين من حقوقهم أو تلك التي تقوم على سبب غير مشروع، لكونها لا تُنشئ التزاماً صحيحاً يمكن أن تُبنى عليه مراكز عقدية أخرى⁽¹⁾.

وعليه، فإن التشريعات الثلاثة الفرنسية، والمصرية، والعراقية - تتفق في جوهرها على مبدأ واحد مفاده أن مشروعية الالتزام الأصلي شرط جوهري لصحة المراكز العقدية التابعة له. فإذا كان الالتزام الأصلي باطلاً لانعدام سببه، أو لمخالفته النظام العام أو الآداب، أو لكونه صورياً أو احتيالياً، فإنه لا ينتج أثراً قانونياً صحيحاً، وتبطل تبعاً لذلك التصرفات المبنية عليه. وهذه القاعدة تستند إلى فكرة العدالة وحماية الثقة في التعامل، التي تقتضي ألا تُمنح الحماية القانونية للالتزامات التي تنطوي على غش أو تحايل أو مخالفة للنظام العام، وتختلف فيما بينها بأن القانون الفرنسي تجاوز نظرية السبب إلى مفهوم مضمون العقد، مرجئاً تقييم الغرض غير المشروع إلى القضاء بمعايير مرنة، بينما تمسك المصري بالسبب كركن، مقررراً قواعد صريحة في المادتين 136 و137 مع افتراض المشروعية، أما العراقي فقد شدد في الإثبات، معتبراً السبب المذكور في العقد هو الحقيقي حتى يثبت العكس، مما يعكس تطوراً تشريعياً وفقهياً أعمق.

2. اتفاق إرادي صريح على الأفضلية: اتفاق الإرادة الصريح على الأفضلية يُعدّ من الشروط الأساسية لقيام مركز عقدي متميز يخوّل أحد الدائنين حقاً تفضيلاً أو أولوية على غيره من الدائنين، كحق الرهن أو الامتياز أو الضمان الشخصي الممتاز. فالقانون لا يُقرّ تمييز أحد الدائنين إلا إذا كان هذا التمييز نابعاً من اتفاق إرادي صريح وواضح بين الأطراف، لأن المراكز القانونية الاستثنائية التي

(1) في قرار صادر عن محكمة التمييز الاتحادية العراقية بتاريخ 2025/9/10م، قضت المحكمة بأن العقد المبرم بين الأطراف كان باطلاً قانوناً لأن أحد المتعاقدين تعهّد بأداء أعمال كمحامٍ وهو غير محامٍ، وبما أن العقد باطل قانوناً فلا ينتج أي أثر بين المتعاقدين ولا يحق للمدعي المطالبة بالمبلغ الناشئ عن هذا العقد. وقد استندت المحكمة في بطلان العقد إلى نصوص المواد (130) و(132) و(137) و(138) من القانون المدني العراقي التي تقضي ببطلان العقد إذا خالف الشروط القانونية، وأكدت أن العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم أصلاً. مجلس القضاء الأعلى - بوابة قرارات محكمة التمييز الاتحادية على الموقع التالي:

تُخلّ بمبدأ المساواة بين الدائنين لا يمكن أن تُفترض أو تُستنتج ضمناً، بل يجب أن يُعبّر عنها تعبيراً لا لبس فيه (1).

ومن ثمّ، فإن التمييز بين الدائنين لا يقوم إلا على أساس اتفاق إرادي صريح وسليم، إذ لا يُفترض توافره ضمناً ولا يُستنتج من سكوت أو تصرف محتمل التفسير. ويُشترط كذلك أن يكون رضا المدين خالياً من أي عيب يؤثر في حريته أو إدراكه، لأن الإرادة المعيبة تُفقد العقد مشروعيته وتعرّضه للإبطال. فالقانون هنا يوازن بين مبدأ حرية التعاقد ومبدأ المساواة بين الدائنين، فلا يُجيز منح الأفضلية إلا إذا كانت مبنية على إرادة حقيقية، صريحة، وصحيحة في تكوينها.

3. **مشروعية الغرض وعدم مخالفة النظام العام:** يُعدّ شرط مشروعية الغرض وعدم مخالفة النظام العام من أهم الضوابط التي تضمن سلامة الاتفاق المانع للمركز العقدي المتميز. فالغرض من منح الأفضلية يجب أن يكون مشروعاً ومشروع الغاية، أي يهدف إلى تحقيق مصلحة قانونية أو اقتصادية مشروعة من غير أن ينطوي على تحايل أو إضرار بالغير (2).

فإذا كان الهدف من الاتفاق هو حرمان بقية الدائنين من حقوقهم أو إخفاء رهن غير معلن، فإن هذا الغرض يُعد غير مشروع ويجعل الاتفاق باطلاً في مضمونه. إذ تتضمن استغلالاً غير

(1) ويستند هذا المبدأ إلى قاعدة عامة مفادها أن الرضا ركن جوهري في تكوين العقد، كما نصت على ذلك القوانين المدنية في كل من فرنسا ومصر والعراق، إذا أكد القانون الفرنسي في المواد (1108 وما بعدها من التقنين القديم، و1128 من التقنين الجديد) على ضرورة وجود رضا سليم وخالٍ من العيوب في العقد، وأن أي خلل في الإرادة كالغلط أو التدليس أو الإكراه يؤدي إلى قابلية العقد للإبطال. ونصت المادة (89) من القانون المدني المصري على أن (يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد)، بينما قررت المواد (125: 131) القواعد المتعلقة بعيوب الإرادة، فبيّنت أن الرضا يكون معيباً إذا شابه غلط أو تدليس أو إكراه أو استغلال (غبن جسيم). ويترتب على ذلك أن الاتفاق الذي يمنح دائناً أفضلية على غيره يجب أن يصدر عن إرادة حرة واعية غير متأثرة بأي من هذه العيوب، وإلا كان العقد قابلاً للإبطال لمسأسته بمشروعية الإرادة. أما في القانون المدني العراقي، فقد تبّنى ذات الفكرة = في نص المادة (73) نصت على أن: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)، كما نصت المواد (112-125) على عيوب الإرادة، موضحة أن وجود إكراه أو تدليس أو غلط أو استغلال يؤدي إلى بطلان العقد أو إبطاله بحسب الأحوال. وبذلك فإن الاتفاق الذي يميّز أحد الدائنين لا يُعتدّ به إذا ثبت أن رضا المدين لم يكن حرّاً أو كان مشوباً بعيوب من هذه العيوب، راجع: حسن سعد حمود الموسوي، وحسن حنتوش رشيد، الغير وأساسه في العقد - دراسة مقارنة. "مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المملكة المتحدة، المجلد 6، العدد 1، 2025، ص 902-937.

(2) د. وليد خالد عطية، المبسوط في القانون المقارن للالتزام دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 25.

مشروع حيث نصت المادة (75) القانون المدني العراقي على أنه: (يصح أن يرد العقد على أي شيء آخر لا يكون الالتزام به ممنوعاً بالقانون أو مخالفاً للنظام العام أو للأداب).

كما أن الأفضلية المقررة للدائن المتميز ينبغي أن تبقى نسبية ومحدودة، بحيث لا تتحول إلى امتياز مطلق يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين. فلا يجوز أن يُستخدم هذا المركز وسيلة للتحايل على أحكام الإفلاس أو لتفضيل أحد الدائنين بعد توقف المدين عن الدفع، لأن ذلك يتنافى مع العدالة ويُخلّ بالتوازن المالي بين جميع أصحاب الحقوق ومن ثمّ، فإن مشروعية الغرض تمثل الحدّ الفاصل بين المركز المشروع والمركز غير المشروع؛ فكل اتفاق يستهدف تحقيق مصلحة حقيقية ضمن حدود القانون يُعدّ صحيحاً، أما إذا كان الغرض منه الإضرار أو التحايل أو مخالفة النظام العام، فإنه يفقد مشروعيته ويُبطل أثره القانوني.

ثانياً: الشروط الشكلية: تتطلب نشأة المركز العقدي المتميز توافر مجموعة من الشروط الشكلية التي تضبط إطاره القانوني وتكفل مشروعيته، ولا سيما لما ينطوي عليه من مساس بمبدأ المساواة بين الدائنين. ومن بين هذه الشروط الشكلية ما يلي:

1. الكتابة كوسيلة إثبات وضمان: علينا أولاً أن نميز بين الشكلية التي يوجبها القانون على سبيل الاستثناء لانعقاد العقود، وبين الكتابة التي يوجبها القانون للإثبات فالشكلية، متى نصّ عليها المشرّع، تُعدّ ركناً في انعقاد العقد لا يقوم من دونه، كما في الرهن التأميني أو الهبة غير المقبوضة⁽¹⁾، بينما الكتابة في مجال الإثبات لا تمسّ صحة العقد ذاته، وإنما تُعدّ شرطاً لإثباته أمام القضاء، فالتصرف القانوني الذي تزيد قيمته على مبلغ محدد (خمس ألف دينار عراقي) لا يجوز إثباته بالشهادة أو بالقرائن، بل يجب إثباته بالكتابة، وفقاً للقواعد العامة في الإثبات المدني، غير أن تخلف الكتابة لا يمنع العقد من إنتاج آثاره كاملة إذا أقرّ الطرف الآخر بوجوده، إذ إن الكتابة في هذه الحالة تُعدّ وسيلة لإثبات العقد لا شرطاً لصحته⁽²⁾.

وانطلاقاً من هذا الأساس، تُعدّ الكتابة من أهم الشروط الشكلية في إثبات المركز العقدي المتميز، لما لهذا المركز من طبيعة استثنائية تمسّ مبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام،

(1) إيناس عبد الواحد مالك، الجحود بالهبة: دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي (رسالة ماجستير، جامعة القادسية، كلية القانون، 2020، ص 96:94. كما أمير جاسم عبادي عبد الله الخزعلي، الجحود في عقد الهبة: دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، هاتريك للطباعة والنشر التوزيع، أربيل، 2025، ص 45.

(2) عصمت عبد المجيد بكر، طرق الإثبات (دراسة في القوانين ومشروعات القوانين العربية بالمقارنة مع الفقه الإسلامي)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص 209: 211.

فالكتابة هنا لا تُنشئ المركز العقدي، بل تؤدي وظيفتين أساسيتين: أولاً إثباتية، تمكّن القاضي أو الغير من التحقق من وجود الاتفاق ومضمونه وتاريخه؛ والثانية وقائية وضمانية، تحمي المدين من التزامات مبهمة أو تعاقدات غير محددة الأثر، وتضمن شفافية التعامل بين الدائنين بما يحول دون تفضيل أحدهم خفية على حساب الآخرين. ومن ثمّ، فإن الكتابة تُعدّ في هذا السياق شرطاً للإثبات والضمان لا شرطاً للانعقاد، إذ تحافظ على التوازن بين مبدأ سلطان الإرادة من جهة، والنظام العام المتعلق بالضمان العام للدائنين من جهة أخرى.

ويستند هذا التحليل إلى ما قرره القوانين المدنية المقارنة بشأن الطبيعة القانونية للكتابة ووظيفتها في مجال الإثبات، فقد نص القانون الفرنسي على أن: (يجب إثبات التصرف القانوني المتعلق بمبلغ أو قيمة تتجاوز حداً معيناً يحدده المرسوم، بموجب كتابة ذات توقيع خاص أو أصلي. ولا يجوز إثبات هذا التصرف، سواء بالإضافة إلى أم ضد وثيقة مكتوبة تثبته، إلا بواسطة كتابة أخرى مماثلة)⁽¹⁾، وينسجم هذا الاتجاه مع ما قرره القانون المصري الذي جاء فيه: (في غير المواد التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على ألف جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده أو انقضائه ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضى بغير ذلك، ويقدر الالتزام باعتبار قيمته وقت صدور التصرف، ويجوز الإثبات بشهادة الشهود إذا كانت زيادة الالتزام على ألف جنيه لم تأت إلا من ضم الفوائد والملحقات إلى الأصل)⁽²⁾، كما نصّ القانون المدني العراقي على أن: (العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه)⁽³⁾. وهو ما يدل على أن الأصل في العقود هو التراضي، وأن الشكل ليس شرطاً لانعقاد العقد إلا إذا نص القانون على خلاف ذلك. غير أن القواعد العامة في الإثبات جاءت لتحديد الحالات التي تكون فيها الكتابة وسيلة إلزامية للإثبات دون أن تمسّ صحة العقد ذاته، إذ نصّ قانون الإثبات العراقي على ما يلي: إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمس آلاف دينار أو كان غير محدد القيمة، فلا يجوز إثبات هذا التصرف أو انقضائه بالشهادة ما لم يوجد اتفاق أو قانون ينص على خلاف ذلك⁽⁴⁾.

(1) المادة (1359) من القانون المدني الفرنسي.

(2) المادة (60) من قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل.

(3) المادة (73) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة (77/ ثانياً) من قانون الإثبات العراقي. وينظر في شرح ذلك د. آدم وهيب النداوي، الموجز في قانون

الإثبات، بلا طبعه، العاتك، بيروت، بلا سنه طبع، ص 53

وتتأكد أهمية الكتابة في اليات تحديد المركز العقدي المتميز للدائن العادي، كتطبيق نقل الملكية على سبيل الضمان باعتبار الكتابة وسيلة تكشف الطبيعة الحقيقية للتصرف وتحدد نطاق الالتزامات المتبادلة بين الطرفين، فضلاً عن دورها في حماية الغير وتحقيق استقرار في المعاملات الائتمانية.

فيما يعد وضوح محل الاتفاق وحدود الأفضلية الشرط الأهم في إنشاء مركز عقدي متميز:

حيث يُعد وضوح محل الاتفاق وتحديد حدود الأفضلية من الشروط الجوهرية لصحة المركز العقدي المتميز وضمان فاعليته القانونية، فاستناداً إلى القواعد العامة في نظرية العقد، يجب أن يكون محل الالتزام محدداً أو قابلاً للتحديد وقت إبرام العقد، إذ إن الجهالة الفاحشة في المحل تؤدي إلى بطلان العقد أو تجعله غير نافذ لعدم تحقق التراضي الواعي على عناصره الأساسية، فقد نص القانون المدني الفرنسي على هذا التوجه⁽¹⁾، كما قرر القانون المدني المصري في الفقرة الثانية من المادة (133) بأنه: (إذا لم يكن محل الالتزام معيناً بذاته، وجب أن يكون معيناً بنوعه ومقداره وإلا كان العقد باطلاً ويكفي أن يكون المحل معيناً بنوعه فقط إذا تضمن العقد ما يستطاع به تعيين مقداره، وإذا لم يتفق المتعاقدان على درجة الشيء من حيث جودته ولم يمكن استخلاص ذلك من العرف أو من أي ظرف آخر، التزم المدين بأن يسلم شيئاً من صنف متوسط)⁽²⁾.

وجاء نصّ المشرّع العراقي على أنه⁽¹⁾: يلزم أن يكون محل الالتزام معيناً تعييناً نافياً للجهالة الفاحشة سواء كان تعيينه بالإشارة إليه أو إلى مكانه الخاص إن كان موجوداً وقت العقد أو ببيان الأوصاف المميزة له مع ذكر مقداره إن كان من المقدرات، أو بنحو ذلك مما تنتفي به الجهالة الفاحشة ولا يكفي بذكر الجنس عن القدر والوصف⁽²⁾: على أنه يكفي أن يكون المحل معلوماً عند العاقدين ولا حاجة لوصفه وتعريفه بوجه آخر⁽³⁾ ويتضح من هذه النصوص أن التشريعات العراقية والمصرية والفرنسية تشترط جميعها تحديد محل الالتزام بدقة، بما ينفي الجهالة الفاحشة ويتيح معرفة نطاق الحقوق والواجبات التي يترتب عليها العقد، مما يعزز الاستقرار القانوني ويحد من المنازعات حول تفسير الاتفاق أو نطاقه، وتطبيقاً لذلك، يجب أن يكون محل الاتفاق المنشئ للمركز العقدي المتميز محدداً بوضوح، سواء تعلق الأمر بحق معين يمنح الدائن ميزة خاصة في الاستيفاء أم بترتيب في

(1) المادة (1163) من القانون المدني الفرنسي لعام 2016.

"L'obligation a pour objet une prestation présente ou future. Celle ci doit être possible et déterminée ou determinable).

(2) المادة (133) من القانون المدني المصري.

(3) المادة (128) من القانون المدني العراقي.

أولوية الوفاء، أو بالتزام محدد يقع على عاتق المدين لصالح الدائن المتميز، فكل غموض في تحديد نطاق هذه الأفضلية أو في بيان الأساس القانوني الذي تقوم عليه يُعدّ خطراً جسيماً على صحة الاتفاق، إذ قد يؤدي إلى بطلانه لعدم وضوح المحل، أو إلى اعتباره تحايلاً على قواعد الضمان العام إذا استُعمل لتمكين أحد الدائنين من تفضيل نفسه دون سبب مشروع أو على حساب حقوق الغير كما يجب أن يتضمن العقد نصّاً صريحاً وواضحاً يبين طبيعة الأفضلية ومدتها ومداهها، حتى لا يفهم الاتفاق على أنه رهن مستتر أو امتياز ضمني يخالف النظام العام، فالرهن من التأمينات العينية التي يشترط القانون لقيامها شكلية خاصة، كالسجل أو الشهر، ولا يجوز إنشاؤها باتفاق ضمني أو بعبارات عامة تحتل التأويل، لأن ذلك يمثل خرقاً للنظام العام المتعلق بالمساواة بين الدائنين في الضمان العام⁽¹⁾، إضافة لذلك وبعد استعراض الشروط الموضوعية والشكلية اللازمة لقيام المركز العقدي المتميز، تتوصل الباحثة إلى أن الأجدر عدم الخلط بين المركز العقدي وبين المركز القانوني المتميز للدائن العادي، ذلك أن الأول ينشأ باتفاق إرادي صريح يمنح صاحبه أفضلية أو أولوية، بينما الثاني يستمد وجوده من القانون ذاته، كالدعوى المباشرة والحق في الحبس والمقاصة، كما يتعين تمييزه عن الكفالة الشخصية التي تضيف مديناً جديداً دون أن تخلق مرتبة تفضيلية بين الدائنين، فالتدقيق في هذه الفروق يصون مبدأ المساواة، ويضبط نطاق الاستثناء، ويحقق الاستقرار في المعاملات، ومن ثم، فإن هذا التمييز ليس ترفاً نظرياً، بل ضرورة عملية لحماية حقوق الأطراف.

الفرع الثاني

تمييز المركز العقدي المتميز عما يشته به

يعد المركز العقدي المتميز للدائن أحد المفاهيم القانونية المهمة التي تنظم ترتيب الحقوق بين الدائنين، ويستمد قوته من اتفاق إرادي خاص بين الطرفين دون أن يمنحه حقاً عينياً على أموال الغير، ورغم أهميته في تسهيل استيفاء الدين، إلا أنه كثيراً ما يُخلط بينه وبين اوضاع قانونية أخرى كحق الامتياز أو الرهن أو الشرط المعلق، نظراً لتقارب بعض الآثار العملية في ترتيب الاستيفاء، لذا، يكتسب تمييزه دقة قانونية عالية لضمان فهم نطاق أثره وحدود نفاذه، وتبيان الفرق بين الحقوق الشخصية والحقوق العينية، وفي هذا الفرع، سيتم عرض التمييز بين المركز العقدي المتميز وحق الامتياز، والرهن التأميني والرهن الحيازي، والشرط المعلق.

(1) محمد طلعت يدك، مصدر سابق، ص 341 وما بعدها.

أولاً: تمييز المركز العقدي المتميز للدائن من حق الامتياز

1. أوجه التشابه: يتشابه المركز المتميز للدائن من حق الامتياز في أن كل منهما يخول صاحبة افضلية في استيفاء الدين أي يمنح الدائن منفعة او ميزة محددة تميزه عن غيره من الدائنين، وهذا الامر يعد أبرز نقاط التشابه بين هذه الأوضاع القانونية، الذي قد يخلق الالتباس في المفاهيم.
2. أوجه الاختلاف: يختلف حق الامتياز عن المركز العقدي المتميز للدائن من حيث الأساس القانوني ومصدر وأثر كل منهما في ترتيب الحقوق بين الدائنين، وكما يأتي:
 - أ. بالنسبة لحق الامتياز: ان حق الامتياز هو أولوية يمنحها القانون ذاته لدائن معين مراعاة لصفة خاصة في دينه، كأن يكون الدين نفقةً أو أجورَ عمالٍ أو مصروفاتٍ قضائية، ويخول صاحبه التقدم في استيفاء حقه من مال المدين أو من مجموع أمواله دون حاجة إلى اتفاق أو إجراء شكلي، لأن مصدره نصّ تشريعي صريح يحدّد نطاقه ومرتبته بين الحقوق الممتازة الأخرى⁽¹⁾ ومن ثمّ فإن الامتياز يُعدّ من الضمانات العينية القانونية التي ترد على أموال المدين بقوة القانون، وتنفذ في مواجهة الكافة.
 - وقد نصّ المشرّع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي على أن: (بالإضافة إلى الحقوق الممتازة التي تنص عليها القوانين الخاصة، تُعتبر الديون الآتية ديوناً ممتازة على جميع منقولات المدين: (1) المصروفات القضائية بشرط أن تكون قد أنفقت لفائدة الدائن الذي يُحتج عليه بالامتياز، (2) مصروفات الدفن، (3) الأجور والتعويضات التالية...) (2) كما نصّ المشرّع المصري في القانون المدني المصري على أن: (الامتياز أولوية يقررها القانون لحق معين مراعاةً منه لصفته، ولا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص في القانون) (3) وجاء كذلك أن (مرتبة الامتياز يحددها القانون) (4)، بينما نصّت ايضاً على أن (المبالغ المستحقة للخزانة العامة يكون لها امتياز بالشروط المقررة في القوانين) (5)، واتبع المشرّع العراقي ذات النهج، إذ نص على أن: (تكون ممتازة إلى جانب الديون

(1) د. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الاثبات واجراءاته في المواد المدنية، ج5، الطبعة الأولى، دار الكتاب الحديث، 1991، ص 468.

(2) المادة (2331) من القانون المدني.

(3) المادة (1130) من القانون المدني المصري. ينظر في شرح ذلك. ينظر تفصيل ذلك في د. عبد المنعم البدرابي ، التأمينات الشخصية والعينية، بلا ط، مطبعة دار الكتب العربي ، مصر ، 1999، ص 320

(4) المادة (1131) من القانون نفسه.

(5) المادة (1139) من القانون نفسه.

المقرّر امتيازها بنصوص خاصة⁽¹⁾، كما نص على أن: (المصروفات القضائية التي أنفقت لمصلحة جميع الدائنين لها حق امتياز على ثمن هذه الأموال)⁽²⁾، ومن ثمّ، فإن الامتياز في مختلف التشريعات المقارنة يُعدّ من الضمانات العينية القانونية التي ترد على أموال المدين بقوة القانون وتنفّذ في مواجهة الكافة، ولا يمكن إنشاؤها بإرادة الأطراف كما هو الحال في المركز العقدي المتميز الذي يقوم على اتفاق خاص ولا ينتج أثره إلا في العلاقة الشخصية بين الدائن والمدين.

ب. بالنسبة للمركز العقدي المتميز للدائن: أما المركز العقدي المتميز للدائن فهو وضع قانوني ينشأ من اتفاقٍ إراديٍّ خاص بين الدائن والمدين يمنح الدائن أفضلية نسبية في استيفاء دينه أو في ترتيب الوفاء دون أن يرقى إلى مرتبة الامتياز، إذ لا يترتب عليه حق عيني تباعي ولا يُنفّذ في مواجهة الغير إلا في حدود مشروعية الاتفاق وآثاره الشخصية، فهو مركز ذو طبيعة شخصية إرادية يستمد قوته من العقد لا من القانون، دون أن يُخلّ بالنظام العام أو بمقتضيات العدالة في التنفيذ الجماعي.

ثانياً: تمييزه من الرهن

أ. **أوجه التشابه:** ان كلا من الرهن التأميني والرهن الحيازي يستندان إلى اتفاق أو علاقة قانونية بين الدائن والمدين ويمنحان أفضلية للدائن في استيفاء حقه⁽³⁾، وهذا هو الهدف الذي يراد منه تمييز الدائن العادي عن غيره.

ب. **أوجه الاختلاف:** ويختلف كل من الرهن التأميني والرهن الحيازي من جهة، والمركز العقدي المتميز للدائن من جهة أخرى من حيث الأساس القانوني والطبيعة ومدى النفاذ في مواجهة الغير. الرهن التأميني هو عقد موثق يمنح الدائن حقاً عينياً تبعياً على عقار محدد لضمان وفاء الدين، سواء كان العقار ملكاً للمدين أم لشخص آخر قدمه لضمان الدين، ويخول الدائن التقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين في المرتبة عند استيفاء حقه من ثمن العقار، ويستوفى كل دائن بحسب مرتبة رهنه في حال تزامن أكثر من دائن على العقار⁽⁴⁾، و وفقاً للقانون المدني الفرنسي أن الرهن العقاري

(1) المادة (1368) من القانون المدني العراقي.

(2) المادة (1369) من القانون نفسه.

(3) د. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2017، ص 486.

(4) د. طارق عفيفي صادق احمد، نظرية الحق، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016، ص 107.

هو حق عيني يمنح أولوية استيفاء الدين⁽¹⁾، بينما في القانون المدني المصري يؤكد أن الرهن التأميني يكتسب بكتابة العقد رسمياً ويمنح الدائن حقاً عينياً للتقدم على بقية الدائنين⁽²⁾، وفي القانون المدني العراقي ينص على أن الرهن التأميني حق عيني على العقار المخصص لضمان الدين⁽³⁾، كما أن الرهن التأميني يتطلب التسجيل لدى السجل العقاري ليصبح نافذاً في مواجهة الغير ويكسب الدائن الأولوية القانونية.

أما الرهن الحيازي، فهو حق عيني تبقي أيضاً ينشأ عن اتفاق رضائي بين الدائن والمدين، يلتزم بموجبه تسليم الشيء المرهون - عقار أو منقول - إلى الدائن أو طرف ثالث معين لضمان الدين، ويكفل للدائن حق التقدم والتتبع، أي حبس الشيء المرهون حتى استيفاء الدين، والتقدم على الدائنين الآخرين عند استيفاء حقه من ثمن الشيء، مع اعتبار أن كل جزء من الشيء المرهون يضمن الدين كله، وكل جزء من الدين مضمون بالشيء المرهون⁽⁴⁾ على وفق القانون المدني الفرنسي ينص على أن الرهن الحيازي يمثل حقاً عينياً تبقياً على عقار أو منقول⁽⁵⁾، وينص القانون المدني المصري تؤكد أن الرهن الحيازي ينشأ بمجرد الاتفاق الرضائي ويكسب الدائن حق التقدم والتتبع دون شرط الشكل الرسمي إلا إذا ورد على عقار فإنه يحتاج عندها لشرط التسجيل في السجل العقاري⁽⁶⁾، بينما القانون المدني العراقي يؤكد أن الرهن الحيازي ينشأ عن عقد رضائي مع حيازة الشيء المرهون لدى الدائن أو طرف ثالث⁽⁷⁾.

بينما المركز العقدي المتميز للدائن حسب ما سبق فإنه ينشأ من اتفاق إرادي بين الدائن والمدين يمنح الدائن أفضلية نسبية في ترتيب استيفاء الدين، دون أن يُكسبه حقاً عينياً أو سلطة تتبع على أموال الغير، ويظل هذا الحق شخصياً ومحدود التأثير في مواجهة الآخرين، ويخضع لمشروعية

(1) المواد (2373) من القانون المدني الفرنسي.

(2) المادة (1030) من القانون المدني المصري.

(3) المادة (1285) من القانون المدني العراقي.

(4) د. محمد السيد فارس، المدخل للدراسات القانونية، الكتاب لثاني، نظرية الحق، دون طبعة، جامعة القاهرة، د ت، ص 88.

(5) المادة (2071) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

(6) د. اسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، من أدون سنة طبع، ص 68.

(7) المواد (1321:1322) من القانون المدني العراقي، ينظر تفصيل ذلك في : د. عصمت عبد المجيد البكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الرهن الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019، ص 388.

الاتفاق وأثره الشخصي بين الطرفين، ولا يتطلب أي شكل رسمي أو تسجيل ليكون نافذاً بين الطرفين، ولكنه لا ينفذ في مواجهة الغير إلا بحدود الاتفاق.

ثالثاً: تمييزه المركز القانوني المتميز للدائن : يتباين المركز العقدي المتميز عن المركز القانوني المتميز للدائن العادي في مصدر نشوئه وطبيعته تكوينه، فالمركز العقدي المتميز لا يقوم إلا على اتفاق إرادي صريح بين الأطراف، يمنح أحد الدائنين حقاً قضائياً أو أولوية على غيره، كحق الرهن أو الامتياز أو الضمان الشخصي الممتاز، ولا يمكن أن يُفترض أو يُستنتج ضمناً، بل يجب التعبير عنه بعبارات لا لبس فيها.

وهذا المركز مشروط بوجود التزام أصلي مشروع، ومشروعية الغرض، ووضوح المحل وحدود الأفضلية، وإلا كان باطلاً أو غير نافذ، في المقابل، ينشأ المركز القانوني المتميز للدائن العادي بقوة القانون ذاته، دون حاجة إلى اتفاق صريح يمنح الأفضلية، كالدعوى المباشرة والحق في الحبس للضمان والمقاصة، حيث يمنح المشرع الدائن العادي وسيلة قانونية للخروج من مبدأ المساواة بين الدائنين في حالات محددة، فالأول استثناء اتفاقي على مبدأ المساواة، والثاني استثناء قانوني عليه، ويترتب على ذلك أن المركز العقدي يخضع لشروط أكثر صرامة في الوضوح والكتابة والمشروعية، بينما يبقى المركز القانوني محكوماً بالنصوص التي أنشأته، ومن ثم، فإن الخلط بينهما يؤدي إلى اضطراب في التكييف القانوني، ويضعف حماية النظام العام والمساواة بين الدائنين، في حين أن التمييز بينهما يحقق الاستقرار القانوني ويضمن وضوح المركز العقدي المتميز وشروطه وآثاره⁽¹⁾.

ففي القانون الفرنسي لا يستخدم المشرع الفرنسي مصطلح "المركز العقدي المتميز"، لكنه ينظم آثاره تحت مظلة "التأمينات" في الكتاب الرابع من القانون المدني، ويظهر التمييز جلياً في المادة (2288) التي تعرف الكفالة بأنها (العقد الذي يتعهد بموجبه الكفيل تجاه الدائن بالوفاء بدين المدين في حال عدم وفائه به)، كما تحدد المادة (2324) أن الامتياز هو حق تمنحه صفة الدين للدائن بصفة التقدم على غيره من الدائنين، حتى المرتهنيين منهم)، وهذا يعني أن القانون الفرنسي يعترف بالمركز المتميز كنتيجة لاتفاق إرادي أو بموجب القانون كالامتياز، دون أن يمس ذلك صحة العقد الأصلي أو وجوده.

(1) طه صباح خضير ، المركز القانوني المتميز للدائن العادي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق جامعة القادسية ، العراق، 2024، ص 28 وما بعدها.

فيما يتبنى المشرع المصري التمييز ذاته، حيث تعرف المادة (772) الكفالة بأنها: (الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه)، أما الامتياز، فتتص المادة (1130) على أن الامتياز هو (الامتياز أولوية يقررها القانون لدين معين مراعاة منه لصفته)، ويؤكد القانون المصري على أن الحقوق الممتازة كالامتياز والرهن تخول صاحبها حق التقدم وحق التتبع، وهي سمات تميز المركز العقدي المتميز عن المركز العقدي العادي الذي يخضع لمبدأ المساواة بين الدائنين.

بينما يقرر المشرع العراقي التمييز بشكل أكثر وضوحاً، إذ تنص المادة (1039) على أن: (الكفيل الذي يكفل الكفيل للدائن يعتبر في علاقته بالدائن كفياً للكفيل، وفي علاقته بالكفيل كما لو كان هذا الكفيل مديناً أصلياً بالنسبة له)، كما تعرف المادة (1361) الامتياز بأنه : (الأولوية في الاستيفاء لدين معين مراعاة لسبب هذا الدين، ولا يكون للدين امتياز إلا بمقتضى نص في القانون)، وهذا يعني أن المركز العقدي المتميز في القانون العراقي إما أن ينشأ باتفاق إرادي (كالكفالة) أو بنص القانون (كالامتياز)، وهو ما يميزه عن المركز العقدي العام الناتج عن مجرد وجود العقد.

وتتفق التشريعات الثلاثة على أن المركز العقدي المتميز ليس مركزاً عقدياً عادياً، بل هو وضع قانوني استثنائي يمنح صاحبه أفضلية أو أولوية في الاستيفاء، ويتميز هذا المركز عن المركز العقدي العام في أن الأول يحمي الدائن من مزاحمة غيره من الدائنين (بموجب رهن أو امتياز أو كفالة)، بينما يخضع الثاني لمبدأ المساواة بين الدائنين فالفرق بينهما فقهي وظيفي، يقوم على مدى انفراد أحد الأطراف بأفضلية قانونية مشروعة داخل العقد ، وتختلف هذه التشريعات في درجة الوضوح في النص على الاختلاف فالقانون الفرنسي يكتفي بالمعايير العامة والمرونة القضائية ، بينما المصري والعراقي يوردان نصوصاً صريحة تحدد شروط وأحكام هذه المراكز المتميزة⁽¹⁾.

يتضح من التحليل المقارن للحقوق المدنية المختلفة أن المركز العقدي المتميز للدائن يتميز بطبيعته الشخصية والإرادية، إذ ينشأ عن اتفاق خاص بين الدائن والمدين يمنح الدائن أفضلية نسبية في ترتيب استيفاء الدين دون أن يمنحه حقاً عينياً على أموال الغير، أو قوة تنفيذية في مواجهة جميع الدائنين كما هو الحال في الامتياز أو الرهن، وبناءً على ذلك، فإن المركز العقدي المتميز يظل حقاً شخصياً محدود النفاذ، يخضع لمشروعية الاتفاق وآثاره بين الطرفين فقط، ويهدف إلى تحسين مركز

(1) طه صباح خضير ، المركز القانوني المتميز للدائن العادي، رسالة ماجستير، المصدر السابق ، ص 36 وما بعدها.

الدائن في الاستيفاء دون المساس بترتيب الحقوق القانونية العينية، ومن هذا المنطلق، يمكن استنتاج أن طبيعة المركز العقدي المتميز تمثل حقاً شخصياً إرادياً ذا أثر نسبي، قائماً على الإرادة التعاقدية وليس على القانون، ويهدف إلى ترتيب أفضل للدائن ضمن حدود العلاقة العقدية بين الأطراف⁽¹⁾. ومن ثم فإن هذا المركز لا يرقى إلى مرتبة الحق العيني أو الامتياز القانوني، بل يُعد تنظيمًا اتفاقياً لآثار الالتزام في مرحلة ما بعد نشوئه، يقوم على الإرادة التعاقدية ويهدف إلى تعزيز مركز الدائن في الاستيفاء دون الإخلال بصحة العقد أو بمبدأ نسبية أثره⁽²⁾.

المبحث الثاني

التأسيس القانوني للمركز العقدي المتميز للدائن العادي

يمثل مبدأ المساواة بين الدائنين الركيزة الأساسية في القوانين المدنية حيث استقر التشريع الفرنسي في المادة (2285) من القانون المدني على أن أموال المدين هي الضمان المشترك لدائنيه، وهي القاعدة التي انتقلت إلى المشرع المصري في المادة (233) من القانون المدني، ومن ثم إلى المشرع العراقي في المادة (260) من القانون المدني، إلا أن هذا المبدأ، ورغم رسوخه التاريخي، أخذ يتراجع أمام متطلبات الائتمان الحديث التي تستلزم منح الدائن العادي مزايا تفضيلية تخرجه من دائرة قسمة الغرماء، وهو ما أدى إلى نشوء مفهوم المركز العقدي المتميز.

إن الأساس القانوني لهذا المركز لا يقوم من فراغ، وإنما يركز ابتداءً إلى مبدأ سلطان الإرادة الذي يمنح الأطراف حرية تشكيل مراكزهم القانونية بما لا يتعارض مع النظام العام، ففي القانون الفرنسي أتاحت التعديلات الجوهرية (خاصة إصلاح عام 2016) مرونة فائقة في صياغة الشروط الوقائية. أما في القانون المصري، فقد استند الفقه إلى نص المادة (1/147) بشأن القوة الملزمة للعقد، أساساً يتيح للمتعهدين إدراج بنود تمنح الدائن حقوقاً استثنائية، كما كرس القانون العراقي في المادة (146) مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، الأمر الذي أتاح للأطراف، وفي حدود القانون، تنظيم آثار العلاقة العقدية بما يحقق للدائن العادي مركزاً قانونياً متميزاً، من خلال الاتفاق على وسائل عقدية تمنحه أفضلية في استيفاء حقه، دون الحاجة إلى إنشاء تأمين عيني.

(1) محمد بن عبد العزيز بن سعد اليمني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى قسم الثقافة الإسلامية . كلية التربية . جامعة الملك سعود، 1425 هـ . 2004 م، ص 72.

(2) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، ط3، بيروت، 2011، ص 300 وما بعدها.

وعليه، يجد هذا المركز المتميز أساسه في نظرية المصلحة المشروعة؛ إذ إن تمييز الدائن عقدياً ليس محاباة مجردة، بل هو استحقاق ناتج عن مخاطرة ائتمانية، ومن هنا، سنعمد في هذا المبحث إلى تحليل هذه الأسس عبر تتبع ملامح التمييز في القوانين الثلاثة (الفرنسي والمصري والعراقي)، مفرقين بين ما تمنحه الإرادة من أولوية واقعية وما يضيفه القانون من حماية حكومية تجعل من العقد ليس فقط مصدراً للالتزام، وبناء على ما سبق سوف نخصص المطلب الأول من هذا المبحث لدراسة مشروعية المركز العقدي، ولننتقل للحديث في المطلب الثاني عن تحديد الطبيعة القانونية للمركز العقدي.

المطلب الأول

مشروعية المركز العقدي المتميز للدائن العادي

تقوم مشروعية المركز العقدي على ما تتيح للحرية التعاقدية من إمكانية التأثير في ترتيب حقوق الدائنين، بما قد يؤدي عملياً إلى تمييز أحدهم عن غيره، ويكرس القانون العراقي مشروعية هذا المركز عبر المادة (146)، التي تجعل من العقد قانون المتعاقدين وتتأكد هذه المشروعية من خلال إجازة القانون العراقي لشروط تمنح الدائن غلبة واقعية، مثل حق الحبس أو شروط الضمانات التبعية، طالما أنها لا تهدف إلى التهريب الصوري للأموال فالمشروعية هنا تقوم على فكرة أن اليقظة العقدية للدائن هي حق مكتسب لا يخالف النظام العام، طالما اقترنت بحسن النية ولم تقصد الإضرار العمدي بجماعة الدائنين، مما يجعل المركز العقدي وسيلة قانونية مقبولة للخروج عن مساواة قسمة الغرماء، وسوف نبين هذه المسائل في هذا المطلب وذلك بتقسيمه على فرعين، الأول منه يدرس الاتفاق كتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة، والثاني يدرس الاتفاق في ضوء النظام العام وحماية الدائنين.

الفرع الأول

الاتفاق كتطبيق لمبدأ سلطان الإرادة

الأداة القانونية الأولى التي تتيح للدائن العادي فرصة حماية نفسه من مخاطر إعسار المدين أو مزاحمة الدائنين الآخرين هو الاتفاق العقدي فإذا كان الأصل هو المساواة، فإن الاستثناء يكمن فيما تمليه إرادة الأطراف من شروط تمنح أحدهما مركزاً لا يتمتع به الآخرون⁽¹⁾، ويستند المركز العقدي

(1) مصطفى كمال طه، الإفلاس والتصفية القضائية، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005، ص 87-89. يراجع أيضاً:

Peter Niven, The Anti: Deprivation Rule and the Pari Passu Rule in Insolvency, Insolvency Law Journal, Vol. 25, Part 1, Buddle Findlay, 2017, pp. 1-5.

التميز في القانون الفرنسي ابتداءً إلى مبدأ الحرية التعاقدية (Liberté contractuelle) وقد شهد القانون المدني الفرنسي تحولاً بموجب تعديل عام 2016، حيث تم تقنين هذا المبدأ بشكل صريح، وتنص المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي على أن: (لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، وأن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقررها القانون ولا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام)، وهذا النص يمثل الركيزة الأساسية التي تمنح الدائن مشروعية اشتراط مزايا تجعل مركزه أفضل من بقية الدائنين العاديين⁽¹⁾.

وبموجب المادة (1103) فإن العقود المبرمة قانوناً تعد بمنزلة قانون خاص بالنسبة الأطراف العقد ومن هنا، فإن الشروط التي تمنح الدائن حقاً في الأولوية أو تمنحه حق استرداد العين وهي شروط ملزمة للقضاء وللغير، طالما لم تخالف النظام العام⁽²⁾.

ويرى الفقه الفرنسي أن شرط الاحتفاظ بالملكية هو أصدق تطبيق لمنح الدائن مركزاً متميزاً، فهو يحمي الدائن من مخاطر الإفلاس، حيث يبقى الدائن مالكاً لمحل العقد ولا يدخل ضمن جماعة الدائنين⁽³⁾.

كما تميز القانون الفرنسي بمنح شرط الاحتفاظ بالملكية فاعلية مطلقة تتجاوز حتى إجراءات التصفية القضائية، مما يجعل الدائن العادي هنا في مرتبة تسمو واقعياً على الدائنين المرتهنيين في بعض الأحيان⁽⁴⁾.

وفي هذا الإطار، فالقانون المدني المصري اعتبر أن شريعة المتعاقدين هي الأساس القانوني لمشروعية المركز العقدي المتميز، إذ ذكر المشرع أنه: (العقد شريعة المتعاقدين، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون...)⁽⁵⁾.

(1) Code civil français, Edition Dalloz 2023, Article 1102, p. 1145.

(2) François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, "Les obligations", 12e éd., Dalloz, 2018, p. 452.

(3) Philippe Delebecque, Droit des sûretés, 11e éd. (Paris: Dalloz, 2021), P 210.

(4) المادة (2367) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على (يمكن الاحتفاظ بملكية مالٍ على وجه الضمان بموجب شرط الاحتفاظ بالملكية الذي يعلق الأثر الناقل للعقد حتى الوفاء الكامل بالالتزام المقابل له).

(5) المادة (147) من القانون المدني المصري .

وقد أكد المشرع المصري في ذات القانون على أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه إذ نصت على أنه (1: أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه 2: وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون) ⁽¹⁾.

وبشأن المشرع العراقي نجده ينص على أنه (1-إذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي...) ⁽²⁾، يبين المشرع العراقي في النص السابق بأن الضمان العام هو القاعدة العامة في مجال الالتزامات، لكن الاتفاق يمثل الاستثناء الذي يمنح حق التقدم.

كما أكد المشرع على أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون والتي نصت على أنه (1 - أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2 - وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون) ⁽³⁾.

هنا يبرز دور الاتفاق كما في شرط الاحتفاظ بالملكية الذي هو ضمان اتفاقي مصدره إرادة طرفي عقد البيع ويمثل استعمال حق الملكية ضمان لتنفيذ المشتري التزامه بدفع الثمن المؤجل، وان انتقلت اليه حيازة المبيع وما تخوله تلك الحيازة من سلطتي الانتفاع والاستعمال، فان احتفاظ البائع بملكيته يمثل صوغاً جديداً للالتزامات المتقابلة الناشئة عن عقد البيع ⁽⁴⁾.

كما نلاحظ أن المشرع العراقي قد حرص على حماية الدائنين في إطار أحكام الإفلاس، إلا أن الدائن الذي نجح في تمييز مركزه عقدياً قبل صدور حكم الإفلاس قد يتمكن من الحد من مزاحمة جماعة الدائنين، ومن أبرز الوسائل التي تحقق ذلك الاتفاق على الشرط الفاسخ الصريح، ولا سيما إذا اقترن بالنفذ التلقائي، ويختلف الفسخ التلقائي عن الفسخ الاتفاقي من حيث الأثر؛ إذ إن الفسخ الاتفاقي يقتصر على اتفاق المتعاقدين على جعل الإخلال سبباً لفسخ العقد، مع بقاء إمكانية تدخل

(1) المادة (234) من القانون المدني المصري .

(2) المادة (146) من القانون المدني العراقي .

(3) المادة (260) من القانون المدني العراقي .

(4) هادي حسين عبد علي الكعبي، احتفاظ البائع بملكية المبيع، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بابل، كلية القانون،

القضاء للتحقق من توافر شروطه عند المنازعة، أما الفسخ التلقائي⁽¹⁾، فهو صورة مشددة من الفسخ الاتفاقي، يتفق فيها الطرفان على أن ينفسخ العقد بقوة الاتفاق بمجرد تحقق الشرط المحدد، دون حاجة إلى استصدار حكم قضائي بالفسخ، وتبرز أهمية ذلك في العقود المقترنة بشرط الاحتفاظ بالملكية، إذ يتيح للدائن استرداد محل العقد قبل دخوله في أموال المدين المفلس⁽²⁾، فلا يخضع لمزاحمة جماعة الدائنين، بما يؤكد أن الإرادة العقدية تمثل إحدى أهم وسائل تدعيم المركز العقدي المتميز للدائن العادي، في الحدود التي يجيزها القانون⁽³⁾.

يتضح من استقراء القوانين الثلاثة الفرنسي والمصري والعراقي أن مبدأ سلطان الإرادة ليس مجرد حق في إنشاء الالتزام، بل هو سلطة هذا الالتزام بحيث يوفر للدائن حماية استباقية، إذ تقرر تلك القوانين الباب واسعاً لكسر هذه المساواة لصالح الدائن اليقظ الذي يعرف كيف يصيغ مركزه المتميز عقدياً⁽⁴⁾.

إذ إن عند استقراء المسارات التشريعية للقوانين محل الدراسة، نجد أن هناك تفاوتاً في درجة التحرر من سطوة قاعدة المساواة لصالح الإرادة العقدية، وهو ما يبرز الفروق الجوهرية بينها. ففي التشريع الفرنسي، نجد توجهاً حداثياً صريحاً إذ انتقل المشرع من مرحلة اعتبار العقد مجرد مصدر للالتزام إلى اعتباره أداة أمان ائتماني مستقلة، والفرق الجوهرى يكمن في أن المشرع الفرنسي، عبر إصلاحات عام 2016، لم يكتف بالنص على القوة الملزمة، بل قنن الحرية التعاقدية كأصل دستوري تشريعي، مما جعل المركز العقدي المتميز للدائن يبدو وكأنه الأصل في المعاملات المدنية المعاصرة⁽⁵⁾.

(1) الفسخ التلقائي للعقد هو (اتفاق طرفي العقد على أن يكون لأحد منها (الدائن) في هذا العقد حق فسخ العقد بإرادته المنفردة عن طريق تعبير يوجه إلى المتعاقد الآخر)، د. حسام الدين كامل الاهواني، النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، ط2، ج1، القاهرة، 1995، ص 415.

(2) أسامة نائل المحسين، الوجيز في الشركات التجارية والافلاس، الطبعة الأولى، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2008، ص315.

(3) سعيد مبارك وطه الملا حويش، الوجيز في الحقوق العينية، الطبعة الأولى، جامعة بغداد، العراق، 2005، ص142.

(4) المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي، تقابلها المادة (147) من القانون المدني المصري، والمادة (146) من القانون المدني العراقي.

(5) نص المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي المعدل.

أما في القانون المصري، فإن الموقف يبدو أكثر توازناً وتحفظاً فبينما يقدر المشرع مبدأ العقد شريعة المتعاقدين حسب المادة (147)، فبينما يسهل القانون الفرنسي الخروج من الجماعة عبر الشروط العقدية، يضع القانون المصري قيوداً أكثر صرامة عبر دعاوى عدم نفاذ التصرفات، معتبراً أن التميز العقدي يجب ألا يصل إلى حد الاحتيايل على المساواة القانونية، مما يجعل المركز العقدي في مصر مركزاً محمياً طالما كان المدين في حالة يسر، ومركزاً مهدداً بمجرد دخول المدين في مرحلة الريبة أو الإعسار⁽¹⁾.

وفيما يخص القانون العراقي، فإنه يشترك مع نظيره المصري في الجذور التاريخية، إلا أنه يتميز بمرونة ناتجة عن التداخل بين النصوص المدنية والقواعد الكلية المستمدة من الفقه الإسلامي، وبالنظر إلى المادة (260) من القانون المدني العراقي، التي تقرر مبدأ المساواة بين الدائنين، يتبين أن هذا المبدأ لا يحول دون إعمال سلطان الإرادة في إنشاء مراكز عقدية متميزة في الحدود التي يجيزها القانون، وذلك من خلال بعض الوسائل العقدية، فضلاً عن الوسائل القانونية كحق الحبس، بما يسهم في تعزيز مركز الدائن العادي دون منحه حق تقدم أو حق تتبع كالذي تقرره التأمينات العينية⁽²⁾.

نجد أن القضاء العراقي اعتمد على مبدأ القوة الملزمة للعقد لتبرير هذه المراكز، لكنه في الوقت نفسه يمنح أهمية خاصة لاستقرار الحقوق في ظاهرها، والمشرع الفرنسي يمنح الإرادة العقدية الأولوية بوصفها أداة هندسية لتشكيل المراكز القانونية، بينما يمنحها المشرع المصري الأولوية كأداة تعاقدية تعمل ضمن حدود النظام العام، بينما يمنحها المشرع العراقي الأولوية كوسيلة واقعية لحماية الحقوق، قائمة على مبدأ استقرار المعاملات وتجنب الضرر.

الفرع الثاني

الاتفاق في ضوء النظام العام وحماية الدائنين

مبدأ سلطان الإرادة أحد الأسس الجوهرية في نظرية العقد، إذ يمنح المتعاقدين حرية واسعة في تنظيم علاقاتهم القانونية بما يحقق مصالحهم، غير أن هذه الحرية ليست مطلقة، فقد وضع المشرع لها حدوداً واضحة حتى لا تتحول إلى وسيلة للإضرار بالغير أو مخالفة القيم الأساسية للمجتمع، ومن

(1) د. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، الطبعة الأولى، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، ص 310.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القانون المدني العراقي، الطبعة الأولى، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015، ص 215.

أبرز هذه الحدود قاعدة النظام العام والآداب التي تقضي ببطلان أي اتفاق يتعارض معها، حمايةً للمجتمع وصوناً لحقوق الدائنين⁽¹⁾.

وفي هذا السياق، برزت حماية الدائنين كأحد أهم تطبيقات النظام العام في القانون المدني، حيث لا يجوز للمدين أن يستغل حرية التعاقد لتهريب أمواله أو الإضرار بحقوق دائنيه، ولتحقيق هذه الحماية، أوجد المشرع وسائل قانونية فعالة مثل الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات، وهي أدوات تضمن بقاء الضمان العام قائماً وفعالاً، وتمنع أي تصرف من شأنه أن يضعف حقوق الدائنين أو يخل باستقرار الائتمان⁽²⁾.

ويعد القانون الفرنسي الرائد في تأصيل دعوى عدم نفاذ التصرفات، إذ شهد تطوراً كبيراً لتعزيز فعالية الضمانات، وأولى أهمية خاصة للائتمان باعتباره أحد الركائز الأساسية للنظام العام الاقتصادي، ومن ثم، فإن أي اتفاق يبرم بهدف إظهار إفسار المدين بصورة صورية يُعد باطلاً، لأنه يمس الثقة بالنظام الائتماني ويقوض استقرار المعاملات⁽³⁾.

وتبرز حماية الدائنين كأحد أهم تطبيقات النظام العام، إذ لا يجوز للمدين أن يستغل حرية التعاقد لتهريب أمواله أو إبرام تصرفات تهدف إلى الإضرار بحقوق دائنيه، لذلك أوجد المشرع وسائل قانونية فعالة، مثل الدعوى غير المباشرة التي تتيح للدائن أن يحل محل مدينه في استعمال حقوقه إذا أهمل في ذلك، ودعوى عدم نفاذ التصرفات التي تمكن الدائن من الطعن في تصرفات المدين الضارة بالضمان العام، هذه الوسائل تعتبر من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها، لأنها تمس جوهر الائتمان وتوازن العلاقات المالية في المجتمع⁽⁴⁾.

(1) د. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1997، ص 359-355.

(2) د. عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017، ص 254-259. كما عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 1066-1072.

(3) Jean Carbonnier, Droit civil – Les obligations, Tome 2, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2004.P.420-412.

(4) د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني احكام الالتزام، ج2، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص 90.

وبذلك، فإن دراسة الاتفاق في ضوء النظام العام وحماية الدائنين تكشف عن فلسفة قانونية دقيقة تسعى إلى تحقيق التوازن بين حرية المدين في إدارة أمواله وبين ضرورة الحفاظ على حقوق دائنيه، وهو توازن يرسخ الثقة في المعاملات ويعزز استقرار الحياة الاقتصادية والاجتماعية.

وتقوم فلسفة حماية الدائن في القانون المصري كباقي القوانين المقارنة على مبدأ عنصر المسؤولية الذي يخول الدائن جبر المدين على الوفاء إذا لم يقيم به اختياراً، وتعتبر أموال المدين جميعها ضامنة لهذا الوفاء، إذ إن الالتزام يتكون من عنصرين أساسيين في القانون المدني المصري: أولهما عنصر المديونية الذي يمثل الواجب القانوني الملقى على عاتق المدين، وثانيهما عنصر المسؤولية الذي يخول الدائن حق إجبار المدين على التنفيذ في أمواله لا في جسمه، بما ينسجم مع مبدأ احترام الحرية الشخصية، وفي إطار تنظيم الاتفاقات، حيث نصت المادة (135) على بطلان كل اتفاق يخالف النظام العام أو الآداب العامة، وهو ما يحول دون إبرام المدين اتفاقات تهدف إلى تهريب أمواله إضراراً بحقوق دائنيه، ومن أجل تعزيز هذه الحماية، أقر المشرع دعوى عدم نفاذ التصرفات التي تمكن الدائن من الطعن في أي تصرف يقوم به المدين إذا كان من شأنه أن يضعف ضمانه العام، سواء كان المدين معسراً بالفعل أم أدى التصرف إلى زيادة إعساره⁽¹⁾.

أما القانون المدني العراقي فيظهر تشدداً واضحاً في حماية الضمان العام، إذ قرر المشرع أن جميع أموال المدين تعد ضامنة للوفاء بديونه، وهو ما يعكس فلسفة قانونية تهدف إلى صون الائتمان وضمان استقرار المعاملات، وقد نصت المادة (2/260) على: (2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان الا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون).

ويعد هذا النص تجسيداً لفكرة أن الضمان العام ليس مجرد وسيلة: لحماية الدائن الفرد، بل هو نظام متكامل يهدف إلى حماية جماعة الدائنين ككل، ومنع أي تمييز غير مشروع بينهم⁽²⁾.

ولم يكتف المشرع بهذا الإطار العام، بل أتاح للدائنين وسائل قانونية فعالة لتعزيز ضماناتهم، ففي المادة (261)، أجاز لهم استعمال حقوق مدينهم إذا أهمل في استعمالها، وذلك من خلال الدعوى غير المباشرة، التي تمكن الدائن من الدخول مكان المدين في ممارسة حقوقه، حمايةً للضمان العام

(1) د. عبد الرزاق احمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - نظرية الالتزام مصدر سابق، ص 720-735.

(2) محمد حنون جعفر، القانون المدني العراقي في ضوء الأسس التي قام عليها، مجلة كلية القانون، جامعة السليمانية، مجلد6، عدد36، 2024، ص 55-75.

ومنعاً من تفاقم حالة الإعسار وقد استثنى المشرع من ذلك الحقوق المتصلة بشخص المدين، مراعاةً لاعتبارات شخصية لا يجوز المساس بها ⁽¹⁾.

كما نظم المشرع في المواد (263-264) دعوى عدم نفاذ التصرفات، التي تعد وسيلة أساسية لحماية الدائنين من غش المدين أو محاولات تهريب أمواله وتقوم هذه الدعوى على تمكين الدائن من لطعن في التصرفات التي يقوم بها المدين إذا كان من شأنها الإضرار بحقوق الدائنين أو إنقاص الضمان العام، وتعتبر هذه القواعد من النظام العام، فلا يجوز الاتفاق على مخالفتها أو التحايل عليها، لأنها تمس جوهر الائتمان وتوازن العلاقات المالية في المجتمع ⁽²⁾.

وبذلك يظهر أن المشرع العراقي قد جمع بين مبدأ المساواة في الضمان العام وبين إقرار وسائل قانونية متقدمة لحماية الدائنين، مما يعكس حرصه على تحقيق التوازن بين حرية المدين في التصرف في أمواله وبين ضرورة صون حقوق دائنيه.

تتفق النظم المدنية الثلاثة (الفرنسي والمصري والعراقي) على أن سلطان الإرادة يقف عند حدود حماية حقوق الدائنين، فلا يجوز أن تستعمل الإرادة العقدية كوسيلة للغش أو للإضرار بالغير، ففي القانونين الفرنسي والمصري، يتركز الأمر على فكرة المسؤولية المالية للمدين، أي أن أمواله جميعها تعد ضماناً عاماً لديونه، ولا يجوز له أن يتصرف فيها بما يخل بحقوق دائنيه، ومن هنا جاءت الدعوى البوليصية والدعوى غير المباشرة كوسائل لحماية هذا الضمان ⁽³⁾.

ولقد أضاف المشرع العراقي إلى هذه المنظومة لمسة مستمدة من الفقه الإسلامي، حيث يقوم على مبدأ أن مصلحة مجموع الدائنين مقدمة على حرية المدين في التصرف بماله عند الإعسار، وهذا يعكس تأثر المشرع العراقي بفكرة منع الضرر واستقرار المعاملات، وهي مبادئ أصيلة في الفقه الإسلامي، مما يجعل حماية الضمان العام في العراق ذات بعد أخلاقي واجتماعي إلى جانب بعدها القانوني ⁽⁴⁾.

(1) د. عبد المجيد الحكيم، ود. عبد الباقي البكري، ود. محمد طه البشير، شرح القانون المدني العراقي، النظرية العامة للالتزام : ج2 أحكام الالتزام ، شركة العاتك لصناعة الكتاب، بغداد، 2011 ، ص 118-121.

(2) عبد المجيد الحكيم وآخرون، شرح القانون المدني العراقي أحكام الالتزام، ج2، مصدر سابق، ص 127-130.

(3) خضير عباس مشعان العيساوي، دراسة في دعوى عدم نفاذ التصرف كأداة لاسترداد الضمان العام، مجلة الجامعة العراقية، العراق، المجلد 74 ، العدد 2 ، 2025 ، ص 443-444.

(4) عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني العراقي، ج2، الطبعة الأولى، مطبعة العاني، بغداد، 1969، ص 287-292.

وبذلك يظهر أن الإرادة العقدية، وإن كانت أداة أساسية في تكوين المراكز القانونية، إلا أنها تتراجع أمام مقتضيات حماية الائتمان وضمان حقوق الدائنين، سواء من خلال المسؤولية المالية في مصر وفرنسا، أم من خلال المزج بين هذه المسؤولية والاعتبارات الفقهية في العراق.

وخلاصة القول إن مبدأ سلطان الإرادة، رغم أهميته في تنظيم العلاقات العقدية، ليس مبدأ مطلقاً، بل يرد عليه قيد النظام العام وحماية حقوق الدائنين، ولا سيما عندما تستعمل الإرادة للإضرار بالضمان العام أو التحايل على حقوق الغير، وقد اتفقت القوانين الفرنسي والمصري والعراقي على إقرار وسائل قانونية لحماية الدائنين، من أهمها الدعوى غير المباشرة ودعوى عدم نفاذ التصرفات، مع اختلاف في الأساس التشريعي والتنظيمي لكل منها، ويظهر في القانون العراقي تأكيد خاص على مبدأ المساواة بين الدائنين وصيانة الضمان العام، بما يحقق التوازن بين حرية المدين في التصرف بأمواله وبين ضرورة حماية الائتمان واستقرار المعاملات.

المطلب الثاني

طبيعة المركز العقدي المتميز للدائن العادي

يُعدّ تحديد طبيعة المركز العقدي المتميز للدائن العادي من المسائل الأساسية في دراسة المراكز القانونية ذات الطابع الاتفاقي، لما يترتب عليه من نتائج على موضوع البحث وبيان آثاره وحدود نفاذه في مواجهة أطراف العلاقة والغير، وتثير فكرة المركز العقدي المتميز للدائن العادي إشكاليات دقيقة في هذا المجال، إذ يقع هذا المركز في منطقة وسطى بين مبدأ المساواة في الضمان العام من جهة، وسلطان الإرادة التعاقدية من جهة أخرى، ويثور التساؤل حول ما إذا كان هذا المركز يظل مجرد حق شخصي يستمد قوته من العقد، أم أنه يمثل وضعاً قانونياً خاصاً داخل العلاقة التعاقدية، أو تنظيماً اتفاقياً لآثار الضمان العام يمنح الدائن أفضلية نسبية دون أن يرقى إلى مرتبة التأمينات العينية.

وانطلاقاً من ذلك، سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين، نتكلم في الفرع الأول عن طبيعة المركز العقدي في النصوص التشريعية، لننتقل للحديث في الفرع الثاني عن موقف الفقه من تحديد الطبيعة القانونية للمركز العقدي.

الفرع الأول

طبيعة المركز العقدي في النصوص التشريعية

يثير المركز العقدي المتميز للدائن العادي إشكالاً دقيقاً في تحديد الطبيعة القانونية، نظراً لوقوعه في منطقة وسطى بين مبدأ سلطان الإرادة الذي يتيح للأطراف تنظيم آثار التزاماتهم، ومبدأ

المساواة بين الدائنين في الضمان العام الذي يشكل إحدى الركائز الأساسية في القوانين المدنية، وتظهر أهمية هذا التحديد بوجه خاص عند المقارنة بين القوانين الفرنسي والمصري والعراقي، لما يترتب عليه من آثار عملية تتعلق بترتيب حقوق الدائنين، وحدود نفاذ الشروط العقدية في مواجهة الغير، ولا سيما في حالات التزام أو الإعسار⁽¹⁾، على النحو الآتي:

أولاً: المركز العقدي كحق عيني تبعية أو امتياز قانوني: يتمثل بتحديد الطبيعة القانونية للمركز العقدي المميز بأنه حق عيني أو حق امتياز، وذلك لتشابه كل منهما بكونه ميزة أو افضلية للدائن مقارنة بغيره من الدائنين، ويوجه النقد إلى هذا الرأي بأنه يصح تحديد تلك الطبيعة للمركز العقدي المتميز بوصفه حقاً عينياً تبعياً، لأنه يفترق إلى الخصائص الجوهرية التي تميز الرهن والامتياز في القوانين المدنية المقارنة، فالحق العيني التبعية يفترض دائماً وجود نص قانوني أو شكلية خاصة تنقله من دائرة الحقوق الشخصية إلى دائرة الحقوق العينية، ويمنح صاحبه سلطة مباشرة على مال معين من أموال المدين مع إمكانية الاحتجاج به في مواجهة الكافة، وبناءً على ذلك، فإن مجرد الاتفاق بين الدائن والمدين، مهما بلغ من الدقة أو القوة، لا يكفي لتحويل الدين العادي إلى حق عيني تبعية⁽²⁾.

فالامتياز في القانون الفرنسي⁽³⁾، يُعدّ أولوية قانونية استثنائية لا تُمنح إلا بنص صريح يراعي طبيعة الدين وصفته، ولا يجوز التوسع فيها أو إنشاؤها باتفاق خاص، وسار المشرع العراقي على النهج نفسه، إذ نظّم الديون الممتازة على سبيل الحصر في القانون المدني، بما يعكس حرصه على حماية مبدأ المساواة بين الدائنين ومنع التحايل عليه بوسائل اتفاقية مستترة⁽⁴⁾.

ثانياً: المركز العقدي تنظيمياً اتفاقياً لآثار الالتزام: يتمثل التكيف الأقرب للمركز العقدي المتميز في اعتباره تنظيمياً اتفاقياً لآثار الالتزام ضمن نطاق الحقوق الشخصية، لا إنشاء لحق عيني، إذ يملك

(1) عبد القادر أزوا، إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 3، العدد 1، 2021، ص 26-37. يراجع أيضاً: عمار خالد حسين الميالي ومحمد رياض دغمان = دور الإرادة المنفردة في سياق الالتزامات التعاقدية، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المملكة المتحدة، المجلد 6، العدد 6، 2025، ص 460-474.

stone, Rebecca, Putting Freedom of Contract in its Place, Journal of Legal Analysis, Vol. 16, No. 1 (2024), pp. 94-119.

(2) ثمار إبراهيم، الحقوق العينية التبعية، مقال منشور على موقع حماة الحق، 2020، للاطلاع

<https://share.google/4QUQT6gi5Jx9FOOn6> تاريخ الزيارة: 2026/2/11.

(3) المواد (2324 وما بعدها) من القانون المدني الفرنسي.

(4) عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2018، ص 265.

المتعاقدان تنظيم آثار علاقتهما وتحديد مضمون التزاماتهما في حدود القانون والنظام العام، وقد كرس القانون الفرنسي هذا الاتجاه في إصلاح عام 2016، من خلال تأكيد القوة الملزمة للعقد وحرية الأطراف في تنظيم آثاره ضمن الحدود القانونية⁽¹⁾، بما يتيح للأطراف تنظيم آثار التزاماتهم طالما لم يخالف ذلك النظام العام⁽²⁾.

وتأثر في ذلك المشرع المصري حيث نص على أن (مبدأ القوة الملزمة للعقد باعتباره تجسيدا لسلطان الإرادة)⁽³⁾، بما يضيف على الاتفاق حجية قانونية تلزم المتعاقدين في حدود القانون ومقتضيات حسن النية كما قرر (أن أموال المدين جميعها تمثل ضماناً عاماً للدائنين)⁽⁴⁾، وهو ضمان ذو طبيعة تنفيذية لا ينشئ حقوقاً عينية خاصة ومن ثم يجوز ترتيب مراكز تعاقدية متميزة قبل الإعسار، دون مساس بمبدأ المساواة عند التنفيذ الجماعي، وفي القانون المدني العراقي تقرر مبدأ القوة الملزمة للعقد، بما يعكس سلطان الإرادة ويجعل العقد شريعة للمتعاقدين في حدود القانون وحسن النية كما أكد على مبدأ الضمان العام لأموال المدين مع مساواة الدائنين في هذا الضمان عند التنفيذ ويترتب على ذلك جواز إنشاء مراكز عقدية متميزة بين الأطراف، دون أن ترقى إلى مرتبة الحقوق العينية، طالما بقيت في إطار الالتزامات الشخصية المشروعة⁽⁵⁾، وهو ما يسمح بقيام مراكز عقدية متميزة دون أن ترقى إلى الحقوق العينية⁽⁶⁾.

ويمكن استظهار هذا الاتجاه في الفقه المصري، وإن لم يُستخدم فيه اصطلاح (الوضع القانوني التعاقدية) بذات الصياغة الواردة في الفقه الفرنسي، إذ يتبين من تحليل الالتزام بوصفه رابطة قانونية

(1) المادة (1102) من القانون المدني الفرنسي التي أقرت الحرية التعاقدية حيث نصت على (لكل شخص الحرية في أن يتعاقد أو ألا يتعاقد، وأن يختار من يتعاقد معه، وأن يحدد مضمون العقد وشكله ضمن الحدود التي يقرها القانون. ولا تسمح الحرية التعاقدية بمخالفة القواعد المتعلقة بالنظام العام)، والمادة (1103) التي تنص (تحل العقود المبرمة بشكل قانوني محل القانون بالنسبة لأطرافها).

(2) Bénédicte Fauvarque: Cosson (editor), The Reform of Contract Law: What's in a Name? Bénédicte Fauvarque: Cosson, Peter M. Huber & Stefan Vogenauer (eds.), The Transformation of European Private Law: Contract, Springer International Publishing, Switzerland, 2018, pp. 291–368.

(3) المادة (147) من القانون المدني المصري .

(4) المادة (233) من القانون المدني المصري.

(5) المواد (146 و 260) من القانون المدني العراقي. ينظر في شرح ذلك د. محي الدين اسماعيل علم الدين، نظريه العقد مقارنة بين القوانين الاسلامية والعربية، ط3، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994، ص 83.

(6) حسن سعد حمود الموسوي وحسن حنتوش رشيد، الغير وأساسه في العقد - دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المملكة المتحدة، مجلد6، عدد1، 2025.

أنه لا يقتصر على مجرد تقرير حق للدائن يقابله التزام في ذمة المدين، بل يتجاوز ذلك إلى تحديد مركز كل طرف داخل العلاقة العقدية بما يتضمنه من سلطات وقيود متبادلة، فالدائن لا يفهم مركزه على أنه صاحب حق مجرد، بل بوصفه طرفاً يتمتع بجملة من الوسائل القانونية كالدفع بعدم التنفيذ، وطلب الفسخ، والمطالبة بالتعويض، في مقابل ما يرد على هذا المركز من قيود تفرضها مقتضيات حسن النية، والنظام العام، وعدم التعسف في استعمال الحق، ومن ثم، فإن مفهوم المركز في هذا الإطار لا ينحصر في التقسيم التقليدي بين دائن ومدين، وإنما يمتد إلى كيفية إدارة الآثار القانونية للالتزام داخل العلاقة التعاقدية، من حيث تنظيم وسائل الاحتجاج بالدفع، وتوزيع أدوات الضغط القانوني بين الأطراف، وتحديد نطاق المخاطر المرتبطة بتنفيذ الالتزام⁽¹⁾.

في القانون العراقي، تظهر فكرة أن العقد يُنشئ "مراكز" متبادلة من خلال نماذج مثل الوكالة والإيجار أكثر من ظهورها في التنظير الاصطلاحي، فعقد الوكالة لا يفهم فقط كالتزام الوكيل بأداء عمل لحساب الموكل، بل كتنظيم لموقعين قانونيين: مركز الموكل من حيث سلطة التوجيه والاعتماد وتحمل النتائج في الحدود المتفق عليها، ومركز الوكيل من حيث واجبات العناية وعدم تجاوز حدود الإذن ومسؤولية ما ينشأ عن التجاوز، فضلاً عن آثار تتصل بالغير عند التعامل باسم الموكل، وعقد الإيجار بدوره يرسم مركز المؤجر (حق الأجرة وضمان الانتفاع) ومركز المستأجر (حق الانتفاع وحدود الاستعمال والالتزام بالمحافظة)، وهي مراكز لا تختزل في دين وفاء بل في شبكة آثار مستمرة زمنياً⁽²⁾.

يتبين مما تقدم أن العقد في الأنظمة محل المقارنة لم يعد يفهم على أنه مجرد مصدر للالتزامات متبادلة، بل إطار قانوني ينشئ مراكز تعاقدية متبادلة تحدد موقع كل طرف داخل الرابطة وآليات ممارسته لحقوقه والتزاماته، وعليه، فإن "المركز العقدي" يُعدّ وضعاً قانونياً تعاقدياً تتجلى آثاره عبر الزمن وتخضع لإدارة متوازنة لآثار الالتزام، دون أن يرقى إلى إنشاء حقوق عينية مستقلة.

ومن خلال المقارنة بين القوانين الفرنسي والمصري والعراقي، يتضح أن المركز العقدي المتميز لا يُعدّ استثناءً تشريعياً من القواعد العامة، لأن الاستثناء الحقيقي لا يكون إلا بنص قانوني يمنح

(1) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 350 لسنة 30 ق جلسة 1965/11/11، منشور على موقع مركز القانون موسوعة الاحكام المصرية، للاطلاع <https://share.google/ejlltViRgLatZrPXF> تاريخ الزيارة: 2026/1/16.

(2) علاء ناظم أحويتم، المسؤولية العقدية وأثرها في عقد الإيجار في القانون المدني العراقي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، العراق، مجلد 18، عدد 1، 2025، ص 317-341.

أولوية قانونية صريحة، كما هو الحال في الرهن والامتياز، أما المركز العقدي، فإنه يظل خاضعاً لمبدأ المساواة في الضمان العام، ولا يمنح صاحبه سوى أفضلية نسبية تستمد مشروعيتها من الاتفاق، وتبقى قابلة للرقابة والإهدار عند الإعسار حمايةً لجماعة الدائنين⁽¹⁾.

نستنتج مما سبق أن المركز العقدي المتميز للدائن العادي لا يعد حقاً عينياً تبعياً أو امتيازاً، لأن هذه الحقوق لا تنشأ إلا بنص قانوني وتمنح أولوية في مواجهة الغير، بينما يستمد المركز العقدي آثاره من الاتفاق ضمن نطاق الحقوق الشخصية، وقد أقرت القوانين الفرنسية والمصرية والعراقية القوة الملزمة للعقد، مع تقييدها بالنظام العام وحماية حقوق الغير، وعليه، يمثل المركز العقدي وضعاً قانونياً يستند إلى الإرادة الاتفاقية، دون أن يمنح الدائن أولوية عينية على غيره من الدائنين.

الفرع الثاني

موقف الفقه من تحديد طبيعة المركز العقدي المتميز للدائن العادي

يُعد تحديد الطبيعة القانونية للمركز العقدي المتميز من المسائل الدقيقة في نظرية الالتزام، لما يثيره من تساؤلات حول مدى انسجامه مع مبادئ سلطان الإرادة والمساواة بين الدائنين، وتزداد أهمية هذا التحديد في ظل التطورات الاقتصادية المعاصرة، التي فرضت إعادة قراءة القواعد التقليدية في ضوء متطلبات الائتمان وحماية الجماعة.

أولاً: موقع المركز العقدي داخل نظرية سلطان الإرادة: يُجمع الفقه المدني المقارن من العراقي والمصري والفرنسي على أن المركز العقدي المتميز للدائن العادي لا يُشكّل خروجاً على مبدأ سلطان الإرادة، بل يُعدّ أحد تجلياته الحديثة في سياق العلاقات الائتمانية المعاصرة، غير أن هذا التسليم لا يعني إطلاق الإرادة من كل قيد، إذ درج الفقه على التمييز بين الإرادة المشروعة التي تُمارس في إطار تحقيق المصالح الاقتصادية المشروعة، وبين الإرادة المنحرفة التي تتخذ من الشكل العقدي وسيلة للغش أو للإضرار بالغير⁽²⁾.

(1) Jacques Ghestin – Marc Billiau – Grégoire Loiseau Traité de droit civil – Les sûretés personnelles et réelles LGDJ, Paris, 5e éd., 2021, pp. 57–63, 118–124.

(2) Patrick Selim Atiyah, 'The Rise and Fall of Freedom of Contract', Clarendon Press (Oxford University Press, 1979, pp7-15.

ويراجع أيضاً: طه صباح خضير، المركز القانوني المتميز للدائن العادي – دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 23–35.

في الفقه الفرنسي، لم تُفهم الحرية التعاقدية بوصفها قيمة مجردة قائمة بذاتها، وإنما نُظر إليها باعتبارها أداة وظيفية لتنظيم المصالح الاقتصادية داخل العلاقة العقدية، وقد تعزز هذا التوجه بصورة واضحة عقب تعديل القانون المدني الفرنسي بموجب الأمر الصادر في 10 فبراير 2016، إذ أُقرت الحرية التعاقدية مع إخضاعها لقيود النظام العام، ولا سيما النظام العام الاقتصادي، بما يحقق التوازن بين سلطان الإرادة من جهة، وحماية الائتمان واستقرار المعاملات من جهة أخرى⁽¹⁾.

ويذهب الفقه الفرنسي الحديث إلى تبرير الشروط العقدية التي تمنح الدائن مركزاً قانونياً أقوى متى كانت نتيجة توزيع وإعٍ ومشروع للمخاطر بين أطراف العقد، وبما يخدم الغاية الاقتصادية للعلاقة الائتمانية، فهذه الشروط تُعد مشروعة متى استهدفت تأمين الائتمان والحد من المخاطر المحتملة، لكنها تفقد مشروعيتها إذا تحولت إلى وسيلة لإقصاء جماعة الدائنين أو للتحايل على القواعد الآمرة المنظمة لإجراءات الإفلاس، الأمر الذي يجعلها متعارضة مع متطلبات النظام العام الاقتصادي⁽²⁾.

وتأسيساً على ذلك، يُعد احترام النظام العام الاقتصادي معياراً حاسماً في تقييم مشروعية الشروط العقدية غير المتكافئة، إذ لا تكون الحرية التعاقدية جديرة بالحماية القانونية إلا إذا مورست في إطار وظيفتها الاجتماعية والاقتصادية، وبما يمنع الإضرار بجماعة الدائنين، ولا سيما في حالات تعثر المدين أو خضوعه لإجراءات جماعية⁽³⁾.

أما في الفقه المصري، فقد استقر على أن سلطان الإرادة لا يُفهم بمعزل عن فكرة المسؤولية المالية للمدين، لأن الالتزام في جوهره علاقة ائتمان، ومحلّها الثقة في ذمة المدين لا مجرد الرضا العقدي ولذلك فإن الاتفاقات التي تُحسن مركز دائنٍ بعينه تُعدّ في الأصل مشروعة، متى جاءت في إطار تحقيق مصلحة اقتصادية مشروعة، ولم تتحول إلى وسيلة لتجريد بقية الدائنين من مظلة الضمان العام أو إضعافها، ويظهر هذا بوضوح في تقرير الضمان العام بوصفه قاعدة تضع حداً أدنى لحماية الدائنين، وتسمح في الوقت نفسه بالانتقال إلى ضمانات خاصة أو ترتيبات تعاقدية أقوى متى توافرت شروطها⁽⁴⁾.

(1) François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil – Les obligations, Dalloz, Paris (1). 2022, p. 36–45.

(2) Denis Mazeaud, «La liberté contractuelle après la réforme du droit des contrats », Recueil Dalloz, Paris, 2016, p. 1771–1778.

(3) Marie: Ange Moreau, Ordre public économique et contrat, LGDJ, Paris, 2008, p. 89–102.

(4) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر: التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970، ص 1058.

وعلى مستوى الضبط الفقهي لمشروعية "تحسين مركز الدائن"، يميز الاتجاه المصري بين تحسين مشروع يقوم على توزيع المخاطر مسبقاً ويقع قبل الإعسار، وبين تحسين منحرف يستهدف الإضرار بجماعة الدائنين أو تعطيل وسائل الضمان العام، فالعبرة ليست بمجرد ظهور تفاوت بين الدائنين، بل بكون التصرف قد أدى إلى إعسار المدين أو زيادة إعساره أو انطوى على قصد الغش، وهو ما يفسر اعتماد الفقه والقضاء على وسائل حماية جماعة الدائنين (كدعوى عدم نفاذ التصرفات، والصورية، والدعوى غير المباشرة) ⁽¹⁾.

والمركز العقدي بوصفه وضعاً قانونياً تعاقدياً يذهب رأي في الفقه الفرنسي المعاصر إلى تحليل العقد على أنه "مجموعة التزامات متقابلة" لا يفسر وحده الواقع القانوني الذي ينشأ عنه، لأن العلاقة التعاقدية تُنتج في التطبيق منظومة من السلطات والقيود والضمانات وآليات التنفيذ والتعديل والجزاء، بما يجعلها أقرب إلى "وضع قانوني تعاقدي" يحدّد موقع كل طرف داخل الرابطة لا مجرد حقوق شخصية منفصلة ⁽²⁾.

ويتقاطع مبدأ سلطان الإرادة مع القواعد الكلية المستمدة من الفقه الإسلامي، وأهمها قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" التي تُعد من الركائز الفقهية لضبط المعاملات ومنع الإضرار بالغير، ويُنظر إلى الإرادة العقدية في هذا السياق كأداة ليست فقط لتحقيق مصالح الأطراف، بل أيضاً في حدود ما لا يلحق الضرر بالغير أو جماعة الدائنين، وعلى هذا الأساس، يأتي تحليل الفقه العراقي ليؤكد أن المشروعية العقدية لا تُقاس بالشكل وحده، وإنما بمدى توافقها مع قاعدة منع الضرر واعتبارات العدالة في توزيع المخاطر ⁽³⁾.

وهناك من يرى أنه لا ينظر بعين الريبة إلى المركز العقدي المتميز للدائن في ذاته، بقدر ما يقيّمه من زاوية الغرض منه ونتيجته العملية، فإذا كان الاتفاق على منح مركز أقوى لدائن معين يحقق توازناً مشروعاً ويقوم قبل الإعسار وبما يتوافق مع عدم الإضرار بالآخرين، فإنه لا يُعد مخالفاً لقاعدة "لا ضرر ولا ضرار" أو لنظام العدالة التعاقدية، أما إذا أفضى هذا الترتيب إلى إلحاق ضرر غير

(1) عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017، ص364.

(2) Jacques Ghestin & Hugo Barbier, Introduction générale, Tome 2, 5e éd., LGDJ, Paris, Décembre 2020.

(3) عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي : الجزء الأول (مصادر الالتزام)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980، ص 43-198.

مشروع بجماعة الدائنين أو إلى تفويض استقرار المعاملات المدنية⁽¹⁾، فإنه يتحول إلى تصرف حابط لا ينفذ في مواجهة بقية الدائنين، كونه ينطوي على محاباة غير مشروعة تخل بمبدأ المساواة في الضمان العام فالقانون لا يحمي الإرادة العقدية إذا انحرفت عن غايتها الاقتصادية والاجتماعية لتصبح أداة لتهديب الأموال أو تفضيل دائن على آخر تواطؤاً مع المدين المعسر، مما يجعل التصرف خاضعاً لأحكام دعوى عدم نفاذ التصرفات الصارمة التي تبطل أثره العملي حمايةً لائتمان المعاملات واستقرارها.

وإن قاعدة "لا ضرر ولا ضرار" كمبدأ توجيهي لضبط التصرفات العقدية، ولا سيما عندما يتعلق الأمر بتحسين مركز الدائن وإحداث آثار قانونية غير متوازنة بين الدائنين، فالقاعدة تُلزم بأن تُمارس الإرادة العقدية ضمن حدود لا تُقضي إلى ضرر مباشر أو غير مباشر للغير، وأن تُراعى النتائج العملية للأعمال القانونية، بما يكفل حماية جماعة الدائنين والاستقرار العام للمعاملات، ويجعلها متسقة مع مفهوم العدالة العقدية المستمدة من الفقه الإسلامي⁽²⁾.

وعلى هذا الأساس بوجهة نظر الباحث لا يُعد المركز العقدي المتميز امتيازاً تعسفياً، بل تعبيراً عن "يقظة ائتمانية" مشروعة، ما لم تنقلب إلى وسيلة للتحايل على الضمان العام. ثانياً: الأولوية الاتفاقية والشخصية بين الدائنين: يقَدِّم الفقه المدني المقارن توصيفاً دقيقاً للمركز العقدي المتميز يجنبه الخلط بينه وبين الحقوق العينية أو الامتيازات القانونية، فالاتجاه الغالب في الفقه الفرنسي يرفض وصف هذه المراكز بأنها "امتيازات اتفاقية"، لأن الامتياز – بطبيعته – لا يكون إلا بنص، كما يرفض مساواتها بالرهن ما لم تنطو على تخصيص مال معين مع التحايل على الشكلية⁽³⁾.

وبدلاً من ذلك، كيف الفقه الفرنسي المركز المتميز على أنه أولوية شخصية أو مركز تعاقدية معزّز، يستمد قوته من قواعد العقد ذاتها (القوة الملزمة، حسن النية، مشروعية السبب، وعدم مخالفة

(1) رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، الطبعة الأولى، دار الهاني للطباعة، القاهرة، 1994، ص 82 ورامي أحمد كاظم الغالب، قاعدة لا ضرر ولا ضرار وأثرها في عقود العمل الخاصة بالجامعات الأهلية العراقية، مجلة كلية العلوم الإسلامية – جامعة بغداد، المجلد 1، العدد 51، 2017، ص 14-37.

(2) المادة (216) من القانون المدني العراقي: (1- لا ضرر ولا ضرار، والضرر لا يزال بمثله وليس للمظلوم أن يظلم بما ظلم، 2- فلو اتلف أحد مال غيره في مقابل اتلاف هذا لماله كان كل منهما ضامناً للآخر ما اتلف، ولو انخدع شخص فأخذ دراهم زائفة من شخص آخر فليس له أن يصرفها إلى غيره) .

(3) quette, Droit civil – Les obligations, 13e éd., Dalloz, Paris, 2022, p. 1035–1037.

النظام العام)، وهذا التحديد للطبيعة يسمح بفهم هذه المراكز بوصفها أدوات لإدارة المخاطر الائتمانية، لا وسائل لإعادة تشكيل النظام العيني للضمانات⁽¹⁾.

وفي الفقه المصري، يظهر التحديد ذاته وإن بصياغة أقل اصطلاحية؛ إذ يميّز الفقه بين "الضمان العام" كإطار جامع، وبين إمكان تحسين المركز القانوني للدائن بوسائل عقدية لا ترقى إلى مرتبة الحقوق العينية، وقد استُخدمت في هذا السياق تعبيرات مثل "مركز أقوى" أو "أفضلية اتفاقية"، مع التأكيد على أنها لا تُخرج الدين من كونه ديناً عادياً، ولا تمنح صاحبه سلطة تتبع أو تقدم عيني⁽²⁾.

وهناك من يتجه بصورة أوضح إلى اعتبار هذه المراكز أولويات واقعية ذات أساس عقدي، تتغذى من عناصر عملية كالحيازة وحق الحبس وشروط الفسخ والاسترداد، دون أن تُعدّ خروجاً على القواعد العامة، ويُلاحظ أن هذا الاتجاه يميل إلى تغليب الواقع العملي واستقرار المعاملات على الصياغات الشكلية المجردة⁽³⁾.

وبذلك، يسمح هذا التحديد الفقهي للطبيعة القانونية لذلك المركز بالرد على الاعتراض التقليدي القائل إن كل تمييز يُعد مصادرة لمبدأ المساواة؛ إذ إن المساواة في الضمان العام ليست مساواة حسابية جامدة، بل مبدأ مرّن يقبل التنظيم الاتفاقي ما دام لا ينتهي إلى غش أو إضرار جسيم بجماعة الدائنين.

ثالثاً: البعد الأخلاقي والاجتماعي في تحديد الطبيعة الفقهية: يتميز تحديد الطبيعة الفقهية للمركز العقدي في الفقه بإضافة بعد أخلاقي واجتماعي مستمد من الفقه الإسلامي، يظهر بجلاء في تقديم مصلحة الجماعة عند الإعسار، وفي التشديد على منع الضرر كميّار حاكم للمشروعية⁽⁴⁾.

(1) Solène Rowan, The New French Law of Contract, Oxford University Press, 2022, p.153-158.

(2) محمود سعد ماهر، دعاوى حماية الضمان العام للدائنين في القانون المدني المصري: دراسة فقهية وقضائية لمختلف الدعاوى التي يأمن بها الدائن على ضمانه العام من أن ينتقصه غش المدين أو إهماله، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة - مصر، 1996، ص 45-52.

(3) مصطفى مجدي هرجه، اشكالات التنفيذ المدنية، دار المحمود، القاهرة، 2018، ص 96.

(4) أحمد حميد سعيد النعيمي وبشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي: دراسة مقارنة، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية - جامعة الموصل، المجلد 16، العدد 1، 2019، ص 1135-1184.

وفي قواعده الكلية، لا يكتفي بالنظر إلى صحة التصرف من حيث الشكل أو الإرادة، بل ينفذ إلى أثره ونتيجته، وهذا ما ينعكس في الشروحات عند تقييم المراكز العقدية المتميزة فالعقد لا يُدان لكونه منح أفضلية، وإنما يُدان إذا انتهى إلى إضعاف الضمان العام أو الإضرار بالدائنين⁽¹⁾.

من الجدير بالذكر هنالك رأي للباحثين يميل إلى ربط مشروعية هذه المراكز باستقرار المعاملات، فيغلب في التطبيق الاعتداد بعناصر واقعية مثل الحيابة وحق الحبس والالتزامات التبعية العملية، أكثر من الاعتماد على "هندسة شروط" معقدة، وهذا الاتجاه يُظهر أن المركز العقدي يُنظر إليه بوصفه أداة تنظيم للائتمان، لا وسيلة لتقويض المساواة أو التحايل عليها⁽²⁾.

يتضح من التحليل الفقهي أن الطبيعة الفقهية للمركز العقدي المتميز للدائن العادي تُشكّل مفهوماً بسيطاً بين المساواة الصارمة في قسمة الغرماء وبين التأمينات العينية التقليدية، فهو مركز شخصي اتفاقي، مشروع من حيث الأصل، يبرّز منطق الائتمان الحديث وإدارة المخاطر، لكنه يظل محاطاً برقابة صارمة من حسن النية والنظام العام الحمائي، ولا يكتسب حصانة مطلقة عند الإعسار، وبهذا المعنى، لا يعد المركز العقدي انحرافاً عن القواعد العامة، بل تطوراً منضبطاً لها في ضوء متطلبات الاقتصاد والعدالة معاً.

رابعاً: النتائج الفقهية المترتبة على هذه الطبيعة: يترتب على هذا الطبيعة الفقهية عدد من النتائج الجوهرية، أولها أن معيار المشروعية لا يُقاس بالشكل وحده، بل بالغرض والنتيجة معاً؛ فسلامة النية وعدم الإضرار هما الميزان الحقيقي⁽³⁾، وثانيها أن حماية المركز العقدي تكون قوية قبل الإعسار، حيث تُحترم الإرادة لتحقيق المرونة الاقتصادية، لكنها تصبح حماية مشروطة بعد الإعسار، إذ تتقدم العدالة التوزيعية وحماية الجماعة، وثالثها أن وسائل حماية الدائنين تُعد من النظام العام الحمائي، فلا يجوز إسقاطها أو التحايل عليها باتفاق⁽⁴⁾.

(1) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، الطبعة الثانية، دار القلم، دمشق - سوريا، 2004، ج 2، ص 975-985.

(2) المادة (1322) من القانون المدني العراقي تنص على: (1- يشترط إتمام الرهن الحياري ولزومه عل الراهن أن يقبض المرتهن المرهون. 2- ونفقات العقد على الراهن، إلا إذا اتفق على غير ذلك). يراجع أيضاً: مهدي عثمان خضير الموسوي، مشروعية حبس الوفاء بالالتزام، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، العراق، 2024، ص 16.

(3) محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار المحمود، القاهرة، 2018، ص 126.

(4) محمد عزمي البكري، فسخ العقود، الطبعة الأولى، دار المحمود للطباعة والنشر، القاهرة، 2018، ص 109.

يتضح أن النظام العام الحمائي الذي يكمن جوهره في الحماية القانونية التي توفرها قوانين المستهلك في فكرة ضعف الوضع القانوني، لا بد أن يكون نظاماً عادلاً في تحقيق التوازن بين الحقوق والالتزامات ومصالح الأطراف في أي معاملة⁽¹⁾، إذ يجب ألا تكون حماية المستهلك حماية غير عادلة تنتهك فيها حقوق أطراف الأخرى حيث إن تمييز الطرف الضعيف سيضره بصورة غير مباشرة لأن عدم تحقق الحماية للطرف الآخر يجعله يتوقف عن انتاج السلع⁽²⁾، ومن عدم الصواب النظر دائماً للمستهلك انه قاصر وفي حاجة للرعاية حيث يدفعه للتكاسل إذ لا بد للسماح للأفراد للاتفاق ووضع منهجيه وسط بين الاتفاق والنظام الحمائي⁽³⁾.

(1) د. محمد يحيى مكي الوائلي، الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد التجاري، الطبعة الاولى، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، اربيل، 2025، ص36-160.

(2) د. حلا محمود شاكر، الحماية القانونية للمدّعين في عقود الإذعان، الطبعة الاولى، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان ، 2024، ص207.

(3) النظام العام الحمائي (هو مجموعة القواعد الآمرة التي يتدخل بها المشرّع لحماية الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، من خلال إعادة التوازن بين المتعاقدين والحد من حرية التعاقد عندما تؤدي إلى استغلال اقتصادي أو اختلال في المراكز). ويراجع أيضاً: د. علي كحلون ، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الاطرش للكتاب المختص، تونس، 2015، ص 240.



الفصل الثاني

آليات المركز العقدي المتميز

للدائن العادي



الفصل الثاني

آليات المركز العقدي المتميز للدائن العادي

يُعدّ البحث في آليات المركز العقدي للدائن العادي من الموضوعات التي تعكس تحولاً ملحوظاً في الفكر القانوني المعاصر والتي تعتبر وسائل تعزز تمييز ذلك المركز، حيث لم يعد هذا المركز يُفهم في إطاره التقليدي بوصفه مجرد انعكاس للضمان العام على أموال المدين، بل أصبح محل إعادة نظر فقهية عميقة تهدف إلى تزويده بآليات أكثر فعالية في مواجهة مخاطر الإعسار وعدم التنفيذ، فقد أظهرت التطورات الاقتصادية وتعدد المعاملات أن الاكتفاء بالقواعد العامة لم يعد كافياً لتحقيق التوازن العقدي، الأمر الذي دفع الفقه والقضاء إلى البحث عن صيغ قانونية مرنة تُعيد توزيع عناصر القوة داخل العلاقة الإلزامية دون الخروج على بنيتها الأساسية.

وفي هذا الإطار، صار التوجه الحديث يقوم على توسيع نطاق الآليات التي يمكن للدائن العادي من خلالها حماية حقه، وذلك عبر استثمار الأدوات القانونية القائمة وإعادة توظيفها وظيفياً بما يخدم غاية الضمان، فلم يعد الضمان مقتصرًا على الحقوق العينية التبعية أو الامتيازات المقررة بنص القانون، بل امتد ليشمل تقنيات تعاقدية وائتمانية تقوم على فكرة التحكم في مصير الحق أو الشيء محل الالتزام، سواء من خلال الإبقاء عليه خارج دائرة الضمان العام، أم من خلال إعادة تنظيم العلاقة القانونية على نحو يكفل استمرارية الحق وتعزيز فرص استيفائه، كما أن هذا التطور يعكس انتقالاً من مفهوم الحماية اللاحقة، التي تقتصر على التعويض بعد وقوع الإخلال، إلى مفهوم الحماية الوقائية التي تسعى إلى تفادي المخاطر قبل تحققها، فالدائن لم يعد ينتظر تحقق الضرر لاقتضاء حقه، بل أصبح قادراً على اتخاذ تدابير مسبقة تُحصّن مركزه وتمنحه نوعاً من الأفضلية الواقعية في مواجهة باقي الدائنين، دون أن يصل ذلك إلى حد الإخلال بمبدأ المساواة أو إنشاء امتيازات خفية تتعارض مع النظام العام.

من ناحية أخرى، يثير هذا الاتجاه إشكاليات فقهية دقيقة تتعلق بمدى مشروعية هذه الوسائل وحدودها، لاسيما في ظل التداخل بين الضمانات التقليدية والآليات التعاقدية المستحدثة، فالتوسع في منح الدائن أدوات تعزز مركزه قد يؤدي، إن لم يُضبط، إلى الإضرار بالغير أو إلى الالتفاف على القواعد الآمرة، الأمر الذي يستدعي إخضاع هذه الوسائل لرقابة قانونية تستند إلى مبادئ حسن النية والتوازن العقدي.

وعليه، فإن دراسة هذا المركز القانوني لا تقتصر على بيان صورها التطبيقية، بل تمتد إلى تحليل أسسها النظرية والكشف عن فلسفتها القانونية، بوصفها تعبيراً عن تطور وظيفة الالتزام ذاته من مجرد رابطة قانونية جامدة إلى أداة ديناميكية قابلة لإعادة التشكيل وفق مقتضيات العدالة العملية، ومن ثم، فإن تعزيز المركز العقدي للدائن العادي يمثل في جوهره محاولة لإعادة التوازن داخل العلاقة العقدية، من خلال تمكين الدائن من وسائل قانونية فعالة تحمي حقه، دون أن تفقد هذه العلاقة طبيعتها القائمة على التبادل والتكافؤ بين أطرافها.

وبناء على ما تقدم، سنعمل على دراسة هذا الفصل من خلال تقسيمه لمبحثين رئيسيين، حيث نستعرض في المبحث الأول الوسائل التقليدية والمستحدثة لتحقيق المركز العقدي المتميز، بينما سنفرد المبحث الثاني لتناول موضوع الملكية كوسيلة لضمان المركز العقدي المتميز للدائن العادي.

المبحث الأول

الوسائل التقليدية والمستحدثة لتعزيز المركز العقدي المتميز

يعد الدائن العادي، في ظل مبدأ الضمان العام، طرفاً ضعيفاً ضعيفاً نسبياً في العلاقة الإلزامية، إذ يقتصر حقه على الرجوع على الذمة المالية العامة للمدين دون أن يتمتع بضمان خاص يقدمه على غيره من الدائنين، وقد كشف التطبيق العملي، ولا سيما في المعاملات المدنية والتجارية المعاصرة، عن محدودية هذا المبدأ في توفير الحماية الكافية للدائن، الأمر الذي دفع الفقه والتشريع إلى البحث عن وسائل قانونية تمكنه من تحسين مركزه العقدي، دون أن يرقى ذلك إلى منحه حقاً عينياً أو امتيازاً تشريعياً صريحاً.

وفي هذا الإطار، برزت فكرة المركز العقدي المتميز للدائن العادي بوصفها حلاً وسطاً بين الدائن العادي المحض والدائن صاحب التأمين العيني، إذ تتيح للدائن، من خلال آليات اتفاقية معينة، التي تؤدي إلى تعزيز فرص استيفاء حقه وتقليل مخاطر عدم التنفيذ، مع البقاء ضمن نطاق الحقوق الشخصية، ومن أبرز تلك الآليات الضمانات المستقلة، فضلاً عن توظيف الملكية كوسيلة لضمان هذا المركز، حيث قد تحقق هذا التطور نتيجة لتفاعل حاجات المعاملات العملية مع المرونة التي أتاحتها القواعد العامة لنظرية الالتزام، سواء في مرحلة تنفيذ العقد أم في المرحلة السابقة على إبرامه، ومن ثم، لم يعد تحسين مركز الدائن مرهوناً فقط بالضمانات العينية أو الشخصية التقليدية، بل أصبح ممكناً عبر توظيف بعض الوسائل القانونية التي قد تبدو في ظاهرها بعيدة عن فكرة الضمان، لكنها تؤدي

في الواقع وظيفة ضمان فعالة، من خلال إعادة تنظيم العلاقة بين أطراف الالتزام أو تعزيز الثقة والاطمئنان في مرحلة التعاقد أو ما قبلها، وتكتسب هذه الوسائل أهمية خاصة لكونها لا تخل بمبدأ المساواة بين الدائنين، ولا تنشئ تفضيلاً قانونياً صريحاً، وإنما تقوم على أسس تعاقدية أو تنظيمية تحسن من الوضع القانوني للدائن.

بناءً على ما تم عرضه، سنقسم هذا المبحث على مطلبين رئيسيين، حيث سنناقش في المطلب الأول: توظيف بعض الوسائل التقليدية للضمان، أما في المطلب الثاني: سنستعرض الوسائل الحديثة للمركز العقدي.

المطلب الأول

الوسائل التقليدية لتعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي

تعد الوسائل التقليدية للضمان من أهم الآليات التي اعتمدت عليها التشريعات لغرض تنفيذ العقد وحماية حقوق الدائن، لا سيما في العلاقات التعاقدية التي تنسم بالتعدد، ومن تلك الوسائل التقليدية هي كل من الإنابة الناقصة وحوالة الحق على سبيل الضمان التي ينظمها القانون لتعزيز حماية الدائنين وضمان وفاء الالتزامات، فبينما تقوم الإنابة الناقصة على إضافة مدين جديد إلى جانب المدين الأصلي، ما يمنح الدائن خيارات أوسع للوفاء، تعتمد حوالة الحق على نقل مركز الدائن في حق قائم إلى طرف آخر، بما يعزز مركزه العقدي دون إنشاء التزام جديد، وتتميز كل من هاتين الوسيلتين بوظائفهما القانونية ووظيفتها كأدوات ضمان، حيث تتيح إعادة تنظيم العلاقة بين الأطراف وضمان حماية حقوق الدائن بفاعلية ومرونة، وبناءً على ما تم عرضه، سنقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين منفصلين، حيث سنتناول في الفرع الأول: الإنابة الناقصة، أما في الفرع الثاني: فسنناقش موضوع حوالة الحق على سبيل الضمان.

الفرع الأول

الإنابة الناقصة

إن الإنابة الناقصة تعد من الوسائل التقليدية في نظم الالتزام، حيث تجمع بين وظيفة الوفاء والضمان، وتساهم في تنظيم العلاقة بين الدائن والمدين بصورة تحقق توازناً بين حقوق الأطراف، ولغرض توضيح الإنابة الناقصة لا بد من التعريف بها ثم بيان دورها في الضمان وكذلك نتطرق إلى آثارها، سوف نفرّد لكل منها فقرة مستقلة على النحو الآتي:

أولاً: التعريف بالإنابة الناقصة: الإنابة الناقصة نظام قانوني تقليدي في نظرية الالتزام، شرعت كوسيلة للوفاء، ثم ما لبث أن اتسع نطاقها إلى أداة للضمان، وقد تعددت الآراء الفقهية والنصوص التشريعية، في تحديد مفهوم الإنابة الناقصة، فقد عرفها جانب من الفقه القانوني بـ "الإنابة التي لا تبرأ ذمة المنيب، وإنما تضم ذمة المناب إلى المنيب، فيكون للمناب لديه مدينان بدلاً من مدين واحد" (1)، وهناك من عرفها بأنها "الإنابة التي تقوم على تعدد المدينين الذي يرجع الدائن على أيهم يشاء" (2)، وعرفت كذلك بأنها "قيام التزام المناب بجانب التزام المنيب" (3).

ويتضح من هذه التعريفات أنها وإن كانت مختلفة في طريقة الصياغة فهي متفقة من حيث المضمون، حيث أجمعت على أن الإنابة الناقصة تتحقق عندما يتفق بين طرفيها على ضم ذمة المناب إلى ذمة المنيب لأداء الدين للمناب لديه.

وسميت قاصرة أو ناقصة إذ هي لم تبرأ ذمة المنيب نحو المناب لديه (4)، ومن ثم فإن الإنابة القاصرة تفترض وجود ثلاثة أطراف: أولاً: المنيب، وهو المدين الأصلي الذي ينيب الشخص الأجنبي ليفي الدين للدائن، وهو الشخص المركزي في الإنابة ثانياً: المناب لديه، وهو الدائن الذي ينيب الشخص الأجنبي للوفاء له، ثالثاً: المناب، وهو الشخص الأجنبي الذي ينيبه المدين ليفي الدين إلى الدائن.

وتبرز أهمية الإنابة الناقصة في أن التزام المناب قبل المناب لديه يعد صحيحاً ولو كان التزامه قبل المنيب باطلاً، نظراً لاستقلال الديون، فمصدر التزام المناب ليس العلاقة السابقة بينه وبين المنيب، وإنما عقد الإنابة ذاته، مما يعني أن هذا الالتزام لا يقوم بوصفه ضماناً تابعاً، بل بوصفه التزاماً قائماً بذاته، لذلك، عند رجوع المناب لديه على المناب استناداً إلى الالتزام الجديد، لا يجوز

(1) ينظر في ذلك: د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، مصدر سابق، ص 1007.

(2) ينظر في ذلك: د. محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994، ص 251.

(3) ينظر في ذلك: د. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني احكام الالتزام، ج2، مصدر سابق، ص 341.

(4) ينظر في ذلك: د. عبد المنعم البدر، نظرية الالتزام - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000، ص 472. كما يراجع: د. أنور سلطان: أحكام الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام: دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، ١٩٨٣، ص 416.

للمناب أن يتمسك بالدفع المستمدة من علاقته بالمنيب⁽¹⁾، لأن هذه الدفع تتعلق برابطة قانونية مغايرة، فالالتزام الناشئ عن الإنابة يعد التزاماً مجرداً بالنسبة إلى الالتزام القائم بين المناب والمنيب، ويستمد قوته ونطاقه من اتفاق الإنابة لا من العلاقة الأصلية⁽²⁾.

غير أن استقلال هذا الالتزام لا يعني انقطاع الصلة بين المناب والمنيب بصورة النهائية، إذ قد تثار مسألة تسوية العلاقة بينهما إذا تبين بطلان الأساس الذي قام عليه التزام المناب تجاه المنيب، ففي هذه الحالة، وبعد وفاء المناب للدين، لا يكون رجوعه على المنيب مستنداً إلى عقد الإنابة ذاته، بل إلى القواعد العامة، ولا سيما قواعد الكسب بلا سبب، متى تحقق إثراء المنيب على حساب المناب دون مسوغ مشروع⁽³⁾.

ثانياً: دور الإنابة الناقصة في الوفاء والضمان: تتجاوز الإنابة الناقصة مجرد كونها وسيلة فنية للوفاء، لتكتسب وظيفة ضمان ذات طبيعة مستقلة في البناء القانوني للالتزامات من خلال أثرها في تعدد المدينين وتمكين الدائن من الرجوع على أي منهم، فضلاً عن استقلال الدين الناشئ عنها وعدم خضوعه لدفع العلاقة الأصلية، وعليه سنبحث كل من ذلك على النحو التالي:

1. **تعدد المدينين في الإنابة الناقصة وأثره في تعزيز مركز الدائن:** تُعدّ الإنابة الناقصة إحدى الوسائل القانونية التي يتم بها الوفاء بالالتزام مع بقاء المدين الأصلي ملتزماً بالدين، ومن ثم فإنها لا تؤدي إلى انقضاء الالتزام فوراً، وإنما تُنشئ وسيلة إضافية للوفاء تُرتّب للدائن قدراً من الضمان، وتكمن أهميتها العملية في أنها تسهم في تبسيط إجراءات الوفاء واختصار الطريق في تنفيذ الالتزامات المالية، إذ تمكّن من انتقال قيمة الدين بين عدة أطراف دون الحاجة إلى تعدد عمليات الوفاء المستقلة، ويتضح ذلك في الحالة التي ينبى فيها البائع مدينه - وهو المشتري - بأن يدفع الثمن مباشرة إلى دائنه، حيث تتحقق الغاية من الوفاء عبر علاقة قانونية واحدة بدلاً من عدة علاقات متتابعة، ويختلف عن الاشتراط لمصلحة الغير في أن التزام المناب هنا مستقل عن العلاقة الأصلية، فلا يحتج عليه بدفعها، دون أن يخل ذلك بالمساواة بين الدائنين، إذ لا يمنح الدائن امتيازاً أو حقاً عينياً، بل

(1) ينظر في ذلك: د. عبد الودود يحيى، حوالة الدين، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين الألماني والمصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992، ص 73.

(2) ينظر في ذلك: د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي احكام الالتزام، الطبعة الثانية، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007، ص 309 و د. عبد المنعم البدرابي، نظرية الالتزام، مصدر سابق، ص 389.

(3) ينظر في ذلك: د. عصمت عبد المجيد، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، (العمل غير المشروع - الكسب بدون سبب - القانون)، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2023، ص 489.

يضيف مديناً إلى جانب المدين الأصلي، وبذلك تؤدي الإنابة الناقصة دوراً مهماً في تنظيم العلاقات المالية بين الأطراف، لما توفره من سرعة ومرونة في تداول الحقوق المالية، مع احتفاظ الدائن بضمان إضافي يتمثل في بقاء التزام المدين الأصلي قائماً إذا لم يقيم المناب لديه بتنفيذ الالتزام⁽¹⁾.

ولا تقتصر وظيفة الإنابة الناقصة على الوفاء فقط، بل قد تتخذ شكل هبة غير مباشرة إن كانت بنية التبرع من المناب، أو قد يكون القصد منها إقراض المنيب، كما تظهر في خطابات الاعتماد التي يقدمها المصرف لعملائه من السياح⁽²⁾، ولا بد أن تدرج الإنابة الناقصة ضمن التأمينات الشخصية المستقلة، حيث تتجلى وظيفتها كأداة ضمان في وجود مدينين للدائن بدلاً من مدين واحد، ويحق للدائن مطالبة أي منهما دون التقيد بترتيب معين، ودون أن يكون لأي منهما الدفع بالتجريد⁽³⁾. يلاحظ أنه إذا كان للمناب لديه مدينان فإن كلا مدين منهما مصدر مستقل عن مصدر دين الآخر فمصدر دين المنيب هو مصدر الالتزام الأصلي ومصدر دين المناب هو عقد الإنابة ومن ثم لا يكون هنالك تضامن بين المدينين وكذلك لا يعتبر المناب كفيلاً للمنيب⁽⁴⁾.

وقد استعمل مضمون الإنابة الناقصة كوسيلة للضمان في التشريعات الحديثة، ومن أبرز الأمثلة على ذلك القانون الفرنسي الخاص بالمقاوله من الباطن رقم (1334) الصادر سنة 1975 في المادة السادسة منه⁽⁵⁾، الذي فرض على المقاول الأصلي أن يمنح المقاول من الباطن ضماناً، وأتاح له أن

(1) ينظر في ذلك: عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني احكام الالتزام، مصدر سابق، ص 343.

(2) ينظر في ذلك: د.نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000، ص 182.

(3) يقصد بالدفع بالتجريد هو دفع يتمسك به الكفيل الشخصي يشترط فيه ان لا يكون متضامن يطلب من خلاله الكفيل إلزام الدائن بالرجوع على المدين قبل الرجوع عليه ينظر في ذلك: د. سمير السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مكتبة المعارف، الاسكندرية، 1996، ص 70.

(4) ينظر في ذلك: د.امين دواس، القانون المدني، احكام الالتزام، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص 203.

(5) ينظر : نص المادة (6) باللغة الفرنسية

Article 6

Le sous:traitant direct du titulaire du marché qui a été accepté et dont les conditions de paiement ont été agréées par le maître de l'ouvrage, est payé directement par lui pour la part du marché dont il assure l'exécution. Toutefois les dispositions de l'alinéa précédent ne s'appliquent pas lorsque le montant du contrat de sous:traitance est inférieur à un seuil= qui, pour l'ensemble des marchés prévus au présent titre, est fixé à 600 euros ; ce seuil peut être relevé par décret en Conseil d'Etat en fonction des variations des circonstances économiques. En:deçà de ce seuil, les dispositions du titre III de la présente loi sont applicables. Ce paiement est obligatoire même si l'entrepreneur principal est en état de

تحل الإنابة الناقصة محل الكفالة البنكية لرب العمل، وقد اتسع نطاق استخدام الإنابة الناقصة أو ما يقاربها من آليات الضمان في التطبيق العملي، لـتُستخدم على نطاق واسع في التجارة الدولية، لا سيما ضمن الضمانات المصرفية والاعتمادات، كما امتد تطبيقها ليشمل مختلف القطاعات الاقتصادية ومنها مشاريع البنية التحتية والطاقة، الأمر الذي يعكس أهميتها العملية في تأمين حقوق الدائنين⁽¹⁾.

وفي القانون المدني المصري، يتناول المشرع ما يجيز للغير أن يوفي دين المدين بالنيابة عنه، إذ أتاح المشرع المصري للمدين أو نائبه أو أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء أن يقوم بالوفاء نيابة عنه ويكون ذلك بإجازة من قبل من يوفي لمصلحته⁽²⁾، كما أعطى المشرع الحق من غير المدينين الذي وفي الدين حق الرجوع على المدين بقدر ما دفعه⁽³⁾، كذلك جعل المشرع للدائن والموفي الخيار في أن يتفقا على أن يحل الأخير محل الدائن الأصلي⁽⁴⁾، ووظيفة الإنابة الناقصة من حيث إنها وسيلة للوفاء تنتج آثار ضمان للدائن، وتسهم في تسريع إجراءات الوفاء وتقادي تعقيده، بما يعكس فلسفة موازية لما يذهب إليه فقهاء القانون الفرنسي في توصيف الإنابة الناقصة، لكن أقر القضاء المصري هذا المبدأ عملياً، حيث قضت محكمة النقض المصرية في أحد قراراتها، بأن الوفاء بدين المدين من قبل شخص آخر يبرئ ذمة المدين إذا كانت إرادة الموفي موجهة إلى تسديد دين الغير، بما يتوافق مع نص المادة (323) من القانون المدني، كما أكدت المحكمة أن هذا الوفاء لا يخلق التزاماً جديداً للغير، بل ينقل آثار الوفاء إلى ذمة المدين الأصلي، مع بقاء حق الرجوع للموفي على المدين وفقاً للقانون⁽⁵⁾.

liquidation des biens, de règlement judiciaire ou de suspension provisoire des poursuites. Le sous-traitant qui confie à un autre sous-traitant l'exécution d'une partie du marché dont il est chargé est tenu de lui délivrer une caution ou une délégation de paiement dans les conditions définies à l'article 14:

(https://www.legifrance.gouv.fr/loda/article_lc/LEGIARTI000037739350)

(1) International Chamber of Commerce, Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758), 2010.

(2) ينظر: المادة (323) من القانون المدني المصري. وينظر د. محمد شكري سرور، الموجز في الاحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، مصر، 2008، ص 431، 432.

(3) ينظر: المادة (324) من القانون نفسه. ينظر محمد شكري سرور، المصدر أعلاه.

(4) ينظر: المادة (327) من القانون نفسه.

(5) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (412) سنة (63) قضائية، الصادر بتاريخ: 1999/1/10، متاح على

موقع احكام المحاكم المصرية : <https://www.facebook.com/court.rulings.eg>.

أما القانون المدني العراقي، فيعالج مسألة الوفاء بواسطة شخص آخر غير المدين في سياق انقضاء الالتزام، حيث يقر المشرع بإمكانية تنفيذ الالتزام ليس فقط من قبل المدين نفسه، بل أيضاً من قبل أي شخص آخر، بغض النظر عما إذا كان لهذا الشخص مصلحة في الوفاء أم لا، الأمر الذي يعكس مرونة النظام القانوني في إجازة تدخل الغير في تنفيذ الالتزامات وتحقيق غاية الوفاء⁽¹⁾، كذلك منح المشرع هذا الغير حق الرجوع على المدين لاسترداد ما دفعه⁽²⁾.

إذاً فالإنابة الناقصة تمنح الدائن العادي مركزاً عقدياً متميزاً يتمثل في حقه بالحصول على ضمان إضافي للوفاء بالالتزام، فحتى عند تدخل الغير في التنفيذ، يبقى الدين قائماً على ذمة المدين الأصلي، مما يتيح للدائن الرجوع على المدين إذا لم يقم المناب بالوفاء.

2. استقلال الدين في الإنابة الناقصة وعدم قابلية التمسك بالدفع: إن استقلال الالتزام الناشئ عن الإنابة الناقصة يبرز كأحد أهم المبادئ التي تعزز مركز الدائن العادي، وذلك من خلال الفصل بين التزام المنيب الأصلي والتزام المناب لديه، فحين يكون الالتزام مستقلاً، و يستطيع المناب أن يدفع دفعه الخاصة بالمنيب في مواجهة الدين المترتب عليه، مما يمنح الدائن ضماناً أقوى لتنفيذ الحق المالي المقرر له دون أي عراقيل قانونية قد تنشأ من طبيعة العلاقة الأصلية بين المدينين، ترجع أهمية استقلالية الإنابة الناقصة إلى أن الضامن أو المنيب يلتزم بصفة مستقلة عن التزام المدين الأصلي، فتفقد الضمانة صفة التبعية التقليدية لتكتسب صفة الاستقلالية الكاملة، هذا الانفصال عن التزام المدين الأصلي يجعل من الإنابة الناقصة أداة ضمان قوية، إذ لم تعد التبعية عنصراً أساسياً، ولا جزءاً من جوهر الالتزام، كما أنها ليست من النظام العام بالنسبة للضمانات الشخصية⁽³⁾.

وما يعني أن الدائن لا يتأثر بمشكلات أو دفع قد تنشأ بين المدين الأصلي والضامن، وعلى سبيل المثال، فإن الدين الذي يترتب على المنيب في ذمة المناب للمناب لديه يعد ديناً مستقلاً مجرداً، لا يتأثر بما إذا كان الدين الأصلي في ذمة المنيب للمناب باطلاً أو قد انقضى، وهذا يضمن للدائن أن حقه في المطالبة سيبقى قائماً ومستقلاً، بما يوفر حماية قانونية وموثوقية أعلى، كما أن استقلال الدين يسمح للدائن بالرجوع على أي من المدينين المستقلين دون تقيد الآخر، فحين يتقاضى المناب

(1) ينظر: المادة (375) من القانون المدني العراقي.

(2) ينظر: المادة (236-238) من القانون نفسه.

(3) ينظر في ذلك: د. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، المصدر السابق، ص 169، كذلك يراجع: د. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، المصدر السابق، ص 309.

الدين من أحد المدينين (سواء كان المناب أو المنيب)، يبرأ الآخر تلقائياً من الالتزام، بما يمنح الدائن المرونة والقدرة على تحصيل دينه بأكثر من طريقة، وهذا الاتصال الوثيق بين الالتزامات المستقلة يتيح للدائن تطبيق أي دفع ممكنة ضد أي دين مستقل دون أن يضعف ذلك حقه في الدين الآخر⁽¹⁾، وهو ما يعكس بوضوح وظيفة الإنابة الناقصة كأداة تعزز الضمان الشخصي وتقوي المركز العقدي للدائن، بما يتيح له حماية حقوقه المالية بكفاءة أكبر.

وعلى ذلك يبرز دور استقلالية الالتزام الناشئ عن الإنابة الناقصة كأحد الركائز الأساسية للمركز العقدي المتميز للدائن العادي، فاستقلال الالتزام بين المنيب الأصلي والمناب يضمن أن كل دين ناشئ عن الإنابة مستقل بذاته، لا يتأثر بصحة أو بطلان الدين الأصلي أو بأي خلافات بين المدينين، هذا يتيح للدائن ضماناً مزدوجاً إذ يظل له الحق في المطالبة بالوفاء من أي طرف مستقل دون أن يؤثر ذلك على التزام الطرف الآخر، ما يعزز مركزه القانوني ويضفي موثوقية أعلى على حقوقه المالية.

1. العلاقة بين المنيب والمناب: في العلاقة بين المنيب والمناب، إذا لم تكن هناك مديونية سابقة بينهما، وقام المناب بالوفاء للمناب لديه قبل أن يؤدي المنيب التزامه الأصلي، فإن للمناب حق الرجوع على المنيب بموجب دعوى الوكالة أو الفضالة أو الإثراء بلا سبب، ويستثنى من ذلك الحالات التي يكون فيها المناب قد تصرف متبرعاً دون أي التزام قانوني، ولا يترتب على هذا الرجوع أي تعارض مع قاعدة تساوي الدائنين العاديين في الضمان العام، ذلك أن المناب ليس دائناً أصلياً للمنيب، وإنما ينشأ حقه في الرجوع بعد الوفاء بقدر ما دفعه، فيبقى حقه شخصياً عادياً لا يمنحه أي امتياز أو أولوية على غيره من الدائنين⁽²⁾.

أما إذا كانت هناك علاقة مديونية قائمة بين المناب والمنيب، وقام المناب بقصد تجديد هذا الدين عن طريق التزامه تجاه المناب لديه، فإن الالتزام الأصلي للمناب تجاه المنيب ينقضي ويستبدل بالالتزام الجديد الناشئ في ذمة المناب لديه، بحيث يصبح تحديد الحقوق قائماً على الدين الجديد، وفي هذه الحالة، إذا أدى المناب الدين للمناب لديه، فإنه لا يكون له الحق في الرجوع على المنيب بأي

(1) ينظر في ذلك: د. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، الطبعة الثالثة، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003، ص248.

(2) ينظر في ذلك: د. محمود السيد عبد المعطي، النظرية العامة للالتزام في القانون المصري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015، ص360.

شيء، لأن التزامه الأصلي قد انقضى بالتزامه الجديد⁽¹⁾، وفي حال لم يقصد المناب تجديد دينه قبل أن يؤدي المناب لديه التزامه، يبقى الدين الأصلي قائماً في ذمته، وعليه إذا قام المناب بالوفاء للمناب لديه يكون له الحق في الرجوع على المنيب بالمطالبة بالوفاء بالدين الأصلي، بما يعكس استمرار ارتباط الالتزام القديم بالالتزام الجديد، ويؤكد طابع الضمان للإنابة الناقصة في تنظيم العلاقة بين الأطراف، ولا يعد هذا الحل مخالفاً لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في الضمان العام، ذلك أن التجديد يؤدي إلى انقضاء الدين الأصلي في ذمة المناب قبل المنيب، فلا يبقى في الذمة المالية للمنيب أصل يمكن أن يكون محلاً للضمان العام، وإنما ينشأ للمناب لديه دين جديد مستقل في ذمة المناب، يظل مع ذلك خاضعاً للقواعد العامة في الطعن على التصرفات الصادرة بالدائنين متى توافرت شروطها⁽²⁾.

في خلاصة القول، نجد أن الإنابة الناقصة تحقق حماية إضافية للدائن، إذ تتيح له توسيع دائرة الضمان الشخصي وضمان الوفاء بالدين، دون أن يخل ذلك بمبدأ المساواة بين الدائنين أو يخلق امتيازاً عينياً خاصاً، ويستند هذا التميز إلى استقلال التزام المناب عن التزام المنيب، مما يجعل الإنابة الناقصة وسيلة فعالة لإعادة تنظيم العلاقة الائتمانية وتعزيز المركز العقدي للدائن ضمن جماعة الدائنين.

الفرع الثاني

حوالة الحق على سبيل الضمان

بادئ ذي بدء وجب التنويه إلى أن القانون المدني العراقي يفرق بين الحوالة على سبيل البيع أو النقل النهائي والحوالة كأداة لضمان الدين، دون أن يستخدم هذه التسمية صراحةً في نصوصه، ومن ثم، الهدف من الحوالة على سبيل الضمان هو ضمان الدين، وهو أحد الأساليب الممكنة لحوالة الحق، لكنه ليس الأسلوب الوحيد لنقل الحقوق⁽³⁾.

وإذا كانت الإنابة الناقصة تمثل وسيلة تقليدية لتعزيز ضمان الدائن العادي من خلال إضافة مدين جديد إلى جانبه، فإن حوالة الحق على سبيل الضمان تعد بدورها من الوسائل التقليدية التي يلجأ

(1) ينظر في ذلك: د. جلال محمد ابراهيم، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011، ص 126.

(2) ينظر في ذلك: د. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982، ص 257.

(3) عبد المجيد الحكيم، د. عبد الباقي البكري، د. محمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، ج 2، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010، ص 225 وما بعدها.

إليها الدائن لتحقيق مركز عقدي متميز، ولكن عبر آلية مختلفة تقوم على نقل حق قائم إلى الدائن ضماناً لدينه، ولغرض بيان مفهومها كوسيلة ضمان وإزالة اللبس عنها لا بد من التعريف بها من ثم تمييزها عن الانظمة التي تشابهها وذلك في فقرتين على النحو الآتي:

أولاً: التعريف بحالة الحق: قد اجمع الفقه على أن حوالة الحق هي عقد ناقل للحق، لكن اختلف الفقه في تحديد تعريف ذلك العقد فقد ذهب بعض منهم إلى عدّ حوالة الحق اتفاقاً يتم بين الدائن الأصلي وشخص من الغير، ينقل بمقتضاه الحق القائم في ذمة المدين إلى هذا الغير، فيحل محل الدائن الأصلي في ذات الحق وبكافة عناصره وملحقاته، فيسمى الدائن الأول محيلاً، والدائن الجديد محالاً له، والمدين محالاً عليه، من غير أن يطرأ تغيير على شخص المدين أو طبيعة الالتزام، ويتم العقد برضاء الدائن المحيل والدائن الجديد المحال له دون حاجة لرضاء المدين⁽¹⁾.

ويرى بعض الآخر أن حوالة الحق عقدٌ ينشئ انتقالاً للحق الشخصي من ذمة الدائن إلى ذمة دائن آخر، بحيث يصبح هذا الأخير دائناً مباشراً للمدين بذات الحق المحال، مع احتفاظ الالتزام بمصدره ومحلّه، ويترتب على ذلك حلول المحال له محل المحيل في الحقوق المرتبطة بالحق المحال، وفقاً للقواعد العامة التي تحكم انتقال الحقوق⁽²⁾.

كما ذهب بعض الفقهاء، إلى التأكيد على الطبيعة التعاقدية لحالة الحق، فاعتبروها عقداً قد يتم على سبيل المعاوضة إذا قدم المحال له مقابلاً للحق المحال، فتخضع حينئذٍ لأحكام عقود المعاوضات، وقد تتم على سبيل التبرع فيأخذ المحيل حكم الواهب وتسري على الحوالة في هذه الحالة أحكام التبرعات من حيث الشكل والموضوع، ويظل هذا التنوع في الأغراض غير مؤثر في القواعد العامة التي تحكم الحوالة باعتبارها أداة قانونية لنقل المركز العقدي للدائن⁽³⁾.

(1) ينظر في ذلك: د. رمضان أبو سعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999، ص 372. وينظر في ذلك: د. احمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والاثبات في الفقه وقضاء النقص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004، ص 220.

(2) ينظر في ذلك: د. منذر الفضل، مصادر الالتزام وأحكامها: دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقه الإسلامي، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012، ص 555. وينظر في ذلك: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005، ص 253.

(3) ينظر في ذلك: د. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة، الأردن، 2012، ص 262.

أما تشريعياً فنرى في القانون المدني الفرنسي، فإن المشرع نظم التعديلات الحديثة لحالة الحق ضمن المادة (1321)، التي تقر أن (حالة الحق هي عقد ينقل بموجبه الدائن حقه ضد المدين إلى طرف ثالث يسمى المحال إليه، سواء كان ذلك بعوض أم بغير عوض، وتمتد إلى الملحقات المرتبطة بالحق).

وقد ظهر حديثاً في فرنسا شكل جديد للحالة المبسطة للحقوق يهدف إلى تسهيل حصول المؤسسات على الائتمان اللازم من البنوك، ويعتبر بعض الفقهاء⁽¹⁾ هذه الظاهرة مظهراً من مظاهر المصرفية الحديثة (bancairisation) ضمن القانون المدني، هذا الشكل الجديد للحالة ليس مقصوراً على القانون التجاري فحسب، بل يشمل ما يسمى قانون المهنيين، الذي ينظم الحقوق المهنية ويعرف بآلية الحالة المبسطة، ومن أهم سمات هذا القانون، الذي نظمه قانون ديلي الفرنسي الصادر عام 1981 (Loi Dailly, Loi n°81:1)، اختفاء التفرقة بين الصحة وعدم النفاذ كما هو الحال في القيم المنقولة، وتقليل الشكالية مع جعلها أكثر إلزاماً، بالإضافة إلى أن الآثار المترتبة على هذه الحالة تختلف بحسب إرادة الأطراف، مما يجعلها أداة مرنة وفعالة في العمليات البنكية والتجارية.

ونلاحظ في السندات الأسمية، مثل الأسهم والسندات، ينتقل الحق عن طريق تسجيله في دفتر خاص بالشركة أو لدى الدولة إذا كانت هي المصدرة، إمّا السندات المشروطة بالأذن، كالكبيالة والسند الأذني والشيك وسندات الشحن أو سندات الخزنة، فينتقل الحق فيها عن طريق التطهير، وتخضع لمبدأ تطهير الدفع، فيما يخص السندات لحاملها، وهي المحررة أصلاً لحاملها، ينتقل الحق فيها عبر التسليم المادي للسند⁽²⁾.

أما في التشريع المدني المصري فإن حالة الحق بوصفها وسيلة مشروعة لنقل المركز العقدي للدائن، حيث أكد القانون المدني المصري على جواز أن يحول الدائن حقه إلى شخص آخر من غير حاجة إلى رضا المدين، ما لم يمنع ذلك نص القانون أو طبيعة الالتزام⁽³⁾، وتكتسب حالة الحق أهمية خاصة عندما تتخذ على سبيل الضمان، إذ تمكّن الدائن المحال إليه من الرجوع مباشرة على المدين المحال عليه، وقد يتحسن بذلك مركزه العقدي مقارنة ببقية الدائنين العاديين متى كان الحق المحال صحيحاً ومستحقاً وقابلاً للاستيفاء، وكان المدين المحال عليه موسراً، ولم يتمسك في مواجهته بالدفع

(1) Ph. Malaurie, L. Aynès, les sûretés, op .cit. ,no. 785, p.561

(2) ينظر في ذلك: د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، الطبعة الثالثة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006، ص 81.

(3) المادة (303) من القانون المدني المصري.

المتعلقة بالحق المحال، إلا أن هذا التحسن يبقى نسبياً وظرفياً، ولا يرقى إلى إنشاء امتياز قانوني أو تأمين عيني، كما يظل المحال له معرضاً للدفع المستمدة من الحق المحال ولخطر إفسار المدين المحال عليه، بما لا يخرج عن دائرة الدائنين العاديين⁽¹⁾.

أما القانون المدني العراقي فقد اورد أحكام حوالة الحق ضمن نطاق انتقال الالتزام، حيث نظم الحقوق والالتزامات بين الدائن الأصلي والمدين والمحيل له ، محدداً شروط نقل الحق، وإخطار المدين، وتأثير الحوالة على الضمانات والحقوق القائمة، بما يضمن حماية الأطراف المعنية وتنظيم العلاقة القانونية بينهما⁽²⁾.

كما أشار القانون إلى أن حوالة الحق لا تقتصر على نقل الحق مجرداً، بل تمتد إلى ملحقاته وضمائنه، إذ ينتقل الحق إلى المحال له بما له من صفات وما يكفله من تأمينات⁽³⁾، ما لم يوجد اتفاق أو نص يقضي بغير ذلك، ويكشف هذا التنظيم عن إمكانية استخدام حوالة الحق كوسيلة تؤدي وظيفة ضمان، تمكن الدائن المحال له من تعزيز مركزه العقدي وتحقيق أفضلية تعاقدية في استيفاء حقه، دون أن يؤدي ذلك إلى إنشاء امتياز قانوني أو حق عيني تبعي، وهو ما ينسجم مع فكرة المركز العقدي المتميز للدائن العادي في إطار الضمان العام، كما ذكر القانون أنه على المحيل أن يسلم المحال له سند الحق المحال به وان يقدم له وسائل إثبات هذا الحق وما ضروري من بيانات لتمكينه من حقه⁽⁴⁾.

في هذا السياق، يظهر الترابط بين رهن الدين في القانون العراقي والحوالة على سبيل الضمان من حيث الوظيفة التي يؤديها كل منهما في تعزيز مركز الدائن وضمان استيفاء حقه، إذ يشتركان في كونهما يردان على حق شخصي (دين) ويهدفان إلى توفير حماية إضافية للدائن في مواجهة مخاطر عدم الوفاء، وهناك من يرى أنه لكي يقع رهن الدين صحيحاً يجب أن يكون قابل للحوالة، كون رهن الدين نوع من حوالاته أو هو حوالة على سبيل الضمان، فاذا كان الحق غير قابل للحوالة لا يمكن رهنه رهن دين⁽⁵⁾.

(1) سمير عبد السيد تتاغو، عقد الرهن وحقوق الامتياز (التأمينات العينية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994، ص 114 وما بعدها.

(2) المواد 362 إلى 374، من القانون نفسه.

(3) ينظر: المادة (365) من القانون المدني العراقي.

(4) المادة (367) من القانون المدني العراقي.

(5) ينظر في ذلك: د غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، مصدر سابق، ص 555.

غير أن الوسيلة القانونية المعتمدة في كل منهما تختلف، فوهن الدين يترتب للدائن حقاً عينياً تبعياً يخول له استيفاء حقه بالأولوية من قيمة الدين المرهون، مع بقاء هذا الدين في ذمة المدين الأصلي، بينما تقوم الحوالة على سبيل الضمان على نقل الحق ذاته إلى الدائن، بحيث يصبح هو صاحب الدين المحال إليه، مع التزامه برده عند الوفاء⁽¹⁾.

وعلى هذا الأساس، يمكن النظر إلى الحوالة على سبيل الضمان بوصفها أداة حديثة ومرنة تحقق ذات الغاية التي يستهدفها رهن الدين، لكنها تتجاوز قيوده الشكلية والموضوعية، الأمر الذي يجعلها وسيلة أكثر فعالية في تعزيز المركز العقدي للدائن، خاصة في ظل غياب تنظيم صريح لها في التشريع العراقي، مما يفتح المجال للاجتهاد الفقهي في بيان طبيعتها القانونية ضمن الأطر القانونية القائمة.

وعلى ذلك تكتسب حوالة الحق في هذا الإطار أهمية خاصة عندما تتخذ على سبيل الضمان، إذ لا تقتصر وظيفتها على مجرد نقل الحق، وإنما تؤدي دوراً جوهرياً في تعزيز مركز الدائن المحال له ومنحه مركزاً عقدياً متميزاً مقارنة ببقية الدائنين العاديين، دون أن يرقى ذلك إلى إنشاء حق عيني مستقل.

ويفرق التشريع الفرنسي، بين الاشتراط لمصلحة الغير وحوالة الحق من حيث الأثر والوظيفة، فقد قرر المشرع أن الاشتراط لمصلحة الغير ينشئ حقاً مباشراً للمنتفع في مواجهة المتعهد، بوصفه استثناءً على مبدأ نسبية أثر العقد⁽²⁾، من غير أن يستهدف بالضرورة تحسين المركز العقدي للمشتري داخل جماعة الدائنين. في المقابل، وقد أكد المشرع على أن حوالة الحق تقوم على نقل حق قائم من ذمة الدائن إلى دائن آخر بموجب عقد، دون إنشاء حق جديد أو أولوية قانونية⁽³⁾، وهو ما يؤكد أن الحوالة، ولو اتخذت على سبيل الضمان، تمثل وسيلة اتفاقية لإعادة تنظيم العلاقة الائتمانية وتعزيز المركز العقدي للدائن العادي داخل نطاق الحقوق الشخصية، مع بقائه خاضعاً لمبدأ الضمان العام، لكن علاقة المدين المحال مع الدائن الأصلي تبقى في إطار الالتزام الموحد للمدين الأصلي، بحيث

(1) ينظر في ذلك: د. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2020، ص312.

(2) المادة (1205) من القانون المدني .

(3) المادة (1321) من القانون نفسه.

يبقى أي تصرف من المدين المحال خارج العلاقة التعاقدية تمثل التزام مستقل تجاه الدائن ويستطيع المدين الأصلي العودة عليه بدعوى الاثراء بلا سبب أو دعوى الاستحقاق⁽¹⁾.

أما في مصر، فقد ذكر المشرع أن حوالة الحق تشمل كافة الضمانات المتعلقة بالحق المحال، بما في ذلك الكفالة والامتياز والرهن، وما حل من فوائد وأقساط وبذلك، يمكن اعتبار الحوالة وسيلة تقليدية لتعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي، إذ تمنحه نقل حقه إلى دائن آخر مع الحفاظ على قوة الضمانات القانونية، دون أن ينشأ التزام جديد على المدين الأصلي أو تمنح حقوقاً عينية مستقلة⁽²⁾.

بينما في التشريع العراقي، تتجلى وظيفة حوالة الحق في إطار الترتيبات العقدية لتحسين مركز الدائن العادي بما لا يخل بطبيعة الالتزام الأصلي للمدين، وهو ما يميزها عن نظام الاشتراط لمصلحة الغير الذي ينشئ حقاً لصالح طرف ثالث يرتبط مباشرة بالعلاقة الأصلية بين المشتري والمتعهد، فقد نص القانون المدني العراقي في المادة (363) على أن (لا تكون الحوالة نافذة في حق المحال عليه أو في حق الغير إلا إذ قبلها المحال عليه أو أعلنت له) ، مما يؤكد أن الحوالة لا تنتقل آثارها إلى ذمة المدين أو الغير إلا باتفاق إيجابي (قبول أو إعلان) يحقق نفاذها في مواجهة تلك الأطراف، من غير أن يخلق لهم حقاً مستقلاً في ذات الالتزام، بل ينقل الحق القائم بصفته وضماناته إلى الدائن المحال له.

وقد بينت محكمة التمييز الاتحادية في العراق في قرارها المرقم (501) الصادر بتاريخ 2008/6/26 م، أنه عند وجود حوالة حق، يجب التحقق من صحتها على وفق أحكام المادة (363) من القانون المدني، خصوصاً ما يتعلق بإعلانها للمدين المحال عليه، إذ لا تتحقق خصومة المدعي إلا بعد تحقق هذه الشروط، وفي القضية محل الطعن، كانت هناك حوالة حق على كمية من الدجاج بين المدعي وشخص ثالث، وقد رفضت المحكمة الابتدائية الدعوى لعدم تحقق الخصومة، بينما أكدت المحكمة العليا وجوب التأكد من صحة الحوالة وإعلانها للمدين قبل الفصل بالدعوى⁽³⁾، مما يعكس

(1) ينظر في ذلك: د.نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004، ص522.

(2) ينظر: د محمد شكري سرور ،الاحكام العامة للالتزام (في القانون المدني) ،مصدر سابق ، ص 353،354.

(3) ينظر: قرار محكمة التمييز الاتحادية في العراق رقم (501/حوالة حق /2008) الصادر بتاريخ: 2008/6/26، متاح على الرابط: https://www.sjc.iq/qview.795/?utm_t.com تاريخ الزيارة 2026/2/2.

التطبيق العملي لنص المادة (363) وأثره في تعزيز مركز الدائن دون المساس بالتزامات المدين الأصلي.

في خلاصة ما تقدم نقول، إن حوالة الحق على سبيل الضمان تمثل وسيلة تقليدية لتعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي، إذ تتيح له نقل حق قائم إلى دائن آخر مع الحفاظ على كافة الضمانات القانونية، من غير إنشاء التزام جديد على المدين أو منح حقوق عينية مستقلة، وتختلف بذلك عن الاشتراط لمصلحة الغير الذي ينشئ حقاً مباشراً لشخص ثالث، فتعمل الحوالة على إعادة تنظيم العلاقة الائتمانية وتقوية موقع الدائن ضمن جماعة الدائنين العاديين.

المطلب الثاني

الوسائل الحديثة لتدعيم المركز العقدي المتميز

لم يعد في الوقت الحاضر تعزيز المركز العقدي للدائن العادي مقصوراً على الضمانات التقليدية أو التأمينات العينية، بل امتد ليشمل وسائل تعاقدية حديثة أفرزها التطور العملي في المعاملات، سواء في مرحلة تنفيذ العقد أم في المرحلة السابقة على إبرامه، فمن تلك الوسائل الحديثة هي الضمانات المستقلة وإلى جانب الضمانات المستقلة، برزت خطابات النوايا كأداة قانونية تمهيدية تسهم في تنظيم المفاوضات وإبراز الجدية في التعاقد، وتوفر للدائن قدراً من الطمأنينة والحماية قبل نشوء الالتزام النهائي.

وعليه، سنقوم بدراسة هذا المطلب من خلال تقسيمه لفرعين، إذ سنتناول في الفرع الأول: خطاب الضمان، فيما سنناقش في الفرع الثاني: خطابات النوايا.

الفرع الأول

الضمانات المستقلة (خطاب الضمان)

إن الضمانات المستقلة هي عبارة عن تعهدات عقدية ضمانية مستقلة بسداد مبلغ الدين عند طلب الدائن، قد يلجأ إليها الدائن عند افلاس مدينه الضامن، حيث إنها ممكن أن تحقق مبالغ نقدية اكبر مما يحققها التامين النقدي⁽¹⁾ تعد خطابات الضمان من أبرز الوسائل الحديثة التي فرضتها الحاجة العملية في المعاملات والعلاقات التعاقدية، لغرض الالمام بتلك الضمانات لا بد من التعريف

(1) شيماء خضير عباس ، الضمانات العقدية المستقلة ، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بغداد ، كلية القانون ،

بها وتوضيح أهميتها وذلك في الفقرة الأولى، ثم نتناول في الفقرة الثانية العلاقة القانونية في الضمانات المستقلة، أما الفقرة الثالثة فسوف نتطرق إلى دورها في تدعيم الضمانات الائتمانية على النحو الآتي:

أولاً: التعريف بالضمانات المستقلة وأهميتها: اختلف الفقه في تعريف الضمانات المستقلة، إذ عرفها بعضهم بأنها : "الالتزام الذي يقدمه طرف ثالث مستقل بناءً على طلب المدين بدفع مبلغ من النقود إلى الدائن المستفيد عند الطلب، دون أن يكون هذا الالتزام مرتبطاً بالعلاقة الأصلية بين المدين والمستفيد، ولا يُعد هذا الضمان مخالفاً لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في الضمان العام، ذلك أن مصدر الالتزام هو ذمة الطرف الثالث الضامن لا ذمة المدين، فيبقى الضمان العام للمدين قائماً لجميع دائنيه، مع خضوع ما يقدمه المدين للضامن من عمولة أو تأمينات للقواعد العامة في الطعن على التصرفات الضارة بالدائنين متى توافرت شروطها"⁽¹⁾، وإن الضمانات المستقلة ليست مفهوماً دخليلاً على القانون العراقي إذ يمكن أن نجد هذا المفهوم في خطابات الضمان إذا إن جانب من الفقه يرى أن خطابات الضمان هي صورة خاصة من الضمانات المستقلة"⁽²⁾، فخطاب الضمان هو التزام مكتوب يصدر عن جهة ضامنة، غالباً ما تكون مصرفاً، يتعهد بموجبه بدفع مبلغ محدد إلى الدائن (المستفيد) متى طلب ذلك، في حال إخلال المدين أو الأمر بتنفيذ التزامه، وذلك دون اشتراط إثبات الخطأ أو التقصير"⁽³⁾، ودون الارتباط بالمنازعات الناشئة عن العقد الأصل فمن خلال الرصيد البنكي الذي يملكه العميل يدخل البنك من أجل ضمان هذه الخطابات"⁽⁴⁾، ويؤدي هذا التجرد والاستقلال إلى تمكين الدائن من الرجوع مباشرة على الضامن، بما يمنحه من أداة فعالة لاستيفاء حقه خارج إطار العلاقة الأساسية مع المدين.

تبرز أهمية الضمانات المستقلة وبالأخص خطابات الضمان وذلك كونها وسيلة حديثة تعزز المركز العقدي المتميز للدائن العادي، إذ لا تكتفي بتوسيع دائرة الضمان الشخصي، بل تنقل الدائن إلى مركز أقوى من خلال تمكينه من مواجهة جهة ذات ملاءة مالية مستقلة عن المدين الأصلي، وهو ما يخفف من مخاطر عدم التنفيذ ويزيد من فعالية الحماية العقدية، دون أن يرقى ذلك إلى إنشاء حق

(1) أنظر هذه التعريفات في ، مريم بينز ، صياغة ضمان مستقل :كيف تتجنب إعادة التأهيل ككفالة ، بحث منشور

في المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية ، العدد 2017، 136، ص 55

(2) شيماء خضير عباس ، الضمانات العقدية المستقلة ، مصدر سابق ، ص 15

(3) إن عملية خطاب الضمان تقتضي خطوة أولى وهي أن يكون هناك عقد أساس يحكم العلاقة بين العميل الأمر والمستفيد، والذي بموجبه يطلب المستفيد من العميل تقديم الضمان البنكي.

(4) ينظر في ذلك: د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000،

ص 11.

عيني أو امتياز قانوني⁽¹⁾، إذ يصدر خطاب الضمان بالأساس من أجل ضمان حق المستفيد تجاه العميل الأمر⁽²⁾.

كما برزت الحاجة إلى خطابات الضمان في المعاملات التي يطلب فيها من أحد المتعاقدين تقديم تأمين نقدي أو ضمان مالي كشرط للتعاقد أو لمنحه أجلاً في التنفيذ⁽³⁾، الأمر الذي أدى إلى توسع استخدامها في المجال التجاري والعلاقات الناشئة عنه، خاصة في فرنسا⁽⁴⁾، استجابةً لمتطلبات التجارة الدولية وتسارعها.

وقد حظيت خطابات الضمان بانتشار واسع في العديد من التشريعات، وهو ما يتجلى في كثرة القوانين التي تشترط تقديمها في بعض المعاملات أو تجيز قبولها بدلاً عن التأمين النقدي، ولا سيما في المناقصات والمزايدات والعقود ذات القيمة المالية الكبيرة، ويعود هذا الانتشار إلى كونها أداة تحقق توازناً بين مصلحة الدائن في الضمان ومصلحة المدين في عدم تجميد أمواله.

ويشترط الدائن لضمان تنفيذ هذا الالتزام أو حسن أدائه تقديم تأمين نقدي يودع لديه تحسباً لاحتمال إخلال المدين بالتزامه، ويتجلى ذلك بوضوح في مجالات المناقصات والمزايدات، سواء الحكومية أو التي تجريها الشركات والأشخاص الاعتباريون، حيث يشترط على المتقدمين تقديم تأمين نقدي لضمان الجدية في العطاء، ثم تأمين آخر لضمان حسن تنفيذ الالتزام عند إرساء العطاء⁽⁵⁾.

غير أن التطور العملي والائتماني أفرز خطاب الضمان كبديل حديث للتأمين النقدي، إذ يحل التزام البنك المستقل محل إيداع المبلغ نقداً لدى الدائن، بما يحقق لهذا الأخير ذات الغاية الضمانية، بل بدرجة أعلى من الفاعلية والاطمئنان⁽⁶⁾، وبهذا، يحصل الدائن المستفيد على مركز عقدي متميز،

(1) ينظر في ذلك: د. إيمان حسني حسن العجيل، الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان - دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2019، ص 20.

(2) ينظر في ذلك: د. محمود الكيلاني، المجموعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، دراسة مقارنة، المجلد الرابع، ط3، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014، ص 391.

(3) ينظر في ذلك: أ. سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 1، العدد 2، مصر، 1972، ص 8.

(4) Dominique legeais, les sûretés et Granties du crédit, litec, 1996, P. 161.

(5) Rives:lange et contamaine raynaud: droit bancaire paris dalloz 1986، p662.

(6) ينظر في ذلك: د.وليد علي ماهر، خطابات الضمان الدولية - دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018، ص 29.

قوامه حق شخصي مستقل في مواجهة البنك، يتيح له استيفاء مبلغ الضمان عند أول طلب، دون الاضطرار إلى الدخول في منازعات العقد الأصلي أو مزاحمة بقية الدائنين⁽¹⁾.

وفي المقابل، يعفى المدين من تجميد أمواله بعيداً عن دائرة الاستثمار والنشاط التجاري، إذ يبقى المبلغ في ذمته بينما ينتقل عبء الضمان إلى البنك مصدر الخطاب⁽²⁾، وبذلك، تمثل خطابات الضمان وسيلة تعاقدية حديثة لإعادة تنظيم العلاقة الائتمانية، تمنح الدائن العادي حماية فعالة ومركزاً عقدياً متميزاً، دون أن تنشئ له حقاً عينياً أو امتيازاً قانونياً، وبما يظل منسجماً مع مبدأ الضمان العام. وفي ضوء التطورات العملية والقانونية، أصبحت الضمانات المستقلة وسيلة حديثة تمنح الدائن العادي مركزاً عقدياً متميزاً، حيث توفر حماية مباشرة لمستحقاته بغض النظر عن قدرة المدين على الوفاء⁽³⁾، فقد يشترط القانون في بعض الأنشطة، مثل الممتهنين للسمسرة في بورصة الأوراق المالية، تقديم ضمان مالي لكفالة الحقوق، وهو ما يحقق للدائن ميزة كبيرة في تحصيل مستحقاته⁽⁴⁾، في هذا الإطار، ويكفل خطاب الضمان حماية لجميع الأطراف: فالعميل أو المدين الأصلي يمكنه تجنب تجميد أموال كبيرة واستثمارها بما يدر أرباحاً؛ والبنك أو الضامن لا تقتصر مصلحته على العمولة التي يتقاضاها مقابل إصدار الخطاب، بل يحرص أيضاً على تقييم مخاطر العميل، ويطلب منه عادةً تقديم تأمينات أو ضمانات عكسية مناسبة، كإيداع مبلغ نقدي، أو رهن حساب أو ودائع، أو تقديم كفالة شخصية أو تأمين عيني، بما يحفظ له حق الرجوع على العميل عند تنفيذ التزامه تجاه المستفيد، ولا يترتب على هذه التأمينات بالضرورة إخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين في الضمان العام، لأنها تدخل في نطاق الضمانات التعاقدية المشروعة التي يحق للبنك طلبها، مع بقاء الدائنين الآخرين في إمكانهم الطعن في التصرفات الضارة بهم وفق القواعد العامة، لا سيما قواعد الطعن في تصرفات المدين الضارة بالدائنين أو قواعد التفليس، متى توافرت شروطها⁽⁵⁾، ويضمن حقوقه مقابل الالتزام

(1) ينظر في ذلك: د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية في القضاء المصري وقانون التجارة الجديد والقواعد الدولية، مصدر سابق، ص 24.

(2) ينظر في ذلك: د. مصطفى مرعي، خطابات الضمان عملياً ونظرياً، بحث قانوني ضمن معهد الدراسات المصرفية، مصر، دون سنة نشر، ص 3.

(3) ينظر في ذلك: د. وليد علي ماهر، خطابات الضمان الدولية - دراسة مقارنة، مصدر السابق، ص 30.

(4) ينظر في ذلك: د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002،

ص 565، ود. هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 1992، ص 1.

(5) Bertrams: bank grantees in international trade new york 1996 p 10.

المالي الذي يتحمله؛ وصولاً للمستفيد أو الدائن، الذي يضمن وفاء حقوقه مباشرة من خطاب الضمان بغض النظر عن أي التزامات أخرى للمدين⁽¹⁾.

كما يتميز خطاب الضمان بكونه مستقلاً عن العلاقة الأصلية بين المدين والدائن، إذ يحل محل التأمين النقدي الذي كان يتعين على العميل دفعه للمستفيد، ويتيح للبنك إصدار الضمان مقابل عمولة محددة بعد تقييم المركز المالي للعميل وقدرته على الوفاء، بما يعزز حماية الدائن ويسرع استرداد حقوقه دون الحاجة للرجوع للمدين الأصلي⁽²⁾.

وبالإشارة إلى القانون الفرنسي نجد أن الضمان المستقل لم يظهر بصورته الحالية في فرنسا إلا حوالي سنة 1970، ثم انتشر وازدهر في العقدين الأخيرين انتشاراً دولياً، وإن كان قد نظم تشريعياً في دول أخرى مثل ألمانيا وسويسرا وإيطاليا، (وقد أرسى قواعده القضاء الفرنسي والإنجليزي بما يتفق مع وظيفته)⁽³⁾.

ومن ثم، تم تنظيم الضمانات المستقلة (garanties autonomes) ومن بينها خطاب الضمان ضمن نصوص القانون المدني كآلية ضمان شخصية يتم تنفيذها "عند أول طلب" من المستفيد، دون أن تكون مرتبطة مباشرة بالعلاقة العقدية الأصلية بين الطرفين.

وتنص أحكام مثل تلك المدرجة في المواد (2321) وما بعدها من القانون المدني الفرنسي على أن (الضامن يلتزم بدفع المبلغ المتفق عليه فور طلب المستفيد بشكل مستقل عن أسباب المنازعة أو دفع يثار في العقد الأساسي، وفي هذا الإطار، يعد الضمان المستقل إجراءً يسعى إلى توفير سيولة سريعة للمستفيد، ويعزز مركزه التعاقدية مقارنة بالدائن العادي التقليدي دون أن يمنحه حقاً عينياً أو امتيازاً تشريعياً مستقلاً).

وقد اكدت محكمة النقض الفرنسية الدائرة التجارية بأن تعهد البنك بالدفع عند الطلب يشكل ضمان مستقل وليس كفالة مما يمنع التمسك بالدفع المستمدة من العقد الاصلي بين الأمر والمستفيد،

(1) Vasseur(M) : les droit de garantie bancaire.1990 p 5.prum(A) : les granties A premiere deman de paris ed1994 p

(2) Dohm jurgor: les garanties bancaires dans le commerce international 1986 p48: Martine(D) : les nouvelles reeles aux garanties sur demande 1992 op cit p 235.

(3Cour de cassation, Chambre commerciale, 30 mai 1982 (Deux arrêts majeurs qui ont consacré la garantie autonome en droit français, marquant sa distinction définitive avec le cautionnement). & Article 2321 du Code civil français (Introduit par l'ordonnance n° 2006-346 du 23 mars 2006 relative aux sûretés).

ويكون المطالبة بالضمان على وفق شروط خطابات الضمان ذاتها استقلاً عن العقد الأصلي وما ينشأ عنه من نزاعات (1)

أما في التشريع المصري، فقد ظهر الضمان المستقل في مصر تشريعياً لأول مرة في لائحة المناقصات والمزايدات (2)، والقانون رقم (436) لسنة 1954، ثم بالقانون رقم (9) لسنة 1983، ثم بالقانون رقم (9) لسنة 1998 ولائحته التنفيذية الذي ألغى ما سبقه، وقد نظم قانون التجارة رقم (17) لسنة 1999 (المعدل) خطاب الضمان بوصفه التزاماً مستقلاً يصدر عن البنك بناءً على طلب الأمر، لدفع مبلغ معين للمستفيد عند أول طلب ودون أي اعتراضات ناشئة عن العلاقة بين الأمر والمستفيد، مما يجعله مختلفاً عن الكفالة التقليدية ويمنح المستفيد مركزاً عقدياً متميزاً، وقد وضع المشرع من القانون المشار إليه على أن خطاب الضمان هو (تعهد مكتوب من البنك بدفع مبلغ معين دون اعتداد بأي معارضة) (3) ويقصد باستقلال البنك قبل المستفيد عن علاقة البنك بالعميل لأنه لا أثر لدفع العميل قبل البنك والناشئة عن العقد المبرم بينهما والذي اعرب فيه العميل عن طلبه في إصدار خطاب ضمان وفق شروط معينة وموافقة البنك عليها (4)، إذ يسمح المشرع للبنك بطلب تأمين مقابل إصدار خطاب الضمان (5).

وقد أكدت محكمة النقض المصرية في أن خطاب الضمان التزام مستقل للبنك تجاه المستفيد ولا يتأثر بأي نزاع بين الضامن والأمر أو بين الأمر والمستفيد (6)، وقد ذكرت محكمة النقض المصرية أن خطاب الضمان ينشئ التزاماً مستقلاً للبنك تجاه المستفيد، منفصلاً عن علاقته بالمدين، يلتزم بموجبه البنك بالوفاء بقيمة الضمان فور مطالبة المستفيد وفي حدود ما ورد بالخطاب، دون الاعتداد بالمنازعات الناشئة عن العقد الأصلي، على أن يظل حق المدين في الرجوع إلى القضاء قائماً، وهو

(1) قرار محكمة النقض الفرنسية، الدائرة التجارية، ذي العدد 95:539.21 في 18/مايو / 1999 متاح على الرابط Cour.de.Cassation.Chambre.commerciale,du.18.mai.1999,95:21.539,Publicé.au.bulletin:Légifrance.2026/3/14 تاريخ الزيارة: 2026/3/14

(2) صدر هذا القانون بقرار من وزير المالية المصري بالرقم (452) لسنة 1952.

(3) المادة (355) من القانون التجاري المصري.

(4) يرجع في ذلك : د. سميحة القليوبي ، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية، القاهرة ، 2007 ، ص 861

(5) المادة (356) من القانون نفسه.

(6) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية رقم (1342) لسنة 49 قضائية، الصادر بتاريخ: 12:12:1980، متاح على الرابط: <https://www.mondaq.com/contracts:and:commercial:law> تاريخ الزيارة: 2026/2/2.

ما يعكس الدور العملي لخطاب الضمان في تعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي⁽¹⁾، كما أكدت محكمة النقض المصرية في حكم لها في إحدى القضايا المعروضة عليها⁽²⁾، أن خطاب الضمان لا يتوقف على أي واقعة خارجية أو شروط إضافية إلا ما ورد صراحة في الخطاب، ويجب على البنك الوفاء فور تقديم المستندات المحددة وبما يطابق شروط الخطاب، بينما يظل للدائن حق الرجوع على البنك إذا تم الوفاء وفق تعليماته، وهذا يعكس طبيعة الضمان المستقل كوسيلة حديثة تمنح الدائن مركزاً عقدياً متميزاً ويضمن استيفاء حقه مباشرة دون الحاجة للرجوع إلى العقد الأصلي بين المدين والمستفيد.

بينما في التشريع العراقي يجد أن خطاب الضمان هو تعهد يصدره المصرف بناءً على طلب متعامل (الآمر) بدفع مبلغ معين للمستفيد دون شرط أو قيد إذا طلب ذلك خلال المدة المحددة في الخطاب⁽³⁾، مما يعكس لدينا استقلاليته عن العقد الذي أدى إلى صدوره ويمكن للمستفيد من الرجوع على البنك مباشرة، ويظهر من مضمون تلك المادة أن خطاب الضمان في القانون التجارة العراقي يقوم على علاقة تعاقدية منفصلة تضيف على المستفيد مركزاً قانونياً متميزاً يمكنه من تحقيق استيفاء حقوقه بفعالية أعلى مقارنة بالدائن العادي غير المحمي بضمان مستقل، من غير أن يمنحه حقوقاً عينية أو امتيازات تشريعية مستقلة، وهذا ما يجعل خطاب الضمان صالح للوظيفة التي وجد من أجلها بوصفه بديلاً عن الضمان النقدي الذي يشترط على المستفيد ايداعه لضمان حسن التنفيذ⁽⁴⁾،

ثانياً: العلاقة القانونية في الضمان المستقل وأثرها في المركز العقدي المتميز للدائن: دون المدين (العميل الأمر): يمثل الضمان المستقل بديلاً فعالاً عن التأمين النقدي الذي قد يشترطه المستفيد لضمان تنفيذ الالتزام، إذ يتيح للمدين تفادي تجميد مبالغ مالية كبيرة لدى الدائن، فبدلاً من إيداع مبلغ نقدي، يلجأ المدين إلى استصدار خطاب ضمان من البنك لصالح الدائن، بما يمكنه من الاحتفاظ بسيولته المالية وتوجيهها إلى مجالات الاستثمار أو النشاط التجاري، من غير الإخلال بمصلحة الدائن أو المساس بمستوى الضمان الممنوح له⁽⁵⁾.

(1) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية، عدد20، في 27، 5، 1969: مجموعة أحكام محكمة النقض، ص811.

(2) ينظر: قرار محكمة النقض المصرية الطعن رقم (1013) السنة 50 ق، الصادر بتاريخ: 29، 5، 1989.

(3) المادة (287) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984 المعدل.

(4) ينظر في ذلك: د. فاروق ابراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، شركة العاتك لصناعة الكتب،

بيروت، 2022، ص337

(5) ينظر في ذلك: د.علي جمال الدين، خطابات الضمان المصرفية، مصدر سابق، ص565.

بينما بالنسبة للمستفيد (الدائن) يحقق الضمان المستقل للمستفيد مركزاً عقدياً متميزاً، إذ يمنحه حقاً مباشراً في مواجهة البنك الضامن، مستقلاً عن العلاقة الأساسية التي تربطه بالعميل الأمر⁽¹⁾، ويترتب على ذلك التزام البنك بالدفع عند أول طلب، دون الاعتداد بالاعتراضات أو الدفع المستمدة من عقد الأساس، وهو ما يضمن للمستفيد سرعة الاستيفاء واليقين في الحصول على حقه، ويضعه في مركز أقوى مقارنة ببقية الدائنين العاديين، دون أن يصل ذلك إلى مرتبة التأمينات العينية⁽²⁾.

أما بالنسبة للبنك الضامن يعد إصدار خطاب الضمان نشاطاً مصرفياً ذا مردود اقتصادي، إذ يتقاضى البنك مقابله عمولة تتناسب مع قيمة الضمان ومدته، مع احتفاظه بحق طلب تأمينات مناسبة من العميل الأمر⁽³⁾، وبذلك يحقق البنك مصلحة مالية، بينما يظل التزامه تجاه المستفيد التزاماً مستقلاً ومباشراً.

ثالثاً: دور الضمان المستقل في تدعيم الضمانات الائتمانية: تتجلى أهمية الضمانات المستقلة كوسيلة لتدعيم الضمانات الائتمانية في قدرته على منح الدائن مركز قانوني متميز يعزز من استيفاء حقه ويقلل من مخاطر عدم التنفيذ، وهنا يثور التساؤل ابتداءً حول الأساس الذي يستمد منه خطاب الضمان كضمان مستقل قوته القانونية، وما إذا كانت هذه القوة مطلقة أم قابلة للتقييد بإرادة الأطراف، فهل يظل خطاب الضمان محتفظاً بفعاليته بمجرد صدوره، أم أن تدخل الأطراف عبر الشروط أو الاتفاقات اللاحقة يمكن أن يحد من أثره ويضعف نطاق الالتزام الناشئ عنه ؟ ويمكن الاجابة على هذا التساؤل على النحو الاتي :

أ. استقلال التزام البنك في الضمان بمجرد الطلب: يستمد خطاب الضمان المستحق بمجرد الطلب قوته من استقلال التزام الضامن تجاه المستفيد عن العلاقة القائمة بين الأمر والمستفيد، مما يمنع البنك الضامن من التمسك بالدفع المستمدة من العقد الأساسي، وقد كرس القضاء الفرنسي هذا المبدأ، إذ قضت محكمة النقض الفرنسية في 20 ديسمبر 1982 بعدم جواز احتجاج البنك ببطلان العقد

(1) ينظر في ذلك: د. إيمان حسني حسن العجيل، الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان - دراسة مقارنة، مصدر سابق، ص 21.

(2) Dominique legeais travaux Dirigés de droit des sûretés, litec, 2000, p. 117. philippe simler, cautionnement et granties Autonomes, litec, 2000, p. 790.

(3) د. سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مصدر سابق، ص 433، كما يراجع: د. مصطفى إبراهيم حبشي، التوازن في عقود الإنشاءات الدولية، أطروحة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في القانون العام، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 2002، ص 232.

الأساس في مواجهة المستفيد، باعتبار أن التزامه ناشئ عن ضمان مستقل لا عن كفالة⁽¹⁾، كما أكدت في حكمها الصادر في 13 ديسمبر 1983 أن بطلان الالتزام الأصلي لا يؤثر في التزام الضامن المستقل، وقد سارت محكمة النقض المصرية في الاتجاه ذاته، إذ قررت أن علاقة البنك بالمستفيد علاقة مستقلة تحكمها أحكام خطاب الضمان وحده، وتحدد عباراته نطاق التزام البنك وشروط الوفاء به⁽²⁾.

ب. سلطة الأطراف في تقييد فعالية خطاب الضمان المستقل: إن قوة وآلية الضمان بمجرد الطلب ينعكس أثرها في النهاية على معطي الأمر، إذ يتحمل عبء الوفاء الفعلي، وليس البنك الضامن، لذلك قد يلجأ إلى وسائل قانونية لتعطيل تنفيذ خطاب الضمان، كالحجز لدى الغير أو اتخاذ إجراءات تحفظية، كطلب وقف الصرف أو إصدار أمر قضائي مستعجل، استناداً إلى حالات استثنائية كالغش من جانب المستفيد أو التعسف الواضح في استعمال الحق⁽³⁾.

في خلاصة القول، نجد أن الضمانات المستقلة "خطابات الضمان" تمثل وسيلة حديثة وفعالة لتعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي، إذ تمنحه حقاً مباشراً في مواجهة البنك الضامن دون الحاجة للرجوع إلى العقد الأصلي مع المدين، وتضمن استيفاء مستحققاته بسرعة وفعالية، وفي الوقت ذاته، توفر هذه الآلية حماية للمدين من تجميد أمواله، وتمثل للبنك نشاطاً مصرفياً منتجاً، بما يحقق توازناً بين مصالح الأطراف الثلاثة: المدين، والدائن، والبنك الضامن، ومن ثم، فإن الضمان المستقل يجمع بين الاستقلالية القانونية والفعالية العملية، ويبرز كأحد أبرز الوسائل الحديثة لتنظيم العلاقات التعاقدية وحماية حقوق الدائنين.

(1) Cass. com., 20 déc. 1982, n° 81-12.579, Bull. civ. IV, n° 417; D. 1983, p. 365.

يراجع في ذلك : د. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 142.

(2) Cass. com., 13 déc. 1983, n° 82-11.635, D. 1984, p. 420, note Vasseur.

يراجع في ذلك : د. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، مصدر سابق، ص 68.

(3) ينظر في ذلك: هناء أبو عجيبة عمر اوشاح، الضمانات المسماة وغير المسماة في نطاق قانون الالتزامات، مصدر سابق، ص 256.

الفرع الثاني

خطاب النوايا كأداة تمهيدية لتدعيم المركز العقدي للدائن

أدت التطورات التي شهدتها المعاملات الاقتصادية والتجارية إلى ظهور العديد من الوسائل القانونية التي تهدف إلى تنظيم المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي، وذلك بغية توفير قدر من الاستقرار والطمأنينة للأطراف خلال فترة التفاوض.

ويعد خطاب النوايا من أبرز هذه الوسائل، إذ يمثل أداة تعكس جدية الأطراف في السعي نحو إبرام العقد، ويحدد بصورة أولية الإطار العام للعلاقة التعاقدية المرتقبة بما يهيئ المناخ المناسب لاستكمال المفاوضات والوصول إلى الاتفاق النهائي.

وتتجلى أهمية خطاب النوايا في كونه يتجاوز في كثير من الأحيان مجرد التعبير عن الرغبة في التعاقد، ليؤدي وظيفة عملية تتمثل في تنظيم بعض جوانب العلاقة بين الأطراف خلال مرحلة التفاوض، كما قد يسهم في توفير قدر من الحماية للطرف الذي بنى توقعاته المشروعة على استمرار المفاوضات وإمكان إبرام العقد النهائي، الأمر الذي ينعكس إيجاباً على مركزه العقدي، ويمنحه درجة من الاستقرار القانوني تفوق تلك التي يتمتع بها الطرف الذي يقتصر موقفه على مفاوضات مجردة لا تستند إلى أي إطار مكتوب، حيث يرى بعض أنها تمثل تعهد اتفاقي يصدر عن المدين أو الغير، يحاول فيه زيادة فرص الوفاء لكنه لا يتعهد بالوفاء المباشر للدائن، ويدخل تحت طائفة الضمانات الشخصية للدائن لكن بمرتبة أقل منها (1).

ولما كان تقدير الدور الذي يؤديه خطاب النوايا في تدعيم المركز العقدي يتوقف إلى حد كبير على تحديد مضمونه، وطبيعته القانونية، والآثار التي يمكن أن تترتب عليه، فإن دراسة هذه المسألة تقتضي الوقوف على تعريف خطاب النوايا وصوره (أولاً)، ثم نبحت بعد ذلك في آثاره في تدعيم المركز العقدي (ثانياً)، لمعرفة مدى إسهامه في تعزيز الحماية القانونية للطرف المستفيد منه.

أولاً: تعريف خطاب النوايا وصوره القانونية: هناك من عرفه بأنه: "عبارة عن اتفاق مبدئي يتم التوصل إليه قبل إبرام العقد النهائي" وهو تعريف مقتضب لا تظهر فيه خصائص خطاب النوايا وسماته (2)، وعرفه آخر "مستند مكتوب يوجه من طرف يرغب في التعاقد على أمر معين إلى الطرف

(1) د. مصطفى احمد عبد الجواد ، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان ، دار الجامعة الجديدة ،

الاسكندرية ، 2004، ص105

(2) بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010، ص95.

الآخر، يعرب فيه عن رغبته تلك ويعرض فيه الخطوط العريضة للعقد المزمع إبرامه، ويدعوه إلى التفاوض والدخول في محادثات حولها"⁽¹⁾، أو مستند يحزر في المرحلة قبل التعاقدية ويحتوي على الاتفاقات الأولية والأمور المشتركة بين أطراف عقد سيبرم في المستقبل⁽²⁾.

وبعض عرف خطاب النوايا بأنه: "عبارة عن توجيه دعوة إلى شخص معين أو إلى أفراد الجمهور يعلن فيها عن رغبته في التفاوض بشأن هذا العقد تمهيداً لإبرامه، وهذا ما يطلق عليه الدعوة إلى التفاوض أو الإيجاب بالتفاوض، حيث لا تتضمن تلك الدعوة الشروط الجوهرية للعقد المراد إبرامه بل مجرد التعرف على من يستجيب لدعوته ليدخل معه في التفاوض حول العقد المرغوب".

أما التعريف التشريعي لخطاب النوايا فلم يتم تعريفه ضمن التشريع المدني العراقي والمصري أما بخصوص التشريع الفرنسي فإنه ما لبث أن استقر عرفاً في فرنسا⁽³⁾، لكنه قد تناوله المشرع الفرنسي وعرفه في المادة (2322) من تعديل القانون المدني الفرنسي رقم (346) لعام 2006 بأنه: (التزام بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل يهدف إلى تقديم الدعم لمدين في تنفيذ التزامه تجاه دائئه)⁽⁴⁾.

فلم تتوصل الباحثة الى تعريف جامع مانع متفق عليه لخطاب النوايا، وذلك بسبب تنوع صوره واختلاف مضامينه وآثاره القانونية من حالة إلى أخرى، لهذا نجد أن الفقه غالباً يكتفي بوضع تعريفات وصيغ تركز على وظيفته أكثر من طبيعته القانونية.

أما بخصوص صور خطابات النوايا فإنه يمكن تصنيف خطابات النوايا إلى صور عديدة، وذلك على الشكل الآتي:

1. خطاب النوايا المتضمن الرغبة المبدئية في التعاقد: يقصد بهذه الصورة من صور خطاب النوايا ذلك المحرر الذي يعبر من خلاله أطراف العلاقة التعاقدية المرتقبة عن رغبتهم الأولية في التوصل إلى عقد نهائي مستقبلاً، من غير أن يكون الهدف منه إبرام العقد بصورة نهائية ومباشرة.

كذلك ينظر في ذلك: د. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص ١٤٩.

(1) أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، 56، 2000، ص 8.

(2) J OANNA SHMIDT: La négociation des contrats internationaux, D. P. C. I., 1983, p. 239.

(3) د. مصطفى أحمد عبد الجواد ، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، مصدر سابق، ص 13.

(4) Look to: Article 2322: "A letter of intent is an undertaking to do or not to do whose purpose is the support provided to a debtor in the performance of his obligation in respect of his creditor".

ويعد هذا النوع الأكثر شيوعاً في الممارسات التجارية، إذ يسمح للأطراف بإظهار جديتهم في الدخول في العلاقة التعاقدية مع المحافظة على حرية العدول عنها إذا لم تسفر المفاوضات عن النتائج المرجوة، ولا يقتصر مضمون هذا الخطاب على مجرد التعبير عن الرغبة في التعاون، بل قد يتضمن مجموعة من الأحكام المنظمة لسير المفاوضات، كتحديد المدة الزمنية اللازمة لإجرائها، أو الاتفاق على سرية المعلومات المتبادلة، أو الامتناع عن التفاوض مع أطراف أخرى خلال مدة معينة⁽¹⁾، ومن أمثلة ذلك أن يوجه مالك مشروع استثماري خطاباً إلى أحد المستثمرين يعلن فيه استعداده المبدئي لبيع المشروع، مع تحديد إطار زمني للمفاوضات، والتزام الطرفين بالمحافظة على سرية البيانات والمعلومات المتبادلة في أثناء هذه المرحلة، وهذا ما يؤدي إلى تدعيم المركز العقدي للدائن في هذه الحالات.

2. خطاب النوايا في صورة وثيقة تفاوضية: قد يتخذ خطاب النوايا شكل وثيقة تفاوضية تتضمن قدراً من التفصيل يفوق مجرد التعبير عن الرغبة في التعاقد، بحيث تشمل على العناصر الأساسية للمعاملة المزمع إبرامها، وفي هذه الحالة يأخذ الخطاب طابعاً أقرب إلى سجل مكتوب لما جرى التوصل إليه خلال المفاوضات من تفاهات أولية بشأن العملية التعاقدية⁽²⁾، ومن أمثلة ذلك اتفاق شركتين على الخطوط العريضة لعملية اندماج أو استحواذ، مع تحديد طبيعة العملية وقيمتها التقديرية وبعض الشروط الأساسية اللازمة لإتمامها، مع تأجيل تنظيم التفاصيل الدقيقة إلى العقد النهائي.

3. خطاب النوايا في صورة خطاب دعم: قد يرد خطاب النوايا في صورة خطاب يتضمن ضماناً أو دعماً معنوياً أو اقتصادياً لمصلحة شخص معين، وهو ما يعرف بخطاب الدعم أو خطاب الثقة، وتظهر هذه الصورة بصورة رئيسية في العلاقات المصرفية والتمويلية، إذ يراد فيها طمأنة الدائن أو الجهة الممولة إلى وجود دعم أو مساندة من شخص ذي ملاءة مالية، ويتميز هذا النوع بأنه لا يهدف أساساً إلى تنظيم عملية التفاوض التعاقدية بقدر ما يهدف إلى تعزيز الثقة في تنفيذ

(1) أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، مج 25، ع 3، 2001، ص 232.

(2) أمير بوساحية، خطابات النوايا: تطور مستمر بأبعاد مختلفة، مجلة النبراس للدراسات القانونية، مج 6، ع 3، 2022، ص 11.

التزامات مستقبلية⁽¹⁾، ومن أمثلة ذلك أن توجه الشركة الأم خطاباً إلى أحد المصارف تؤكد فيه استمرارها في دعم شركتها التابعة عملياً بما يمكنها من الوفاء بالتزاماتها الناشئة عن القرض الممنوح لها، وفي هذا يقترب خطاب النوايا من الكفالة، ويؤدي إلى تدعيم المركز العقدي للدائن العادي، إذ تكون كلّ من الشركة الأم والشركة التابعة ملتزمتين أمامه، ومن التطبيقات القضائية البارزة لهذا النوع من خطابات النوايا ما عرض على محكمة النقض الفرنسية التي أقرت في أحد أحكامها إمكانية ترتيب آثار قانونية على خطاب الدعم تبعاً لصياغته ومضمونه⁽²⁾، الأمر الذي أسهم في بلورة الإطار القانوني لهذه الخطابات في الفقه والقضاء الفرنسي.

4. **خطاب النوايا المثبت للاتفاقات المبدئية:** يقصد بهذه الصورة الخطاب الذي يحرر لتوثيق ما جرى التوصل إليه من مجموعة التفاهات أو الاتفاقيات الأولية في أثناء المفاوضات، بحيث يكون الغرض منه إثبات ما جرى الاتفاق عليه، وتوثيقه تمهيداً للانتقال إلى مرحلة إعداد العقد النهائي، ويكتسب هذا النوع أهمية عملية كبيرة في العقود المعقدة، إذ يسهم في حصر النقاط التي جرى الاتفاق بشأنها وتمييزها عن المسائل التي ما تزال محل نقاش⁽³⁾، ومن أمثلة ذلك أن يتوصل بائع ومشتري في أثناء مفاوضات بيع مشروع صناعي إلى اتفاق مبدئي بشأن المبيع، والتمن، وآلية السداد، فيجري تحرير خطاب نوايا يتضمن هذه المسائل، مع الإشارة إلى استمرار التفاوض حول بعض الجوانب الفنية أو القانونية الأخرى قبل إبرام العقد النهائي، وبعد أن أظهرنا ماهية خطاب النوايا، وعرضنا صورته المتعددة يتعين علينا أن نبحث في تمييزه عن غيره من المفاهيم ودوره في تدعيم المركز العقدي .

ثانياً: تمييز خطاب النوايا من غيره من المفاهيم ودوره في تدعيم المركز العقدي: يشير خطاب النوايا إشكاليات عديدة تتعلق بتحديد طبيعته القانونية، وتمييزه عن غيره من المفاهيم التي تختلط به في مرحلة ما قبل التعاقد، ومن ثم فإن الوقوف على أوجه الاختلاف بين خطاب النوايا وبعض المفاهيم المشابهة له يعد أمراً ضرورياً، لبيان مدى إسهامه في إضفاء قدر من الحماية القانونية على المركز

(1) نبيل إبراهيم سعد، مصدر سابق، ص 153. كما ينظر في ذلك: د. ماجد مزيم، شركة الهولدينغ - في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضريبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1995، ص 301.

(2) Look to : Cass. com., 21 déc. 1987, n° 85:13.173, Bull. civ. IV, n° 281.

مشار إليه على الموقع الإلكتروني: <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id> تاريخ الدخول 2026/6/6.

(3) إيناس بن غيدة، أهمية خطاب النوايا في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، مج 7، ع 2، 2024، ص 639.

العقدي للطرف المستفيد منه، ونشير إلى أن خطاب النوايا يختلط بمفاهيم عديدة، ولكن ما يهمنا في هذا الإطار هو تمييزه عن أكثر المفاهيم التي قد تختلط به، وهو ما سنقوم ببحثه على النحو الآتي:

1. تمييز خطاب النوايا عن الوعد بالتعاقد والمفاوضات التمهيدية: يعد الوعد بالعقد والمفاوضات التمهيدية من أكثر المفاهيم التصاقاً بخطاب النوايا، إلا أنه يوجد فروقات عديدة بين هذين المفهومين وخطاب النوايا من جهة أخرى، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الفروقات بين الوعد بالعقد وخطاب النوايا: على الرغم من أن كلا من الوعد بالعقد وخطاب النوايا يسبقان العقد النهائي، كما أن كلا منهما يتعلقان بإبرام عقد مستقبلي، وكلاهما يمنحان للمستفيد نوعاً من التوقع المشروع بالتعاقد⁽¹⁾، إلا أن هناك اختلافاً جوهرياً بين كلا المفهومين، وذلك على النحو الآتي:

أ. من حيث الطبيعة القانونية: يعد الوعد بالعقد عقداً تمهيدياً مستقلاً⁽²⁾، أما خطاب النوايا فهو جزء مكمل للعقد له ذات القوة والاثـر والنفـاذ⁽³⁾ وهو في الأصل مجرد تعبير عن نية التعاقد أو تنظيم للمفاوضات.

ب. من حيث مضمون الاتفاق: يشترط في الوعد بالتعاقد تحديد العناصر الجوهرية للعقد⁽⁴⁾، بينما قد يقتصر خطاب النوايا على المبادئ العامة أو التفاهات الأولية⁽⁵⁾.

ج. من حيث الإلزام: يترتب على الوعد بالعقد التزام بإبرام العقد النهائي، بينما لا يترتب على خطاب النوايا من حيث المبدأ مثل هذا الالتزام، غير أنه قد يكون لخطاب النوايا في بعض الأحيان قوة ملزمة⁽¹⁾.

(1) ينظر في ذلك: د. يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيدية - دراسة تحليلية مقارنة، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، مصر، 2010، ص 249، 250.

(2) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، ج9، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت، ص 251.

(3) د. أشواق عبد الرسول عبد الأمير، الإطار القانوني لخطاب النوايا في القانون المدني العراقي، مجلة كلية الشيخ الطوسي الجامعة، المجلد (7)، العدد (14)، النجف الاشرف، 2022، ص 487.

(4) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصدر سابق، ص 209.

(5) د. معتز نزيه المهدي، الوسيط خطاب النوايا قبل التعاقد، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد (88)، العدد (88)، الجيزة، 2015، ص 175.

ثانياً. الفروقات بين المفاوضات التمهيدية وخطاب النوايا: يتشابه خطاب النوايا مع المفاوضات التمهيدية في كونهما يندرجان ضمن المرحلة السابقة على إبرام العقد النهائي، ويهدفان إلى تهيئة الظروف اللازمة للتعاقد إلا أن الخلاف بينهما يظهر على النحو الآتي:

أ. من حيث الطبيعة القانونية: يعد خطاب النوايا تعبيراً مكتوباً غير ملزم عن نية التفاوض، بينما أن المفاوضات التمهيدية تعد مرحلة واقعية تسبق التعاقد تؤدي إلى تبادل الإيجاب والقبول بشكل غير نهائي⁽²⁾.

ب. من حيث الشكل والتنظيم: يتسم خطاب النوايا بطابع شكلي مكتوب إذ تبدو مهمة بما يستوجب الاحتياط لها بمحرر مكتوب⁽³⁾،، بينما تتميز المفاوضات التمهيدية بعدم التنظيم وإمكانية أن تكون شفوية.

ج. من حيث الأثر القانوني: قد ينشئ خطاب النوايا التزامات عقدية بذاته كالمحافظة على سرية المعلومات والبيانات المتبادلة بين الطرفين، إذ إن الخطابات قادرة على إحداث آثار تعاقدية في بعض الظروف، مثل التعهد باتخاذ الوسائل اللازمة لتنفيذ الالتزامات المالية⁽⁴⁾، بينما المفاوضات تنشئ التزامات عقدية في حالة العقود المهمة كالعقود نقل التكنولوجيا، ويخضع سلوك الأطراف فيها لمبدأ حسن النية⁽⁵⁾، ونرى أنه خلافاً للعقود البسيطة (أو الفورية) التي غالباً ما تبرم دون مرحلة مفاوضات تمهيدية معقدة—وتخضع المسؤولية فيها عند الفشل للمسؤولية التقصيرية فإن العقود الكبيرة والمعقدة، وفي مقدمتها عقود نقل التكنولوجيا، تشغل فيها المفاوضات حيزاً زمنياً وفنياً جوهرياً؛ الأمر الذي يجعلها تخرج عن الإطار التقليدي للمسؤولية التقصيرية لتستند إلى التزامات سابقة على التعاقد

(1) ينظر في ذلك: د. مصطفى محمد الجمال، السعي إلى التعاقد في القانون المقارن، مصدر سابق، ص 362. كما ينظر في ذلك: معالي شاكِر سعدون، خطاب النوايا كوسيلة لضمانات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2023، ص 28.

(2) عبد الكريم المرتضى، المفاوضات التمهيدية في العقود المدنية، مجلة كلية العلوم الإدارية والإنسانية، ع4، جامعة الرازي، 2021، ص 7.

(3) LABARTH: La notion des documents contractuels, thèse, préface de GHESTIN(J) L. G. D. J., PARIS, 1974, n° 263, P. 166:167.

(4) ينظر في ذلك: د. الصادق ضريفي، العقود والاتفاقيات التمهيدية، دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة، المركز الأكاديمي للنشر، الإسكندرية، 2024، ص 161.

(5) عبد الكريم المرتضى، المفاوضات التمهيدية في العقود المدنية، المصدر السابق، ص 7.

(Pre:contractual obligations) محكومة باتفاقات مبدئية أو بوجوب مراعاة حسن النية، مما يقربها موضوعياً من الطابع العقدي⁽¹⁾ ويرتب فيها المسؤولية العقدية.

د. من حيث الوظيفة: تهدف المفاوضات التمهيدية إلى الوصول إلى اتفاق نهائي، بينما يهدف خطاب النوايا إلى تقديم ضمانات لتنفيذ المدين التزامه⁽¹⁾، ويكون ذلك من خلال طمأنة الدائن بشأن سداد الاعتماد⁽²⁾.

2. دور خطاب النوايا في تدعيم المركز العقدي: تتجلى الأهمية الحقيقية لخطاب النوايا في كونه أداة قانونية تؤدي إلى تعزيز المركز العقدي للطرف المتمسك به، إذ ينتقل هذا الأخير من وضع يقوم على مجرد الرغبة أو الأمل في إبرام العقد، إلى وضع أكثر استقراراً يستند إلى وثيقة مكتوبة تعكس اتجاه الإرادات نحو التعاقد⁽³⁾، فوجود خطاب النوايا لا يقتصر أثره على إثبات بدء المفاوضات، وإنما يمثل قرينة قوية على جديتها وعلى بلوغها مرحلة متقدمة، الأمر الذي يضيف على المركز القانوني للطرف المستفيد قدراً أكبر من القوة مقارنة بمن يباشر مفاوضات غير موثقة، إذ إن المركز العقدي يتبلور بعد انتهاء المفاوضات بصدور الإيجاب⁽⁴⁾، ويزداد دور خطاب النوايا في تدعيم المركز العقدي عندما يتضمن تحديداً للعناصر الأساسية للمشروع العقدي، أو يقرر التزامات مرافقة للمفاوضات كالتفاوض بحسن نية، أو المحافظة على السرية، أو منح أحد الأطراف مدة حصرية للتفاوض⁽⁵⁾، ففي هذه الحالات لا يبقى الطرف المستفيد معتمداً على مجرد الثقة في إرادة المتفاوض الآخر، وإنما يستند إلى مركز قانوني يسمح له بالاحتجاج بما ورد في الخطاب لإثبات نطاق الالتزامات السابقة على التعاقد، وترتيب المسؤولية عند الإخلال بها⁽⁶⁾.

كما أن خطاب النوايا يؤدي وظيفة وقائية بالغة الأهمية تتمثل في الحد من حرية العدول التعسفي عن المفاوضات بعد وصولها إلى مرحلة متقدمة، إذ يمثل دليلاً على التوقع المشروع الذي

(1) Look to: Raymonda Baillod , Les Lettres D'intention , Revue Trimestrielle de droit commercial m , Volume (45), 1992, p553

(2) Cathy Pomart, La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés , LPA, 27 mars 2008, n° 63, p. 20.

(3) صالح حمزة، تقنيات التفاوض في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، مجلد 16، عدد 2، الجزائر، 2025، ص 486.

(4) محمد صديق محمد عبد الله ، مجلس العقد دراسة مقارنة ، دار الكتب القانونية ، مصر، 2011، ص31.

(5) أمير بوساحية، خطابات النوايا: تطور مستمر بأبعاد مختلفة، المصدر السابق ، ص 115.

(6) محمد عبد الظاهر حسين، الجوانب القانونية للمرحلة السابقة للتعاقد، مصدر سابق ، ص 90.

تولد لدى الطرف الآخر بشأن استمرار العملية التفاوضية، ومن ثم فإن قيمة خطاب النوايا لا تكمن في إنشاء حق بإبرام العقد النهائي، وإنما في توفير حماية قانونية للمصالح التي نشأت خلال مرحلة التفاوض، الأمر الذي ينعكس بصورة مباشرة على قوة المركز العقدي للطرف الذي صدر الخطاب لمصلحته، ومن زاوية أخرى يسهم خطاب النوايا في تدعيم المركز العقدي من خلال وظيفته الإثباتية، إذ يوثق ما جرى التوصل إليه من تفاهات أولية، ويحدد المسائل التي أصبحت محل اتفاق بين الأطراف، ويكشف عن نية المتفاوضين واتجاههم نحو التعاقد⁽¹⁾، وبذلك يغدو وسيلة فعالة لتقليص حالة عدم التعيين التي تميز المرحلة السابقة على التعاقد، الأمر الذي يمنح الطرف المستفيد مركزاً أكثر استقراراً وقابلية للحماية من ذلك الذي توفره المفاوضات المجردة.

المبحث الثاني

توظيف الملكية كوسيلة لضمان المركز العقدي المتميز للدائن العادي

يُعد حق الملكية من أقوى الضمانات القانونية التي عرفها القانون لما تخول لصاحبها سلطات واسعة على المال وتوفر له حماية في مواجهة الغير وأن ما توفره الملكية من حماية قانونية يمكن للدائن التعويل عليها لتعزيز مركزه العقدي وتأمين استيفاء حقوقه، فبينما يكتفي الدائن العادي بالضمان العام الذي يجعله عرضة لمزاحمة بقية الدائنين، تبرز فكرة التوظيف الضماني للملكية كأداة ائتمانية تمنحه مركزاً عقدياً متميزاً يتجاوز في قوته مركز الدائن العادي الذي يعتمد على وسائل الضمان العام حيث يمكن الاستفادة من الملكية لما تمنح الدائن أولوية وحماية خاصة ضد مخاطر إعسار المدين.

يهدف هذا المبحث إلى تحليل كيفية تحول الملكية من مجرد حق استثنائي إلى وسيلة فنية لضمان الالتزام، وذلك من خلال دراسة المسارات القانونية التي تسمح للدائن بالاحتفاظ بالملكية، حيث تبقى ملكية المال للدائن إلى حين تنفيذ المدين التزامه، كما أن انتقالها للدائن بصفة ضمانية بقصد تأمين الوفاء بالدين مع بقاء الوظيفة الضمانية هي الغاية الأساسية في هذا الانتقال .

وعليه، سنقوم بتحليل هذا المطلب من خلال مطلبين، يتناول الأول الاحتفاظ بالملكية على

سبيل الضمان، بينما يستعرض الثاني نقل الملكية على سبيل الضمان.

(1) محمد صلاح عبد اللاه، المرحلة قبل التعاقدية ودورها في إبرام عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة جنوب الوادي للدراسات القانونية، 2021، ص 218.

المطلب الأول

توظيف فكرة الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان

أفرزت المعاملات الائتمانية الحديثة حاجة ملحة إلى إيجاد آليات قانونية تمكن الدائن العادي من حماية مركزه العقدي في مواجهة مخاطر إخلال المدين أو إعساره، ولا سيما في العقود التي يتأخر فيها الوفاء بالالتزام المالي رغم تمكين المدين من الانتفاع بالمال محل العقد، وفي هذا السياق، برزت تقنيات تعاقدية تقوم على الفصل بين الانتفاع والملكية، بحيث لا تنتقل الملكية إلا بعد الوفاء الكامل، وتوظف كأداة ضمان غير تقليدية تعزز من قوة المركز العقدي للدائن من غير أن يمنح امتيازاً قانونياً صريحاً، ويُعد كل من شرط الاحتفاظ بالملكية والإيجار التمويلي من أبرز هذه التقنيات إذ يشتركان في اعتماد الملكية وسيلة لضمان التنفيذ، مع اختلاف في البناء العقدي والنطاق الوظيفي لكل منهما.

وعلى ذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين أساسيين، حيث سنفرد الفرع الأول: الدراسة شرط الاحتفاظ بالملكية، فيما سنخصص الفرع الثاني: لمناقشة نظام الإيجار التمويلي.

الفرع الأول

شرط الاحتفاظ بالملكية

ينقل حق الملكية عادة بمجرد إبرام العقد إذا كان المبيع منقولاً ومعيناً بذاته، ويعلق المشرع أحياناً تنفيذ هذا الالتزام على قيام المدين بإجراء معين، كما أن حاجة المعاملات قد تدفع الأطراف إلى الاتفاق على تأجيل تنفيذ بعض الالتزامات أو التزام معين⁽¹⁾، ويكون ذلك بناء على اتفاق بين طرفي العلاقة العقدية على تراخي انتقال الملكية على الرغم من انعقاد البيع وقيام المشتري بتسليم المبيع وحيازته ويتمثل ذلك بصورة أجل يعطيه البائع للمشتري لتنفيذ التزامه بدفع الثمن ويحتفظ بالملكية ضمان لذلك⁽²⁾، وهو ما يظهر في حالات البيع الائتماني ولحماية البائع والحفاظ على مركزه العقدي المتميز في مواجهة إخلال المدين، يشترط كثيراً الاحتفاظ بالملكية، بحيث يظل للبائع حق الملكية رغم

(1) كالتسجيل بالنسبة لعقد البيع الوارد على العقار والافراز بالنسبة لبيع المنقول المعين بنوعه ولا يعني ذلك بطبيعة الحال شكلية البيع في هذه الحالات، لأن الاجراء المطلوب هنا غير لازم لانعقاد التصرف بل يلزم لترتيب أثر معين أو الاحتجاج به على الغير ينظر في ذلك : محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دور الشرط في عقد البيع : آثار الشرط فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير والدائنين الشرط كأداة ضمان ووسيلة ائتمان الطبيعة القانونية للشرط احكام الشرط في ظل قانون التجارة الجديد، الطبعة الأولى، دار الجامعة الجديدة 15 الإسكندرية، 2007، ص 15.

(2) ينظر في ذلك: هادي حسين عبد علي الكعبي، احتفاظ البائع بملكية المبيع، مصدر سابق، ص 23

تسليم المبيع للمشتري، ولا ينتقل إليه إلا بعد سداد الثمن كاملاً⁽¹⁾، وبهذا يصبح شرط الاحتفاظ بالملكية أداة تعاقدية تمكن الدائن العادي من تعزيز مركزه العقدي من خلال الحفاظ على حقه في الشيء محل العقد إلى أن يقوم المدين بالوفاء بالتزامه، دون أن يتحول إلى دائن ممتاز، ومن ثم، يتحقق الهدف الوظيفي للشرط، وهو إبقاء الملكية للبائع وتأجيل انتقالها للمشتري حتى الوفاء الكامل، ما يوفر حماية عملية للدائن العادي ويزيد من قوة مركزه العقدي مقارنة بالدائنين الآخرين.

من هنا، أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية أداة ضمان مهم، إذ يمنح حق الملكية للبائع دوراً تأمينياً يضمن استيفاء حقه، سواء من خلال إلزام المشتري بالسداد أم استرداد المبيع في حال إخلاله بالتزامه، وقد اعتبر الفقه في فرنسا البيع مع الاحتفاظ بالملكية أحد أشكال الملكية الضمانية⁽²⁾، بما يعكس الوظيفة العملية لهذا الشرط في حماية حقوق الدائنين العاديين، ولهذا السبب، أصبح شرط الاحتفاظ بالملكية من الشروط الشائعة في عقود بيع المنقولات الهامة، حتى وإن كانت مثار اعتراض من المشتريين الذين يرون فيه قيوداً على إمكانية إعادة بيع البضائع بسهولة⁽³⁾، إلا أن الأهمية التعاقدية للشرط تتجلى في تعزيز المركز العقدي للبائع وتمكينه من حماية حقه دون الحاجة لامتنياز قانوني خاص.

وقد اختلف الفقه في الطبيعة القانونية لشرط الاحتفاظ بالملكية، بين اعتباره شرطاً معلقاً على الوفاء بالثمن، أو شرطاً فاسخاً ينتهي عند إخلال المشتري بالتزامه⁽⁴⁾، كما انتقد بعض الفقه التكيف القائل بأنه شرط واقف، معتبرين أن ذلك يقلل من القيمة الضمانية للشرط، إذ في حالة إفلاس المشتري قبل الوفاء يصبح الباقي من الثمن ديناً عادياً يزاحمه بقية الدائنين⁽⁵⁾، وفي المقابل، أعتبر أن البيع

(1) ينظر في ذلك: محمد حسين منصور النظرية العامة للالتزام، صور الالتزام وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته الكفالة الرهن الرسمي حق الاختصاص : الرهن الحيازي حقوق الامتياز، مطبعة كلية الحقوق جامعة الاسكندرية 2015، ص 25

(2) إن العقدين الرئيسيين اللذان يشكلان ضمانات للبائع هما البيع مع الاحتفاظ بالملكية، والبيع بصورة إيجار ، ينظر في ذلك: جاك مستر عما نوئيل بوتمان مارك بيو ، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينة العام، ترجمة منصور القاضي، الطبعة الأولى، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت ، 2006، ص 26. 27

(3) F. Derrida et R. Houin, La clause de reserve de propriete et le droit des procedures collectives, Dalloz: Sirey, 1980, chronique: XLI, 293.

(4) أنور سلطان العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، الطبعة الأولى، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، دون سنة نشر، ص 172.

(5) نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص 23.

مع شرط الاحتفاظ بالملكية يمثل شرطاً فاسخاً صريحاً⁽¹⁾، بحيث تنتقل الملكية للمشتري معلقاً على الوفاء بالثمن، وإذا أخفق في الدفع تعود الملكية للبائع تلقائياً دون حاجة لأي حكم قضائي، ويبرز من هذا التباين أن وظيفة شرط الاحتفاظ بالملكية الأساسية تكمن في تعزيز المركز العقدي للبائع أو الدائن العادي، حيث يضمن له حماية عملية لحقه في المبيع واستيفاء الدين، ما يمنحه تميزاً عقدياً حقيقياً أمام بقية الدائنين، ورغم أن بعض الفقه أتاح إمكانية أن يكون التعويض أمراً آخر يراه القاضي أكثر ملاءمة لجبر الضرر، إذ يتيح هذا الشرط للبائع الحفاظ على ملكية المبيع وعدم انتقالها إلى المشتري إلا بعد الوفاء الكامل بالتزامه، ما يضمن للدائن حماية مباشرة وفعالة لحقه ويمنحه مركزاً متميزاً في مواجهة إخلال المدين أو إفلاسه، وهو ما يعكس جوهر حماية الالتزام العقدي على حساب المدين من منظور عملي وتعاقدي، ويظهر من هذا أن اعتبار شرط الاحتفاظ بالملكية بوصفه شرطاً واقعاً معلقاً على الوفاء بالثمن هو الأكثر انسجاماً مع البنية القانونية والطبيعة العملية لهذا الشرط ذلك لأن إرادته البائع لا تنصرف إلى نقل الملكية فور العقد ثم استردادها عند الإخلال بالوفاء، وإنما تتجه إلى تعليق انتقالها أصلاً إلى حين تنفيذ المشتري التزامه الكامل بالثمن⁽²⁾.

ونلاحظ ذلك في جميع التشريعات المدنية المقارنة، وإذا كان موقف المشرع الفرنسي قبل التعديل يشوبه شيء من الغموض بصدد مدى تبني فكرة تنفيذ الالتزام العقدي على حساب المدين من عدمه، إلا أن هذا الغموض قد زال بعد أن تم تنظيم الفكرة بشكل صريح في المادة (1222) من القانون المدني الفرنسي، بموجب المرسوم رقم (131) لعام 2016 الصادر بتاريخ 10 شباط 2016 المتعلق بإصلاح قانون العقود، والنظام العام وإثبات الالتزامات⁽³⁾.

(1) عبيد نوري محمد القطان، النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية، المرجع الإلكتروني للمعلوماتية، العراق، 2025، للاطلاع :

https://almerja.net/reading.php?idm=258074&utm_source=chatgpt.com

تاريخ الزيارة: 2026/6/15.

(2) طلال محمد كاظم الزهيري، الطبيعة القانونية وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع، مجلة العلوم الانسانية والطبيعية، المملكة المتحدة، مجلد5، عدد2، 2024، ص607.

(3) نشر في الجريدة الرسمية في العدد (0035) بتاريخ 11 شباط 2016، ويجري نص المادة (1222) من القانون المدني الفرنسي بالاتي:

Après mise en demeure, le créancier peut aussi, dans un délai et à un coût raisonnables, faire exécuter lui-même l'obligation ou, sur autorisation préalable du juge, détruire ce qui a été fait en violation de celle-ci. Il peut demander au débiteur le remboursement des sommes engagées à cette fin. Il peut aussi demander en justice que le débiteur avance les sommes nécessaires à cette exécution ou à cette destruction."

وفي هذا الإطار، يُعدّ شرط الاحتفاظ بالملكية من أبرز الآليات التعاقدية التي تُمكن الدائن العادي من تدعيم مركزه العقدي المتميز، إذ يخوّل الاحتفاظ بملكية المبيع وعدم انتقالها إلى المشتري إلا بعد الوفاء الكامل بالالتزام المالي، وبذلك، تتحقق له حماية عملية فعّالة، حيث يظل متمتعاً بميزة تعاقدية حتى في حال إخلال المدين أو إفلاسه، فيستطيع استيفاء حقه أو استرداد محل العقد، وهو ما يجسّد البعد العملي لفكرة التعويض في القانون الفرنسي، متجاوزاً حدود التعويض النقدي البحت⁽¹⁾.

بالانتقال للتشريع العراقي إنه نظم الشرط في المادة (534) مدني، فأجاز للبائع الاحتفاظ بملكية المبيع إلى حين استيفاء الثمن، وبذلك اتفق التشريعان في الاعتراف بهذا الشرط وتنظيم آثاره بوصفه وسيلة لحماية البائع⁽²⁾.

كما نظم التشريع المصري شرط الاحتفاظ بالملكية صراحة في المادة (430) مدني، فأجاز للبائع في البيع مؤجل الثمن تعليق انتقال الملكية إلى المشتري على استيفاء الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع إليه، بما يوفر حماية قانونية لحقه في الثمن⁽³⁾.

ويتربت على هذا الأصل دخول المبيع في ذمة المشتري واندماجه ضمن الضمان العام لدائنيه الأمر الذي قد يعرض البائع لمخاطر جدية في البيوع المؤجلة أو الائتمانية إذا لم يحصل على ضمان يكفل استيفاء حقه في الثمن.

وتكريماً لآثار انتقال الملكية، قرر المشرع ذاته أن للمشتري حق التصرف في المبيع، عقاراً كان أو منقولاً⁽⁴⁾، بمجرد انتقال الملكية ولو قبل القبض، وهو ما يبرز الحاجة العملية إلى تمكين البائع من تحقيق مركز عقدي متميز يحول دون تمكين المشتري من سلطات المالك قبل الوفاء بالتزامه، ومن هنا تظهر الوظيفة الضمانية لشرط الاحتفاظ بالملكية، باعتباره أداة تهدف إلى حماية حق الدائن ومنع تعريضه لمخاطر الإعسار أو التصرف غير المشروع في المبيع.

(1) د. بهجت عز الدين عبد الرحيم، الاسترداد في القانون - دراسة مقارنة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2020، ص 170-171.

(2) ينظر في ذلك: المادة (1/594) من القانون المدني العراقي التي نصت على أن : (1- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع ان يحتفظ بالملكية الى ان يستوفي الثمن كله حتى لو تم تسليم المبيع) .

(3) ينظر في ذلك: المادة (1/430) من القانون المدني المصري التي نصت على : (1- إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يشترط أن يكون نقل الملكية إلى المشتري موقوفاً على استيفاء الثمن كله ولو تم تسليم المبيع).

(4) المادة (532) من القانون المدني العراقي.

وقد عالج المشرع العراقي هذه الإشكالية في القانون المدني، إذ أجازت للبائع في البيع مؤجل الثمن أن يحتفظ بملكية المبيع إلى أن يستوفي الثمن كله، ولو تم تسليم المبيع إلى المشتري⁽¹⁾، فلو اتفق الطرفان على الاحتفاظ بالملكية على شرط استيفاء البائع كامل الثمن، فإن هذا الشرط صحيح ويجب العمل به⁽²⁾، ويُعد هذا النص الأساس التشريعي الصريح لشرط الاحتفاظ بالملكية على سبيل الضمان، حيث لا يكون المقصود منه مجرد تأجيل انتقال الملكية لذاته، وإنما اتخاذ الملكية وسيلة تأمينية تضمن للبائع استيفاء حقه في الثمن، وتكرس فكرة المركز المتميز الدائن، وهذا الذي يستتبع أن تبقى ملكية المبيع في ذمة البائع إلى حين الوفاء الكامل، بما يحول دون دخول المبيع في الضمان العام لدائني المشتري، ويمكن البائع عند إخلال المدين بالتزامه من استرداد المبيع أو التمسك به كأداة ضغط فعالة لضمان التنفيذ.

علاوة على ذلك، يعزز القانون العراقي وسائل حماية الدائن العادي من خلال منح القضاء صلاحيات فعلية للتدخل في حال إخلال المدين بالتزامه فقد نصت المادة (149) من قانون المرافعات المدنية العراقية على أن طالب الكشف يجوز له استصدار إذن من القضاء المستعجل للقيام بتنفيذ الالتزام على نفقة خصمه، أو للقيام بأي عمل أو تصرف منصوص عليه في القانون⁽³⁾، ويكشف هذا النص عن اتجاه تشريعي واضح يهدف إلى تمكين الدائن من تنفيذ التزام المدين عملاً بالقواعد العقدية، دون الاكتفاء بالتعويض النقدي⁽⁴⁾.

أما القضاء الفرنسي، فقد اتجه في ظل المادة (1142) من القانون المدني، قبل إلغائها بموجب إصلاح 2016، إلى تقرير الأصل القاضي بتحول الالتزام بعمل أو بالامتناع عن عمل إلى تعويض عند عدم التنفيذ، وهو ما أكدته محكمة النقض الفرنسية، إذ طبقت المادة (1142) وقررت أن الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل يتحول إلى تعويض عند عدم التنفيذ، وقد عكس ذلك اتجاهها تقليدياً في

(1) المادة (1/534) من القانون نفسه

(2) هادي حسين عبد علي الكعبي، مصدر سابق، ص 22.

(3) المادة (149) من قانون المرافعات المدنية العراقية رقم (83) لسنة 1969 المعدل.

(4) ماجد مجباس حسن، مصدر سابق، ص 31.

معالجة الإخلال بالالتزامات غير النقدية، قبل أن يتطور القضاء والتشريع الفرنسيان نحو توسيع نطاق التنفيذ العيني⁽¹⁾.

في خلاصة القول، يتضح من دراسة ما سبق أن شرط الاحتفاظ بالملكية يشكل أداة تعاقدية فعالة تمنح البائع أو الدائن العادي مركزاً عقدياً متميزاً، فهو يتيح للبائع إبقاء ملكية المبيع في ذمته إلى حين الوفاء الكامل بالثمن، بما يحمي حقه من مخاطر إخلال المشتري بالتزامه أو إفلاسه، ويعزز هذا المركز العقدي الدور الوقائي للشرط، بحيث يسمح للبائع باسترداد المبيع أو الاعتماد عليه كوسيلة ضغط لضمان التنفيذ.

الفرع الثاني

الإيجار التمويلي

يعتبر الإيجار التمويلي من العقود الرضائية التي تتعقد بتوافق إرادتي طرفيه، حيث يتم تحقيق ذلك بتطابق الإيجاب مع القبول بين المؤجر والمستأجر، ومن الناحية القانونية، يعد هذا العقد من العقود ثنائية الأطراف، إلا أنه قد يتحول عملياً إلى عقد ثلاثي الأطراف عند تدخل شخص ثالث في تنفيذه، مثل المورد أو المقاول الذي يقوم بتوفير الأصل المؤجر⁽²⁾.

يستطيع المالك استثمار الأصل الذي يمتلكه دون أن يضطر للتخلي عن ملكيته، كما يستطيع أن يحقق عوائد جديدة خلال مدة سريان العقد ويكون ذلك الإيجار بضمان كافي ومؤكد يتمثل بالاحتفاظ بالملكية المعدة أو الأصل موضوع الإيجار التمويلي وتتوفر تلك الضمانة المؤكدة للدائن باستيفاء حقه قبل المستأجر أو الدائنين في حالة الإفلاس، وإن ضمانة الاحتفاظ بالملكية تبقى طوال فترة سريان عقد الإيجار التمويلي⁽³⁾.

(1) محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، الطعن رقم 282.11-07 تاريخ 2008/11/27، منشور في

النشرة القضائية، قرار متاح على الموقع الرسمي لمحكمة النقض الفرنسية، للاطلاع

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000019842207> تاريخ الزيارة: 2026/6/18.

(2) ينظر في ذلك: د. عبد المنعم حافظ السيد، عقد الإيجار التمويلي الدولي، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر القانوني، الاسكندرية، 2010، ص 113، كذلك يرجع في ذلك: د رمضان الصديق التأجير التمويلي وتأثير فكرته القانونية في المعاملة الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص 11، نقلاً عن، د. ميثاق طالب عبد حمادي، الأحكام القانونية الخاصة بعقد التأجير التمويلي: دراسة مقارنة مجلة الوافي، العدد 25، جامعة كربلاء، العراق، 2013، ص 252.

(3) ينظر في ذلك: د. عصام احمد البهيجي، عقد التأجير التمويلي في التشريعات العربية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2018، ص 151

وقد أشارت بعض التشريعات المقارنة إلى ضرورة أن يقوم المؤجر بتمويل الأصل المؤجر أو توفيره مسبقاً لضمان تنفيذ العقد، الأمر الذي يجعل أطراف الإيجار التمويلي هم: المؤجر، المستأجر، والمورد أو المقاول، ونظراً لخصوصية العقد، فإن مزاولة نشاط التأجير الائتماني مقصورة على أشخاص معينين⁽¹⁾، غالباً ما يكونوا شركات مالية أو بنوك أو مؤسسات ائتمان مرخص لها قانونياً بمزاولة هذا النشاط، ففي فرنسا، تطرق المشرع الفرنسي في المادة (313/7) من القانون النقدي والمالي رقم (882) لسنة 2005 لعمليات الإيجار التمويلي بالنسبة للمنقولات والعقارات، مع تمييز كل نوع على حدة، فبالنسبة للمنقولات، اعتبرت كل عملية إيجار للأصول والمعدات اللازمة لممارسة حرفة أو صناعة حيث يقوم المؤجر بشرائها بغرض تأجيرها للمستأجر مع الاحتفاظ بالملكية القانونية لها⁽²⁾. ويشمل العقد الاتفاق على ثمن مقابل منح المستأجر حق الانتفاع بالأصل، مع إمكانية تملكه جزئياً أو كلياً عند نهاية مدة العقد، مع الأخذ بعين الاعتبار الأقساط التي يدفعها المستأجر خلال فترة الإيجار، وبذلك، يُعد عقد الإيجار التمويلي أداة ضمان فعالة تمنح المؤجر مركزاً عقدياً متميزاً، حيث تظل ملكية الأصل محفوظة لديه حتى استيفاء كامل الالتزام المالي للمستأجر، أما بالنسبة للعقارات، فقد اعتبرت كل عملية إيجار ائتماني تتعلق بإتاحة عقارات للاستخدام المهني من قبل المؤسسة المؤجرة، سواء تم شراء العقار بمعرفة المؤسسة أم لحسابها، وينطبق ذلك مهما كان التكييف القانوني للعملية، بحيث يمنح العقد المستأجر حق الانتفاع بالأصل العقاري مع إمكانية تملكه جزئياً أو كلياً عند انتهاء مدة العقد، سواء عبر التنازل عن التنفيذ للوعد بالبيع من جانب واحد أم شراء الأراضي التي بنيت عليها العقارات المؤجرة مباشرة أو غير مباشرة، أو من خلال نقل ملكية المباني المنشأة على أراضي المستأجر بقوة القانون⁽³⁾.

ويلاحظ أن المشرع الفرنسي منح المستأجر عند نهاية مدة العقد خيار شراء الأصل، سواء كان عقاراً أم منقولاً، بسعر يحتسب مع الأخذ بعين الاعتبار الأقساط التي دفعها المستأجر خلال فترة

(1) ينظر في ذلك نجوى البدالي، عقد الإيجار التمويلي دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005، ص 228. وأيضاً ينظر في ذلك: الياس ناصيف سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد اليزنغ في القانون المقارن من دون مكان نشر طبع، 1999، ص ٢٣٢.

(2) المادة 313،7 من القانون النقدي والمالي الفرنسي رقم 882 لسنة 2005.

(3) Loi n° 2005:882, du 2 août 2005, code monétaire et financier (catégories de crédit et opérations assimilées crédit:bail)

العقد. وبذلك، يظل المؤجر محتفظاً بالملكية القانونية للعقار أثناء مدة العقد، ما يعزز مركزه العقدي المتميز كدائن عادي، ويضمن استيفاء الالتزام المالي للمستأجر قبل انتقال الملكية بالكامل⁽¹⁾.
ويبرز من هذا التنظيم القانوني أن الإيجار التمويلي ليس مجرد وسيلة لاستعمال الأصل⁽²⁾، إذ يتيح للمؤجر الاحتفاظ بالملكية القانونية للأصل حتى سداد الأقساط بالكامل، مما يمنحه مركزاً عقدياً متميزاً للدائن العادي ويضمن حماية حقه في استيفاء الثمن أو استرداد الأصل عند إخلال المستأجر بالتزاماته.

أما المشرع المصري فقد كرس فكرة الإيجار التمويلي من خلال تنظيمه لعقد التأجير التمويلي بوصفه إحدى صوره التطبيقية، ففي القانون رقم 176 لسنة 2018 بشأن تنظيم نشاط التأجير التمويلي، فقد نصت المادة الأولى من هذا القانون على أن التأجير التمويلي هو عملية تمويل يكون للمؤجر بمقتضاها حق تملك الأصل محل العقد وإتاحته للمستأجر لاستخدامه لمدة محددة، مقابل دفعات إيجارية متفق عليها، مع منح المستأجر خيار شراء الأصل كله أو بعضه خلال مدة العقد أو عند انتهائها، وبالسعر المحدد فيه⁽³⁾.

كما عرف المشرع المصري عقد التأجير التمويلي، بموجب المادة الأولى الفقرة السابعة من قانون إصدار ينظم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم⁽⁴⁾، أما المستأجر، فهو المستفيد لاستخدامه أنشطة اقتصادية إنتاجية أو خدمية، لمدة وإيجار محددتين، مع احتفاظ المؤجر بالملكية القانونية للأصل طوال مدة العقد، ومنح المستأجر الحق في اختيار تملك الأصل كلياً أو جزئياً في الوقت والسعر المتفق عليهما، ويستفاد من هذا التنظيم التشريعي أن المشرع المصري وإن استخدم مصطلح التأجير التمويلي، إلا أنه قد جسد من خلاله جوهر الإيجار التمويلي، باعتباره وسيلة تعاقدية تمنح

(1) سناني انفال نور يقين وزهور آية الرحمن، عقد الاعتماد الإيجاري التمويلي في التشريع الجزائري رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في القانون، جامعة باتنة الحاج لخضر، الجزائر، 2023، ص 10.

(2) علاء الدين عبد الله الخصاونة التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، دار الثقافة للنشر 181 والتوزيع، الأردن، 2002، ص ١٨١.

(3) المادة (1) من قانون إصدار ينظم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم رقم (176) لسنة 2018 في مصر. التي تنص على: (أنه عقد تمويل يبرم بين المؤجر والمستأجر، يلتزم المؤجر بموجبه بنقل حيازة الأصل المؤجر سواء كان مملوكاً له أو حصل عليه من المورد إلى المستأجر كما نصت المادة الأولى ثامناً من ذات القانون، التي أوجبت أن يكون المؤجر هو الجهة التي يرخص لها بممارسة نشاط التأجير التمويلي طبقاً لأحكام القانون ووفقاً للقواعد والجراءات التي يصدر بها قرار من مجلس إدارة الهيئة).

(4) ينظر في ذلك: المادة (1) من نفس القانون.

الدائن (المؤجر) مركزا عقديا متميزا، يقوم على الاحتفاظ بملكه الأصل كأداة ضمان إلى حين الوفاء الكامل بالالتزام المالي، بما يحقق حماية فعالة لحقه في مواجهة إخلال المستأجر، ويجنبه مزاحمة الدائنين الآخرين، وقد تبنى المشرع مفهوم واسع في تحديد صور عمليات الايجار التمويلي لتشمل امكانية الدائن (المؤجر) من امكانية التصرف بملكه حتى وان كان بيعاً، أي امكانية نقل الملكية اثناء سريان عقد الايجار التمويلي مما يجعل الدائن من شأنه ان يتصرف بملكة تصرفاً مطلقاً بما يملكه (1).

كذلك يظهر القانون المدني العراقي توجهها واضحاً نحو تعزيز حماية الدائن في مواجهة إخلال المدين بتنفيذ التزاماته، وهو ما يشكل إطاراً قانونياً داعماً لتكييف عقد الايجار التمويلي، فقد ذهب المشرع في القانون المدني أن الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني على شيء غير معين لا ينتج أثره إلا بعد تعيينه، بما يؤكد عدم انتقال الملكية تلقائياً في جميع الحالات ، وهو ما ينسجم مع فلسفة الايجار التمويلي القائمة على الفصل بين الانتقال والملكية إلى حين الوفاء الكامل بالالتزام المالي، كما هناك من يرى انه لغرض ان تكون العملية تأجير ائتماني لا بد ان لا تتحد صفة المؤجر والمستأجر في شخص واحد بعبارة اخرى يجب ان يكون الشراء متحقق في حالة شراء الاموال من قبل المستأجر نفسه (2).

كما أجاز القانون للدائن، عند إخلال المدين، تنفيذ الالتزام على نفقة المدين والحصول على شيء من النوع نفسه، مع احتفاظه بحقه في التعويض، تكريساً للأولوية للتنفيذ العيني. وفي الاتجاه ذاته، اكد المشرع على جواز تنفيذ الالتزام على نفقة المدين إذا لم يتم بتنفيذه ولم يكن من اللازم أن ينفذه بنفسه (3)، بما يعكس حرص المشرع على تمكين الدائن من وسائل فعالة لحماية مركزه، وتتسجم هذه القواعد مع وظيفة الايجار التمويلي بوصفه أداة تعاقدية وقائية تمنح الدائن العادي مركزاً عقدياً متميزاً، عبر تمكينه من استيفاء حقه أو استرداد الأصل محل العقد عند الإخلال، وبذلك، يمكن القول إن الايجار التمويلي، وإن لم ينظم صراحة في التشريع العراقي، إلا أنه يتلاءم مع بنيته القانونية، ويعد وسيلة تعاقدية مشروعة لتحقيق الائتمان وضمان الحقوق، في انسجام مع السياسة

(1) ينظر في ذلك: د. عصام احمد البهيجي ، عقد التأجير التمويلي في التشريعات العربية ، مصدر سابق، ص 43.

(2) يرجع في ذلك : جعفر كاظم جبر ، عقد الائتمان التأجيري ، رسالة ماجستير قدمت إلى كلية الحقوق ، جامعة النهرين ، 2001، ص 67.

(3) المادة (250) من القانون المدني العراقي

التشريعية العامة الرامية إلى حماية الدائن وتعزيز مركزه العقدي⁽¹⁾، وبالانتقال لدراسة نظام الايجار التمويلي وتفرده بالمقارنة مع بعض المفاهيم العقدية المشابهة، نراه يمثل نظاما تمويليا متفرداً، إذ يجمع بين عنصر الاستخدام المؤقت للأصل والتمويل الكامل له مع منح المستأجر خيار الانتقال إلى الملكية، ما يميزه من الأنظمة القانونية الأخرى، كالوعد بالبيع إذ إنهما يبدوان متشابهان من حيث منح المستأجر خيار شراء الأصل لاحقاً، إلا أن الايجار التمويلي يتجاوز ذلك ليشمل تمويل كامل للأصل وإدارة مخاطر مرتبطة به، بينما الوعد بالبيع لا يتضمن عادة تمويلاً أو التزاماً باستخدام الأصل قبل انتقال الملكية.

كما يتشابه نظام الايجار التمويلي مع البيع المؤجل أو البيع بالأقساط حيث يلتزم فيه المشتري بدفع قيمة الشيء على دفعات خلال مدة محددة، ليصبح مالكا للأصل عند نهاية السداد، ويشمل ذلك حالتين، إما تأجيل الثمن مع حصول المبيع فوراً⁽²⁾، وهو ما يعرف بالبيع الأجل، أو تعجيل الثمن مع تأجيل التسليم، كما في بيع السلم (السلف)⁽³⁾، ويختلف هذا النظام عن الايجار التمويلي، على الرغم من تشابه الفكرة المبدئية المتعلقة بتقسيط القيمة، إذ يمنح الايجار التمويلي المستأجر حق استخدام الأصل قبل نقل الملكية، مع تحمل كامل المخاطر المالية والتشغيلية المتعلقة به، بينما في البيع بالأقساط يتحمل المشتري المخاطر عادة بعد انتقال الملكية.

أما عند مقارنته مع عقد القرض التقليدي، يظهر الايجار التمويلي كآلية تمويلية متكاملة؛ فالقرض يمول عادة جزءاً من المشروع أو الأصل⁽⁴⁾، بينما الايجار التمويلي يغطي قيمة الأصل بالكامل ويضع المستأجر في موقع يتحمل فيه كامل المخاطر المتعلقة بالأصل، ما يمنح مركز الدائن مكاناً عقدياً متميزاً ومزايا اقتصادية أعلى، إذ يضمن أن الأصل الممول يبقى تحت إدارة الشركة المؤجرة حتى يتم سداد القيمة أو انتقال الملكية.

وعند مقارنته مع الإيجار العادي، يظهر الاختلاف بوضوح في الالتزامات والخيارات المتاحة فالأجرة في الايجار التمويلي أعلى نظراً للطبيعة التمويلية للعقد، كما يتحمل المستأجر جميع المخاطر،

-
- (1) د. فايز نعيم رضوان ، التأجير التمويلي ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1997 ، ص32.
 - (2) محمد عبد الله أبو هزيم ، احكام الثمن في عقد البيع، الطبعة الاولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006، ص 61.
 - (3) هشام السعدني خليفة بدوي ، عقود المشتقات المالية، الطبعة الاولى، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011، ص 282.
 - (4) سراء محمد ناصر بدوي، التعاقد بأسلوب الدفع بالأجل، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2018، ص42

بينما يتحمل المؤجر جزءاً منها في الإيجار التقليدي⁽¹⁾، إضافة لذلك، يمنح الإيجار التمويلي المستأجر ثلاث خيارات عند نهاية العقد، المتمثلة بنقل الملكية مقابل مبلغ رمزي، وإعادة الأصل، أو تمديد فترة الاستخدام، ما يعزز من مرونة هذا النظام ويضع الدائن في مركز عقدي متميز مقارنة بأنظمة التمويل التقليدية أو عقود الإيجار البسيطة.

خلاصة القول، نستنتج أن الإيجار التمويلي يمثل نموذجاً عقدياً متميزاً يجمع بين الاستفادة من الأصل المؤجر وفرصة اقتناؤه لاحقاً، ما يمنح الدائن العادي مركزاً أقوى في العلاقة العقدي، فهو لا يقتصر على مجرد تأجير الأصل، بل يوفر حماية قانونية واسعة للمؤجر، يتحمل فيها المستأجر جميع المخاطر، ويمنحه خيارات محددة للشراء أو إعادة الإيجار أو التمديد، بهذا الشكل، يشكل الإيجار التمويلي وسيلة فعالة للتمويل والاستثمار، مع مرونة أكبر للطرفين مقارنة ببعض الأنظمة المشابهة.

المطلب الثاني

نقل الملكية على سبيل الضمان

تعد فكرة نقل الملكية لغرض الضمان من الوسائل القانونية التي تمنح الدائن مركزاً عقدياً متميزاً يتجاوز مجرد الضمان العام، حيث تتيح هذه الآلية نقل رقبة الحق أو الملكية إلى الدائن بصفة مؤقتة لتأمين استيفاء حقه، ولا تقتصر هذه الوسيلة على مجرد حيازة المال، بل تمتد لتشمل عمليات قانونية دقيقة تضمن توازن المصالح عند استيفاء الدين، ومن أبرز هذه العمليات ما يتحقق من خلال الوفاء الجزئي مع الحلول، فالوفاء الجزئي لا يعد مجرد انقضاء لجزء من الدين، بل هو أداة قانونية تسمح للموفي سواء كان الدائن نفسه أم غيره، بالحلول محل الدائن الأصلي في ملكية الضمانات المرتبطة بهذا الدين، ومن هنا، تبرز الأهمية العملية لهذا المطلب في بيان كيف يساهم هذا الحلول القانوني في تعزيز الحماية العقدية للدائن، وضمان انتقال الملكية الضمانية بشكل يحفظ حقوق كافة الأطراف، وهو ما سنفصل نقل الملكية على سبيل الضمان من خلال تقسيمه إلى فرعين نتناول في الفرع الأول الوفاء الجزئي مع الحلول، والفرع الثاني الخاص بالتصرف الائتماني.

(1) نقلاً عن : زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي : دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الرأي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005، ص 86.

الفرع الأول

الحلول في الوفاء الجزئي

تمثل آليات استبدال الشخص أو الالتزام في العلاقات القانونية أداة أساسية لتنظيم الوفاء الجزئي بالديون، حيث تتيح نقل الحقوق أو الالتزامات إلى طرف آخر مع الحفاظ على استمرارية العلاقة القانونية، لذا سوف نبين مفهوم الحلول وشروط الوفاء مع الحلول على النحو الآتي:

أولاً: المفهوم العام للحلول وأثره على المركز العقدي للدائن العادي: يعرف الحل بشكل عام على أنه (استبدال شيء بشيء آخر، أو إحلال شخص محل شخص آخر في العلاقة القانونية)⁽¹⁾، وفي سياق الوفاء الجزئي، يتضح دور الحل كأداة لتعزيز المركز العقدي المتميز للدائن العادي، سواء من خلال الحل العيني أم الحل الشخصي، فالحل العيني يحدث عندما يستبدل شيء بشيء آخر بما يعادل قيمته، وليس بذاته، وهو يتيح للدائن الجزئي استيفاء جزء من الدين بشكل مباشر، مع الحفاظ على العلاقة القانونية مع المدين⁽²⁾، هذا النوع من الحل يمنح الدائن العادي حماية عملية، إذ يظل جزء من التزام المدين مرتبطاً بضمان عيني يتيح له التمتع بحقوقه قبل الوفاء الكامل، ما يعكس مركزه العقدي المتميز ضمن الترتيب العقدي للعلاقة، لذا إن الحل الشخصي يقصد به استبدال شخص محل شخص آخر في الحق نفسه، أي أن يحل الموفي محل الدائن الأصلي أمام المدين مع بقاء الالتزام على حاله⁽³⁾، وأيضاً له تعريف بأنه : (استعاضة شخص بشخص آخر في الحق ذاته، بينما اعتبره بعض آخر مسلماً قانونياً يقوم على الاستبدال داخل التزام الدائن الأصلي)⁽⁴⁾، و يُنظر إلى الحل الشخصي (باعتباره وسيلة للوفاء الجزئي، إذ يتيح للموفي استيفاء الالتزام جزئياً أو كلياً محل الدائن، مع استمرار الحقوق والالتزامات المترتبة على العلاقة القانونية)⁽⁵⁾، ويضمن هذا الحل للدائن

(1) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج 3، أحكام الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، دون سنة نشر، ص 30

(2) Mazeaud:lecons de Droit civil, 1973. T. II. P. 799.

نقلاً عن : د. باسم محمد صالح ، الحل الشخصي وسيلة لانقضاء الالتزام وإداة رجوع على الغير، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، المجلد العاشر العدد الأول مصر، 1994، ص8.

(3) عبد القادر القار، أحكام الالتزام أثار الحق الشخصي في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص 195 .

(4) عز الدين بن حسين القوطالي، حوالة الحق، رسالة ماجستير مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد، 1995.

(5) عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، مصدر سابق، ص 30.

العادي القدرة على حماية مركزه العقدي حتى في حال عدم الوفاء الكامل، إذ يظل له الحق في متابعة استيفاء الجزء المتبقي أو استرداد الضمان محل الدين.

في هذا السياق، يمكن النظر إلى آليات استبدال الدائن أو الالتزام في العلاقة القانونية على أنها تتطلب توافر مجموعة من الشروط لضمان فعاليتها في تحقيق الوفاء الجزئي للدين وتعزيز حقوق الدائن العادي

ثانياً: شروط الوفاء مع الحلول: يعتبر الوفاء مع الحلول وسيلة قانونية تحقق التميز لدائن العادي في استيفاء حقه، وهناك جملة من الشروط التي يجب ان تتوافر لكي تكفل تحقق الحلول بصورة صحيحة ويمكن تناولها على النحو الآتي :

1. يجب أن يكون هناك دين أو حق ثابت في ذمة الشخص المقصود: فلا يمكن تفعيل أي استبدال أو إحلال جزئي لشخص محل آخر ما لم يكن الالتزام قائماً وموثقاً، بحيث يحق للمدين أو المتصرف عن جزء من حقه أن ينقل هذا الحق لشخص آخر ⁽¹⁾، ومن أبرز التطبيقات العملية لهذه الآلية هو عقد الإيجار، حيث يكتسب المستأجر الحق في الانتفاع بالمأجور طوال مدة العقد مقابل دفع الأجرة المتفق عليها، وبما أن الحق قائم ومستمر في ذمة المستأجر، فإنه يجوز له نقل هذا الحق جزئياً أو كلياً لشخص آخر ليحل محله في العلاقة العقدية ⁽²⁾، مع انتقال جميع الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد إلى الشخص الجديد، شريطة ألا يكون المؤجر قد اشترط منع التنازل عن الحق للغير، ويشمل هذا المبدأ أيضاً التزامات المرتبطة بالديون، حيث يمكن للمدين أو المتصرف عن جزء من الدين أن يحل شخصاً آخر محل نفسه في الوفاء بالتزام معين، بما يحقق التوازن القانوني بين الأطراف ويضمن حماية حق الدائن الجزئي.

2. يجب أن يكون هناك شخص ثالث يحل محل أحد الأطراف في الالتزام: فالأثر الأساسي لهذه الآلية يتمثل في انتقال العلاقة القانونية جزئياً أو كلياً إلى شخص آخر، سواء كان التغيير في جهة الوفاء أم جهة استلام الحق ⁽³⁾، وفي إطار الالتزامات المالية، يمكن بهذا الإجراء تغيير هوية الدائن أو المدين، مع بقاء طبيعة الالتزام كما هي، بحيث يحقق الهدف من الوفاء الجزئي دون الإخلال بمركز

(1) عمر حمد خيون، الحلول الشخصي وفقاً للقانون المدني العراقي مجلة الجامعة العراقية، المجلد 72، العدد 3، العراق، 2024، ص 91.

(2) عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي : تنفيذ الالتزام، ج 3، مطبعة الزهراء، بغداد، 248.

(3) جلال العدوي أصول احكام الالتزام والاثبات، مصدر سابق، ص 293.

الدائن العادي⁽¹⁾، ويصبح الشخص الجديد ملتزماً بالحقوق والالتزامات نفسها التي كانت للطرف الأصلي، بما يضمن استمرار العلاقة القانونية ويمنح الدائن حماية فعالة لحقه في الدين أو في ضمانه⁽²⁾، كما يتيح للدائن العادي الحفاظ على مركزه التعاقدى المتميز أمام التزامات المدين أو الوفاء الجزئي للحق المالي⁽³⁾.

بهذه الطريقة، تتضح وظيفة هذه الآليات في ضمان استيفاء الحقوق جزئياً مع إبقاء المركز العقدي للدائن محفوظاً، ما يجعلها وسيلة عملية لحماية مصالح الدائنين العاديين في حالات الوفاء الجزئي أو التعرض لمخاطر إخلال المدين بالتزامه.

وفي النظام القانوني الفرنسي ينظر إلى الحلول بوصفه آلية قانونية يقوم بموجبها شخص من الغير بالوفاء بدين المدين، فيحل محل الدائن في حقوقه بقدر ما أداه من الدين، سواء كان هذا الوفاء كلياً أم جزئياً، ويُعد هذا المبدأ من التطبيقات المستقرة في فقه قانون الالتزامات الفرنسي⁽⁴⁾، إذ يهدف إلى ضمان استيفاء الحق وتمكين من قام بالوفاء من الاحتفاظ بذات المركز العقدي الذي كان يتمتع به الدائن الأصلي.

وفي حالات الدفع الجزئي يمكن أن ينشأ أثر قانوني موضوعي لتعزيز مركز الدائن، فبحسب أحكام القانون المدني الفرنسي⁽⁵⁾، يحصل الدفع بالغياب عن الدين عندما يقوم طرف ثالث بدفع جزء أو كل الدين نيابة عن المدين، ما يجعل للدائن حقاً في قبوله ويمكن أن يؤول ذلك إلى استبدال التزامات الدائن الأصلي بالتزامات جديدة لصالح الدائن الذي أدى السداد، مما يضمن حماية حقه في الوفاء الجزئي، كما تسمح المواد (1346) وما يليها من ذات القانون بأن يتم الحلول بطريقة قانونية أو باتفاق عندما يدفع شخص آخر جزءاً من الدين أو كله، شريطة وجود مصلحة مشروعة للمدفع في

(1) محمد حسام محمود لطفي النظرية العامة للالتزام، دون دار نشر، القاهرة، 2005، ص 272

(2) مصطفى أحمد أبو عمرو موجز أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2010، ص ١٧٨.

(3) عمر حمد خيون، الحلول الشخصي وفقاً للقانون المدني العراقي، مصدر سابق، ص 95.

(4) Subrogation personnelle en droit civil français مقال الكتروني قانوني متاح على شبكة الانترنت، عبر الرابط: <https://fr.wikipedia.org> تاريخ الزيارة : 2026/6/19 .

(5) المادة (342)، من القانون المدني الفرنسي .

ذلك⁽¹⁾، وهو ما يواكب فكرة الوفاء الجزئي مع الحلول في سياق حماية الدائن من مخاطر عدم السداد.

وقد أكدت محكمة الاستئناف في باريس في قرارها المؤرخ 10 أبريل 2025 برقم (RG n 23/04126) أن الدفع الذي يقوم به طرف ثالث يمكن أن يسفر عن انتقال الحقوق من الدائن الأصلي إلى من دفع نيابة عنه ، وذلك وفق أحكام المواد (1346) و (1346:1) من القانون المدني الفرنسي، مما يتيح للطرف الجديد استرداد ما دفعه من المدين.

وتعد هذه القاعدة تطبيقاً عملياً لمبدأ الوفاء الجزئي مع الحلول، حيث يعزز مركز الدائن الجديد (الذي أدى السداد) بحقوق تجاه المدين في حدود ما دفعه⁽²⁾.

بينما في مصر، ينظم القانون المدني أحكام الوفاء من الغير كاستثناء يبيح للطرف الثالث أن يقوم بوفاء الدين نيابة عن المدين، ويترتب على ذلك آثار قانونية واضحة لصالح الدائن، فقد أشار المشرع في القانون المدني المصري على أن الوفاء يجوز أن يتم من المدين أو من نائبه أو من أي شخص آخر له مصلحة في الوفاء⁽³⁾، كما يجوز الوفاء حتى مع التحفظ السابق لمن ليست له مصلحة واضحة في الوفاء، لكن في هذه الحالة يجوز للدائن رفض هذا الوفاء⁽⁴⁾ إذا اعترض المدين عليه وأبلغه برفضه، وعند وفاء الغير للمدين، يحق للموفي الرجوع على المدين بقدر ما دفعه أي استرداد ما أنفقه من مال بحسب أحكام القانون المدني المصري .

من جانب آخر توضح في قانون التجارة المصري⁽⁵⁾، أن التشريع التجاري كذلك يولي أهمية خاصة لحماية حقوق الدائنين، حيث ينظر إلى الوفاء كوسيلة لضمان تنفيذ الالتزام التجاري مباشرة بدلاً من تأجيله، وبحسب هذه المواد، يجوز قبول الوفاء من طرف ثالث سواء كان جزئياً أم كلياً، مما يتيح للدائن استيفاء حقه حتى عند تدخل شخص آخر محل المدين، هذا الإجراء يعزز المركز المتميز للدائن العادي، إذ يضمن له استيفاء الالتزام أو الحصول على ضمانات عملية دون الحاجة إلى انتظار التنفيذ من قبل المدين الأصلي.

(1) المادة (1346) من القانون المدني الفرنسي .

(2) Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 10 avril 2025, RG n° 23/04126 , Disponible sur le lien suivant : <https://www.courdecassation.fr/en/decision/67f8a8a7a5ae2781237utm>
Date de consultation: 2026:6:19

(3) المادة (323) من القانون المدني المصري .

(4) المادة (324) من القانون نفسه

(5) المواد (60 و 61) من القانون التجاري المصري رقم (17) لسنة 1999 المعدل.

أما في قانون العراقي، نستقرأ في هذا الصدد من نص الفقرة الأولى من المادة (380) من القانون المدني العراقي إلى ما يعرف بالحلول الاتفاقي، حيث تمنح الدائن الذي استوفى حقه من شخص آخر الحق في الاتفاق مع هذا الغير ليحل محله في العلاقة القانونية، حتى في حال عدم موافقة المدين الأصلي⁽¹⁾، ويشترط القانون أن يكون هذا الاتفاق مثبتاً بورقة رسمية، وأن يكون تاريخها قبل وقت الوفاء، إذ يهدف هذا الشرط إلى حماية حق الدائن من انقضاءه نتيجة تأخر الاتفاق بعد الوفاء، ومن هنا، يظهر بوضوح الدور الذي يلعبه القانون في تعزيز مركز الدائن العادي، إذ يضمن له الحق في إحلال الغير محل المدين بطريقة رسمية ومنظمة، مع الحفاظ على أولوية حقوقه أمام الغير وضمان حماية مستحقته المالية⁽²⁾.

كما أجاز المشرع لأي شخص غير المدين أن يقوم بوفاء الدين نيابة عن المدين، سواء كان الوفاء جزئياً أم كلياً⁽³⁾، ويترتب على ذلك انتقال حق الرجوع على المدين إلى هذا الشخص، ويضمن هذا الحكم للدائن حماية حقوقه المالية ويعزز مركزه التعاقدية المتميز حيث يتميز على الموفي بوفاء جزئي باستيفاء المتبقي من حقه، كما يمكنه قبول الوفاء من الغير دون الحاجة لانتظار المدين الأصلي، ما يحفظ له حقوقه كاملة ويتيح له تحقيق الوفاء الجزئي أو الكلي للالتزام⁽⁴⁾.

في خلاصة القول، يمكن الاستنتاج أن نظام الوفاء الجزئي والحلول يمثل أداة قانونية فعالة لتعزيز المركز العقدي للدائن، إذ يتيح له تحصيل جزء أو كل الالتزام من المدين أو من الغير، مع انتقال الحقوق والالتزامات بشكل يضمن حماية مصالحه المالية، ومن خلال هذا النظام، يكتسب الدائن قدرة استثنائية على تأمين حقوقه دون انتظار الوفاء الكامل من المدين الأصلي، مما يؤكد طابع مركزه المتميز ضمن العلاقة القانونية.

(1) المادة (380) من القانون المدني العراقي .

(2) د. عبد المجيد الحكيم و عبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزام ج1، العاتك للطباعة والنشر، بغداد، ٢٠١٨، ص ٢٥٧.

(3) ينظر في ذلك: المادة (381-382) من القانون المدني العراقي .

(4) ينظر في ذلك: علي كاظم مزهر، الوفاء مع الحلول، رسالة ماجستير قدمت إلى جامعة بابل، كلية القانون، 1998، ص 159.

الفرع الثاني

التصرف الائتماني

يعد التصرف الائتماني من المفاهيم القانونية ذات الأهمية البالغة في إطار النظرية العامة للالتزام، لما له من دور في تنظيم العلاقة بين المدين ودائنيه، ولا سيما الدائن العادي الذي يستند في اقتضاء حقه إلى الضمان العام المتمثل في أموال المدين فإنه ، إذ إنه يؤدي دوراً مهماً في تقوية الضمان العام للدائن، وذلك من خلال توسيع نطاق الأموال أو الحقوق ⁽¹⁾ ، ويكتسب هذا المفهوم أهمية خاصة من خلال إسهامه في تعزيز فعالية الضمان العام وتدعيم الثقة الائتمانية في المعاملات المدنية والتجارية، بما يحقق قدراً من الاستقرار في التعاملات المالية ويعزز من مركز الدائنين غير المتمتعين بضمانات خاصة، ويقوم التصرف الائتماني في جوهره على آليات قانونية من شأنها إظهار الأموال الخاضعة للضمان العام بصورة أكثر وضوحاً وفعالية، بما يسمح للدائن العادي بالاطمئنان إلى سلامة مركزه القانوني وإمكان استيفاء حقوقه في مواجهة المدين، ومن ثم، فإنه يشكل أحد الأدوات التي تسهم في إعادة تنظيم العلاقة الائتمانية بين أطراف الالتزام على نحو يوازن بين مصالحهم في إطار من المشروعية والثقة، وانطلاقاً من ذلك، فإن دراسة التصرف الائتماني تقتضي بيان مفهومه (أولاً)، ثم تحليل دوره في تعزيز المركز المتميز للدائن العادي (ثانياً).

أولاً: تحديد مفهوم التصرف الائتماني: يقتضي الوقوف على الدور الذي يؤديه التصرف الائتماني في تعزيز المركز العقدي للدائن تحديد ماهيته ابتداءً من خلال التعريف به ثم بيان صوره المختلفة إذ لا يمكن إدراك آثاره القانونية دون الإحاطة بمفهومه والأسس التي يقوم عليها، كما أن تعدد التطبيقات العملية لهذا النظام يفرض بيان أهم صوره، باعتبارها تمثل الوسائل التي يتجسد من خلالها التصرف الائتماني في الواقع القانوني والعملي.

1. التعريف بالتصرف الائتماني : وترجع نشأة التصرف الائتماني إلى القانون الروماني حيث كان من أقدم الأنظمة التي عرفها القانون الروماني ⁽²⁾، ويعد التصرف الائتماني من النظم القانونية التي أفرزتها الحاجة إلى تطوير وسائل الائتمان والضمان بما يتلاءم مع تعقيد المعاملات الاقتصادية والمالية ⁽³⁾،

(1) ينظر في ذلك: د. أحمد شكري السباعي الوسيط في النظرية العامة للالتزامات دار نشر المعرفة، الرباط، 2001، ص 143.

(2) ينظر في ذلك: محمد أبو هشيمة فرج حامد، الملكية الائتمانية بين النظرية والتطبيق، رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2021، ص 15.

(3) تامر ريمون فهم، ضمانات الائتمان المصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012، ص 361.

فقد أثبتت الوسائل التقليدية للضمان رغم أهميتها، محدوديتها في توفير الحماية الكافية للدائنين في بعض المعاملات، الأمر الذي دفع الفقه والتشريعات المقارنة إلى البحث عن آليات قانونية أكثر مرونة وفعالية، فكان التصرف الائتماني أحد أبرز هذه الآليات.

ويقوم التصرف الائتماني على فكرة قانونية مؤداها تخصيص مجموعة من الأموال أو الحقوق لتحقيق غرض معين، من خلال نقلها إلى شخص يلتزم بإدارتها أو استعمالها أو التصرف فيها وفقاً للهدف الذي حدده المنشئ، ولمصلحة مستفيد معين أو ضماناً للوفاء بالتزام معين، ومن ثم، فإن جوهر التصرف الائتماني لا يتمثل في مجرد نقل الملكية، وإنما في تخصيص المال وإخضاعه لنظام قانوني خاص يحقق الغاية التي أنشئ من أجلها⁽¹⁾.

ويُعبّر عن التصرف الائتماني عادة بإمكانية أن يحل شخص ثالث محل الدائن الأصلي في الحق نفسه أو أن تتحول الالتزامات المرتبطة بالدين إلى طرف جديد، مما يضمن استمرار العلاقة القانونية دون الإخلال بحقوق الدائن الأصلي⁽²⁾، ويتضح من هذا المفهوم أن التصرف الائتماني يركز على ثلاثة عناصر رئيسية، تتمثل في وجود منشئ للتصرف، وأمين يتولى إدارة الأموال أو التصرف فيها ضمن الحدود المرسومة له، وأموال أو حقوق تخصص لتحقيق غرض محدد، بحيث تكتسب هذه الأموال نظاماً قانونياً يميزها من غيرها من الأموال الخاضعة للضمان العام، وقد كان المشرع الفرنسي سابقاً إلى تنظيم هذا النظام بصورة صريحة، عندما أدخل نظام التصرف الائتماني أو ما يعرف (بالفيديوسيا) إلى القانون المدني، فعرفه بوصفه تصرفاً يترتب عليه نقل أموال أو حقوق أو ضمانات إلى أمين يلتزم بفصلها عن ذمته المالية وإدارتها لتحقيق الغاية المحددة في عقد التصرف الائتماني⁽³⁾.

(1) هذا ما يمكن استنتاجه من المادة 2011 من القانون المدني الفرنسي المضافة بموجب القانون رقم (211-2007) الصادر في 19 فبراير 2007 بشأن إحداث التصرف الائتماني، إذ جاء نصها على النحو الآتي:

Loi n° 2007-211 du 19 février 2007 instituant la fiducie: (La fiducie est l'opération par laquelle un ou plusieurs constituants transfèrent des biens, des droits ou des sûretés, ou un ensemble de biens, de droits ou de sûretés, présents ou futurs, à un ou plusieurs fiduciaires qui, les tenant séparés de leur patrimoine propre, agissent dans un but déterminé au profit d'un ou plusieurs bénéficiaires).

(2) ينظر في ذلك: عبد الحميد نجاشي الزهيري شرح قانون المعاملات المدنية - آثار الحق وانقضاؤه، الطبعة الأولى، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 211-212.

(3) ينظر في ذلك: المادة (2011) من القانون المدني الفرنسي التي نصت على (الفيديوسيا هي العملية التي بموجبها يقوم موصي أو أكثر بنقل أموال أو حقوق أو ضمانات، أو مجموعة من الأموال أو الحقوق أو الضمانات، الحالية أو

لم يتضمن كل من القانون المدني العراقي والقانون المدني المصري تنظيمًا عامًا للتصرف الائتماني بوصفه نظاماً قانونياً مستقلاً، شأنهما في ذلك شأن القانون المدني الفرنسي قبل الإصلاح التشريعي، إذ خلا كل منها من وضع قواعد عامة تحكم هذا التصرف.

ونرى أن التصرف الائتماني لا ينبغي النظر إليه بوصفه مجرد وسيلة لنقل الأموال، وإنما بحسبانه نظاماً قانونياً يقوم على تخصيص الأموال أو الحقوق لتحقيق غاية محددة في إطار قانوني مستقل، الأمر الذي يؤدي إلى إعادة تنظيم الضمان المقرر للدائن على نحو يحقق قدراً أكبر من الحماية والاستقرار في المعاملات، وهو ما يفسر تنامي الاهتمام به في التشريعات المقارنة خلال العقود الأخيرة.

2. **صور التصرف الائتماني:** لا يقتصر التصرف الائتماني على صورة واحدة، وإنما تتعدد صورته تبعاً للغاية التي يقصدها المنشئ من إنشائه، إذ إن وحدة البناء القانوني لهذا النظام لا تحول دون تنوع تطبيقاته العملية، وعلى الرغم من اختلاف هذه الصور، فإنها تشترك جميعاً في قيامها على تخصيص أموال أو حقوق معينة وإخضاعها لنظام قانوني خاص يضمن تحقيق الغرض الذي أنشئت من أجله.

أ. تتمثل الصورة الأولى في التصرف الائتماني على سبيل الضمان، وهي أكثر الصور شيوعاً وأهمية، إذ يقصد بها تخصيص أموال أو حقوق لضمان الوفاء بالتزام معين، بما يمنح الدائن حماية تتجاوز الضمان العام، ويعزز فرص استيفائه لحقه عند إخلال المدين بالتزامه⁽¹⁾.

ب. أما الصورة الثانية فهي التصرف الائتماني على سبيل الإدارة، ويكون الغرض منها تمكين الأمين من إدارة الأموال أو استثمارها أو المحافظة عليها وفق الحدود التي يحددها المنشئ، بما يكفل تحقيق المصلحة التي أنشئ التصرف من أجلها، دون أن يكون للأمين أن يستعمل تلك الأموال لتحقيق مصالحه الشخصية⁽²⁾.

المستقبلية، إلى مأمور ثقة أو أكثر يعملون لتحقيق غرض محدد لصالح مستفيد أو أكثر، مع إبقاء تلك الأموال مفصولة عن ذمتهم المالية الخاصة).

(1) ينظر في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، الطبعة الثالثة، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 2006، ص 168 وما بعدها.

(2) ينظر في ذلك: محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة العربية بالقاهرة، 1993، ص 524.

ج. تتمثل الصورة الثالثة في التصرف الائتماني لمصلحة الغير، حيث تخصص الأموال لتحقيق منفعة مستفيد معين، ويتولى الأمين إدارتها أو نقلها إليه وفقاً للشروط والآجال المحددة في التصرف المنشئ⁽¹⁾.

و أن اختلاف صور التصرف الائتماني لا يؤثر في جوهره القانوني، إذ تظل جميعها قائمة على فكرة واحدة، هي تخصيص الأموال لتحقيق غرض معين في إطار قانوني مستقل، مع اختلاف الوظيفة التي تؤديها كل صورة بحسب الهدف الذي ابتغاه المنشئ من إنشائها.

ثانياً: دور التصرف الائتماني في تعزيز المركز المتميز للدائن: يعد التصرف الائتماني من أبرز الوسائل القانونية التي أسهمت في تطوير نظام الضمانات، إذ لم يعد الهدف منه مجرد نقل الأموال أو إدارتها، وإنما تحقيق حماية قانونية معززة للدائن، من خلال تخصيص أموال أو حقوق معينة للوفاء بالتزام محدد، بما يؤدي إلى إضفاء قدر أكبر من الثقة والاستقرار على المعاملات القانونية والائتمانية، انطلاقاً من ذلك، فإن القيمة الحقيقية لهذا النظام لا تكمن في شكله القانوني، وإنما في الآثار التي يترتبها على مركز الدائن، إذ يمنحه حماية تتجاوز تلك التي يكفلها الضمان العام المقرر في القواعد التقليدية.

وتتحقق هذه الحماية من خلال إنشاء ذمة مالية مخصصة تضم الأموال أو الحقوق محل التصرف الائتماني، بحيث تبقى منفصلة عن الذمة المالية الشخصية للأمين، ومخصصة لتحقيق الغاية التي أنشئ التصرف من أجلها، وهو ما يؤدي إلى الحد من مخاطر اختلاطها بأموال الأمين أو خضوعها لمطالب دائنيه⁽²⁾، وبذلك يرتبط حق الدائن بأموال معينة خصصت ابتداءً لضمان الوفاء بحقه، الأمر الذي يعزز مركزه القانوني ويحد من احتمالات مزاحمته من قبل الدائنين الآخرين⁽³⁾.

وقد تبنى المشرع الفرنسي هذه الفلسفة بصورة صريحة بموجب القانون رقم (2007-211) الصادر في 19 فبراير 2007، وأدرج أحكامه ضمن المواد (2011 - 2031) من القانون المدني الفرنسي، وهو ما يعد التطبيق التشريعي الأبرز لفكرة الذمة المالية المخصصة (Patrimoine d'affectation)، التي تمثل الركيزة الأساسية لتعزيز الحماية القانونية للدائن.

(1) ينظر في ذلك: أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، كلية الحقوق، منشورات جامعة حلب، 2003، ص 175.

(2) ينظر في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، مصدر سابق، ص 276.

(3) ينظر في ذلك: نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، دار الجامعة، الإسكندرية، 2017، ص 195.

ولم يقتصر الأمر على التنظيم التشريعي، بل حرص القضاء الفرنسي على تكريس هذا الاتجاه، إذ أكد أن الأموال المخصصة للتصرف الائتماني تتمتع بنظام قانوني مستقل، وأن الغاية من هذا النظام هي ضمان احترام التخصيص الذي أنشئت من أجله، بما يكفل حماية الحقوق المترتبة عليها وفقاً لأحكام القانون⁽¹⁾.

واستنتاجاً لما سبق، فإن الأهمية الحقيقية للتصرف الائتماني لا تتمثل في استحداث وسيلة جديدة للضمان فحسب، وإنما في إرساء فلسفة قانونية مغايرة لمبدأ الضمان العام، قوامها تخصيص الأموال وربطها بالغاية التي خصصت من أجلها، بما يؤدي إلى إعادة بناء العلاقة بين الدائن والمدين على أساس يحقق التوازن بين مصلحة المدين في استمرار نشاطه الاقتصادي، ومصلحة الدائن في الحصول على ضمان فعال يحد من مخاطر الإعسار أو المنافسة مع غيره من الدائنين.

(1) Cour de cassation, chambre commerciale, 13 juin 2012, n°11-17.645

<https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000026181609>

الخاتمة

الخاتمة

وفي ختام دراسة موضوع دور العقد في منح الدائن العادي مركزاً متميزاً على بقية الدائنين العاديين في ضوء ضوابطه النظرية وتطبيقاته العملية لا بد من بيان اهم النتائج والمقترحات التي تم الوصول اليها على النحو الاتي:

أولاً: النتائج

1. تبين لنا أن العقد لا يقتصر على إنشاء الالتزام، بل يُعد إطاراً قانونياً يحدد مراكز الأطراف داخل العلاقة العقدية، مع تأثير غير مباشر على الدائن العادي من خلال الضمان العام لأموال المدين، كما خلصت الدراسة إلى أن المركز العقدي المتميز يقوم على الإرادة التعاقدية ويمنح أفضلية نسبية دون أن يرقى إلى حق عيني أو امتياز، مع بقاءه خاضعاً لمبدأ الضمان العام ونسبية أثر العقد.

2. اتضح لنا أن شروط المركز العقدي المتميز للدائن العادي تقوم على مجموعة من الضوابط الشكلية والموضوعية التي تضمن مشروعيتها، وفي معظمها الكتابة كوسيلة لاثبات المركز العقدي للدائن العادي، التي تأتي خلاف المبدأ العام وهو المساواة بين الدائنين ووضوح محل الاتفاق وحدود الأفضلية، إضافة إلى مشروعية السبب والإرادة الصريحة وعدم مخالفة النظام العام، كما خلصت الدراسة إلى أن هذا المركز يختلف جوهرياً عن الامتياز والرهن والشرط المعلق، كونه لا ينشئ حقاً عينياً، وإنما يترتب أفضلية نسبية ذات طبيعة شخصية تستند إلى الاتفاق بين الأطراف.

3. يظهر أن مشروعية المركز العقدي المتميز تقوم أساساً على مبدأ سلطان الإرادة، الذي يتيح للدائن والمدين إنشاء مراكز قانونية تحقق نوعاً من الأفضلية التعاقدية، ما دام ذلك يتم ضمن حدود القانون والنظام العام، وقد أظهرت القوانين المقارنة (الفرنسي، المصري، العراقي) قبولاً عاماً لهذا المركز باعتباره أداة مشروعة لتحسين مركز الدائن، بشرط عدم الإضرار بجماعة الدائنين أو التحايل على قواعد الضمان العام.

4. تبين لنا أن المركز العقدي المتميز للدائن العادي يُعدّ وضعاً تعاقدياً خاصاً داخل نطاق الحقوق الشخصية، لا يرتقي إلى حق عيني أو امتياز قانوني، بل يظل تنظيمياً اتفاقياً لا يثار الالتزام يخضع لمبدأ سلطان الإرادة وحدود النظام العام وحماية جماعة الدائنين.

5. لاحظنا أن توظيف الوسائل التقليدية للضمان، كالإنابة الناقصة وحوالة الحق على سبيل الضمان، يسهم في تعزيز المركز العقدي للدائن العادي من خلال توسيع دائرة الضمان الشخصي وتنظيم العلاقة الائتمانية دون الخروج عن مبدأ المساواة أو إنشاء حقوق عينية مستقلة.

6. اتضح لنا أن الوسائل الحديثة، ولا سيما الضمانات المستقلة وخطابات النوايا، أسهمت في تعزيز المركز العقدي للدائن العادي من خلال منحه حماية أسرع وأكثر فعالية دون الحاجة للرجوع إلى العقد الأصلي أو امتلاك امتيازات عينية، وقد أدت هذه الوسائل إلى إعادة تنظيم العلاقة الائتمانية بما يحقق توازنًا عمليًا بين أطرافها في المعاملات الحديثة.

7. تبين لنا أن شرط الاحتفاظ بالملكية يمثل وسيلة ضمان تعاقدية حديثة تمكّن الدائن العادي (البائع) من تعزيز مركزه العقدي من خلال إبقاء ملكية المبيع بيده إلى حين سداد الثمن كاملاً، مما يوفر له حماية فعالة ضد إخلال المدين أو إعساره دون منحه امتيازًا عينيًا.

8. كما تبين لنا أن الوفاء الجزئي مع الحلول والتصرف الائتماني يمثلان آليتين فعاليتين لتعزيز المركز العقدي للدائن العادي، إذ يضمنان له استيفاء حقه تدريجيًا مع انتقال الضمانات أو الحقوق بما يحافظ على استمرارية الالتزام وحمايته من مخاطر الإعسار أو الإخلال.

ثانيًا: المقترحات: نقترح على المشرع العراقي ما يأتي:

1. يعد تنظيم الضمانات المستقلة في التشريع المدني ضرورة ملحة لمواكبة تطور المعاملات الائتمانية الحديثة، إذ يساهم في توفير أداة فعالة وسريعة لتعزيز ثقة المتعاملين دون الارتباط المباشر بالعلاقة الأصلية، ومن الناحية العملية، يحد هذا التنظيم من مخاطر التعثر ويضمن سرعة الوفاء للمستفيد، خاصة في العمليات التجارية الدولية.

2. تضمين القانون المدني نص يدرج ضمن الأحكام المتعلقة بنظرية العقد يوضح فيه خطاب النوايا على النحو الآتي: (خطاب النوايا هو تعهد يلتزم بموجبه شخص طبيعي أو معنوي بالقيام بعمل أو الامتناع عن عمل بقصد دعم المدين في تنفيذ التزامه وبما يعزز ضمان الدائن في استيفاء حقه وفق الحدود المثبتة في الخطاب) .

3. تضمين القانون المدني نص يمكن وضعه ضمن الأحكام المتعلقة بعقد الإيجار يوضح فيه الإيجار التمويلي على النحو الآتي: (الإيجار التمويلي عقد يلتزم بمقتضاه المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع مال منقول أو عقار لمدة محددة مقابل أجر ويحتفظ بملكية المأجور طيلة فترة الإيجار ويجوز للمستأجر أن يملكه بهد انتهاء مدة الإيجار عند استيفاء الشروط المتفق عليها) .

4. تضمين القانون المدني نص يوضح بعد الأحكام الرهن التأميني يوضح فيه التصرف الائتماني باعتباره وسيلة حديثة من وسائل الضمان وعلى النحو الآتي: (التصرف الائتماني عملية يقوم بموجبها شخص بنقل أموال أو حقوق إلى شخص آخر الذي يفصلها عن ذمته المالية الخاصة، ويديرها لتحقيق

غرض معين لصالح مستفيد يعتبر وسيلة لتحقيق نوع من الاولوية الواقعية للدائن حتى في غياب نص صريح يمنحه امتيازاً قانونياً، إذ إن نقل الحقوق او تخصيصها لصالحه يضعه في مركز متقدم مقارنة بباقي الدائنين خاصة في حالات التنفيذ او التصفية .

5. تعديل نص المادة (534) من القانون المدني لتكون على النحو الاتي: (1. إذا كان البيع مؤجل الثمن، جاز للبائع أن يحتفظ بملكية المبيع إلى أن يستوفي الثمن كله، وذلك وفقاً للآتي :أ. يظل البائع محتفظاً بحق الملكية حتى استيفاء كامل الثمن، حتى لو تم تسليم المبيع للمشتري وتمت حيازته فعلياً، ب. يترتب على احتفاظ البائع بالملكية حقه في استرداد المبيع في حالة تخلف المشتري عن الوفاء بأي جزء من الثمن في ميعاده، ما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، 2. فإذا كان الثمن يدفع أقساطاً، جاز للمتبايعين أن يتفقا على أن يستبقي البائع جزءاً منه تعويضاً له عن فسخ البيع إذا لم تسدد جميع الأقساط، ومع ذلك يجوز للمحكمة تبعاً للظروف أن تخفض التعويض المتفق عليه، وفقاً لأحكام التعويضات الاتفاقية، 3. وإذا سددت الأقساط جميعاً انتقلت ملكية المبيع إلى المشتري من وقت البيع، إلا إذا وجد اتفاق على غير ذلك، 4. وتسري أحكام الفقرات الثلاث السابقة حتى ولو سمي المتعاقدان البيع إيجاراً.

6. تعديل نص المادة (362) من القانون المدني لتكون على النحو الاتي: (1. تجوز حوالة الحق على سبيل الضمان ويكون للمحال له في هذه الحالة اولوية في استيفاء حقة من قيمة الحق المحال، وتعتبر الحوالة معلقة على شرط عدم وفاء المدين الاصلي بالتزامه مع بقاء حق المحيل في استرداد ما زاد من قيمة دينه في تحصيل حق المحال، 2. تجوز حوالة الحق في سبيل الوفاء وفي هذه الحالة تنقضي ذمة المدين الاصلي اتجاه المحيل بمجرد ابرام الحوالة وينتقل الحق للمحال له بجميع ضماناته وتوابعه، ما لم يمنع ذلك نص في القانون او اتفاق او بسبب طبيعة الالتزام، وتتم الحوالة دون رضا المحال عليه).



المصادر

قائمة المصادر والمراجع

أولاً: القرآن الكريم

ثانياً: الكتب القانونية

1. أحمد شكري السباعي، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، دار نشر المعرفة، الرباط، 2001.
2. أحمد شوقي محمد عبد الرحمن، النظرية العامة للالتزام، أحكام الالتزام والإثبات في الفقه وقضاء النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2004.
3. أحمد عبد الدائم، شرح القانون المدني، كلية الحقوق، منشورات جامعة حلب، 2003.
4. آدم وهيب الندوي، الموجز في قانون الإثبات، العاتك، بيروت، بلا سنة طبع.
5. أسامة نائل المحسين، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس، دار الثقافة للطباعة والنشر، عمان، الأردن، 2008.
6. أسعد دياب، أبحاث في التأمينات العينية، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، لبنان، دون سنة طبع.
7. إسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، مطبعة عبد الله وهبة عابدين، مصر، 1976.
8. أمير جاسم عبادي عبد الله الخزعلي، الجحود في عقد الهبة: دراسة مقارنة، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أربيل، 2025.
9. أمين دواس، القانون المدني، أحكام الالتزام، دار الشروق للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
10. أنور سلطان، أحكام الالتزام: الموجز في النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، 1983.
11. أنور سلطان، النظرية العامة للالتزام، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، مصر، 1997.
12. أنور سلطان، العقود المسماة شرح عقدي البيع والمقايضة، مطبعة دار نشر الثقافة، الإسكندرية، 1999.
13. إيمان حسني حسن العجيل، الغش في الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان - دراسة مقارنة، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2019.
14. بلحاج العربي، الإطار القانوني للمرحلة السابقة على إبرام العقد، دار وائل للنشر، الجزائر، 2010.
15. بلحاج العربي، أحكام الالتزام في ضوء الشريعة الإسلامية - دراسة مقارنة، دار الثقافة، الأردن، 2012.

16. بهجت عز الدين عبد الرحيم، الاسترداد في القانون - دراسة مقارنة تحليلية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2020.
17. تامر ريمون فهميم، ضمانات الائتمان المصرفي، دار النهضة العربية، القاهرة، 2012.
18. جاك مستر عما نوئيل بوتمان مارك بيو، المطول في القانون المدني، قانون التأمينات العينية العام، ترجمة منصور القاضي، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2006.
19. جلال محمد إبراهيم، انقضاء الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2011.
20. حسام الدين كامل الأهواني، النظرية العامة للالتزام، (مصادر الالتزام)، القاهرة، 1995.
21. حسن علي الذنون، النظرية العامة للالتزامات، طبعة الجامعة المستنصرية، 1976.
22. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني العراقي أحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2007.
23. حلا محمود شاكر، الحماية القانونية للمدعن في عقود الإذعان، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، عمان، 2024.
24. رشوان حسن رشوان، أثر الظروف الاقتصادية على القوة الملزمة للعقد، دار الهاني للطباعة، القاهرة، 1994.
25. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 1999.
26. رمضان أبو السعود، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2003.
27. رمضان الصديق، التأجير التمويلي وتأثير فكرته القانونية في المعاملة الضريبية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
28. زياد أبو حصوة، عقد التأجير التمويلي: دراسة مقارنة، دار الرأي للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2005.
29. سعيد مبارك وطه الملا حويش، الوجيز في الحقوق العينية، جامعة بغداد، العراق، 2005.
30. سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني، أصول الإثبات وإجراءاته في المواد المدنية، دار الكتاب الحديث، 1991.
31. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2007.
32. سمير عبد السيد تناغو، عقد الرهن وحقوق الامتياز (التأمينات العينية)، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1994.
33. سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية والشخصية، مكتبة المعارف، الإسكندرية، 1996.
34. سمير عبد السيد تناغو، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2005.

35. صبري حمد خاطر، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام - دراسة مقارنة، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أربيل، 2024.
36. طارق عفيفي صادق أحمد، نظرية الحق، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2016.
37. طارق كاظم عجيل، نظرية الخلافة الخاصة في التصرفات القانونية، دراسة مقارنة، دار الحامد، عمان، 2010.
38. طارق كاظم عجيل، الكامل في عقد البيع: الجزء الثاني، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أربيل، 2025.
39. عامر محمود الكسواني، أحكام الالتزام - آثار الحق في القانون المدني: دراسة مقارنة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2008.
40. عبد الباقي البكري، شرح القانون المدني العراقي: تنفيذ الالتزام، مطبعة الزهراء، بغداد.
41. عبد الحميد نجاشي الزهيري، شرح قانون المعاملات المدنية - آثار الحق وانقضاؤه، دار إثراء للنشر والتوزيع، عمان، 2009.
42. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، الجزء الثاني، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1982.
43. عبد الحي حجازي، النظرية العامة للالتزامات، ج 3، أحكام الالتزام، مطبعة الفجالة الجديدة، القاهرة، دون سنة نشر.
44. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة.
45. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د. ت.
46. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، الجزء العاشر: التأمينات الشخصية والعينية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1970.
47. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2011.
48. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، دار مصر للنشر والتوزيع، القاهرة، 2020.
49. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول: نظرية الالتزام بوجه عام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2026.

50. عبد القادر القار، أحكام الالتزام آثار الحق الشخصي في القانون المدني الأردني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.
51. عبد المجيد الحكيم، شرح القانون المدني العراقي، مطبعة العاني، بغداد، 1969.
52. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي: الجزء الأول (مصادر الالتزام)، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 1980.
53. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني وأحكام الالتزام، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، 2010.
54. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، شرح القانون المدني العراقي، النظرية العامة للالتزام: ج 2 أحكام الالتزام، شركة العاتك لصناعة الكتاب، بغداد، 2011.
55. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، القانون المدني أحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.
56. عبد المجيد الحكيم وعبد الباقي البكري ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام مصادر الالتزام، العاتك للطباعة والنشر، بغداد، 2018.
57. عبد المجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، الجزء الثاني: أحكام الالتزام، المكتبة القانونية، بغداد، 2018.
58. عبد المنعم البدرائي، التأمينات الشخصية والعينية، مطبعة دار الكتب العربي، مصر، 1999.
59. عبد المنعم البدرائي، نظرية الالتزام - مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
60. عبد المنعم حافظ السيد، عقد الإيجار التمويلي الدولي، دراسة تحليلية مقارنة في القانون الدولي الخاص، دار الفكر القانوني، الإسكندرية، 2010.
61. عبد الودود يحيى، حوالة الدين، دراسة مقارنة في الشريعة الإسلامية والقانونين الألماني والمصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1992.
62. عبد الوهاب علي بن سعد الرومي، الاستحالة وأثرها على الالتزام العقدي، دراسة مقارنة في الفقه الإسلامي والقانون المدني، 1994.
63. عصام أحمد البهيجي، عقد التأجير التمويلي في التشريعات العربية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2018.
64. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في الفقه الإسلامي، دار الكتب العلمية، بيروت، 2009.
65. عصمت عبد المجيد بكر، تنفيذ الالتزام في القوانين المدنية العربية - دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2017.

66. عصمت عبد المجيد بكر، طرق الإثبات (دراسة في القوانين ومشروعات القوانين العربية بالمقارنة مع الفقه الإسلامي)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2017.
67. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المدنية المسماة، الرهن، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان، 2019.
68. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامة للالتزام - مصادر الالتزام، (العمل غير المشروع - الكسب بدون سبب - القانون)، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2023.
69. عصمت عبد المجيد بكر، رؤية مستقبلية للقانون المدني في ضوء القوانين ومشروعات القوانين المدنية العربية والفقه الإسلامي، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أبريل، 2025.
70. عصمت عبد المجيد بكر، نظرية العقد في القانون المدني العراقي، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 2015.
71. علاء الدين عبد الله الخصاونة، التكييف القانوني لعقد الإيجار التمويلي، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2002.
72. علاء حميد حسين الغزي، نظرية الالتزام المستقل: دراسة تأصيلية تحليلية مقارنة وفق التعديل نسي لسنة 2016، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2022.
73. علي جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، القاهرة، 2000.
74. علي كحلون، النظرية العامة للالتزامات، مجمع الأطرش للكتاب المختص، تونس، 2015.
75. غني حسون طه ومحمد طه البشير، الحقوق العينية التبعية، الجزء الثاني، العاتك لصناعة الكتب، القاهرة، 2017.
76. فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، شركة العاتك لصناعة الكتب، بيروت، 2022.
77. فايز نعيم رضوان، التأجير التمويلي، دار النهضة العربية، القاهرة، 1997.
78. ماجد مزيم، شركة الهولدينغ - في جوانبها القانونية والاقتصادية والمالية المصرفية والضريبية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1995.
79. محمد السيد فارس، المدخل للدراسات القانونية، الكتاب الثاني، نظرية الحق، جامعة القاهرة، د. ت.
80. محمد حسام محمود لطفي، النظرية العامة للالتزام، دون دار نشر، القاهرة، 2005.
81. محمد حسن قاسم، الوجيز في نظرية الالتزام، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 1994.
82. محمد حسن قاسم، قانون العقود الفرنسي الجديد باللغة العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، 2018.

83. محمد حسين عبد العال، التنظيم الاتفاقي للمفاوضات العقدية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
84. محمد حسين منصور، شرط الاحتفاظ بالملكية، دور الشرط في عقد البيع، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
85. محمد حسين منصور، النظرية العامة للائتمان، صور الائتمان وضماناته والوسائل التقليدية والحديثة لحمايته، مطبعة كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، 2015.
86. محمد شكري سرور، الموجز في الأحكام العامة للالتزام في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، مصر، 2008.
87. محمد صديق محمد عبد الله، مجلس العقد دراسة مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2011.
88. محمد طلعت يدك، الآثار القانونية لشهر الحقوق العينية والشخصية: دراسة مقارنة، دار الوفاء للطباعة والنشر، 2018.
89. محمد عبد الله أبو هزيم، أحكام الثمن في عقد البيع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2006.
90. محمد عزمي البكري، فسخ العقود، دار المحمود للطباعة والنشر، القاهرة، 2018.
91. محمد عزمي البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد، دار المحمود، القاهرة، 2018.
92. محمد لبيب شنب، مصادر الالتزام، دروس في نظرية الالتزام، دار النهضة العربية، مصر، 1977.
93. محمد محمود السيد عبد المعطي، النظرية العامة للالتزام في القانون المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 2015.
94. محمد يحيى مكي الوائلي، الحماية القانونية للطرف الضعيف في العقد التجاري، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أربيل، 2025.
95. محمود الكيلاني، المجموعة التجارية والمصرفية، عمليات البنوك، دراسة مقارنة، المجلد الرابع، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2014.
96. محمود سعد ماهر، دعاوى حماية الضمان العام للدائنين في القانون المدني المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، 1996.
97. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الثاني، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.
98. محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1993.

99. محي الدين إسماعيل علم الدين، نظرية العقد مقارنة بين القوانين الإسلامية والعربية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1994.
100. مصطفى أحمد أبو عمرو، موجز أحكام الالتزام، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2010.
101. مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 2004.
102. مصطفى أحمد عبد الجواد، خطابات النوايا الصادرة عن الغير في مجال الائتمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2004.
103. مصطفى كمال طه، الإفلاس والتصفية القضائية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
104. مصطفى مجدي هرجه، إشكالات التنفيذ المدنية، دار المحمود، القاهرة، 2018.
105. منذر الفضل، مصادر الالتزام وأحكامها: دراسة مقارنة بين القوانين الوضعية والفقهاء الإسلاميين، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2012.
106. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات الشخصية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2000.
107. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، الجزء الأول، مصادر الالتزام، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2004.
108. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام: أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2005.
109. نبيل إبراهيم سعد، الضمانات غير المسماة في القانون الخاص، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2006.
110. نبيل إبراهيم سعد، التأمينات العينية والشخصية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
111. نبيل إبراهيم سعد، الملكية كوسيلة للضمان، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
112. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، دار الجامعة، الإسكندرية، 2017.
113. نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام - أحكام الالتزام - مع المستحدث في تعديلات 2016 للتقنين المدني الفرنسي، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2020.
114. نجوى البدالي، عقد الإيجار التمويلي، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2005.
115. هاني محمد دويدار، العقود التجارية والعمليات المصرفية، دار الجامعة الجديدة، القاهرة، 1992.
116. هشام السعدني خليفة بدوي، عقود المشتقات المالية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2011.
117. وليد خالد عطية، المبسوط في القانون المقارن للالتزام دراسة مقارنة، هاتريك للطباعة والنشر والتوزيع، أبريل، 2025.

118. وليد علي ماهر، خطابات الضمان الدولية - دراسة مقارنة، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2018.

119. الياس ناصيف، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، عقد اليزنغ في القانون المقارن، دون مكان نشر، 1999.

120. يونس صلاح الدين علي، العقود التمهيديّة - دراسة تحليلية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، 2010.

ثالثاً: الأطاريح والرسائل الجامعية

أ. الأطاريح

1. محمد أبو هشيمة فرج حامد، الملكية الائتمانية بين النظرية والتطبيق، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة حلوان، 2021.

2. محمد بن عبد العزيز بن سعد اليميني، الشرط الجزائي وأثره في العقود المعاصرة، أطروحة دكتوراه، قسم الثقافة الإسلامية، كلية التربية، جامعة الملك سعود، 1425 هـ / 2004 م.

3. مصطفى إبراهيم حبشي، التوازن في عقود الإنشاءات الدولية، أطروحة دكتوراه في القانون العام، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، مصر، 2002.

ب. الرسائل الجامعية

1. إيناس عبد الواحد مالك، الجحود بالهبة: دراسة قانونية مقارنة بالفقه الإسلامي، رسالة ماجستير، جامعة القادسية، كلية القانون، 2020.

2. جعفر كاظم جبر، عقد الائتمان التأجيري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2001.

3. ريمة برمضان، المراكز القانونية المتميزة ومبدأ المساواة بين الدائنين، مذكرة ماجستير في الحقوق، 2013-2014.

4. سناني انفال نور يقين وزهور آية الرحمن، عقد الاعتماد الإيجاري التمويلي في التشريع الجزائري، رسالة ماجستير، جامعة باتنة الحاج لخضر، الجزائر، 2023.

5. شربان حمزة، الملكية كوسيلة لدعم الائتمان، رسالة ماجستير، جامعة الجزائر، 2007.

6. شيماء خضير عباس، الضمانات العقدية المستقلة، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2023.

7. طه صباح خضير، المركز القانوني المتميز للدائن العادي، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة القادسية، العراق، 2024.

8. عز الدين بن حسين القوطالي، حوالة الحق، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1995.

9. علي كاظم مزهر، الوفاء مع الحلول، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 1998.
10. معالي شاكّر سعدون، خطاب النوايا كوسيلة لضمانات العقدية، رسالة ماجستير، جامعة بغداد، كلية القانون، 2023.
11. هادي حسين عبد علي الكعبي، احتفاظ البائع بملكية المبيع، رسالة ماجستير، جامعة بابل، كلية القانون، 2002.

رابعاً: البحوث القانونية

1. أحمد حميد سعيد النعيمي وبشير سلطان شهاب، تأثير الفقه الإسلامي في إثراء القانون المدني العراقي: دراسة مقارنة، مجلة أبحاث كلية التربية الأساسية - جامعة الموصل، المجلد 16، العدد 1، 2019.
2. أحمد سعيد الزقرد، نحو نظرية عامة لصياغة العقود: دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد، مجلة الحقوق، المجلد 25، العدد 3، 2001.
3. أحمد عبد الكريم سلامة، النظام القانوني لمفاوضات العقود الدولية، المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد 56، 2000.
4. أشواق عبد الرسول عبد الأمير، الإطار القانوني لخطاب النوايا في القانون المدني العراقي، مجلة كلية الشيخ الطوسي الجامعة، المجلد 7، العدد 14، النجف الأشرف، 2022.
5. أمير بوساحية، خطابات النوايا: تطور مستمر بأبعاد مختلفة، مجلة النبراس للدراسات القانونية، المجلد 6، العدد 3، 2022.
6. إيناس بن غيدة، أهمية خطاب النوايا في المرحلة السابقة للتعاقد، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، المجلد 7، العدد 2، 2024.
7. باسم محمد صالح، الحلول الشخصي وسيلة لانقضاء الالتزام وأداة رجوع على الغير، مجلة العلوم القانونية، المجلد 10، العدد 1، مصر، 1994.
8. حسن سعد حمود الموسوي وحسن حنتوش رشيد، الغير وأساسه في العقد - دراسة مقارنة، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المملكة المتحدة، المجلد 6، العدد 1، 2025.
9. خضير عباس مشعان العيساوي، دراسة في دعوى عدم نفاذ التصرف كأداة لاسترداد الضمان العام، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 74، العدد 2، 2025.

10. رامي أحمد كاظم الغالب، قاعدة لا ضرر ولا ضرار وأثرها في عقود العمل الخاصة بالجامعات الأهلية العراقية، مجلة كلية العلوم الإسلامية - جامعة بغداد، المجلد 1، العدد 51، 2017.
11. سميحة القليوبي، النظام القانوني لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة للغير، مجلة القانون والاقتصاد، السنة 1، العدد 2، مصر، 1972.
12. صالح حمزة، تقنيات التفاوض في عقود الاستثمار الأجنبي المباشر، المجلد 16، العدد 2، الجزائر، 2025.
13. صدام فيصل كوكز وأسعد عبيد عزيز الجميلي، تجريد الالتزام من الدفع، مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة العلوم القانونية، المجلد 28، العدد 2، 2013.
14. طلال محمد كاظم الزهيري، الطبيعة القانونية وآثار شرط الاحتفاظ بالملكية في عقد البيع، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المملكة المتحدة، المجلد 5، العدد 2، 2024.
15. عبد القادر أزوا، إعادة التوازن العقدي بين المبادئ القانونية التقليدية والمستحدثة، مجلة القانون والتنمية المحلية، المجلد 3، العدد 1، 2021.
16. عبد الكريم المرتضى، المفاوضات التمهيدية في العقود المدنية، مجلة كلية العلوم الإدارية والإنسانية، العدد 4، جامعة الرازي، 2021.
17. علاء ناظم أحويتم، المسؤولية العقدية وأثرها في عقد الإيجار في القانون المدني العراقي، مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد 18، العدد 1، 2025.
18. عمار خالد حسين الميالي ومحمد رياض دغمان، دور الإرادة المنفردة في سياق الالتزامات التعاقدية، مجلة العلوم الإنسانية والطبيعية، المملكة المتحدة، المجلد 6، العدد 6، 2025.
19. عمر حمد خيون، الحلول الشخصي وفقاً للقانون المدني العراقي، مجلة الجامعة العراقية، المجلد 72، العدد 3، العراق، 2024.
20. محمد حنون جعفر، القانون المدني العراقي في ضوء الأسس التي قام عليها، مجلة كلية القانون، جامعة السليمانية، المجلد 6، العدد 36، 2024.
21. محمد صلاح عبد اللاه، المرحلة قبل التعاقدية ودورها في إبرام عقود التجارة الدولية، مجلة جامعة جنوب الوادي للدراسات القانونية، 2021.
22. مريم بينز، صياغة ضمان مستقل: كيف تتجنب إعادة التأهيل ككفالة، المجلة المغربية للإدارة المحلية والتنمية، العدد 136، 2017.
23. مصطفى مرعي، خطابات الضمان عملياً ونظرياً، بحث قانوني ضمن معهد الدراسات المصرفية، مصر، دون سنة نشر.

24. معتز نزيه المهدي، الوسيط خطاب النوايا قبل التعاقد، مجلة القانون والاقتصاد، المجلد 88، العدد 88، الجيزة، 2015.
25. مهند عثمان خضير الموسوي، مشروعية حبس الوفاء بالالتزام، مجلة مركز بابل للدراسات الإنسانية، العراق، 2024.
26. ميثاق طالب عبد حمادي، الأحكام القانونية الخاصة بعقد التأجير التمويلي: دراسة مقارنة، مجلة الوافي، العدد 25، جامعة كربلاء، العراق، 2013.
27. يوسف كهيبة، المركز القانوني للدائن العادي في مواجهة مبدأ نسبية أثر العقد، مجلة الحقوق والعلوم الإنسانية، الجزائر، العدد الأول، 2019.

خامساً: القوانين

1. التقنين المدني الفرنسي القديم (قبل تعديل 2016).
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948 المعدل.
3. قرار وزير المالية المصري رقم 452 لسنة 1952.
4. قانون الإثبات المصري رقم 25 لسنة 1968 المعدل.
5. قانون المرافعات المدنية العراقي رقم 83 لسنة 1969 المعدل.
6. القانون المدني العراقي.
7. قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل.
8. القانون التجاري المصري رقم 17 لسنة 1999 المعدل.
9. القانون النقدي والمالي الفرنسي رقم (882) لسنة 2005.
10. القانون المدني الفرنسي لعام 2016.
11. قانون إصدار ينظم نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم رقم 176 لسنة 2018 في مصر.

سادساً: القرارات القضائية

1. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 350 لسنة 30 ق، جلسة 1965/11/11.
2. محكمة النقض المصرية، القرار عدد 20، في 1969/5/27.
3. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1342 لسنة 49 قضائية، بتاريخ 1980/12/12.
4. محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، الطعن رقم 0376 لسنة 50، 24 نوفمبر 1983.
5. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 1013 لسنة 50 ق، بتاريخ 1989/5/29.
6. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 412 لسنة 63 قضائية، بتاريخ 1999/1/10.
7. محكمة النقض الفرنسية، الدائرة التجارية، القرار رقم 95-539.21، 18 مايو 1999.

8. محكمة التمييز الاتحادية العراقية، القرار رقم 501/حوالة حق/2008، بتاريخ 2008/6/26.
9. محكمة النقض الفرنسية، الغرفة المدنية الأولى، الطعن رقم 11-282-07، بتاريخ 2008/11/27.

10. محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 8828 لسنة 77 ق، جلسة 2009/4/28.

11. محكمة التمييز الاتحادية العراقية، قرار بتاريخ 2025/9/10.

سابعاً: المواقع الإلكترونية

1. الموقع الرسمي للتشريعات الفرنسية:

<https://www.legifrance.gouv.fr>

2. موقع جامعة الملك سعود، محاضرة جامعية عن الحلول:

<https://faculty.ksu.edu.sa/sites/default/files>

3. موقع ICLG ، قوانين التمويل والضمانات في فرنسا:

<https://iclg.com/practice:areas/lending>

4. موقع دار القانون المصري، يتضمن قرارات قضائية:

https://www.dar:elqanoun.com/2024/04/blog:post_28.html

5. عبيد نوري محمد القطان، النظام القانوني لتخصيص الضمانات العينية، المرجع الالكتروني للمعلوماتية، العراق، 2025، للاطلاع:

https://almerja.net/reading.php?idm=258074&utm_source=chatgpt.com

6. موقع ليجيفرانس:

<https://www.legifrance.gouv.fr>

7. موقع محكمة النقض الفرنسية، قرار محكمة استئناف باريس، 10 أبريل 2025:

<https://www.courdecassation.fr>

8. موقع ويكيبيديا، الحلول الشخصي في القانون المدني الفرنسي:

<https://fr.wikipedia.org/wiki/Subrogation>

9. موقع مجلس القضاء الأعلى العراقي

<https://www.sjc.iq>

10. موقع محكمة النقض المصرية / أحكام المحاكم المصرية:

<https://www.facebook.com/court.rulings.eg>

11. موقع مونداق، قرار محكمة النقض المصرية رقم 1342 لسنة 49 قضائية:

<https://www.mondaq.com/contracts:and:commercial:law/>

12. موقع لاير إيجيبت، الطعن رقم 8828 لسنة 77 ق:

<https://lawyeregypt.net>

13. موقع حماة الحق، ثمار إبراهيم، الحقوق العينية التبعية:

<https://share.google/4QUQT6gi5Jx9FOOn6>

14. موقع مركز القانون، محكمة النقض المصرية، الطعن رقم 350 لسنة 30 ق:

<https://share.google/ejlltViRgLatZrPXF> .

15. Arrêt de la Cour d'appel de Paris en date du 10 avril 2025, RG n° 23/04126, Disponible sur: <https://www.courdecassation.fr/en/decision> .

16. Cour de cassation, chambre commerciale, 13 juin 2012, n° 11-17.645, disponible: <https://www.legifrance.gouv.fr>

ثامناً: المصادر الأجنبية

1. Bénabent, Droit des obligations.
2. Bénédicte Fauvarque-Cosson (editor), The Reform of Contract Law: What's in a Name? Bénédicte Fauvarque-Cosson, Peter M. Huber & Stefan Vogenauer (eds.), The Transformation of European Private Law: Contract, Springer International Publishing, Switzerland, 2018.
3. Bertrams, Bank Guarantees in International Trade, New York, 1996, p. 10.
4. Cass. com., 20 déc. 1982, n° 81-12.579, Bull. civ. IV, n° 417; D. 1983.
5. Cass. com., 13 déc. 1983, n° 82-11.635, D. 1984, p. 420, note Vasseur.
6. Cass. com., 21 déc. 1987, n° 85-13.173, Bull. civ. IV, n° 281.
7. Cathy Pomart, La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés, LPA, 27 mars 2008, n° 63.
8. Code civil français, art. 1103 et 1193 (modifiés par l'ordonnance n° 2016-131 du 10 février 2016).
9. Code civil français, Edition Dalloz 2023, Article 1102.
10. Cour de cassation, Chambre commerciale, 30 mai 1982 (Deux arrêts majeurs qui ont consacré la garantie autonome en droit français, marquant sa distinction définitive avec le cautionnement).
11. Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 18 mai 1999, 95-21.539, Publié au bulletin : Légifrance.
12. Dohm Jurgor, Les garanties bancaires dans le commerce international, 1986.
13. Dominique Legeais, Les sûretés et garanties du crédit, Litec, 1996.
14. Dominique Legeais, Travaux dirigés de droit des sûretés, Litec, 2000.
15. F. Derrida et R. Houin, La clause de réserve de propriété et le droit des procédures collectives, Dalloz-Sirey, 1980, chronique: XLI, 293.
16. François Terré, Philippe Simler et Yves Lequette, "Les obligations", 12e éd., Dalloz, 2018.
17. François Terré, Philippe Simler, Yves Lequette, Droit civil – Les obligations, Dalloz, Paris, 2022.
18. Georges Ripert, La règle morale dans les obligations civiles, Paris, 1949.

19. International Chamber of Commerce, Uniform Rules for Demand Guarantees (URDG 758), 2010.
20. J. OANNA SHMIDT, La négociation des contrats internationaux, D. P. C. I., 1983.
21. Jacques Ghestin, Traité de droit civil – Le contrat: formation, 2e éd., LGDJ, Paris, 1988.
22. Jacques Ghestin, Christophe Jamin et Marc Billiau, Traité de droit civil: Les effets du contrat, 3e éd., LGDJ, Paris, 2001, n° 56.
23. Jacques Ghestin, Marc Billiau, Grégoire Loiseau, Traité de droit civil – Les sûretés personnelles et réelles, LGDJ, Paris, 5e éd., 2021, pp. 57–63.
24. Jacques Ghestin & Hugo Barbier, Introduction générale, Tome 2, 5e éd., LGDJ, Paris, Décembre 2020.
25. Jean Carbonnier, Droit civil – Les obligations, Tome 2, Paris: Presses Universitaires de France (PUF), 2004.
26. John Armour and Douglas Cumming, Bankruptcy Law and Entrepreneurship, European Corporate Governance Institute (ECGI), Law Working Paper No. 105/2008, February 2008.
27. LABARTH, La notion des documents contractuels, thèse, préface de GHESTIN(J) L. G. D. J., PARIS, 1974, n° 263.
28. Marcel Planiol, Traité élémentaire de droit civil conforme au programme officiel des Facultés de droit, tome 2, Paris: Librairie générale de droit & de jurisprudence, 1921, n° 1174.
29. Marie-Ange Moreau, Ordre public économique et contrat, LGDJ, Paris, 2008.
30. Mazeaud, Leçons de Droit civil, 1973, T. II.
31. Muriel Fabre-Magnan, Droit des obligations, Vol. I.
32. Patrick Selim Atiyah, The Rise and Fall of Freedom of Contract, Clarendon Press (Oxford University Press), 1979.
33. Peter Niven, The Anti-Deprivation Rule and the Pari Passu Rule in Insolvency, Insolvency Law Journal, Vol. 25, Part 1, Buddle Findlay, 2017.
34. Philippe Delebecque, Droit des sûretés, 11e éd., Paris: Dalloz, 2021.
35. Philippe Simler, Cautionnement et garanties autonomes, Litec, 2000.
36. Prum(A), Les garanties à première demande, Paris, ed. 1994.
37. quette, Droit civil – Les obligations, 13e éd., Dalloz, Paris, 2022.
38. Raymonda Baillod, Les Lettres d'intention, Revue Trimestrielle de droit commercial, Volume (45), 1992.
39. Rives-Lange et Contamine Raynaud, Droit bancaire, Paris, Dalloz, 1986.
40. Solène Rowan, The New French Law of Contract, Oxford University Press, 2022.

41. Stone, Rebecca, Putting Freedom of Contract in its Place, Journal of Legal Analysis, Vol. 16, No. 1 (2024).
42. Vasseur(M), Les droits de garantie bancaire, 1990.
43. Denis Mazeaud, «La liberté contractuelle après la réforme du droit des contrats», Recueil Dalloz, Paris, 2016.

Abstract

The general rule in civil law is based on the principle of equality among ordinary creditors, as they are all subject, without distinction, to the general security over the debtor's assets. However, a contract may create for one creditor a distinctive legal position conferring upon him a relative preference in satisfying his claim. The legal issue consists in determining the legal nature of this position and whether it amounts to an accessory real right or a legal privilege, or remains a personal and relative contractual status. It also consists in clarifying the legal basis for its legitimacy in light of the principle of party autonomy and the principle of equality, and the extent to which it conflicts with public order and the rules of creditor protection.

A conflict appears between the logic of contract, based on party autonomy, and the logic of general security, based on equality. This requires disclosing the contractual mechanisms that permit the achievement of such distinction, such as imperfect delegation, assignment of right by way of security, independent guarantees, letters of intent, and the use of ownership as security through the retention-of-title clause, financial leasing, partial performance with subrogation, and fiduciary transfer. The research reveals the balance between freedom of contract and the protection of creditors' rights. It demonstrates that this position is neither a real right nor a legal privilege, but rather a personal and relative contractual position deriving its force from the common will. It also demonstrates that its legitimacy depends on non-infringement of the principle of equality and non-violation of public order. It concludes that this position represents a transformation in the concept of security from a rigid logic based on traditional real rights to a flexible and functional logic responsive to the requirements of modern financial and credit transactions.

**Republic Of Iraq
The Ministry Of Higher Education
And Scientific Research
Al- Qadisiya University
Collage Of Law**



**The Role Of The Contract In Granting
The Ordinary Creditor A Distinctive
Position Over Other Ordinary Creditors
(A Comparative Study)**

**A Thesis Submitted By
Ibtihal Hakim Jassim**

**To The Council Of The College Of Law/Al-Qadisiyah
University As Partial Fulfillment Of The Requirements For The
Master Of Laws Degree In Private Law**

**Supervised By
Prof. Dr. Abdul Mahdi Kadhim Nasser
Professor Of Civil Law**

1448 AH

2026 AD