شرح قانون التجارة المصري
أحكام الإفلاس وإعادة الهيكلة والصلح الواقى-عمليات البنوك.

د. خليل فيكتور تادرس

أستاذ القانون التجارى والبحري ووكيل الكلية لشئون خدمة المجتمع وتنمية البيئة

كلية الحقوق– جامعة القاهرة

٢٠٢٤-2025

الكتاب الأول: الإفلاس والصلح الواقي وإعادة الهيكلة

مقدمة

يعد من أهم ما يسعى إليه المشرع التجارى في الوقت الراهن،هو العناية بكيفية معالجة المشاكل والصعوبات الناتجة عن تقاعس أو إخلال المدينين التجار بالوفاء بتعهداتهم التجارية، وإرساء الحلول اللازمة حيال هذا الفرض، والتى تدعم الثقة فى التعاملات ولاسيما التجارية، وتكفل استيفاء الدائنين لحقوقهم فى مواعيد استحقاقها.

ولذا ولما كان من أهم مبررات وجود القانون التجارى، كل من عنصرى السرعة والائتمان([1])، فكان لازماً على المشرع المصرى وعلى غرار التشريعات المقارنة، وضع القواعد الكفيلة التى تضمن تحقيق هاتين الغايتين، ومنها نظام الإفلاس التجارى، والذى يسرى على التجار فحسب وفقاً للسائد في هذه التشريعات. ومن أجل ذلك، أرست القوانين المقارنة منذ عهد بعيد، طريقاً محدداً يمكن الدائنين من استيفاء حقوقهم المستحقة لهم لدى مدينيهم بالتنفيذ على أموالهم، وذلك حال توقفهم عن الدفع، والذى كان يرمى إلى تصفية أموال المدين المفلس تصفية جماعية توطئة لبيعها وتوزيع عائد ثمنها على أصحاب الحقوق كل منهم بنسبة ما له من دين فى ذمة مدينه[٢]. وقد ظل نظام الإفلاس سيفاً مشهراً على رقاب التجار [٣]، يترتب عليه عدة آثار قانونية خطيرة، لعل أهمها، غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها،

([1]) د.أسامة مصطفى عدس.الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ٢٠٢١، ص٥.

(٢) مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية لإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، دراسة مقارنة على ضوء القانون الفرنسى رقم ٨٤٥ لسنة ٢٠٠٥، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص٣.

(٣) د. محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، - عمليات البنوك والإفلاس، ١٩٩٤، ص١٩١.

وتجريده من بعض حقوقه السياسية والمهنية كما ورد في القانون.

وقد ظل الإفلاس La Faillite حقبة طويلة من الزمن، هو التجسيد الوحيد للإجراءات الجماعية، إذ دائماً ما كان المدين يدخل فى صراع ونزاع مع دائنيه، حيث يتزاحمون على التنفيذ على أمواله، وكانت المحاكم بمساعدة بعض الأشخاص، تقوم بتسوية هذه الأموال وتقسيمها قسمة غرماء على الدائنين، وإن بقى المدين - فى بعض الحالات - تلاحقه وصمة عار شهر إفلاسه فترة من الوقت. ولا شك أن الشركات والمشروعات التجارية ومنذ مهد نشأتها قد تتعرض لبعض الأزمات الاقتصادية واضطراب مركزها المالى، مما قد يفضى بها إلى الإنقضاء والزوال وكان المصير الحتمى لها هو شهر إفلاسها[1]. والحقيقة التى لا شك فيها، أنه نادر ما يوجد أى مشروع إلا وقد يتعرض لبعض العثرات المؤقتة أو الدائمة. ولذا ولقسوة الآثار القانونية التى يرتبها شهر الإفلاس، جاهدت التشريعات المقارنة الحديثة للحيلولة دون وصول المشروع إلى هذه المرحلة، رغبة منها فى إنهاض وإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، نظراً لما قد يؤدى إليه انقضاءها وعدم إنقاذها، من آثار ضارة على كل من العمال بالمشروع والدائنين، بل والاقتصاد الوطنى برمته.

ومن هذا المنطلق، صار إنقاذ المشروعات المتعثرة، هو السبيل الوحيد والملاذ الأخير لتوقى شهر إفلاسها. ومن ثم فلا يوقف نشاطها ويترك مصيرها للدائنين لمجرد توقفها عن دفع ديونها أو تردى أوضاعها المالية، وإنما يتعين اتخاذ الإجراءات الكفيلة التى يتسنى بها ضمان استمرار نشاط

---

(1) Françoise Pérochen et Régine Bonhomme. Entreprise en difficulté. Instruments de crédit et de paiement, 7éd, LGD.J. 2006, p. 1.

المشروع أو الشركة التى طرأ عليها عارض مالى، كإعادة الهيكلة([1]). وبناء على ذلك لم يعد الإفلاس هو المصير الحتمى للمشروعات المتوقفة عن سداد ديونها، بل صار لها طلب اتخاذ بعض الإجراءات، كإعادة الهيكلة والتوفيق وغيرها مما أرسته التشريعات المقارنة للنهوض بها من كبوتها وإعادة مزاولة نشاطها مرة أخرى، وهو ما يتبين من خلال الدراسة.

التطور التاريخى لقوانين الإفلاس وإنقاذ المشروعات المتعثرة:

لا مراء فى أن نظام الإفلاس يتسم بالقسوة والشدة فى معاملة المدين، والتى كانت تجيز للدائن اتخاذ إجراءات شديدة الوطأة تجاهه، حتى أن بعضها كان يلحق المدين فى جسده، كالسجن والتعذيب، إلى أن بدأت تندثر هذه الإجراءات وتخف حدتها، بعد أن تبين أن التوقف عن الدفع قد يكون مرده ليس سوء نية المدين وإنما سوء حظه وعدم خبرته الكافية فى ميدان التجارة. وبدأت التشريعات المقارنة فى تقنين أحكام الإفلاس لتحقق نوعاً من التوازن بين وجوب حماية حقوق الدائنين، وفى ذات الوقت المحافظة على المدين ومعاملته على ضوء ما اقترفه من فعل[2].حيث نقل المشرع المصرى أحكام الإفلاس فى قانون التجارة القديم لسنة ١٨٨٣م عن قانون التجارة الفرنسى الصادر عام ١٨٠٧م، ولم يدخل - تقريباً - على نظام الإفلاس أى تعديل إلا ما تضمنه بشأن الصلح الواقى من الإفلاس، والذى وضع جذوره الأولى عام

([1]) د.رشا مصطفى أبو الغيط. إعادة هيكلة المشروعات المتعثرة كآلية لتوقي شهر الإفلاس وفقاً لأحكام القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨. دون تاريخ، ص٦.

(٢) د. على سيد قاسم: قانون الأعمال - الإفلاس فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، د. ت، ص٣٤٤-٣٤٥.د. بهجت قايد. عمليات البنوك والإفلاس. الطبعة٢، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠،ص٢١٩.

١٩٠٠ ونظمه بمقتضى أحكام القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٤٥[١]، ليكون بمثابة خطوة في سبيل تلافي شهر إفلاس المدين.على أنه ولما كان هذا القانون المذكور، لم يتطرق فى الصلح الواقى من الإفلاس، لمسألة إفلاس الشركات، واقتصر اهتمامه - فحسب - على مصالح التاجر الفرد، باعتباره كان أكثر وجوداً آنذاك، ونظراً لما يفضى إليه إفلاس الشركات من آثار ضارة، وما يؤدى إليه من عواقب وخيمة، تلحق بالاقتصاد الوطنى، فقد أُلغى هذا القانون بصدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. إذ نظم المقنن المصرى الصلح الواقى من الإفلاس فى المواد من ٧٢٥-إلى٧٦٧. وهو كان- في الواقع- إصلاحاً فى الشكل أكثر منه فى الجوهر، حيث لم يتضمن أية تغييرات جوهرية عما كان سائداً، واقتصر الأمر على تغيير الأحكام التى لا تمس جوهر الإفلاس، ولكنها تهدف إلى القضاء على ما كان يعيب نظام الإفلاس من حيث التعقيد وغموض الأحكام والإطالة فى الإجراءات[٢]،أو تغيير بعض الاحكام القانونية فحسب، ومنها تقرير عدم نفاذ تصرفات المدين المعقودة خلال فترة الريبة بدلاً من تقرير بطلانها.

ولذا لم يكن يسلم هذا القانون بالاتجاهات الحديثة وما أقرته التشريعات المقارنة من ضرورة إعادة بلورة نظام الإفلاس، وحتمية التسليم بأن المشروع هو عبارة عن تنظيم قانونى وكيان إقتصادي، عادة ما تعتريه بعض

---

(١) راجع بالتفصيل التطور التاريخى للإفلاس: د. محمد عبدالله محمود: حدود سلطة قاضى التفليسة فى ضوء القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص٢٤ وما بعدها.

(٢) راجع د. عبدالرحمن السيد قرمان: الوسيط فى قانون التجارة الجديد. الإفلاس والصلح الواقى منه، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٢٩.

الصعوبات وتلحقه الأزمات المالية، مما كان يلزم مساعدته على الخروج من أزمته حال ما إذا كان ذلك ممكناً، لما يعود من استمراره من آثار إيجابية. وهو ما استجاب إليه المشرع المصرى - جزئياً - بإصدار القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ بشأن قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس، وذلك كمحاولة منه لوضع القواعد والأحكام والطرق التي يتسنى بها إعادة هيكلة المشروع أو إجراء نوع من الصلح والتسوية للديون بين المدين ودائنيه. وقد عدل القانون السابق، بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١ كما يبين لاحقاً فى موضعه، والذى بإصدار القانون الجديد منذ عام ٢٠١٨ ألغى الباب الخامس من قانون التجارة.

أهداف قانون إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس المصري:

تقوم منظومة الإفلاس وسريان أحكامه، على وجود تاجر أضحى عاجزاً أو توقف عن وفاء تعهداته التجارية، مما يقتضى عدم تركه على رأس أعمال كى لا تسوء إدارته ويضيع ماله ومعه لا يحصل الدائنون على حقوقهم، أو بحصول البعض منهم على حقوقه دون الآخرين حال عدم علم الآخرين بموقف مدينهم المالى. وهو ما يلزم معه منع المدين من الإضرار بدائنيه، وتحقيق مبدأ المساواة بينهم، وذلك باتخاذ إجراء الإفلاس. إلا أنه فى ذات الوقت يتاح للمدين وبشروط معينة، تفادى شهر إفلاسه، والتوصل إلى صلح واق من الإفلاس، أو طلب إجراء إعادة هيكلة لمشروعه أو إجراء تسوية مع دائنيه. ولذا يكون المشرع قد حقق نوعاً مقبولاً من التوازن ما بين مصلحة الدائنين التى تقتضى حصولهم على كل أو جزء من حقوقهم، ومصلحة المدين الذى يهمه استمرار نشاطه التجارى كى يتسنى له الوفاء بديونه، وعدم انقضاء مشروعه. وهو ما يبين على النحو التالى:

[١] محاولة إنقاذ المشروع التجارى بطلب إعادة الهيكلة:

من الإجراءات الحديثة التى أرساها المشرع المصرى لإنقاذ المشروع من الوقوع فى هوة الإفلاس، تقدم التاجر الذى لا يقل رأسماله عن مليون جنيه وزوال التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب، مادام لم يرتكب غشاً، بطلب إعادة هيكلة[١].وهو طلب يتقدم به المدين كمحاولة منه لإقالة مشروعه من العثرات التي يواجهها والصعوبات المالية التي وقع فيها، شريطة ألا يكون قد صدر ضده حكم بشهر إفلاسه أو بافتتاح إجراءات الصلح الواقى، وإلا لما كان له معنى، فطلب إعادة الهيكلة هو لتلاقى كل من الإجراءين الأخيرين، فإذا كان قد سبق اتخاذ أيهما، فمن الطبيعى أن يرفض القاضى طلب إعادة الهيكلة.على جانب آخر أجاز المشرع للمدين الذي يعاني من ثمة أزمة مالية، وكحماية له ومنحه أولوية في طلبه، التقدم بطلب إعادة الهيكلة حتى حال تقدمه بطلب الصلح الواقى، أو طلب الدائنون شهر إفلاسه[٢]، فأعطى الأفضلية لطلب إعادة الهيكلة مراعاة منه لظروف المدين، وإمكانية نجاحه فى تنفيذ إجراءاتها ، ويكون بذلك قد حافظ المشرع على المشروع إذا كان هناك ثمة أمل فى نجاح إعادة الهيكلة.ويهدف هذا الإجراء، إلى وضع خطة لإعادة تنظيم أعمال التاجر المالية والإدارية، تتضمن كيفية الخروج من مرحلة الإضراب المالى والإدارى وسداد ديونه مع بيان مصادر

---

(١) المادة (١٥) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨.

(٢) المادة (١٧) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨.وعلاوة على إعادة الهيكلة، أرسى المشرع إجراءات الوساطة، بغية تقليل حالات اللجوء إلى القضاء للحد من تكدس القضايا أمام المحاكم. راجع: د. محمد عبدالله محمود حدود سلطة قاضى التفليسة فى ضوء القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس، دار النهضة العربية، ص١٢.

التمويل المقترحة إلى نحو ذلك، مما يؤكد معه أنه لم يعد ينظر المشرع إلى أن الإفلاس هو المصير الحتمى لكل مشروع توقف عن سداد ديونه أو وجاهته ثمة صعوبات مالية، فحاول جاهداً- وإن كان كما نرى محاولة لم تكن بالقدر المأمول الذى يتماشى مع ما أرسته التشريعات الحديثة من أحكام- أن يظل المدين على رأس أعماله بما يحقق مصلحة الدائنين فى حصولهم على حقوقهم ويكفل له إدارة مشروعه بنفسه.

[٢] عدم عبث المدين بأمواله والإضرار بدائنيه:

من ضمن الغايات التى سعى إليها قانون التجارة فى الباب الخامس منه والمعنون بالإفلاس والصلح الواقى منه، وأكدته نصوص القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ والمعدل بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١ والذى ألغى الباب الخامس آنف الذكر، هو منع المدين من التلاعب والعبث بأمواله أو محاولة الإساءة بدائنيه بإبرام أية تصرفات مما تعود عليهم بالضرر. ومنها ما تنص عليه المادة (١١٢) من القانون الجديد، على وجوب غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس ضده[١]، ولا يجوز للمفلس بعد صدور الحكم المشار إليه، الوفاء بما عليه من ديون أو استيفاء ما له من حقوق[٢]. وتعين المحكمة فى حكم الإفلاس من جدول خبراء إدارة الإفلاس، ممثلاً قانونياً لإدارة التفليسة يسمى أمين التفليسة[٣] إلى نحو ذلك من نصوص،

---

(١) انظر بشأن هذه المادة د. محمود مختار بريرى، مرجع سابق، ص١٩٨؛ د. محمد عبدالله، ص٣٨. وانظرفي القضاء: الطعن رقم ٦٧٩ لسنة٧٠ ق،جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨، مكتب فني، السنة ٥٦ ق، قاعدة ١٢٠، ص٦٩٣.

(٢) المادة (١١٣) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨.

(٣) المادة (٩٤) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨.

تهدف فى مجملها إلى منع المدين من التلاعب بأمواله وعدم الإضرار بالدائنين، كى يظل بما سبق اتخاذه، الدائنون فى أمان من العبث بمصالحهم أو محاولة إضاعة حقوقهم. بل أن المشرع قد تمادى فى حماية حقوق الدائنين، بوجوب أو جوازعدم نفاذ التصرفات التى قام بها المدين فى الفترة السابقة على شهر إفلاسه، والتى تضر بمصالحهم. ومنها ما ورد النص عليه فى المادتين (١٢١)، (122) من القانون الجديد، أو قام بما ما من شأنه تهريب أمواله أو افتعال ديون وهمية مصطنعة ليس لها وجود قانوني إلى نحو ذلك.

[٣] إرساء مبدأ المساواة بين الدائنين من ذات الفئة:

رتب المشرع التجاري بعض الآثار القانونية على صدور حكم شهر إفلاس المدين، فيما يتعلق بتحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين، ومنها تجريد الدائنين العاديين والدائنين أصحاب حقوق الإمتياز العامة، من المطالبات والملاحقات والدعاوى الفردية التى كان من الممكن أن يتخذوها حيال المدين[١]، بحيث تؤول هذه الدعاوى لأمين التفليسة، الذى يصبح وحده المناط به اتخاذ هذه الإجراءات، وذلك منعاً للتسابق بين الدائنين من ذات الطائفة، وكى لا يستفيد البعض منهم على حساب الآخرين.أما الدائنون المرتهنون وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة، فيجوز لهم إقامة الدعاوى الفردية أو الاستمرار فيها فى مواجهة أمين التفليسة. كما يجوز لهم التنفيذ أو الاستمرار

---

(١) ومنه ما تنص عليه المادة (١٢٨) من القانون الجديد بقولها«لا يجوز للدائنين العاديين أو الدائنين أصحاب حقوق الامتياز العامة بعد صدور حكم شهر الإفلاس، إقامة دعاوى فردية على التفليسة أو اتخاذ أى إجراءات قضائية أخرى ضدها». كما انظر في
-القضاء: الطعن رقم ٦٧٩ لسنة ٧٠ق،جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨، مكتب فني ، السنة ٥٦ق، قاعدة ١٢٠، ص٦٩٣، الطعن رقم ١١٩٤٤ لسنة ٧٨ ق، جلسة ٢٠١٨/٦/٢٦.

فيها على الأموال التى تقع عليها تأميناتهم بشروط معينة[1].

[٤] طابع النظام العام الذى يسود معظم مواد القانون[2]:

من المسلم به أن تحقيق الغايات آنفة الذكر وغيرها، لن يتحقق، إلا باعتبار نصوص القانون الجديد، بمثابة نصوص آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها لتعلقها بتنشيط الإئتمان، وبما يحقق مصلحة جميع الدائنين. أما التسليم بنقيض ذلك، فسوف يؤدى إلى نتائج غير مقبولة، وربما يفضى إلى حصول بعض الدائنين على حقوقهم دون الآخرين، أو تفضيل المدين الوفاء للبعض منهم وعدم الوفاء للآخر، متى تم التسليم له بمخالفة نصوص القانون واعتبارها نصوصاً مكملة.ومن الأمثلة - على سبيل المثال لا الحصر - على اعتبارها نصوصاً آمرة، ما تنص عليه المادة (٢٥)من القانون، والتى لا تجيز للتاجر القيام بأى من التصرفات،كالهبة والتبرع والرهون وغيرها، والتى تؤثر على مصالح الدائنين، بعد تقديم طلب إعادة الهيكلة. والمادة (٤٧) والتى تنص على أن توقف جميع الدعاوى وإجراءات التنفيذ الموجهة إلى المدين بمجرد الحكم بافتتاح إجراءات الصلح الواقي، والمادة (٧٩) وأنه لا يجوز شهر إفلاس التاجر بسبب توقفه عن دفع ما يستحق عليه من غرامات جنائية أو ضرائب أو رسوم أو تأمينات اجتماعية، إلى نحو ذلك .

---

(١) المادة (٣/١٢٨) آنفة الذكر. وهو ما يفهم ضمنا في حكم النقض بتاريخ ٢٠١٨/٦/٢٦ سالف الذكر، حيث أشترطت المحكمة في وقف الدعاوي الفردية، الأ يكون الدين من الديون المضمونة برهن أو إمتياز خاص.باعتبار أن هذه الديون الأخيرة لا يسري على أصحابها قاعدة الوقف أو التجريد.

(٢) وهو ما سلمت به أحكام النقض ومنها: نقض مصرى بتاريخ ٢٠٠٣/٤/٢٢ الطعون أرقام ٧٧٢ لسنة ٦٨، ٢٣٩، ٢٧٨، ٢٨٤ لسنة ٧٢ق.الطعن رقم٦٢٠٦ لسنة ٦٤قـ ،جلسة١٩٩٥/١٢/١١، أحكام النقض، الجزء الثاني،السنة ٤٦، ص١٣٥٥.

[٥] الرقابة والإشراف القضائى على تنفيذ إلإجراءات:

أفسح المشرع المجال للإشراف القضائى على إجراءات كل من إعادة الهيكلة والصلح الواقى من الإفلاس والإفلاس ذاته بطبيعة الحال. ومنه أنه يتعين لشهر إفلاس المدين المتوقف عن الدفع صدور حكم من المحكمة المختصة. وهى الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية[١]. ويقدم طلب الصلح الواقى من الإفلاس إلى إدارة الإفلاس بالمحكمة المختصة[٢]. ويجوز للمحكمة أن تقضى من تلقاء نفسها بشهر إفلاس التاجر الذى توقف عن الدفع[٣]. ويجوز للمحكمة المختصة بنظر دعوى الإفلاس أن تأمر باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين أو إدارتها[٤]. كما تختص المحكمة بالكثير من الإجراءات والمسائل القانونية كتحديد تاريخ التوقف عن الدفع، وتعيين أمين التفليسة إلى نحو ذلك. ولا شك أن هذه الرقابة والإشراف القضائى يهدفان إلى تحقيق التوازن بين أصحاب المصالح، وحماية الدائنين من بعضهم، والمحافظة على إنهاء الإجراءات بأسرع وقت وأقل ضرر ممكن[٥].

---

(١) انظر التعريفات الواردة بالمادة (١) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، وكذلك المادة (٣) من ذات القانون.وانظر في القضاء: الطعن رقم ٦٤٠٨ لسنة ٧٨ق، جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤، الطعن رقم ٥٣٥٧ لسنة ٨٢ق،جلسة ٢٠١٩/١/١٣.

(٢) المادة (٣٥) من القانون المذكور.

(٣) المادة (٧٦) من القانون المذكور.

(٤) المادة (٨٢) من القانون المذكور.

(٥) انظر د. على سيد قاسم: قانون الأعمال، الإفلاس ووسائل حماية المشروعات المتعثرة فى القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص٦. وراجع حكم محكمة القاهرة الإقتصادية، بتاريخ ٢٠٢٢/٥/٢٩،الحكم رقم ٢١لسنة ٢٠٢٠. بشأن شهر افلاس صيدليات الفا.

[٦] دعوى الإفلاس هى دعوى إجرائية وليست خصومة بالمعنى المقصود:

من المستقر عليه أن دعوى الإفلاس هى دعوى إجرائية يرفعها دائن أو أكثر، بغية إثبات حالة محددة[١]، وهى توقف المدين عن وفاء ديونه التجارية. كما أن الحكم الصادر فى دعوى الإفلاس هو حكم لم يفصل فى خصومة دائرة بين متخاصمين، وإنما يقرر ثمة حالة قانونية معينة جديدة وهى شهر إفلاس المدين الذى توقف عن سداد ديونه، بغل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وحماية حقوق الدائنين. وعليه أضحى أنه ليس كل من له دين لدى المدين يكون له بموجبه طلب شهر إفلاسه إذا لم تتوفر شروط هذه الحالة. ولذا - مثلاً - ليس لمن له مبلغ مالى لدى آخر أن يطلب شهر إفلاسه، فدعوى شهر الإفلاس ليست وسيلة لتنفيذ الالتزامات، وأن عدم وفاء الدين فى موعده لا ينم عن اضطراب المركز المالى أو وجود النية على عدم السداد[٢].

---

(١) د. سميحة القليوبى: الأسس القانونية لتنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقى من الإفلاس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، ٢٠١٩، ص١٤، ١٦. وفي القضاء انظر: الطعن رقم٦١٤٧ لسنة٨١ق، جلسة ٢٠٢١/٦/٢٧ ، محكمة القاهرة الإقتصادية،دائرة أولى افلاس اقتصادي،٢٠٢٢/٥/٢٩، الطعن رقم ٧٨٨٦ لسنة ٦٦ق،تاريخ ٢٠٠٠/١/٢٠. الطعن رقم٧٤٥١ لسنة ٧٩ ق،جلسة ٢٠١١/٣/٢٢.

(٢) وقد قضى بأن عدم سداد التاجر للشيك سند الدعوى لا يقطع بوقوع اضطراب بمركزه المالى، ذلك أن نظام الإفلاس لم يشرع للتنفيذ على أموال المدين، وأن إشهار إفلاس التاجر ليس وسيلة للضغط على المدين والنكاية به، الأمر الذى يؤدى إلى أن يشهر إفلاس تاجر لعدم وفائه بديونه رغم ملاءته..."إفلاس اقتصادى القاهرة بتاريخ ٢٠١٤/١/٢٦، طعن رقم ١٢٥ لسنة ٢٠١٣. كما راجع: الطعن رقم ١١٣ لسنة ٢٠١٢ إفلاس اقتصادى القاهرة، الدائرة الأولى، بتاريخ ٢٠١٣/١/٢٦، نقض جلسة ٢٠٠٢/١١/٦، الطعن رقم ٢٨٩١ لسنة ٦٤ق، المكتب الفنى، الجزء الثانى، السنة ٥١، ص٩٦٤.

ولذا دعوى الإفلاس هى بمثابة دعوى تهدف إلى حماية الدائنين واقتسام ما ينجم عن التفليسة من مال قسمة غرماء بينهم.كما قضي في شأن الصلح الواقي، بأن القاضي وهو يصدق على الصلح ،لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة، بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من اتفاق وتوثيقه بمقتضى سلطته الولائية وليس بموجب سلطته القضائية([1]).

[٧] جواز التقاضى إلكترونياً:

أجازت المادة الثالثة مكرر من القانون بعد تعديله لسنه ٢٠٢١، التقاضى إلكترونياً مراعاة للظروف التى تمر بها البلاد بل والعالم أجمع من انتشار جائحة كورونا، وانتشار الحظر الجزئى وإغلاق المحاكم فى بعض الأوقات، وكرغبة فى عدم تعطيل أو تأجيل البت فى القضايا. ويكون ذلك على النحو المبين بالمواد من (١٣) إلى (٢٢) من قانون إنشاء المحاكم الاقتصادية الصادر بالقانون رقم ١٢٠ لسنة ٢٠٠٨، وذلك فى جميع الإجراءات الواردة بهذا القانون، ولاسيما الطلبات، الدعاوى، الإجراءات، المنازعات، الطعون، والتظلمات. وبذلك يكون المشرع قد واكب اتجاه التشريعات المقارنة فى العديد من الدول، والتى أجازت التقاضى الإلكترونى استجابة للظروف الراهنة وتماشياً مع الواقع الحالى، وتوافقاً مع التكنولوجيا الحديثة، وهو ما يعد خطوة في سبيل التحول الإلكتروني في وسائل التقاضي وتسوية المنازعات التجارية، وكان قد سبقه التحكيم الإلكتروني وغيرها من الوسائل البديلة .

خطة الدراسة:

توافقا مع نصوص القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ وتعديله بالقانون رقم

([1]) الطعن رقم ٩٠٩٧ لسنة ٧٦ق،جلسة ٢٠١٥/٣/٢٦،المكتب الفني، السنه ٦٦، قاعدة٧٧، ص٥٠١.

١١ لسنة ٢٠٢١، ومع الغاية من القانون أنه صار يرسي علاجاً ووقاية من شهر الإفلاس ، فضلا عن الإبقاء على الإجراءات التقليدية لشهر الإفلاس، فإننا نقسم هذا المؤلف إلى ثلاثة أبواب على النحو التالى:

الباب الأول: الوساطة وإعادة هيكلة المشروعات المتعثرة.

الباب الثانى: الصلح الواقى من الإفلاس.

الباب الثالث: أحكام وقواعد الإفلاس.

الباب الأول
الوساطة وإعادة هيكلة المشروعات المتعثرة

تمهيد وتقسيم:

من أهم ما استحدثه القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ من أحكام جديدة كمحاولة منه لإنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، هو إرساء كل من إجرائى الوساطة وإعادة الهيكلة ليكونا إجراءين يهدفان إلى تلافى شهر إفلاس التاجر[١].

على أن معالجة المشرع لكل منهما جاءت مختلفة، ففى حين عالج إعادة الهيكلة معالجة باستفاضة، وأفرد لها العديد من المواد، جاءت الوساطة كوسيلة ودية لتسوية المنازعات التجارية عن طريق قاضى الإفلاس، بنصوص محددة وقليلة، وتكون بمثابة إجراء ودى ينصب على كل من إعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس، لتكون وسيلة الزامية يتعين اللجوء إليها بداية.

وعلى ضوء ذلك نقسم دراستنا لهذا الباب إلى فصلين.

الفصل الأول: الوساطة.

---

(١) وغنى عن البيان - وكما سنرى - أن منظومة الإفلاس والقانون برمته إنما يخاطب فحسب التاجر دون غيره، وهو ما أكدت عليه كثير من أحكام القضاء. ومنه انظر: نقض ١٩٩٧/٤/١٠، مجلة القضاء، ١٩٩٧، العدد الثانى، ص٤٤٢، نقض ٢٠٠٣/٧/٢، المستحدث من أحكام النقض، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص٢١، نقض ٢٠١٢/٣/١٢، الطعنان رقما ١٦٤٥٣، ١٧٢٧٧ لسنة ٧٥ق، الطعن رقم ٥٥ لسنة٧٠ ق، جلسة ٢٠٠٣/١/١٥، مكتب فني، السنة ٥٠،ص١٢. وهو ما يختلف عن نظام الإعسار المدنى، حيث يخضع للأخير المدينون المدنيون، وهو إجراء يتم متى كانت أموالهم لا تكفى للوفاء بديونهم.أي إذا زادت خصومهم وديونهم على ما يملكونه من أصول.

الفصل الثانى: إعادة هيكلة المشروعات المتعثرة.

الفصل الأول

الوساطة

تمهيد وتقسيم:

عرف المشرع المصرى الوساطة فى المادة (١) من القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٨، بأنها وسيلة ودية لتسوية المنازعات التجارية عن طريق قاضى الإفلاس، ثم حدد فى المادة (٤) من القانون ، اختصاص إدارة الإفلاس، وكيفية تقديم الطلبات، ومدى التزام القاضى بالحفاظ على سرية كافة المعلومات المتعلقة بإجراءات الوساطة إلى نحو ذلك. وهو ما يقتضى منا تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين نتعرض في الأول لتشكيل واختصاص إدارة الإفلاس المختصة بنظر الوساطة، أما الثاني لخصائص وإجراءات الوساطة.

المبحث الأول

تشكيل واختصاص إدارة الإفلاس المختصة بنظر الوساطة

الوساطة هى وسيلة ودية لتسوية المنازعات التجارية عن طريق وسيط يسمى(قاضى الإفلاس) يقرب وجهات النظر بين الأطراف المتنازعة بمناسبة علاقة عقدية أو غير عقدية ويقترح الحلول الملائمة لها، والتي تهدف إلى تخفيف العبء عن المحاكم، والأخذ بيد المشروع المتعثر، وحصول الدائنين على حقوقهم بشكل مرض([1]). وقد أرسى القانون لهذه الإدارة تشكيلاً محدداً، وحدد لها اختصاصاً معيناً.وهو ما تقوم ببيانه.

([1]) انظر: كوثر سعيد عدنان خالد. الوساطة وفقاً لأحكام قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ ، مجلة الدراسات القانونية، كلية الحقوق- جامعة أسيوط، المجلد ٥٣، العدد١، سبتمبر ٢٠٢١.

أولاً: تشكيل إدارة الإفلاس:

وفقاً للمادة (٣) من القانون، تنشأ بكل محكمة اقتصادية إدارة تسمى إدارة الإفلاس، وتشكل برئاسة قاض بمحكمة الاستئناف على الأقل وعضوية عدد كاف من قضاتها بدرجة رئيس محكمة يسمون (قضاة الإفلاس) تختارهم جمعيتها العامة فى بداية كل عام قضائى، ويلحق بها عدد كاف من خبراء الإفلاس والإداريين والكتابيين. وهؤلاء الأخيرون من المختصين فى مجال إعادة الهيكلة المقيدين فى جداول إدارة الإفلاس، ممن تتوفر فيهم الكفاءة والخبرة العملية، وحسن السلوك والسمعة[١].

ثانياً: اختصاص إدارة الإفلاس:

وفقاً للمادة (٤) من القانون تختص إدارة الإفلاس بثمة اختصاصين هما:

١- مباشرة إجراءات الوساطة: من ضمن مهام إدارة الإفلاس هو مباشرة الوساطة فى طلبات إعادة الهيكلة والصلح الواقى من الإفلاس وشهر الإفلاس ذاته، وهو صار وكأنه إجراء وجوبى فى كل الطلبات المقدمة إلى المحكمة، كمحاولة من المشرع للتقريب بين الرؤى ووجهات النظر المتعددة والمختلفة كى يتسنى الوصول إلى ثمة حل توافقى يحظى بقبول الأطراف، وهو ما يصب فى مصلحة كل من المدين، والذى يدرأ عن نفسه شبح الإفلاس، ويعينه على أن يظل على رأس أعماله، أو النهوض من كبوته التى لحقت به. كما أنه يعود بالنفع على الدائن عن طريق تمكنه بمقتضى حل توافقى وتنازل

---

(١) انظر د. على سيد قاسم: قانون الأعمال، الإفلاس ووسائل حماية المشروعات المتعثرة، ص٣٢٧. وقد صدر قرار وزير العدل رقم ٦٢١٤ لسنة ٢٠١٨، بتاريخ ٢٠١٨/٨/١١، بشأن إصدار القواعد المنظمة لعمل خبراء إعادة الهيكلة بإدارة الإفلاس بالمحاكم الإقتصادية وقواعد الإستعانة بهم. متوفر على موقع شبكة قوانين الشرق .

جزئى عن مطالبه، من الحصول على كل أو جزء من حقوقه والذي ربما ما أستطاع أن ينالها إذا طرق باب شهر الإفلاس.

٢- اتخاذ الإجراءات التحضيرية:

كذلك تختص إدارة الإفلاس، باستيفاء مستندات الطلبات والدعاوى التى تختص بها محكمة الإفلاس وتحضيرها وإعداد مذكرة بطلبات الخصوم وأسانيدهم[١]، وذلك خلال مدة لا تجاوز ستين يوماً من تاريخ قيد الطلب أو الدعوى. وهو إجراء - بلا ريب - إجرائى، يهدف إلى التحقق من جدية الطلب، واستيفاء المستندات اللازمة المقدمة فى الإجراء المقدم، و يبغي تخفيف العبء عن محكمة الإفلاس، كى يتسنى لها الفصل فى النزاع بأسرع وقت ممكن، وهو كله ما يحقق ويصب في مصلحة الدائنين.

المبحث الثانى

خصائص وإجراءات الوساطة

تكفلت نصوص القانون الجديد بتحديد أهم ما تتسم به الوساطة،من حيث مدتها المؤقتة كي تعد بمثابة إجراء سريع، وفرضها على الاطراف لتكون إجراءً إجبارياً.كما حدد اجراءاتها لسرعة الفصل فيها.وهو ما نبينه.

أولاً: خصائص الوساطة:تتسم الوساطة بعدة خصائص وهى:

١- تأقيت مدة إجراءاتها:

حدد المشرع بمقتضى المادة (٥) من القانون، مدة ثلاثين يوماً يتعين خلالها الانتهاء من البت فى طلب الوساطة، وذلك أنه بعد تقديم الطلب إلى إدارة الإفلاس وقيده بقلم كتاب المحكمة المختصة، يقوم رئيس إدارة الإفلاس

---

(١) مادة (٤/ب) معدلة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١. كما انظر:المستشار.عادل محمد حسين.الوجيز في المحاكم الإقتصادية،دار أبو المجد للطباعة،٢٠٢٢،ص٢٣٥.

بعرض الطلب على قضاة الإفلاس لاتخاذ إجراءات الوساطة. وتحسب مدة الثلاثين يوماً من تاريخ تقديم الطلب أو الدعوى. ولرئيس الإدارة مد هذه المدة لمدة مماثلة، وذلك لمرة واحدة على الأكثر، مما يفضى إلى عدم جواز أن تزيد المدة فى مجملها عن ستين يوماً من يوم التقدم بطلب الوساطة، وإذا لم يحضر مقدم الطلب أمام قاضى الإفلاس جلستين، هنا يأمر القاضى بحفظ الطلب المقدم سلفاً[1]، وهو ما يترتب عيه انتهاء إجراءاتها.

٢- الطابع الإجبارى للتقدم بالوساطة:

وفقاً للمادة (٤) من القانون تختص إدارة الإفلاس بمباشرة إجراء الوساطة فى جميع الطلبات المقدمة، سواء كانت لإعادة الهيكلة أو للصلح الواقى من الإفلاس أو لشهر الإفلاس ذاته - فصار أمراً لازماً البدء بإجراء الوساطة كطريق ودى ربما يؤدى إلى تسوية النزاع وقطع دابر الخلاف وتقريب وجهات النظر بين الأطراف، ويغنى عن اللجوء لافتتاح أى من الإجراءات الثلاثة المذكورة. والغالب أن المدين هو الذى يتقدم بطلب الوساطة فى أى من الإجراءات الثلاثة ،ويبين ذلك من المادة(١٥) من القانون حين نصت على أنه لكل تاجربشروط معينة ، أن يطلب إعادة الهيكلة، إلا أنه ليس هناك ما يمنع أن يتقدم أحد الدائنين به، رغبة منه فى تسهيل حصوله على حقوقه واختصار الوقت والجهد،وإن كان صعب عملا تصور ذلك.

يترتب على ذلك أن التقدم بطلب الوساطة يكون أياً كانت حالة المدين، أى سواء فى حالة توقف عن الدفع أم ما زال فى مرحلة اضطراب أعماله.

---

(١) المادة (١١) من القانون.كما راجع د. على سيد قاسم: قانون الأعمال - الإفلاس ووسائل حماية المشروعات المتعثرة، ص٣٣٣.

٣- الالتزام بسرية المعلومات المتعلقة بإجراءات الوساطة:

أوجب المشرع فى المادة (٦) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، من قاضى الإفلاس المناط به نظر إجراءات الوساطة فى أى من الإجراءات الثلاثة، المحافظة على سرية المعلومات المتعلقة بإجراءاتها، حفاظاً على مصالح التجار، وعدم الإعلان عن مشاكلهم أو طرح خلافاتهم على الكافة، فتكون سبباً لخسارة عملاءهم وانهيار متاجرهم. وبالتالى يتعين على القاضى عدم إفشاء أية معلومات وصلت إلى علمه، كعدد عملاء كل متجر، والأسرار الصناعية التى يكون قد اضطلع عليها، وسر الاختراع الذى ربما قد نمى إلى علمه إلى نحو ذلك من معلومات يلزم عدم إفشاء أسرارها.

بيد أن القانون قد أجاز للقاضى فى حالات محددة، إفشاء هذه الأسرار، والإفصاح عن هذه المعلومات وذلك فى حالتين هما:- إذا كان إفشاؤها أمراً لازماً وفق أحكام القانون، أو كانت لإنفاذ التسوية ذاتها. وهاتان الحالتان قد تقررا قانونا استجابة لمقتضيات الحال، إما بوجوب الإفصاح عنها إنصياعا لحكم القانون، وأن الإعلان عنها سيكون ذا فائدة في الدعوى لتعلق حق للغير بها، أو لزومها لنفاذ الإجراء نفسه. ويرى بعض الفقه[١] أن هذا الالتزام هو امتداد للالتزام العام بالمحافظة على الأسرار المهنية.

---

(١) د. على سيد قاسم: المرجع السابق، ص٣٣٣. وقد فرض الدليل التشريعى لقانون الإعسار النموذجى، هذا الالتزام بالسرية على ما يسميه بممثل الإعسار، لأن هناك معلومات كثيرة قد يحصل عليها فيما يتعلق بشئون المدين، وهى ذات طابع حساس من الناحية التجارية، أو تكون بطبيعتها سرية، كالأسرار التجارية، ومعلومات البحث والتطوير، والمعلومات عن الزبائن، ولا يجوز الكشف عنها لأطراف أخرى قد تكن فى وضع يسمح لها باستغلالها. مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية، مرجع سابق، ص٦٨.

ثانياً: إجراءات الوساطة:

كما سبق القول،فإنه تبدأ الإجراءات بتقديم طلب الوساطة إلى رئيس الإدارة(إدارة الإفلاس) الذى عليه قيده فى قلم كتاب المحكمة، ثم يقوم بعرض الطلب على قاضى الإفلاس لاتخاذ ما يلزم بشأن إجراءات الوساطة.

ويتعين على قاضى الإفلاس مراعاة، وكشرط لانعقاد جلسات الوساطة، حضور أطراف النزاع بأنفسهم وهما المدين والدائن أو الدائنين، أو عن طريق وكيل عنهم، ويجوز حضور بعضهم بنفسه والبعض بمقتضى وكالة ثابتة، على أن تكون وكالة خاصة تجيز له تسوية النزاع. وقد أجاز القانون فى المادة (٧) لقاضى الإفلاس، أن يجرى الوساطة بأية طريقة يراها مناسبة وتتلاءم مع طبيعة الإجراء وظروف الحال. مع مراعاة طلبات الأطراف وظروف الوساطة. ولذا له الاجتماع مع الأطراف أو وكلائهم معا في جلسة واحدة، أو الانفراد بكل طرف على حدة إذا قدر أن ذلك أفضل، واتخاذ ما يراه مناسباً لتقريب وجهات النظر بغية الوصول إلى اتفاق تسوية يلزم كل من الطرفين.

كما له الاستعانة بمن يراه لازماً لاستكمال إجراءات الوساطة، كخبراء لجنة إعادة الهيكلة، وله تكليف أى من طرفى النزاع بسداد أمانة الخبير[١]. والمسألة إزاء هذا الفرض لا تخلو من أحد أمرين وهما: إما لا يتم التوصل إلى تسوية، وهنا يرفض قاضى الإفلاس الطلب[٢]. أو يتم التوصل إلى تسوية، و

---

(١) المادة (٨) من القانون الجديد.

(٢) حيث تنص المادة (١٠) بعد تعديلها بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، على أنه إذا لم يتم التوصل إلى تسوية فى طلبى شهر الإفلاس والصلح الواقى منه، يرفضهما قاضى الإفلاس. وفى هذه الحالة يكون لمقدم أى من الطلبين رفع الدعوى المتعلقة بطلبه بصحيفة تودع قلم الكتاب خلال شهر من تاريخ رفضهما وإلا سقط الحق فى رفعها.

فى هذه الحالة ، يحرر قاضى الإفلاس اتفاق تسوية يوقع عليه كافة الأطراف فى هذا الاتفاق، ويبين به تفاصيله، وما تم من إجراءات بشأن الوساطة.وعلى أثر ذلك، يصدر قاضى الإفلاس قراراً باعتماد التسوية وإنهاء الطلب، ويكون لهذا الاتفاق قوة السند التنفيذى، وهو ما يحسب للمشرع كى يلزمهم بما تم الإتفاق عليه وحتى لا يكون ما تم من إجراءات مضيعة للوقت[١].

وإمعاناً من المشرع فى إضفاء القوة القانونية الملزمة لاتفاق الوساطة، قرر أن قرارات قاضى الإفلاس هى قرارات نهائية لا معقب عليها ولا يجوز الطعن عليها، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك، أو كان القرار كان مما يجاوز اختصاصه[٢].

ولا يكون له التقدم بطلب آخر مماثل إلا بعد انقضاء ثلاثة أشهر من تاريخ البت فى الطلب السابق، وفى جميع الأحوال، لا يجوز لغيره التقدم بطلب مماثل متى كان هذا الطلب لم يبت فيه، ويجوز له التدخل فيه.

(١) المادة (٩) من القانون.

(٢) المادة (١٢) من القانون، كما انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٣١. كما راجع الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٨٠ ق، جلسة ٢٠١٨/١١/٢٢.

الفصل الثانى
إعادة هيكلة المشروعات المتعثرة

تمهيد وتقسيم:

من المستقر عليه أن الشركات والمشروعات التجارية، ومنذ مهد نشأتها، قد تتعرض لبعض الأزمات الاقتصادية واضطراب مركزها المالى، وقد يتمادى هذا الوضع، وهنا يكون أمامها، إما طلب شهر إفلاسها مما يترتب عليه انقضاؤها وقسمة أموالها قسمة غرماء، أو اتخاذ إجراء من الإجراءات الوقائية كطلب إعادة الهيكلة[1]. ومن هذا المنطلق، أصبح إنقاذ المشروعات المتعثرة بمثابة وسيلة للنجاة والملاذ لتوقى شهر إفلاسها، ومن ثم فلا يوقف نشاطها ويترك مصيرها للدائنين لمجرد توقفها عن دفع ديونها أو تردى أوضاعها المالية، بل يتعين وضع القواعد الكفيلة التى يتسنى بها ضمان استمرار نشاط المشروع[2].وتوافقاً مع التشريعات المقارنة، وسيراً على غرار العديد من الدول العربية، اعتنق المشرع المصرى فلسفة الإنهاض وإقالة المشروعات المتعثرة من كبوتها، وحتمية إعانتها لتجاوز هذه الأزمات ومعاودة النشاط مرة أخرى.

ولذا وضع المشرع الفصل الأول بعنوان إعادة الهيكلة وذلك فى المواد من ١٥ إلى ٢٩ ليعالج شروطها وإجراءاتها. وقد عرفتها المادة (١) من القانون بأنها الإجراءات التى تساعد التاجر على خروجه من مرحلة

---

(1) Françoise pérochon et Régine Bonhomme. Op. cit., p. 1.

(2) Denis Voinot. La nouvelle procédure de sauvegarde. Gaz. Pal. 7-8 Sept, 2005, p. 24.

كما راجع بالتفصيل مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية...، ص٤.

الاضطراب المالى والإدارى([1]).

وعلى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: الغاية من إجراء إعادة الهيكلة.

المبحث الثانى: الشروط الموضوعية والشكلية لإعادة الهيكلة.

المبحث الثالث: السمات العامة لإجراء إعادة الهيكلة.

المبحث الرابع: حفظ طلب إعادة الهيكلة وإنهاء الخطة.

المبحث الأول

الغاية من إجراء إعادة الهيكلة

من الثابت أن فلسفة الإفلاس قد تغيرت كثيراً عما مضى، وصار إنقاذ المشروعات المتعثرة أولى من شهر إفلاسها، ولاسيما بعد ما ثبت أنه – من النادر - ما يوجد مشروع إلا وقد يتعرض لبعض العثرات ولو مؤقتاً.

ومن هنا قد بدت الحاجة الماسة والملحة إلى إنقاذ المشروعات المتعثرة عن طريق إجراءات عديدة، ومنها إعادة الهيكلة، وفى دول أخرى بطريق التسوية الوقائية كما فى دولة الكويت[2]، خاصة مع اتساع مجال التجارة الخارجية وحجم التعاملات الدولية، وقد بات مؤكداً أن تعثر أى مشروع أو شركة، كالشركات العملاقة والكبيرة ، قد يؤثر على الاقتصاد الوطنى بل وربما الإقليمى أو العالمى.

لذا أقر المشرع المصرى إعادة الهيكلة لإعادة تنظيم أعمال التاجر المالية والإدارية، وتحديد كيفية خروجه من مرحلة الاضطراب إلى الاستقرار

([1]) وعرفتها المادة الأولي من قانون الإفلاس الكويتي رقم ٧١ لسنة ٢٠٢٠، بأنها خطة يتم إعدادها وتنفيذها من المدين تحت إشراف الأمين. كما عرفتها المفوضية الأوربية في التوجيه الصادر في٢٠١٤/٣/١٢ بأنها تعديل الأصول أو مسؤليات المدينين بهدف إستمرارنشاط المدين كلياً أو جزئياً.

(٢) القانون رقم ٧١ لسنة ٢٠٢٠. وقد صدرت اللائحة التنفيذية له برقم ٨١ لسنة ٢٠٢١.

المالى والإدارى، وقدرته على سداد ديونه. وتكمن العلة الجوهرية من إجراء إعادة الهيكلة، فى الأخذ بيد التاجر حسن النية، كى يتسنى له به، تجاوز التعثرات التى لحقت به، وفى ذات الوقت يظل على رأس أعماله.حيث إن بقاء وأستمرار عمل المشروع هو أمر من مقتضيات المصلحة العامة، حتى لا يؤدى انقضائه إلى تسريح العمال . وعليه أضحى إنقاذ المشروعات المتعثرة وحمايتها من الإفلاس، هو اتجاه اجتماعى واقتصادى أكثر منه قانونى. أُوجد لتحقيق بعض التوازن بين الحاجة إلى معالجة ضائقة المدين بأسرع نحو ممكن، ومصلحة الدائنين وسائر الأطراف ذى الصلة التى لهم ثمة مصلحة فى بقاء مشروع المدين[1].غير أننا نرى أن نجاح مثل هذا الإجراء فى التقليل من دعاوى الإفلاس، واقتناع الدائنين بجدوى إعادة الهيكلة، وأنها أفضل لهم من شهر إفلاس المدين، يقتضى تضافر كل الجهود لإرساء دعائمها وبيان فلسفتها والغاية منها، وهو ما يلزم معه عقد العديد من الدورات التدريبية وتدريب الخبراء المختصين فى هذا الشأن والقائمين على تنفيذها. مع التشدد فى جلاء ووضوح بنود إعادة الهيكلة من قبل المدين، كى لا تكون ضياعاً للوقت وهدراً للمال مما يعود بالضرر على الدائنين. خاصة وأن الأخذ بها سيستغرق وقتاً كي يقنع بها المدين والدائنون وأنها حل أفضل من شهر الإفلاس.

---

(١) انظر الدليل التشريعى لقانون الإعسار الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجارى الدولى (الأونسترال)، نيويورك، ٢٠٠٥، ص١.وراجع أيضًا:

Corinne Soint. Alary - Houin. Op. cit., p. 1.

وانظر كذلك د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٣٧. وقد صدر التوجيه الإوربي رقم ٢٠١٩/١٠٢٣ في ٢٠١٩/٦/٢٠، والذي يقتضي من المشرعين الوطنيين إعمال إعادة الهيكلة في مرحلة مبكرة لتوقي شهر الإفلاس ، ودعم الحفاظ على حقوق العمالة.

المبحث الثانى
الشروط الموضوعية والشكلية لإعادة الهيكلة

وضع المشرع فى المادة (١٥) من القانون الجديد وما بعدها، بعض الشروط الموضوعية والشكلية المتعين توفرها لضمان قبول وتنفيذ طلب إعادة الهيكلة، مما يعود بالنفع على كل من المدين والدائنين أنفسهم.

أولاً: الشروط الموضوعية لإعادة الهيكلة:

[١] أن يكون مقدم الطلب تاجراً لا يقل رأسماله عن حد معين:

اقتضت المادة (١٥) ، وكشرط لقبول طلب إعادة الهيكلة، أن يكون مقدمه تاجراً([1]) .والتاجر وفقاً للمادة (١٠) من قانون التجارة ، هو كل تاجر طبيعى زاول التجارة باحتراف باسمه ولحسابه، وكل شركة أيًا كان غرضها، تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القانون. ومن ثم لا يجوز لغير التاجر، كأصحاب المهن الحرة أو الحرفيين طلب إعادة الهيكلة. على النقيض اتجهت بعض التشريعات الحديثة، كالقانون الأردنى، إلى مد مظلة قانون الإعسار والإجراءات الواردة به، إلى الزراعيين وأصحاب المهن الحرة[٢].

غير أنه يتعين أن يكون تاجراً لا يقل رأسماله عن مليون جنيه مصرى، وقد اعتبر المشرع أن هذا المبلغ هو الحد الأدنى لنجاح وتنفيذ عملية إعادة

([1]) الطعن رقم ٥٥ لسنة ٧٠ق، جلسة ٢٠٠٣/١/١٥، مكتب فني، سنة ٥٠، ص١٢.

(٢) قانون الإعسار رقم (٢١) لسنة ٢٠١٨ وتعديلاته لسنة ٢٠٢١؛ ذات الاتجاه القانون الفرنسى لسنة ٢٠٠٥ بشأن إنقاذ المشروعات المتعثرة من الإفلاس، والذى أدرج من ضمن المستفيدين والخاضعين له، أصحاب المهن الحرة، والأشخاص الطبيعيين غير التجار كالزراعيين. راجع:

Michel Jeantin et Paul Le Cannu. Entreprise en difficulté, 7 éd, Dalloz, 2007, p. 65.

الهيكلة. ولاسيما وأن هذا الإجراء يقتضى بعض النفقات، فيكون غير ذى جدوى أن تمنح فرصة إعادة الهيكلة للمشروعات التى يقل رأسمالها عن هذا الحد. يضاف إلى ذلك أن هذا المبلغ أضحى - الآن - ليس بالكبير على الكثير من المشروعات التجارية . على جانب آخر، ينبغى أن يكون التاجر مقدم طلب إعادة الهيكلة، قد باشر التجارة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب[1]. وهو حكم تبدو الغاية منه، أن التاجر الذى يتعرض للأزمات الاقتصادية واضطراب مركزه المالى، منذ بداية ممارسة التجارة، لا يستحق يد العون أن تمتد إليه، وربما تعود الحكمة من هذا الشرط،إلى أن الاضطرابات المالية لا يتقرر وجودها أو التسليم بتوفرها إلا بعد فترة معينة، قدرها المشرع بالسنتين المذكورتين.

[٢] عدم ارتكاب مقدم الطلب أى **غش:**

تقوم منظومة القانون الجديد على مراعاة التاجر حسن النية سئ الحظ، أى التاجر الذي لم يقترف أى غش، وهو يعد شرطاً جوهرياً للتقدم بطلب إعادة الهيكلة.ويبين حسن النية من خلال بيان أسباب اضطرابه المالى وما اتخذ من إجراءات للحد منه أو لتجنب تفاقمه، ومن ثم يثبت المدين أن الاضطراب المالى الذى لحق به، ليس مرده أى غش وإنما فحسب سوء حظ. على النقيض يكون لقاضى الإفلاس رفض طلب إعادة الهيكلة المقدم من المدين، إذا تبين له سوء نية التاجر بشكل أو بآخر، كما لو أخفى جزءاً من أمواله ولم يدرجها فى قائمة الأموال التى بها يتم إعادة الهيكلة، أو اصطنع ديوناً وهمية لاشخاص بمقتضى اتفاق بينهما، وغيرها من التصرفات التي قد يقترفها المدين وتدل

---

(١) راجع د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٣٨؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٣٦.

على سوء نيته،ومن ثم تعدم حقه في التقدم بالطلب.

[٣] أن يكون الهدف من إعادة الهيكلة الاستمرار فى مزاولة النشاط:

لا ريب أن المقصد الجوهرى من إجراء إعادة الهيكلة، هو بقاء المدين على رأس أعماله واستمراره فى مزاولة نشاطه، بوضع خطة وفقاً للمادة (١٨) من القانون، تتضمن تنظيم أعمال التاجر المالية والإدارية، وتبين كيفية خروجه من مرحلة الاضطراب المالى والإدارى وسداد ديونه مع بيان مصادر التمويل المقترحة. ولذا هناك حالات لا تتماشى مع إجراء إعادة الهيكلة، وبالتالي من غير الجائز الموافقة على هذا الإجراء ومنها:

١-لا يجوز طلب إعادة هيكلة الشركة وهي فى مرحلة التصفية[١]. باعتبار أن دخول الشركة هذه المرحلة إنما يعد بمثابة إحتضار لها، وأنها لم تعد شركة منتجة بل على وشك الانقضاء. وإن كنا نرى ما يناقض ذلك، وأنه ليس من مؤدى دخول الشركة فى مرحلة التصفية إنما ينهى فرصتها فى إعادة الهيكلة، وعلينا أن نفرق بين ما إذا بدأت مرحلة التصفية ولم يتم اتخاذ أى إجراء بصددها، فما زالت أموالها كما هى لم تمس، ولم يتم البدء فى توزيع الموجودات على المساهمين، فلا يوجد ما يمنع من إلغاء التصفية، خاصة أنه قد تستجد ثمة ظروف تحسن من وضع الشركة المالى، كما لو استطاعت تحصيل ديوناً معدومة، أو تمكنت الشركة من صرف مبلغ تأمين كانت قد سلمت باستحالة تحصيله، واللجوء إلى إجراء إعادة الهيكلة، أما إذا كانت الشركة قد بدأت بتوزيع صافى موجوداتها عن طريق المصفى، أو بالأولى

---

(١) المادة (١٥/ب) من القانون الجديد. كما راجع: بنص القانون:عدم جواز إعادة هيكلة الشركة وهي في دور التصفية. موقع نبض:nabd.com بتاريخ٢٠٢٢/٦/٢٧.

انتهت مرحلة التصفية، فهنا نسلم بعدم جواز اللجوء لإعادة الهيكلة، وهنا يكون له مبرره وفق لما تنص عليه المادة ١٥. ويرى بعض الفقه[١] تطبيق ذات الحكم، وهو عدم جواز إعادة الهيكلة، على شركة الواقع التى تنشأ أو تتولد عن عقد شركة لحقه ثمة بطلان لعيب ما.

٢-لا يجوز التقدم بطلب إعادة الهيكلة حال صدور حكم بشهر إفلاس التاجر أو الحكم بافتتاح إجراءات الصلح الواقى[٢]. وهو حكم طبيعى باعتبار أن الإجراءين الأخيرين يقتضيا، إما تصفية أموال المفلس تصفية جماعية وغل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، أو التقدم بطلب صلح مع الدائنين، له شروطه وإجراءاته التى تختلف عن طلب إعادة الهيكلة.ولذا حال إفتتاح أيهما،لم يعد لإعادة الهيكلة أي مبرر.

3- لا يصح تقديم طلب إعادة الهيكلة من التاجر المعتزل للتجارة ولا من ورثته من بعده. حيث إنه باعتزال التاجر التجارة، قد فقد الوصف القانونى المتعين توفره لقبول الطلب، وهو مصطلح التاجر. على النقيض يجوز تقديم طلب إعادة الهيكلة بناء على طلب الورثة أو الموصى إليهم متى كان المدين على رأس تجارته وقت الوفاة، وذلك خلال السنة التالية للوفاة، شريطة موافقة جميع الورثة على هذا الإجراء[٣]. فإذا اختلف الورثة فيما بينهم، فوافق بعضهم فى حين عارض آخرون، فإن ذلك يكون مبرراً لحفظ الطلب وفقاً للمادة ٢٧ من القانون.

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٣٩.

(٢) المادة (١٧) من القانون.

(٣) المادة (١٦) من القانون، معدلة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، الجريدة الرسمية، العدد ١٦ مكرر، ٢٠٢١/٤/٢٨.

يُضاف إلى ما تقدم من شروط، ثمة شرط بديهى، وهو تعثر أو اضطراب أعمال التاجر، حيث يواجه صعوبة أو تعثر مالى أو اقتصادى، ويحاول فيه التاجر حسن النية إنقاذ مشروعه من تفاقم هذا الاضطراب.وفى فرنسا وفيما يتعلق بإجراء التوفيق، يقبل طلب الإجراء الأخير من المدين حال التعثر المالى المؤكد أو متوقع الحدوث[1]، ليكون التوفيق إجراءً وقائياً. والاضطراب المالى أو التعثر، هوعبارة عن مجموعة من القرائن والعلامات الدالة على تدهور موقف الشركة أو المشروع، والتى من شأنها أن تنال من استمرار نشاطهما. وعلى رئيس المحكمة أن يفحص حقيقة هذه الأخطار والتهديدات التى تهز كيان المشروع. فالاضطراب ليس مؤداه فحسب اختلال التوازن بين الإيرادات والمصروفات مثلاً[2]، وإنما قد تكون العثرات مالية أو اقتصادية أو إدارية، وقد يسبق مرحلة الاضطراب، عدة دلائل أو وقائع، كتحرير عدة احتجاجات ضد المدين لامتناعه عن وفاء بعض الأوراق التجارية المسحوبة عليه، أو الالتجاء إلى القروض البنكية بصفة مستمرة وبفوائد عالية إلى نحو ذلك.

غنى عن البيان أن تقدير مسألة الاضطراب من عدمها، والتى يتعرض لها التاجر، هى من مسائل الواقع التى يقدرها قاضى الموضوع، وهى بطبيعة

---

(1) Une difficulté juridique, économique ou financiére, averée au prévisible:voir: Yves Guyon. Op. cit., p. 93, Thierry Montéran: presentation générale de la prévention et de la procédure de conciliation. Gaz. Pal, 7-8 Sep, 2005, p. 10, Christine Lebel. Op. cit., p. 19.

(٢) انظر مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية، مرجع سابق، ص٦١.

الحالة تختلف من تاجر لآخر وفقا لظروفه([1]).

ثانياً: الشروط الشكلية لإعادة الهيكلة (شرط تقديم الطلب):

- تقديم طلب بإعادة الهيكلة والأثر المترتب عليه:

يقدم طلب إعادة الهيكلة وفقا للمعتاد من قبل المدين، لكونه صاحب المصلحة الأولى فيه، ويبين فيه أسباب الاضطراب المالى الذي وقع فيه، وتاريخ نشأته وما اتخذ فى شأنه من إجراءات لتجنب حدوثه أو معالجة آثاره الناجمة عنه، وما يراه من إجراءات لازمة للخروج منه.ويرفق بالطلب المقدم، بعض المستندات التى تعين على تحديد مدى توفر شروط الإجراء من عدمها، أو قبول الطلب أم لا. ومنها الوثائق المؤيدة للبيانات المذكورة فيه، و شهادة من مكتب السجل التجارى تثبت قيام التاجر بما تفرضه الأحكام الخاصة بالسجل التجارى خلال السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة. شهادة من الغرفة التجارية تفيد مزاولة التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة، صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة، بيان إجمالى بالمصروفات الشخصية فى السنتين السابقتين على طلب إعادة الهيكلة عدا الطلب المقدم من إحدى شركات المساهمة، شهادة بعدم شهر إفلاس التاجر أو عقد صلح واق منه، بيان بالأموال وقيمتها التقريبية إلى نحو ذلك مما ذكرته المادة (١٩) من القانون.ويترتب على تقديم طلب إعادة الهيكلة وقف طلبى ودعويى شهر الإفلاس والصلح والواقى منه إلى حين البت فى طلب إعادة الهيكلة.إستنادا إلى أن المشرع قد أعطي الأولوية للطلب حتي يتقرر مصيره بالقبول من

([1]) الطعن رقم ٥٣٣ لسنة ٧٣ ق ، جلسة ٢٠٠٧/٤/١٢، الطعن رقم ٥٩٧ لسن ٦٩، جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٤، مكتب فني ،السنة ٥٩، ص٧٣٢.

عدمه.ولا يجوز تقديم طلب آخر بإعادة الهيكلة إلا بعد مرور ثلاثة أشهر من رفض أو حفظ الطلب السابق،كي لا يتخذها المدين وسيلة لتعطيل الإجراءات ومنع شهر إفلاسه. وفى جميع الأحوال، لا يوقف التقدم بالطلب الآخر(أي طلب يقدم بعد الطلب الأول) طلبى ودعويى شهر الإفلاس والصلح الواقى منه[1]، ويعد هذا الحكم مما أضافه المشرع بتعديل القانون سنة ٢٠٢١.

الطلب المقدم من شركة:

علاوة على البيانات آنفة الذكر، إذا كان الطلب مقدماً من شركة، وجب أن يرفق به، صورة من عقد الشركة ونظامها مصدقاً عليها من مكتب السجل التجارى والوثائق المثبتة بصفة مقدم الطلب وقرار الشركاء أو الجمعية العامة، بطلب إعادة الهيكلة[2] وبيان بأسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسياتهم. ويجب أن تكون تلك الوثائق مؤرخة وموقعة من الطالب. فإذا تعذر تقديم بعضها أو استيفاء بياناتها، وجب أن يدرج فى الطلب الأسباب المؤدية لذلك.

المبحث الثالث

السمات العامة لإجراء إعادة الهيكلة

يتسم إجراء إعادة الهيكلة بالعديد من المزايا، التى تجعله من المتوقع أن يحظى بقبول عام لدى التجار خلال الفترة القادمة، نظراً لما يتميز به من سرعة البت فيه، وأنه من شأنه أن يحقق مصلحة كل من الدائنين والمدين، ويتم تحت إشراف القضاء شأنه كالصلح الواقى إلى غير ذلك كما سنبينه.

---

(١) المادة (٢/١٧، ٣) المعدلة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٤٠.

(١) السرعة النسبية في البت في الطلب:

على خلاف كل من إجرائى الإفلاس والصلح والواقى منه، واللذان قد يستمران مدة طويلة نسبياً بالمقارنة بإجراء إعادة الهيكلة، فقد أوجب المشرع بموجب المادة (٢٠) من القانون، من لجنة إعادة الهيكلة[١]، أن ترفع تقريراً إلى قاضى الإفلاس خلال ستة أشهر من تاريخ تقديم الطلب. على أن يتضمن رأيها، سبب أو أسباب اضطراب أعمال التاجر، كما لو كانت راجعة إلى كثرة بنود المصروفات، أو كانت تعزو إلى سوء التسويق للمنتج، أو عدم كفاءة الجهاز الإدارى للمشروع إلى غير ذلك، ومدى جدوى إعادة الهيكلة من عدمه، وماهية الخطة المقترحة للتغلب على هذه الصعوبات. على أنه يجوز مد هذه المدة بإذن قاضى الإفلاس ستة أشهر أخرى، على أن يتم تنفيذ خطة إعادة الهيكلة فى مدة لا تزيد على خمس سنوات. ويجوز مدها من القاضى بناء على طلب أى من أطراف الخطة أو المعاون لمدة سنتين أخريين شريطة موافقة جميع أطراف الخطة[٢]. ولذا فإنه يصح القول بأن إجراء إعادة الهيكلة، لهو إجراء مؤقت نسبيا بالمدد المحددة له، ويتسم بسرعة إجراءاته خلافاً لكل من الإفلاس والصلح الواقى.

(٢) الإشراف القضائى على إجراءات إعادة الهيكلة:

على غرار كل من الإفلاس والصلح الواقى، عهد المشرع للقضاء بمهمة الإشراف على تلقي وتنفيذ طلب إعادة الهيكلة، حيث يعتمد قاضى

---

(١) المادة (٢٠) من القانون، كما انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٤١؛ د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٤٢.

(٢) المادة (٢٠) معدلة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

الإفلاس خطة إعادة الهيكلة إذا تمت الموافقة عليها من قبل جميع الأطراف[١].
ويعين قاضى الإفلاس معاوناً لمساعدة التاجر إذا رأى موجباً لذلك، من بين الأمناء أو الخبراء المقيدين بجدول خبراء إدارة الإفلاس أو من غيرهم ممن يختاره الأطراف، على أن يحدد أتعابه وفقاً لما اتفق عليه الأطراف، فإذا لم يتسن ذلك وتعذر تحديدها، يحددها القاضى. ولنا على هذا النص ثمة ملحوظة، وهى إشكالية قد تثور حال الخلاف بين المدين والمعاون على بند أو أكثر من بنود خطة إعادة الهيكلة، أو كيفية تنفيذه، وهنا هل يغلب رأى المدين أم المعاون؟ علاوة على ذلك أن أتعاب المعاون ستكون عبئاً على ميزانية خطة إعادة الهيكلة.على أنه حال تعيين المعاون، يقوم بجميع الأعمال التى يقتضيها الغرض من تعيينه ومنها، معاونة التاجر على تقويم وضعه المالى والإدارى، تقديم المشورة والدعم الفنى له، مساعدة التاجر فى التسوية الودية مع دائنيه، إعداد تقرير كل ثلاثة أشهر وعرضه على قاضى الإفلاس والأطراف لإطلاعهم على تقديم سير إجراءات خطة إعادة الهيكلة ومدى التزام التاجر بها[٢].على جانب آخر يبين دور ومهمة القاضي من خلال جواز استبدال المعاون بآخر إما من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أي من أطراف الخطة[٣].

(٣) مراعاة مصلحة كل من الدائنين والمدين:

يتسم إجراء إعادة الهيكلة بأنه من شأنه المحافظة على مصالح كل من المدين والدائنين. فمن ناحية أولى، وإمعاناً من المشرع في حماية المدين، قرر أن يستمر المدين التاجر فى إدارة أمواله طوال فترة إعادة الهيكلة، ويظل

---

(١) المادة (٢١) من القانون.

(٢) المادة (٢٢) من القانون.

(٣) المادة (٢٣) من القانون الجديد.

مسئولاً عما ينشأ عنها من التزامات أو تعاقدات سابقة أو لاحقة لتاريخ اعتماد خطة إعادة الهيكلة بما لا يخالف الخطة[١]. أى بما مؤداه أنه من أهم ما يميز الإجراءات الحديثة التى تعين على إنهاض المشروعات المتعثرة من كبوتها، أن يستمر المدين فى إستغلال متجره ويظل على رأس أعماله دون غل يده عنها طيلة فترة تنفيذ الخطة، وهو ما يساعد على نجاح خطة إعادة الهيكلة باعتباره أدرى من غيره بأموره وبواطن تجارته. كذلك لن يجوز بعد اعتماد خطة إعادة الهيكلة، رفع دعوى بين التاجر وأى من الدائنين الموقعين، تكون متعلقة بتلك الخطة أو السير فيها أو رفع الدعاوى الفردية أو اتخاذ الإجراءات القضائية. وتوقف مدد التقادم المتعلقة بالدعاوى والمطالبات والديون الخاصة بهم[٢]، وذلك فى مجمله لحين انتهاء خطة إعادة الهيكلة، وهو كله من شأنه المحافظة على أموال المدين، وعدم التسابق بين الدائنين بموجب ملاحقات فردية تجاهه. وهو ما قد يؤدي حال إجازته إلى الإضرار به والإخلال بمبدأ المساواة بينهم. أما مصلحة الدائنين، فتبين من خلال أنه لا يجوز للتاجر المدين أن يقوم بأى من التصرفات التى تؤثر على مصالح الدائنين، بما فى ذلك البيع الذى لا علاقة له بممارسة أعماله التجارية المعتادة والتبرع والهبة والاقتراض أو الإقراض أو أى من الأعمال المجانية والكفالات وأى رهن أو تأمين أو أى من الأعمال المماثلة، بما يخالف خطة إعادة الهيكلة[٣].

(٤) جواز حصول المدين على تمويل للمشروع فى خطة إعادة الهيكلة:

تنص المادة (٢٠ مكرر) على أنه يجوز أن تتضمن خطة إعادة الهيكلة

---

(١) المادة (٢٤) من القانون.

(٢) المادة (٢٩) من القانون.

(٣) المادة (٢٥) من القانون.كما راجع:د.رشا مصطفى أبو الغيط. ص٤٠

حصول المدين على تمويل للمشروع من إحدى الجهات المرخص لها بمزاولة نشاط تقديم تمويلات أو تسهيلات ائتمانية وفقاً للقانون، حتى ولو كانت ضمن الدائنين. على أن ينص فى الخطة على مبلغ التمويل الذى يتم الحصول عليه، ومدته، والفوائد (العوائد) المستحقة عليه، وطريقة السداد، والجهة التى تقوم بالتمويل، سواء أكانت من ضمن الدائنين أم غيرهم. وعلى فرض فشل خطة إعادة الهيكلة، وترتب على ذلك شهر إفلاس المدين، تستوفى الجهة مقدمة التمويل حقوقها بمقدار تمويلها قبل استيفاء المبالغ المستحقة من غرامات جنائية أو ضرائب أو رسوم أو تأمينات اجتماعية، على أن يكون بعد استيفاء الدائنين أصحاب التأمينات العينية حقوقهم المقررة على أموال المدين. ومع ذلك يجوز للجهة مقدمة التمويل الاتفاق معهم على منحها الأولوية عليهم فى استيفاء الديون الخاصة بها.

المبحث الرابع
حفظ طلب إعادة الهيكلة وإنهاء الخطة

أولاً: حفظ طلب إعادة الهيكلة:

يأمر قاضى الإفلاس وفقاً للمادة(٢٧) بحفظ طلب إعادة الهيكلة فى الأحوال التالية:

أ-إذا تعذر الاتفاق على خطة إعادة الهيكلة. كما لو حدث خلاف بين المدين والدائنين على أحد بنود الاتفاق فى – مثلاً- مصادر التمويل، أو زيادة التدفقات النقدية، أو إعادة الهيكلة الإدارية، فيكون ذلك مبرراً لحفظ الطلب.

ب-إذا لم يرفق التاجر بطلبه المعلومات أو المستندات المبينة سلفاً أو التى كلف بتقديمها خلال الأجل الذى حدد لذلك.

ج-إذا لم يقم التاجر بسداد التكاليف والمصروفات اللازمة لإجراءات إعادة

الهيكلة، ومن بينها أتعاب المعاون، أو إذا تبين أن موجوداته التى يتملكها لا تكفى لسدادها.

د-زوال الأسباب التى دعت التاجر إلى التقدم بطلب إعادة الهيكلة. كما لو كان قد تقدم بطلب إعادة الهيكلة فى وقت كان يعانى فيه من أزمة مالية ثم زالت لوجود مصادر تمويل، أو لتحصيل ديون كانت بمثابة ديوناً معدومة، فيكون المبرر لتقديم طلب إعادة الهيكل قد زال.

ه-إذا كانت إجراءات إعادة الهيكلة غير ملائمة للتاجر استناداً إلى البيانات والمستندات المقدمة مع الطلب أو استناداً إلى التقرير الذى تعده لجنة إعادة الهيكلة.

و-إذا لم يتفق جميع الورثة والموصى إليهم على إعادة الهيكلة، وذلك حال وفاة المدين وحدث خلاف بين الورثة على تقديم الطلب.

ثانياً: إنهاء خطة إعادة الهيكلة:

وفقاً للمادة (٢٨) من القانون، ينهى القاضى خطة إعادة الهيكلة بانتهاء تنفيذها، كما لو قام المدين بتنفيذ بنودها وفقا لما تم الأتفاق عليه بينه وبين الدائنين الموقعين عليها ،وهو ما يأمل إليه جميع الأطراف الموقعة، أو إذا تعذر عليه ذلك لسبب أو لآخر، كما لو لم يتسن له الحصول على التمويلات المقترحة لرفض الجهات المانحة للإئتمان ذلك، أو الإخلال بها لأى سبب من الأسباب، بناء على طلب أى من أطرافها الدائنين[١].

---

(١) راجع فى هذا الشأن. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٤٤٥؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٤٥.

الباب الثانى
الصلح الواقى من الإفلاس

تمهيد وتقسيم:

منذ صدور قانون التجارة القديم لسنة ١٨٨٣، وكان الحكم بشهر إفلاس التاجر الذى توقف عن دفع ديونه، هو المصير الحتمى للمشروع، دون النظر إلى ما إذا كان التاجر حسن أم سيء النية، أو أسباب توقفه أو ظروفه. مما كان يترتب عليه حتمية شهر الإفلاس لمجرد اضطراب وتعثر المدين فى تجارته.

بيد أنه وعلى أثر ظهور الأزمات المالية العالمية المتلاحقة، وإعلان الكثير من الشركات والمشروعات ودون أى سبب يعزو إليها، عن إفلاسها، بدا من الواضح للمشرع المصري، ضرورة تبنى الاتجاهات السائدة - آنذاك - وعلى غرار التشريعات المقارنة، وما يعرف بنظام الصلح الواقى من الإفلاس لمساعدة المشروعات المتعثرة على النهوض مما لحق بها وإقالتها من عثراتها. وهو ما استجاب إليه بمقتضى القانون رقم ٥٦ لسنة ١٩٤٥[١]، ثم أفرد للصلح الواقى من الإفلاس الفصل التاسع من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ [٢]، وكان يكمن ذلك فى ضرورة التفرقة بين التاجر حسن النية والتاجر سيء النية. وبصدور القانون الجديد لإعادة الهيكلة والصلح الواقى والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، فقد خصص المشرع المواد من (٣٠) إلى

---

(١) انظر د. أمين بدر: الصلح الواقى من التفليس فى التشريع المصرى، رسالة دكتوراه، ١٩٤٥، ص٢٣. د. محمود مختار بريرى، مرجع سابق، ص٢٤٣؛ راجع أيضًا مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية...، ص٩٧.

(٢) حيث كانت تنص عليه المادة(٧٢٥) من القانون المذكور .وحددت شروطه بعدم ارتكاب مقدمه أي غش أو خطا، واضطراب أعمال التاجر اضطرابا من شأنه أن يؤدي إلى توقفه عن الدفع.

(٧٤) للصلح من حيث شروطه وإجراءاته حتى قفله[١]. وهو ما نتعرض له على النحو التالى:

الفصل الأول: شرط طلب الصلح الواقى من الإفلاس.

الفصل الثانى: إجراءات طلب الصلح الواقى من الإفلاس.

الفصل الثالث: الآثار المترتبة على الأمر بافتتاح إجراءات الصلح.

الفصل الرابع: انقضاء الصلح الواقى من الإفلاس.

---

(١) وقد عرفت المادة (١) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١ والمعدل للقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ الصلح الواقى، بأنه إجراء لتوقى إشهار إفلاس المدين حسن النية. وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأن هذف الصلح هو تمكين المدين حسن النية من تجنب شهر افلاسه، بمقتضى اتفاق مع أغلبية الدائنين تحت إشراف القضاء: الطعن رقم ٩٤٣٤ لسنة٨٢ق، جلسة ٢٠١٦/١/١٠.

الفصل الأول

شروط طلب الصلح الواقى من الإفلاس

يشترط لتوصل التاجر إلى صلح واق يقى به نفسه من الإفلاس، أن يكون تاجراً، قد تعرض للاضطراب المالى، وألا يكون قد شابت تصرفاته أى غش أو خطأ.وهو ما نقوم ببيانه على النحو التالي:

(١) توفر صفة التاجر:

ولما كان الإفلاس هو نظام خاص بالتجار وحدهم، فإنه من الطبيعى ألا يطلب الصلح للوقاية منه، إلا كل شخص يتمتع بصفة التاجر. والأخير هو كل من يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً، وكل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى القوانين المتعلقة بالشركات أيًا كان الغرض الذى أنشئت من أجله[١]. ويتعين أن يكون رأس ماله المستثمر فى التجار لا يقل عن عشرين ألف جنيه، وعليه لا يقبل طلب الصلح المقدم من تاجر غير ملزم بمسك الدفاتر التجارية[٢]، باعتبار أن الاعفاء من مسك الأخيرة هو يكون

---

(١) المادة (١٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. كما راجع: د. محمد فريد العرينى ود. هانى دويدار: مبادئ قانون المشروع الاقتصادى. دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠١، ص٢٣٩؛ د. محمود سمير الشرقاوى القانون التجارى، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص١٢٨؛ د. محمود مختار بريرى: قانون المعاملات التجارية، الجزء الأول، دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص١٢٣.

(٢) الطعنان رقما ٥٩٧، ٦٦٣ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠٠٧/٤/١٠، انظر المستحدث لأحكام محكمة النقض من أكتوبر إلى سبتمبر ٢٠٠٧، ص١٧. كما انظر أيضًا د. مسعود يونس عطوان: إنهاض المشروعات المتعثرة ووقايتها من الإفلاس، رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة، ٢٠٠٨، ص١٧٥؛ د. محمد فريد العرينى ود. هانى دويدار، مرجع سابق، ص٤١٧.

للتاجر الذي يقل رأسماله عن هذا المبلغ المذكور.ومن المسلم به أن تثبت صفة التاجر بكافة طرق الإثبات، كالبينة وشهادة الشهود والقرائن وغيرها. ويتمتع قاضى الموضوع بحرية واسعة فى تقدير هذه الأدلة، كما تفترض صفة التاجر فيما ينتحلها بالإعلان عنها فى الصحف أو فى منشورات أو غيرها، على أنه يجوز نفى هذه القرينة بإثبات أن من انتحل الصفة المذكورة لم يزاول التجارة بالفعل.وقد اقتضى المشرع، وعلاوة على كونه تاجراً، أن يكون قد زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم الطلب، وقام خلال هذه المدة بما تفرضه عليه الأحكام الخاصة بالسجل التجارى والدفاتر التجارية[1]. يترتب على ذلك أن التاجر المبتدئ الذى لم يزاول التجارة لمدة سنتين سابقتين على تقديم طلب الصلح، والذى توقف عن الدفع أو اضطربت أعماله، لا يستحق مد يد العون إليه، وذلك مرده أن المشرع قد نظر إلى الصلح الواقى، على أنه ميزة لا يستحق أن يستفيد منها، الأشخاص الذين يستجدون على التجارة، ولم يصمدوا أمام العثرات. أو كما يقول البعض[2]، لا

---

(١) المادة (٣١/أ، ج) معدلة بالقانون ١١ لسنة ٢٠٢١، والمادة ٣٦ مكرراً على نقيض ما كان ينص عليه قانون التجارة القديم لسنة ١٨٨٣، واقتضاء مدة ثلاث سنوات سابقة على تقديم الطلب. راجع فى هذا الشأن. د. محمود مختار بريرى، مرجع سابق، ص٢٤٤؛ د. فايز نعيم رضوان: القانون التجارى، الطبعة الرابعة، دار النهضة العربية، ٢٠٠٢-٢٠٠٣، ص١١٠٣؛ د. على جمال الدين: الإفلاس فى قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص٤٧٦؛ د. محسن شفيق: الوسيط فى القانون التجارى المصرى - الإفلاس والصلح الواقى منه - عمليات البنوك، الطبعة الثانية، ١٩٥٥، ص٣٢٧؛ د. ناجى عبدالمؤمن: القانون التجارى - الإفلاس والصلح الواقى منه، ٢٠١٦، ص٢٩.

(٢) محمد صالح مشار إليه فى مؤلف د. على سيد قاسم: قانون الأعمال، الإفلاس ووسائل حماية المشروعات المتعثرة، ص٣٥١.

يمنح الصلح لأول قادم بل يجب أن يكون له فى ميدان الأعمال قدم ثابت.

وفى الواقع أننا ننتقد اقتضاء المشرع لتقديم طلب الصلح، بممارسة التجارة لمدة سنتين سابقتين على تقديمه له، ففكرة الصلح إنما هى رهن كما يقول بعض الفقه[١]، باقتناع القاضى بعد فحص الطلب بمبررات تقديمه، ومادام الأمر كذلك، فلا فرق بين تاجر مبتدئ وتاجر قديم، بل أن الأول قد يكون أحوج إلى الأخذ بيده، فالتعثر مع بداية النشاط، قد يعزو إلى قصور فى خبرته التجارية أو لظروف قهرية، كما هو نحن الآن وعلى أثر ظروف كورونا وإجراءات الغلق أو تحديد مواعيد فتح المحال التجارية، أو توقف بعض الأنشطة مؤقتاً، أو انهيار قطاع معين من الأنشطة التجارية، مما يفضى إلى اضطراب مركز التاجر المالى، لثمة ظروف خارجة عن إرادته، أو تأثراً بالأحداث العالمية كما في حالة الحرب بين روسيا وأكرانيا. فالصلح مزية يكمن المقصد منها الوقوف بجانب التاجر حسن النية سئ الحظ، وأنه ليست هناك مصلحة فى حرمان التاجر المبتدئ من طلب هذا الصلح متى توافرت شروطه.وعلاوة على مدة السنتين المذكورتين[٢]، وكما قلنا سلفاً، يجب أن يقوم بتنفيذ ما تفرضه عليه أحكام السجل التجارى والدفاتر التجارية. بحيث إذا ثبت إخلاله بأيًا من هذه الالتزامات، فلا تملك المحكمة إزاء ذلك إلا رفض طلب الصلح المقدم إليها[٣].مع مراعاة أن طلب الصلح الواقى من الإفلاس ولئن كان بحسب الأصل حق ذو طابع شخصى، وهو أمر متروك لتقدير التاجر المدين

---

(١) د. محمود مختار بريرى. قانون المعاملات التجارية، ٢٠٠٨، ص٦٣. كما راجع ذات رأينا والذى سبق وأن قلنا به فى مؤلفنا. الطرق الودية والقضائية...، ص١٠٠.

(٢) المادة (٣١) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ والمعدلة بالقانون ١١ لسنة ٢٠٢١.

(٣) د. فايز نعيم رضوان: مرجع سابق، ص١١٠٤.

نفسه. إلا أن المشرع قد أجاز لأحد الدائنين وفقا للمادة(٣٦مكرر) تقدمه به.

- طلب الصلح المقدم من شركة[١]:

كما أسلفنا القول إن لفظ التاجر يشمل كل من التاجر الطبيعى، والشركات كأشخاص اعتبارية. ومن ثم لا يوجد ما يمنع من تقديم طلب الصلح من شركة عن طريق الممثل القانونى لها. وكل الشركات يحق لها طلب الصلح الواقى بما فيها شركة الشخص الواحد، ما عدا شركة المحاصة بإعتبارها شركة خفية لا وجود لها قانونا، وتفتقد للشخصية الاعتبارية. على أنه يتعين لقبول الطلب، الحصول على إذن بطلب الصلح من أغلبية الشركاء[٢] أو من الجمعية العامة حسب نوع الشركة[٣].

طلب الصلح من الورثة أو الموصى لهم:

وفقاً للمادة (٣٢) من القانون، لمن آل إليهم المتجر بطريق الإرث أو الوصية أن يتقدموا بطلب الصلح الواقى، إذ قرروا الاستمرار فى التجارة، وهو فرض يقوم على وفاة التاجر وآيلولة المتجر إلى ورثته، أو نهوض التاجر بتحرير وصية لشخص أو عدة أشخاص، وهنا لكليهما إما تصفية التجارة أو الاستمرار فيها، وفى هذه الحالة الأخيرة، يكون لهم التقدم بطلب الصلح الواقى من الإفلاس، متى كانت ظروف التجارة مضطربة، وتوفرت فى التاجر قبل وفاته شروط الطلب. بيد أنه يشترط أن يطلب الورثة أو الموصى إليهم

---

(١) د. حسين الماحى: الإفلاس، ٢٠١٧، ص٣٣.

(٢) كما فى شركتى التضامن والتوصية البسيطة:

(٣) كما فى شركتى المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة. راجع فى ذلك مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية...، ص٩٩. وانظر المادة (٣١/ب) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ والمعدل لسنة ٢٠٢١.

بالمتجر أو التجارة، الصلح خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة[1]. وهى مدة قدرها المشرع كى يصل الورثة أو الموصى لهم، لقرار فى مدى الاستمرار فى التجارة من عدمه، وعليه مدى التقدم بطلب الصلح أم لا. وقد واجه المشرع فرضاً ليس نادراً، وهو إذا لم يتفق الورثة أو الموصى إليهم جميعًا على طلب الصلح، كما لو وافق بعضهم على الاستمرار فى التجارة أو على التقدم بطلب الصالح، على نقيض البعض الآخر منهم الذى رفض طلب الصلح. وهنا إزاء هذا الفرض، قررت المادة (٣٢) من القانون ذاته، أنه يجب على المحكمة أن تسمع أقوال من عارض منهم فى طلب الصلح ثم تفصل فيه وفقاً لمصلحة ذوى الشأن، أي حسب ما تراه صالحا للاطراف.

حالات لا يجوز فيها طلب الصلح الواقى من الإفلاس:

تماشياً مع ما سبق ذكره، ولذات العلة فى إجراء إعادة الهيكلة، لا يجوز للتاجر المعتزل طلب الصلح الواقى أو التاجر الذى لجأ إلى الفرار[2]، فالتاجر المعتزل أو الذى فر، قد قرر بإرادته عدم رغبته فى الاستمرار فى التجارة، ولما كان الصلح الواقى، قد تقرر لتمكينه من الاستمرار فى نشاطه والخروج من عثرته التى ألمت به، فتكون الغاية قد انعدمت من الإجازة له بطلب الصلح، حال ما إذا قرر الاعتزال. كذلك قررت الفقرة الأخيرة من المادة (٣٠) عدم أحقية الشركة، وهى فى مرحلة التصفية من طلب الصلح، باعتبار أن الأخير قد تقرر للنهوض بالشركة مرة أخرى ومحاولة إقالتها من عثرتها، ومتابعة نشاطها، وهو ما ينتفى مع دخول الشركة فى دور التصفية الذى يتبعه

---

(١) وهذه المدة هى مدة سقوط، يترتب على انقضاءها حتمية الحكم بعدم قبول الطلب شكلاً. انظر د. مختار بريرى: قانون المعاملات، ١٩٩٣، ص٢٤٦.

(٢) المادة (٣٨/ج) من القانون الجديد.

انقضاءها وحلها وتوزيع صافي أصولها على الشركاء أو المساهمين. وإن كنا نرى أنه لا يوجد ما يمنع من قبول طلب الصلح إذا استجد ما يعين على قبول الطلب، ولم يكن قد تم البدء في توزيع موجوداتها على الشركاء والمساهمين[1]، فقد تنهض الشركة من عثرتها، ويكون بمقدورها مواصلة النشاط، مما يرجع بالفائدة على دائنيها، بدلاً من تصفيتها وقسمة أموالها قسمة غرماء عليهم، ولا سيما مع مراعاة الطابع الاجتماعي، وأن قبول طلب الصلح، يفضي إلى بقاء الشركة واستمرارها في مزاولة نشاطها، وهو ما يؤدى إلى بقاء العمال في عملهم، ويعين على النهوض بالاقتصاد الوطني، وخاصة للشركات الكبرى، وبالأخص في ظل الظروف الراهنة وانتشار فيروس كورونا المستجد، واضطراب المركز المالي للعديد من الشركات.

(٢) اضطراب المركز المالي للتاجر:

للتاجر الذى اضطربت أعماله المالية اضطراباً من شأنه أن يؤدى إلى توقفه عن الدفع، أحقية طلب الصلح الواقى. وهو أمر يقصد منه المشرع، إنقاذ التاجر الحريص، وفتح باب النجاة أمامه لمجرد استشعاره باضطراب أحواله المالية، ولاسيما إذا توفرت عدة دلائل على ذلك، كتحرير عدة أوراق احتجاج ضده لعدم وفاء قيمة بعض الأوراق التجارية، أوعدم قدرته على سداد مستحقات العمال، أو لجوئه إلى بيع أصول المشروع إلى غير ذلك. على أن الاضطراب العارض أو المؤقت في أعمال التاجر إذا كان مازال قادراً على

---

(١) وهو ما يستلزم صدور قرار من الجهة المختصة بالشركة بالعدول عن قرار التصفية، وتقديم طلب الصلح الواقى من الإفلاس.

أداء ديونه الحالة، لا يبرر طلب الصلح الواقى من الإفلاس[1]، مادام لديه القدرة على التغلب على هذه الصعوبات المالية.ويخضع تقدير توافر هذه الحالة لقاضى الموضوع، ولا رقابة عليه من محكمة النقض، طالما كان ما انتهى إليه متسقاً مع الوقائع المطروحة أمامه.

يبد أن المشرع المصرى لم يقصر الحق فى طلب الصلح الواقى من الإفلاس على المدين الذى اضطربت أعماله فحسب، وإنما أجاز - أيضًا - للمدين المتوقف عن الدفع، ذلك المدين الذى تجاوز مجرد الاضطراب والتعثر المالى ووصل لمرحلة التوقف عن الدفع، شريطة أن يتقدم بطلب الصلح خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التوقف عن الدفع[2]. وهو مسلك محمود للمشرع، إذ بذلك قد أتاح الفرصة للمدين، أن ينهض من كبوته حتى ولو توقف عن الدفع، حفاظاً على حقوق الدائنين والعمال، بل قد تمادى فى تلك الحماية، إلى الحد الذى أجاز فيه طلب الصلح ولو رفع أحد الدائنين دعوى شهر الإفلاس. ومن ثم إذا قُدم إلى المحكمة طلب بشهر الإفلاس وطلب آخر بالصلح الواقى

---

(١) د. محسن شفيق: مرجع سابق، ص٣٢٩؛ د. سميحة القليوبى: الموجز فى أحكام الإفلاس، ٢٠٠٣، ص٧٠؛ د. مسعود يونس عطوان: مرجع سابق، ١٨٤؛ د. محمد فريد العرينى ود. هانى دويدار: مرجع سابق، ص٤٢٥.

(٢) وهو ما تنص عليه المادة (٣٠/ب) من القانون بنصها "وللتاجر الذى توقف عن دفع ديونه ولو طلب شهر إفلاسه، أن يطلب الصلح الواقى من الإفلاس إذا توافرت فيه الشروط...، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقفه عن الدفع" وهو ذات ما كانت تنص عليه المادة (٧٢٥) من قانون التجارة قبل إلغاء باب الإفلاس.و قد قضت محكمة النقض بأن التوقف عن الدفع في الصلح هو ذاته في باب الإفلاس، والذي ينبىء عن مركز مالي مضطرب: الطعن رقم ٣٩٩ لسنة ٢٢،جلسة١٩٥٦/٣/٢٩، المكتب الفني،٧- ص٤٣٥.

من الإفلاس، فلا يجوز الفصل فى طلب شهر الإفلاس إلا بعد الفصل فى طلب الصلح[١].وسواء كان الطلب سابقاً على رفع دعوى الإفلاس أو لاحقاً لها.

على أن المشرع قد تنبه إلى أنه قد يتقدم المدين بطلب آخر للصلح بعد رفض الطلب الأول لضياع الوقت، فقرر فى المادة (٢/٣٤) بعد تعديلها، بأنه لا يترتب على التقدم بطلب آخر للصلح وقف طلب أو دعوى شهر الإفلاس.ولم يتبن المشرع ما كان سائداً قديماً وحتمية أن يكون الاضطراب المالى أثر ظروف لم يتوقعها المدين ولم يستطع تجنبها[٢]. ومن ثم يكون البت فى هذا الأمر من اختصاص قاضى الموضوع، الذى له قبول طلب الصلح إذا توفرت شروطه، سواء أكان الاضطراب المالى ناجماً عن قوة قاهرة أم وقائع عادية تعرض لها المدين.

يتبين مما تقدم كله أن طلب المدين للصلح الواقى يظل له حتى قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس، وفى هذه الحالة لم يصبح للصلح معنى. كما لا يرد صلح على صلح، وهو ما أكدته المادة (٣٣)، وأنه لا يجوز للمدين أثناء تنفيذ الصلح الواقى أو إعادة الهيكلة، أن يطلب صلحاً آخر، كى لا يكون الصلح وسيلة سهلة فى يد المدين للتنصل من سداد ديونه وضياع الوقت. كل ما يجوز للمدين أنه إذا رفضت المحكمة طلب الصلح، فله أن يتقدم بطلب صلح جديد إذا توفرت شروطه، وإلا كان مصيره الرفض كسابقه.

---

(١) المادة (٣٤) من القانون الجديد. وراجع فى هذا الشأن الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٧٠/٣/١٩، مجموعة النقض، السنة ٢١، العدد الأول ١٩٧٠، ص٤٦٦. الطعن رقم ٣٩٥ لسنة٣٥ ق،جلسة ١٩٧٠/٣/١٩،مكتب فني ٢١، ص٤٦٦،

(٢) راجع مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية، ص١٠٣.

(٣) انتفاء غش وخطأ التاجر:

يشترط - أخيراً - لإمكانية طلب الصلح الواقى من الإفلاس، حتمية انتفاء غش أو خطأ التاجر، وذلك لأنه ولما كان يهدف المشرع إلى مد يد العون للتاجر الذى لا يشارك لا بموجب أفعال عمدية ولا بأى إهمال أو تقصير فى إدراكه لهذه المرحلة، فإنه لا يستفيد من الصلح الواقى، التاجر سئ النية أو التاجر المنحرف الذى لم يراع أصول الأمانة والشرف فى تعاملاته. فقد أرسى المشرع هذا الطريق للنجاة فحسب للتاجر حسن النية سئ الحظ الذى يراعى قواعد النزاهة والأمانة والأصول التجارية القويمة.وفى الواقع، لم يحدد المشرع المصرى ثمة تصرفات معينة تحول دون طلب التاجر الصلح الواقى، وإنما جاء النص عاماً فضفاضاً، مما يسع لمحكمة الموضوع تقدير الحالة المعروضة.

وعلى أية حال تفترض فكرة الغش وجود أعمال احتيالية أو تصرفات خادعة أو تقديم بيانات مضللة وكاذبة بقصد خلق ائتمان أو وضع زائف غير حقيقى[١]. تطبيقاً لذلك، لا يكون للتاجر الذى أخفى جزءاً من أمواله أو أصوله وأوهم دائنيه بكفاية الضمانات المقدمة لهم، أن يطلب الصلح الواقى. أو الذى دائماً ما يحط من بضائع الآخرين ويشهر بهم مخالفاً بذلك قانون المنافسة، أو الذى يسلك بصفة مستمرة طريق التهرب الضريبى مما يتح له خفض أسعار السلع والبضائع التي يقدمها والإخلال بقواعد المنافسة، أو الذي يستدين بفائدة

---

(١) انظر د. أسيل حامد خليفة: مرجع سابق، ص١٤٠.

وعائد كبير[1]، أو يلجأ للقروض بصفة دائمة إلى نحو ذلك. لذا يكون للقاضى أن يستعين بأى تصرف أو سلوك شخصى أو مهنى يقترفه التاجر، مما يستدل منه على الخطأ أو سوء النية من ناحيته. كي يكون سنداً له في رفض الطلب المقدم من المدين.

---

(١) راجع للمزيد د. حسين الماحى: الإفلاس، مرجع سابق، ص٣٤-٣٥؛ د. على سيد قاسم: قانون الأعمال - الإفلاس، ص٣٥٥. كما انظر في القضاء: الطعن رقم ٩٠٩٧ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠١٥/٣/٢٦.

الفصل الثانى

إجراءات طلب الصلح الواقى من الإفلاس

يمر الصلح الواقى من الإفلاس بعدة إجراءات تستهل بتقديم طلب إلى رئيس إدارة الإفلاس، وتخول المحكمة التى تنظر طلب الصلح فى أن تأمر باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين لحين الفصل فى الطلب. كما يجوز للمحكمة رفض الطلب فى حالات محددة، أو بقبول الطلب إذا توفرت شروطه، مع إمكانية افتتاح إجراءات الصلح إلى نحو ذلك مما يمر به الصلح من إجراءات كما سنرى.

- طلب الصلح:

من البديهى أن يقدم طلب الصلح من المدين التاجر باعتباره صاحب الصفة الأولى والمصلحة فى التوصل إلى صلح واق له من الإفلاس[١]، إلى رئيس إدارة الإفلاس بالمحكمة المختصة[٢]. وهى وفقاً للمادة (١) من القانون، الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية المختصة بنظر الدعاوى والمنازعات الناشئة عن تطبيق القانون، ويبين فى الطلب، أسباب اضطراب الأعمال والمقترحات المقدمة لتنفيذ الصلح، والضمانات اللازمة لحسن تنفيذه.

أى بما مؤداه أن على المدين ليس فحسب التقدم بالطلب شكلاً إلى المحكمة المذكورة، وإنما الأهم عليه بيان ماهية الأسباب التى أفضت به إلى هذه المرحلة من الاضطراب المالى، سواء كانت أسباب مالية، ومنها - مثلاً -

---

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٤٤.

(٢) المادة (٣٥) والمعدلة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١. وقد كان فى ظل قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وبمقتضى المادة (٧٣٠) تجارة، يقدم إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة بشهر الإفلاس.

عدم التوازن بين استثمارات المشروع ورأس ماله، الأمر الذى أفضى إلى اللجوء للاقتراض لتغطية النقص فى السيولة المالية وبعوائد باهظة، أو ارتفاع قيمة المصاريف الإدارية الناتجة عن ارتفاع الأجور بسبب تضخم الجهاز الإدارى. أو كانت تعزو إلى أسباب إدارية، كعدم كفاءة الجهاز الإدارى بالمشروع، وعدم وجود نظام محاسبى سليم وكفء، أو انعدام قواعد الحوكمة وغياب رقابة الأداء، أو ضعف الرقابة على النشاط التجارى إلى نحو ذلك من أسباب ومبررات[1].كذلك يتعين على المدين بيان المقترحات والضمانات المقدمة لضمان تنفيذ الصلح، ومنها - مثلاً - بيان مصادر التمويل، أوجه إصلاح الجهاز الإدارى، التدفقات النقدية المتوقعة، اتخاذ إجراءات معينة لإحكام الرقابة، التوصل إلى اتفاق مع المقرضين على تخفيض نسبة العائد على القروض إلى نحو ذلك، ومقترح تقسيم الدائنين إلى فئات وفقاً لطبيعة الدين، ونوعه، وجهة التمويل، ومدته، وكيفية تنفيذ هذه المقترحات.

بيد أن المادة (٣٦ مكرراً) والمضافة بمقتضى القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، قد أجازت لكل دائن بدين تجارى خال من النزاع، أن يتقدم بطلب الصلح الواقى من الإفلاس مع مدينه، ما لم يكن هناك طلب أو دعوى شهر إفلاس أو دعوى صلح واق منه، ففى هذه الحالة لا يجوز التقدم بالطلب.

---

(١) راجع للمزيد من هذه الأسباب: مؤلفنا الطرق الودية والقضائية، ص٢٩-٣١؛ د. جمال محمود عبدالعزيز: مسئولية البنك فى حالة إفلاس العميل على ضوء القانونين المصرى والفرنسى، دار النهضة العربية، ص٤٣؛ د. حسين فتحى: مرجع سابق، ص٩١؛ عبدالحميد عبدالله عرفه: التنظيم القانونى لإنهاض المشروعات المتعثرة وإفلاسها، رسالة ماجستير، طنطا، ٢٠٠٤، ص١٤؛ سامى محمد الخرابشة: النظام القانونى لإعادة هيكلة الشركات المساهمة المتعثرة فى القانون الأردنى، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة مؤتة، ٢٠٠٤، ص٢٩.

ويلزم الدائن فى هذا الفرض ووقت تقديم طلب الصلح، بإرفاق سند المديونية ومقترحات الصلح والمستندات المبينة بالبنود (ب، ج، د، ح، ط، ى) من المادة (٣٦) كما سنرى من هذا القانون. فإذا تعذر تقديم بعضها، وجب أن يتضمن الطلب أسباب ذلك، ولقاضى الإفلاس أن يصرح له خلال مدة يحددها، بتقديم تلك المستندات أو أية مستندات إضافية يراها لازمة.

- المستندات المرفقة بطلب الصلح:

اقتضت المادة (٣٦) من القانون، من المدين إرفاق بعض المستندات بالطلب، ومنها:

أ- الوثاق المؤيدة للبيانات المذكورة فيه. كما لو صدر قرار من جماعة الشركاء أو الجمعية العامة فى الشركة، بإصلاحات جوهرية أو بتخفيض رواتب الموظفين، أو بتغيير الإدارة، فهنا يلزم تقديم المستندات المؤيدة لذلك. أو أى مستند يبرهن صحة ما ورد فى الطلب من بيانات.

ب- شهادة من مكتب السجل التجارى تثبت قيام التاجر بما تفرضه الأحكام الخاصة بالسجل التجارى خلال السنتين السابقتين على طلب الصلح.

ج- شهادة من الغرفة التجارية تفيد بمزاولة التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على طلب الصلح.

د- صورة من الميزانية وحساب الأرباح والخسائر عن السنتين السابقتين على طلب الصلح.

ه- بيان إجمالى بالمصروفات الشخصية فى السنتين السابقتين على طلب الصلح، عدا الطلب المقدم من إحدى شركات المساهمة. وتبدو العلة من هذا البيان، كى يتبين للقاضى مدى الإسراف من قبل التاجر فى

المسحوبات الشخصية فى خلال السنتين السابقتين على طلب الصلح،ومدى حسن نيته من عدمه.

و- بيان تفصيلى بالأموال المنقولة وغير المنقولة وقيمتها التقريبية عند طلب الصلح.

ز- بيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها.

ح- ما يفيد إيداع مبلغ عشرة آلاف جنيه خزينة المحكمة على ذمة مصروفات نشر ما يصدر من أحكام، وذلك لضمان جدية الطلب كى لا يصير تقديم الطلب للحيلولة لمنع شهر الإفلاس.

ط- شهادة بعدم شهر إفلاس التاجر أو تقديم طلب إعادة الهيكلة. وإن كنا نرى أن هذه الشهادة السلبية التى تفيد أيًا من الأمرين، ما كان لها داع، باعتبار أن من يتقدم بالصلح يفترض عدم سبق تقديم طلب إعادة الهيكلة أو لم يتم شهر إفلاسه. ويعد اقتضاؤها تزيداً فى البيانات المطلوبة.

ي- شهادة تفيد عدم تقدمه بطلب صلح واق من قبل، أو تقدمه بطلب سبق رفضه ومرت ثلاث أشهر على ذلك.

أما إذا كان طلب الصلح مقدماً من شركة، فوجب - علاوة على ما سبق - إرفاق صورة من عقد الشركة ونظامها مصدقاً عليها من مكتب السجل التجارى والوثائق المثبتة لصفة مقدم الطلب وصورة من قرار الشركة أو الجمعية العامة بطلب الصلح وبيان بأسماء الشركاء المتضامنين وعناوينهم وجنسياتهم. ويتعين أن تكون تلك الوثائق مؤرخة وموقعة من طالب الصلح،

وإذا تعذر تقديم بعضها أو استيفاء بياناتها، وجب أن يتضمن الطلب أسباب ذلك[1]. وقد خولت المادة (٣٦) القاضى، مكنة إلزامه لمقدم الطلب خلال المدة التى يحددها، أن يقدم مستندات إضافية أو معلومات حول وضعه الاقتصادى والمالى.

- سلطة المحكمة إزاء طلب الصلح:

للمحكمة التى تنظر طلب الصلح، أن تأمر باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموال المدين إلى حين الفصل فى الطلب[2]، كتعيين حارس على مال معين، أو وضع الأختام منعاً للتلاعب، وذلك لمنع المدين من القيام بأى تصرف أو عمل يلحق بموجبه ضرراً بدائنيه.كما أجازت الفقرة الثانية من ذات المادة، للمحكمة أن تتخذ من الإجراءات ما يمكنها من الإلمام والإحاطة بحالة المدين المالية وأسباب اضطرابها.ويكون للمحكمة أن تنظر فى طلب الصلح فى جلسة غير علانية بعد اجتماعها، بالتأكيد مع الأطراف، ويكون ذلك بصفة عاجلة، وتفصل فى الطلب بمقتضى حكم نهائى غير قابل للطعن عليه[3].ولعل الحكمة من هذه الفقرة، من ناحية فى بقاء الصلح فى طى السرية كى لا تتأذى سمعة المدين ويظل الأمر ما بين المدين ودائنيه فحسب. ومن ناحية أخرى وجوب البت فى الطلب بأسرع وقت ممكن، كى تتحدد المرحلة التى تلى قرار المحكمة بالقبول أو الرفض للطلب المقدم، لأنه - فى الغالب - إذا رفضت المحكمة طلب الصلح، فيتجه الدائنون إلى طلب شهر إفلاس

---

(١) راجع فى هذا الصدد. د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٦٠؛ د. سميحة القليوبى، مرجع سابق نص٥٢؛ د. مختار بريرى، مرجع سابق، ط١٩٩٤، ص٢٥١؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٤٣.

(٢) المادة (٣٧) من القانون.

(٣) الفقرة الثالثة من المادة (٣٧) من القانون.

المدين. كذلك كى لا تكون أمام المدين فرصة بين تقديم الطلب والفصل فيه، للتصرف فى أمواله على نحو يضر بالدائنين [1].

- حالات وجوب رفض القاضى لطلب الصلح:

أقرت المادة (٣٨) ثلاث حالات، يتعين حال توفر إحداها، على المحكمة رفض طلب الصلح الواقى من الإفلاس وهى:

١-إذا لم يقدم طالب الصلح الوثائق والبيانات المنصوص عليها فى المادة (٣٦) والتى سبق بياناتها، أو قدمها ناقصة لم يستوف بعضها دون مبرر.

٢-إذا سبق الحكم على التاجر بالإدانة فى إحدى جرائم الإفلاس بالتدليس أو فى جريمة التزوير أو السرقة أو النصب أو خيانة الأمانة أو إصدار شيك بدون مقابل وفاء أو اختلاس الأموال العامة، ما لم يكن قد رد إليه اعتباره. وهو حكم بديهى، ذلك أن من أهم شروط طلب الصلح، حسن نية مقدمه وعدم اقترافه ثمة خطأ أو غش، فى حين أن الحكم عليه بالإدانة فى إحدى هذه الجرائم المذكورة، والتى تتعلق بالشرف والاعتبار، مما يتنافى مع هذا الشرط. إلا إذا رد إليه اعتباره، فيعد الحكم كأن لم يكن، ومعه يسترد المدين اعتباره، ويحق له التقدم بطلب صلح واق من الإفلاس.

٣-إذا اعتزل التجارة أو لجأ إلى الفرار. وهنا تبدو منطقية هذا الحكم، فما هناك داع لطلب الصلح فى الوقت الذى قرر فيه اعتزال التجارة وفقد وصف التاجر، أو فضل الهرب والفرار.

- جواز الحكم على المدين بغرامة حال رفض طلب الصلح:

تمادياً فى التأكيد على ضرورة جدية طلب الصلح الواقى من الإفلاس،

---

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٥٠.

أقر المشرع حال رفض طلب الصلح من المحكمة، أحقيتها فى الحكم على التاجر مقدم الطلب بغرامة لا تقل عن عشرين ألاف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه، إذا تبين لها، أنه تعمد الإيهام باضطراب أعماله أو إحداث الاضطراب فيها[1]. وهو جزاء أقره المشرع فى حق التاجر حال تعمده - والغالب أن يصاحب هذا التعمد، سوء النية - إيهام القاضى باضطراب أعماله على غير الحقيقة، أو تعمد إحداث الاضطراب فيها، بغية الإضرار بدائنيه.

- قبول المحكمة طلب الصلح:

إذا قضت المحكمة بقبول طلب الصلح الواقى، وجب عليها أن تأمر بافتتاح الإجراءات، على أنه يلزم أن يتضمن الحكم، ندب أحد قضاة الصلح بالمحكمة للإشراف على إجراءاته، وتعيين أمين أو أكثر لمباشرة إجراءات الصلح ومتابعتها.وهو ندب وتعيين ملزم كى يقوم كل منهما بمهامه الموكولة له، فيقوم قاضى الصلح بالإشراف على إجراءات الصلح والتأكد من قيام المدين بتنفيذ التزاماته، ويقوم أمين الصلح بمتابعة مباشرة الإجراءات بين طالب الصلح والدائنين[2]. كما يجب أن يتضمن الحكم، ندب خبير أو أكثر من الخبراء المثمنين المقيدين بجدول خبراء الإفلاس تكون مهمته تقييم أصول المدين، على أن يودع تقريراً بنتيجة أعماله أمام قاضى الصلح خلال ثلاثين يوماً من تاريخ افتتاح الإجراءات. ويجوز للمحكمة أن تأمر فى حكم افتتاح إجراءات الصلح، بأن يودع المدين مقدم الصلح خزانة المحكمة أمانة فى شكل

---

(١) المادة (٣٩) من القانون. وهى ما كانت تقابلها المادة ٧٣٣ من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ قبل إلغاء الباب الخاص بالإفلاس. انظر د. فايز نعيم رضوان: مرجع سابق، ص١١١٤؛ د. محمود مختار بريرى: الإفلاس، ٢٠٠٨، ص٧٥.

(٢) انظر التعريفات الواردة بالمادة (١) من القانون.

مبلغ نقدى، وذلك لمواجهة مصاريف الإجراءات التى تنفق فى سبيل إتمام إجراءات الصلح[1].وقد خول المشرع المحكمة إلغاء إجراءات الصلح أو وقفها، حال ما لم يودع المدين الأمانة فى الميعاد الذى عينته. وهو حكم تهديدى، قرره المشرع لإجبار المدين على سرعة إيداع الأمانة، مما يعين على سرعة تنفيذ بنود الصلح الواقى.

تعيين كل من قاضى وأمين الصلح:

كما سبق القول إن المحكمة حال ما إذا قررت قبول طلب الصلح، عليها ندب قاضى وتعيين أمين صلح أو أكثر، وندب خبير أو أكثر من الخبراء المثمنين بجدول خبراء الإفلاس.وهو ما نبينه:

١- قاضى الصلح:

عرفته المادة (١) من القانون، بأنه القاضى المعين لمباشرة إجراءات الصلح الواقى من الإفلاس. ولذا يكون له مراقبة تنفيذ الصلح وملاحظة إجراءاته، واتخاذ كل ما من شأنه للمحافظة على مال المدين.وعلى قاضى الصلح فور صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح، قفل دفاتر المدين ووضع توقيعه عليها[2]، كى لا يقوم المدين طالب الصلح بالتلاعب فيها أو تغيير أى بيانات مدونة بها، للإضرار بدائنيه.ولم يرغب المشرع فى تحصين القرارات الصادرة من قاضى الصلح، فأجاز الطعن عليها بمقتضى صحيفة دعوى تودع قلم كتاب المحكمة وتعلن لذوى الشأن، ومنهم المدين والدائنين، خلال عشرة أيام من تاريخ إيداع القرار[3].

---

(١) المادة (٤٠) من القانون.

(٢) المادة (٤٥) من القانون.

(٣) المادة (٤٢) من القانون ؛ انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٦٤.

وتقوم المحكمة بنظر الطعن فى أول جلسة على ألا يشترك قاضى الصلح فى نظر هذا الطعن توافقاً مع مبادئ قانون المرافعات، ونظر الطعن أمام جهة أخرى أو قاض آخر غير من أصدر الحكم. ويكون الحكم الصادر فيه نهائياً.

ومن أهم الآثار القانونية التى تترتب على الطعن، وقف تنفيذ القرار الصادر من قاضى الصلح حتى تفصل المحكمة المختصة فى أمره، إلا إذا ارتأى له استمرار تنفيذه لحكمة ما.وإذ رفضت المحكمة الطعن، فإن لها أن تحكم على الطاعن بغرامة لا تجاوز خمسين ألف جنيه، كي يتدبر الطاعن أمره ويفكر مليًا قبل طعنه، ولا يكون ذلك ضياعاً للوقت. شريطة أن يتبين للمحكمة أن الطاعن قد تعمد تعطيل تنفيذ قرار قاضى الصلح[1]. أما إذا خلا الأمر من نية التعمد، بأن كانت هناك ثمة أسباب مقنعة للطعن، ولكن رأت المحكمة نقيض ذلك، فإننا نعتقد أن للمحكمة إعفاء الطاعن من هذه الغرامة.

٢- أمين الصلح: وهو الشخص المسئول عن مباشرة إجراءات الصلح بين طالب الصلح الواقى من الإفلاس والدائنين ومتابعتها، وهو تعينه أو تعينهم المحكمة لمباشرة إجراءات الصلح ومتابعتها وفقاً للمادة (٤٠) من القانون. وهو يعين من بين الأشخاص أو الشركات أصحاب الخبرة المرخص لهم بمزاولة مهنة أمين التفليسة. وهم - بطبيعة الحال - على خبرة كافية بأمور التفليسة وإدارة أموال المدين، كمن لديهم خبرة فى مجال التحليل المالى[2].

ويدون أمين الصلح يومياً جميع الأعمال المتعلقة بالصلح فى دفتر خاص يضع قاضى الصلح توقيعه أو ختمه عليه، ، ويجوز لأطراف الصلح

---

(١) المادة (٢/٤٣) من القانون الجديد.

(٢) وقد اقتضت المادة (١/٤١) من القانون المعدل رقم ١١ لسنة ٢٠٢١ أن يكون من المقيدين بجدول أمناء الصلح من بين خبراء إدارة الإفلاس.

الإطلاع عليه[1].

إخطار أمين الصلح بتعيينه:

على قلم كتاب المحكمة المختصة، إخطار أمين الصلح بالحكم الصادر بتعيينه فور صدوره، حتى يكون على علم بالمهام الملقاة على عاتقه، ويبدأ مباشرة نشاطه فوراً، ولاسيما مع قصر مدد تنفيذ الصلح الواقى. ويقوم أمين الصلح خلال خمسة أيام من تاريخ الإخطار، بقيد الحكم بافتتاح إجراءات الصلح فى السجل التجارى ونشر ملخصه مصحوباً بدعوة الدائنين باعتبارهم أصحاب مصلحة إلى الاجتماع فى صحيفة يومية يعينها قاضى الصلح.

وعلى أمين الصلح أن يرسل فى الميعاد المذكور عاليه الدعوى إلى الاجتماع مرفقاً بها مقترحات الصلح إلى الدائنين المعلومة عناوينهم[2].

إجراء تحقيق الديون:

أوصت المادة (٥٠) من القانون، من جميع الدائنين حتى ولو كانت ديونهم غير حالة، أى مؤجلة، أو مضمونة بتأمينات خاصة، كرهن، أو ثابتة بأحكام نهائية، أى ثابتة بموجب حكم نهائى واجب النفاذ بالسداد، أن يسلموا أمين الصلح خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ نشر ملخص الحكم بافتتاح إجراءات الصلح فى الصحف، أصول المستندات الدالة على ديونهم، مصحوبة ببيان هذه الديون وتأميناتها إن وجدت، ومقدارها مقومة بالعملة الوطنية على أساس سعر الصرف المعلن لدى البنك المركزى بيعاً أو إقفالاً أو تحويلات أو بنكنوتاً إذا لم يوجد سعر تحويلات يوم صدور الحكم.أى أنه يتعين على كل دائن له قدر محدد من الدين، أن يتقدم بالمستندات التى تؤيد وجوده ومقداره

---

(١) المادة (٤١) من القانون بعد تعديلها.

(٢) المادة (٤٤) من القانون.

والضمانات التى تؤمن استيفائه،كى يقوم أمين الصلح بفحصها بغية رفضها أو تأييدها.وإذا كان الدين المقدم من أحد الدائنين المقيمين خارج مصر، فتكون المدة التى يتعين التقدم بالدين، هى ثلاثين يوماً من تاريخ نشر ملخص الحكم بافتتاح الإجراءات[١]. وبعد انتهاء المدد المحددة سلفاً، سواء خمسة عشر يوماً أو ثلاثين يوماً، يضع أمين الصلح، قائمة بأسماء الدائنين الذين طلبوا الاشتراك فى إجراءات الصلح وبياناً بمقدار كل دين على حدة والمستندات التى تؤيده والتأمينات التى تضمنه إن وجدت وما يراه بشأن قبوله أو رفضه[٢].وهنا يبين سلطة أمين الصلح إزاء التأكد وتحقيق الديون وذلك على ضوء مستندات كل دين تقدم به الدائن. وله أن يطلب من أى دائن تقديم إيضاحات عن الدين متى كان - مثلاً غامضاً - أو تكملة المستندات حال ما إذا كانت غير مكتملة، أو تعديل مقدار الدين متى كان هناك خطأ فيه، أو صفاته، كما لو أسبغ على الدين وصف الامتياز، مع أنه دين عادى.

إيداع قائمة الديون:

بعد انتهاء أمين الصلح من مرحلة فحص وتحقيق الديون، عليه إيداع قائمة الديون لدى قلم كتاب المحكمة خلال أربعين يوماً على الأكثر من تاريخ صدور حكم افتتاح إجراءات الصلح[٣]. ويجوز عند الاقتضاء إطالة هذا الميعاد بقرار من قاضى الصلح. كما لو استجدت ظروف ما، أو طرأت بعض الصعوبات التى تؤدى إلى وجوب إطالة المدة المذكورة.ويقوم أمين الصلح فى اليوم التالى للإيداع بنشر بيان بحصول الإيداع فى صحيفة يومية واسعة

---

(١) وقد منعت المادة (٥٠) إضافة ميعاد مسافة لهاتين المادتين.

(٢) المادة (٥١) من القانون. انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٦٦.

(٣) المادة (٥٢) من القانون.

الانتشار يحددها قاضى الصلح.ولكل ذى مصلحة الإطلاع على القائمة المودعة قلم كتاب المحكمة، كى إذا ما كان له اعتراض عليها، فله المنازعة فيها. وهنا يفسر لفظ كل ذى مصلحة بمعناه الواسع، ليشمل جميع الدائنين والمدين ذاته.

المنازعة قى قائمة الديون المقترحة:

للمدين ولكل دائن أو الدائنين اللذين ورد اسمه أو أسماؤهم بقائمة الديون المعتمدة، أن ينازع فى الديون المدرجة بها، خلال عشرة أيام من تاريخ النشر فى الصحف عند حصول الإيداع[١].وتقدم المنازعة إلى قلم الكتاب، على أن لا يضاف إلى هذا الميعاد ميعاد المسافة. وهو ما مؤداه أن تقديم الديون، لا يقدح فى المنازعة فى القائمة المقدمة، سواء كان ذلك من المدين نفسه أو أحد الدائنين، إذ قد يتراءى لأيهما وجود خطأ أو استبعاد ثمة دين من القائمة دون مبرر، أو إدراج دين آخر مشكوك فيه إلى غير ذلك. على أن تتم المنازعة فى القائمة خلال الميعاد المحدد.

الفصل فى المنازعة بشأن قائمة الديون:

يضع قاضى الصلح بعد انقضاء مدة العشرة أيام المحددة من تاريخ النشر فى الصحف عن حصول الإيداع، قائمة نهائية بالديون غير المتنازع عليها. ويؤشر على البيان الخاص بالدين بما يفيد قبوله ومقدار المقبول منه[٢].

وقد خول المشرع قاضى الصلح مكنة اعتبار الدين من الديون المتنازع عليها ولو لم تقدم بشأنه أى منازعة، وذلك - مثلاً - إذا تبين عدم صحة أساسه

---

(١) المادة (٥٣) من القانون.

(٢) المادة (٥٤) من القانون كما انظر: د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٦٢.

القانونى ؛ ولم يطعن عليه المدين.وعلى قاضى الصلح أن يفصل فى الديون المتنازع عليها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انقضاء ميعاد المنازعة. ويُخطر قلم كتاب المحكمة ذوى الشأن بميعاد الجلسة قبل انعقادها بثلاثة أيام على الأقل، كما يبلغهم القرار الصادر فى المنازعة فور صدوره.

الطعن فى قرار قاضى الصلح بقبول الدين أو رفضه ومدى أثره:

وفقاً للمادة (٥٥) من القانون الجديد، يجوز الطعن أمام المحكمة المختصة فى القرار الصادر من قاضى الصلح بقبول الدين أو رفضه خلال عشرة أيام من تاريخ إيداع القرار([1]).فقد أجاز المشرع الطعن فى القرار الصادر من قاضى الصلح بقبول الدين أو رفضه خلال عشرة أيام من تاريخ إيداع القرار. ولا يترتب على الطعن وقف إجراءات الصلح إلا إذا أمرت المحكمة بذلك. وقد رغب المشرع بذلك الحكم الأخير عدم تعطيل إجراءات الصلح، بالطعن على القرار من ذوى الشأن، ما لم يتراءى للمحكمة أن تأمر بوقف الإجراءات.على جانب آخر يجوز للمحكمة قبل الفصل فى الطعن، أن تأمر بقبول الدين مؤقتاً بمبلغ تقدره، ولا يجوز قبول الدين مؤقتاً إذا أقيمت بشأنه دعوى جنائية، و هو نص محمود، من جانب، مراعاة من المشرع أنه قد تطول المدة كى يتم الفصل فى الطعن، فللمحكمة أن تقبل الدين مؤقتاً بالمبلغ الذى تراه، وربما يكون أقل من قيمته المطعون عليها. على أن المشرع سلب القاضى حق قبوله مؤقتاً إذا كانت قد أقيمت دعوى جنائية بشأنه، كجريمة السرقة. وقد يكون مرد المنازعة على الدين متعلقاً بتأميناته، وهنا يتعين على

([1]) حرى بالذكر أن ذات المادة قبل تعديلها بالقانون ١١لسنة ٢٠٢١ ، كانت تحدد المدة المذكورة من تاريخ ايداع القرار أو أخطاره به، ولكن حذفت العبارة الأخيرة، وهي عملية الإخطار.

المحكمة قبول الدين مؤقتاً بوصفه ديناً عادياً. باعتبار أن أصل الدين موجود وإنما تكمن المنازعة فى التأمينات التى تضمنه، فكان من العدالة قبول الدين على أقل تقدير بوصفه ديناً عادياً.

الدائنون الذين ليس لهم حق الاشتراك فى إجراءات الصلح:

منعت المادة (٥٦) من القانون بعض الدائنين من الاشتراك فى إجراءات الصلح الواقى، وهما كل من الدائنين الذين لم يقدموا أصول مستندات الديون أو لم يقدموها فى الميعاد المحدد بالمادة (٥٠) من القانون. والدائنين الذين لم تقبل ديونهم نهائياً أو مؤقتًا. وهو حكم منطقى فى كل من الحالتين، باعتبار أنه لم تتوفر بشأنهم شروط قبول الدين، إما لعدم تقديم مستندات الدين في الميعاد المحدد، أو لعدم قبول الدين بصفة نهائية أو مؤقتة.

اجتماع الدائنين للمداولة فى اقتراحات الصلح وتقرير أمين الصلح:

يحدد قاضى الصلح بعد الانتهاء من إجراء تحقيق الديون، ميعاداً لاجتماع الدائنين يتولى رئاسته، وذلك من أجل المداولة فى مقترحات الصلح. فالدائنين هم أصحاب مصلحة فى التشاور والمداولة بينهم ومعهم فى الاقتراحات المقدمة بشأن الصلح.وترسل الدعوة إلى حضور هذا الاجتماع، إلى كل دائن قبل دينه نهائياً أو بصفة مؤقتة، وذلك بخطاب مسجل مصحوب بعلم الوصول أو بأية وسيلة إلكترونية يحددها الأطراف، ومن حق القاضى أن يأمر بنشر الدعوة فى ثمة صحيفة يومية يعينها هو[1]. ويكلف القاضى وفقاً للمادة (٥٧ مكرراً) أمين الصلح بإعداد تقرير عن مقترحات الصلح المقدمة من المدين أو الدائن مقدم طلب الصلح، بحسب الأحوال، ورأيه فى شأنها ومقترحاته. ويجب أن يتضمن التقرير الوضع المالى للمدين، وحجم تجارته،

---

(١) وذلك فى المادة (٥٧) بعد تعديلها بالقانون ١١ لسنة ٢٠٢١.

ومدة الصلح وكيفية السداد، ومدته، والمبالغ المتوقع حصول الدائنين عليها من جراء الصلح، وتلك المتوقع حصولهم عليها من جراء بيع موجودات المدين وفقاً لتقرير الخبير المثمن، ومدى حاجة الصلح إلى التمويل من عدمه، ومقداره، ومدته، والفوائد المستحقة، وله المداولة مع المدين والدائنين، وعلى أمين الصلح إيداع تقريره خلال ثلاثين يوماً من تاريخ تكليفه، ويجوز مدها لمدة ثلاثين يوماً أخرى بقرار من قاضى الصلح. ووفقاً للمادة ٥٧ مكرراً، للجهات مقدمة التمويل حق الحصول على أية معلومات مالية خاصة بتجارة المدين بطلب يقدم منها إلى القاضى المختص. ويكون للدائنين التى قبلت ديونهم، الإطلاع على جميع المستندات المقدمة من التاجر المدين، وعلى قائمة الديون النهائية وتقارير الخبراء المقدمة فى الإجراءات، وأية معلومات مالية تتعلق بخطة الصلح بما يسمح لهم بإعداد مقترحات الصلح والتصويت عليها.كما أجاز المشرع للمدين ولأى من الدائنين الذين لا تقل ديونهم عن ربع إجمالى الديون المقبولة إيداع مقترحات أخرى للصلح فى الاجتماع التالى.

ويكلف قاضى الصلح أمين الصلح بإعداد تقرير عن تلك المقترحات يتضمن رأيه ومقترحاته بشأنها وفقاً للمادة (٥٧ مكرراً). وفى جميع الأحوال، يودع أمين الصلح تقاريره فى قلم الكتاب قبل الميعاد المعين لاجتماع الدائنين بخمسة عشر يوماً على الأقل.

رئاسة جلسة اجتماع الدائنين والتصويت فيه:

يتولى قاضى الصلح رئاسة اجتماع الدائنين. ويجوز للدائن أو المدين أن ينيب عنه وكيلاً مفوضاً بالرأى فى حضور الاجتماع. ولم يفصح القانون عن ما إذا كان الوكيل يتعين أن يكون من بين الدائنين أنفسهم أم يجوز أن يكون شخصاً آخر. ولما كان اللفظ قد ورد على عمومه، فنرى أنه يجوز أن ينيب الدائن دائناً آخر أو أى شخص من الغير. أما المدين، فقد كان يوجب المشرع حضوره

شخصياً. وإذا كان المدين شركة[1]، فيكون بحضور ممثلها القانونى. وقد راعى سلفاً المشرع أن المدين نفسه هو الأقدر على بيان وجهة نظره فى بنود الصلح وإيضاح موقفه وتفسير أى غموض أو الإدلاء بأية معلومات، ربما يكون وكيله غير قادر على ذلك إن جاز التوكيل منه للغير. إلا أن المادة (٥٧) قد عُدلت بموجب القانون ١١ لسنة ٢٠٢١، وأجازت للمدين أن ينيب عنه وكيلاً.

وقد كان المشرع يقتضى لكى يقع الصلح فى القانون قبل تعديله بمقتضى القانون ١١ لسنة ٢٠٢١، أن يتم بموافقة أغلبية الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائياً أو مؤقتاً. شريطة أن يكونوا حائزين لثلثى ٣/٢ قيمة هذه الديون[2].

وكان يفهم هذا النص القديم أن المشرع قد اقتضى لانعقاد الصلح موافقة أغلبية الدائنين التى قبلت ديونهم، وتفسر هنا الأغلبية على أساس العدد. فإذا كان يحضر الاجتماع مثلاً ١٥ دائناً، فتتوفر الأغلبية بموافقة ٨ منهم كونهم أغلبية عددية. على أن المشرع لم يكتف بذلك، وإنما كان يشترط أن تكون الأغلبية العددية حائزة لثلثى قيمة هذه الديون، ومن ثم يصح القول بأن القانون كان قد اقتضى كل من الأغلبية العددية والقيمية للديون. أى أنها أغلبية خاصة ذات طبيعة ثنائية[3].على أنه كان لا يحتسب فى هاتين الأغلبيتين، الدائنون الذين لم يشتركوا فى التصويت، ولا تحسب ديونهم من ضمن هذه القيمة، سواء كانوا غائبين أو حاضرين ولم يشتركوا. ومن القواعد المستقر عليها، أن لكل دائن صوت واحد فى التصويت حتى ولو تعددت ديونه. فقد يكون للدائن

---

(١) وذلك فى المادة (٥٧) قبل تعديها بالقانون ١١ لسنة ٢٠٢١.

(٢) المادة (٦٠) من القانون قبل تعديلها. انظر د. د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٦٥؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٧١.

(٣) راجع للمزيد د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٦٨-٦٩.

أكثر من دين، تولد أحدهم - مثلاً - عن قرض، والآخر عن عملية بيع، وثالث عن توريد مواد أولية.، فتعدد الديون لا يقدح فى اعتباره دائناً بصوت واحد.

بيد أنه بصدور القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١ والمعدل لقانون ٢٠١٨، استبدل المشرع نص المادة (٦٠) بمنطوق مختلف، حيث أوجب أن يعرض قاضى الصلح مقترحات الصلح المودعة على المدين، لاختيار أحدها خلال مدة شهر من تاريخ العرض، على أن يحدد قاضى الصلح اجتماعاً تالياً للدائنين للتصويت على هذا المقترح الذى تم الاتفاق عليه. وقد يحدث أن يرفض المدين جميع المقترحات التى أودعت سلفاً، وهنا يتعين التصويت على المقترح المقدم من طالب الصلح. فإذا رفض ذلك المقترح، يتم التصويت فى ذات الاجتماع على باقى المقترحات تبعاً لأسبقية إيداعها. أى أن المشرع قد تراءى له أنه من الحكمة ترتيب تقديم الاقتراحات حال ما إذا لم يتسن اختيار إحداها ولم يتم الاتفاق عليه.

وإذا كان المدين شركة، يكون القرار الصادر باختيار أحد مقترحات الصلح المودعة أو برفضها جميعًا بموافقة مجلس إدارة الشركة أو أغلبية الشركاء، بحسب الأحوال وذلك كله خلال مدة شهر من تاريخ العرض[١].

وقد استحدثت المادة (٦٠ مكرر) نظاماً جديداً يعرف بنظام الفئات: وهو عبارة عن وسيلة لاتخاذ القرارات يقوم فيها الدائنون أصحاب الحق فى التصويت الذين قبلت ديونهم نهائياً أو مؤقتاً بالتصويت بعد تقسيمهم إلى فئات بحسب نوع وطبيعة الدين[٢].أى بما مؤداه أن يقوم قاضى الصلح بتقسيم الدائنين الذين قد يستوفون جميع ديونهم أو جزءاً منها، حال ما إذا تم بيع موجودات المدين فى حاله شهر إفلاسه، بحسب نوع وطبيعة الدين، إلى فئات

---

(١) المادة (٣/٦٠) بعد تعديلها بالقانون ١١ لسنة ٢٠١١.

(٢) انظر المادة (١) من القانون بفقرة مضافة بموجب القانون ١١ لسنة ٢٠٢١.

منهـا أصـحاب الامتيـاز بموجـب قـانون خـاص، والـدائنون أصـحاب الامتيـاز الخاص مثل المؤجر على المنقولات، والدائنون المرتهنون والعمال، والدائنون العاديون، والديون المستحقة للخزانة العامة مثل الغرامات الجنائية والضرائب والرسـوم علـى اخـتلاف أنواعهـا أو التأمينـات الاجتماعيـة والبـائع للبضـائع وموردها. ويجوز لقاضى الصلح أن يدمج فئة أو أكثر أو ينشئ فئات أخرى. ويصدر القرار بالموافقة على الصلح أو رفضه، داخل كل فئة من الدائنين الحاضرين الحائزين لأغلبية قيمة الديون الممثلة فى التصويت، على أن يعطى لكل فئة صوتاً.وتكون الموافقة على الصلح بالأغلبية العددية لكافة الفئات التى قامت بالتصويت، شريطة موافقة الدائنين أصحاب التأمينات العينية المقررة على أموال المدين المشمولة بمقترح الصلح.

وقد أضـاف المشـرع فـى المـادة ٧٤ مكـرراً: حـالتين مـازال يبـق علـى التصويت بالأغلبية المطلقة وهما :

١-إذا تبـين مـن تقريـر الخبيـر المـثمن أن قيمـة أمـوال المـدين لا تزيـد علـى خمسمائة ألف جنيه، جاز لقاضى الصلح من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين الصلح أو أحد الدائنين، أن يجعل التصويت على مقترحات الصلح بالأغلبية المطلقة للدائنين من غير تقسيمهم لفئات.

٢-إذا زادت قيمة أموال المدين على خمسمائة ألف جنيه، وقام قاضى الصلح من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين الصلح، أو أحد الدائنين، بطلب ذلك إذا كان نوع أو طبيعة الديون المقبولة أو عدد الدائنين أو الفئات لا يسمح بتصويت الفئات.

- الحظر على زوج طالب الصلح أو أقاربه حتى الدرجة الثانية الاشتراك فى التصويت:

حظر المشرع على زوج طالب الصلح، أى زوجة طلب الصلح، أو زوج طالبة الصلح، وأقاربه حتى الدرجة الثانية، الاشتراك فى مداولات الصلح أو التصويت على شروطه[1]، نظراً لصلة القرابة التى تجمعهم بطالب الصلح، ومنعاً للتحايل والغش. فإذا نزل أحدهم، سواء من قُبل دينهم بصفة نهائية أو مؤقتة، عن دينه إلى الغير بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح، فلا يحق للمتنازل إليه الاشتراك فى مداولات الصلح أو التصويت عليه، تلافياً لأى تحايل أو التفاف قد يقع من زوج طالب الصلح أو أحد أبنائه، بالتنازل عن الدين لشخص من الغير.

- موقف الدائنين أصحاب التأمينات من التصويت على الصلح قبل التعديل بالقانون ١١ لسنة ٢٠٢١:

كان المشرع يقرر أنه لا يجوز للدائنين أصحاب التأمينات العينية المنصبة على عقار أو منقول، كالدائنين المرتهنين، وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة وغيرهم، المسجلة والمقررة على أموال المدين طالب الصلح، الاشتراك فى التصويت على الصلح بديونهم المضمونة بالتأمينات المذكورة، إلا إذا نزلوا عن هذه التأمينات مقدماً[2].

ونعتقد أن مُراد المشرع كان من إيراد هذا الحكم، هو أن هذه الفئة من الدائنين، ولما كان لديهم اطمئنان باستيفاء مالهم بتقرير التأمين، قد يفرطون فى

---

(١) المادة (٦١) من القانون.

(٢) المادة (٦٢) من القانون. وقد تم إلغاء هذه المادة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.وهو ما كانت تذهب إليه أحكام القضاء، ومنها الطعن رقم ٩٠٩٧ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠١٥/٣/٢٦، المكتب الفني،السنة ٦٦،قاعدة٧٧، ص٥٠١.

شروط الصلح ويتساهلون إبان التصويت عليه. ولذا كان المشرع يشترط النزول عن هذه التأمينات كشرط لاشتراكهم فى الصلح. ولذا فإن العبرة بالمشاركة الفعلية فى التصويت وليس بالاشتراك فى مداولات الصلح.

وقد كان يجيز المشرع أن يكون التنازل مقصوراً على جزء من التأمين، شريطة ألا يقل عما يقابل ثلث الدين، على أن يذكر التنازل فى محضر الجلسة. وإمعاناً من المشرع فى حماية أصحاب الديون العادية، وضماناً لمراعاة الحكم المتقدم، فقد كان يقرر، أنه إذا اشترك أحد الدائنين من أصحاب التأمينات فى التصويت على الصلح دون أن يصرح بالتنازل عن تأمينه كله أو بعضه، فإنه يعد ذلك تنازلاً عن التأمين بأكمله، أيًا كان موقفه بقبول الصلح أو رفضه[1].

مصير الصلح:

بعد إتمام عملية التصويت على الصلح، وبمراعاة القواعد السابق ذكرها، لا يخلو الوضع من:

١-إما أن تحظى مقترحات الصلح بموافقة أغلبية الدائنين العددية والقيمية أو بنظام الفئات حسب الأحوال، وفى هذه الحالة يتم الصلح. على أن المادة (٦٣) من القانون قد اقتضت التوقيع عليه فى ذات الجلسة التى تم فيها التصويت عليه وإلا كان لاغياً.

٢-إذا لم تتحقق إحدى الأغلبيتين المنصوص عليهما فى الفقرة الأخيرة من المادة (٦٠ مكرراً) أو تلك المنصوص عليها بالمادة ٧٤ مكرراً، يرفع قاضى الصلح الأمر للمحكمة للنظر فى إنهاء الإجراءات.

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٦٩.

- التصديق على الصلح والاعتراض عليه وسلطة المحكمة إزاءه:

أوجب المشرع التصديق على الصلح([1])، وتحرير محضر بما تم فى جلسة الصلح، يوقع عليه قاضى الصلح وأمين الصلح والمدين نفسه والدائنون الحاضرون[2]. كى يكون الصلح حجة على الدائنين الغائبين أو الذين اعترضوا عليه.

- الاعتراض على الصلح:

وفقاً للفقرة الثانية من المادة (٦٤) يجوز للمدين ولكل دائن له حق الاشتراك فى مداولات الصلح، أن يبلغ قاضى الصلح كتابة بما لديه من اعتراض على الصلح وأسبابه، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ التوقيع على محضر الصلح[3]. وقد أوجب القانون، من قاضى الصلح وخلال ٧ أيام من انقضاء المدة المذكورة عاليه، وهى العشرة أيام، أن يرسل محضر الصلح إلى المحكمة التى أصدرت الأمر بافتتاح إجراءات الصلح للتصديق عليه، وذلك مع تقرير من القاضى عن حالة المدين المالية وأسباب اضطراب أعماله وشروط الصلح وقيمة أصول المدين وبيان الاعتراضات التى قدمت على الصلح وأسبابها، والمبالغ المتوقع حصول الدائنين عليها من جراء الصلح ومن جراء موجودات المدين، وذلك على ضوء تقارير الخبرة المقدمة إليه[4].

([1]) وقد قضى بأن القاضي وهو يصدق على الصلح لا يكون قائماً بوظيفة الفصل في خصومة بل تكون مهمته مقصورة على إثبات ما حصل أمامه من أتفاق وتوثيق بمقتضى سلطته الولائية وليس بسلطته القضائية،الطعن رقم ٩٠٩٧ لسنة ٧٦، جلسة ٢٠١٥/٣/٢٦، مكتب فني،السنة ٦٦، قاعدة٧٧، ص٥٠١.

(٢) المادة (١/٦٤) من القانون.

(٣) المادة (٢/٦٤) من القانون بعد تعديلها بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

(٤) المادة (٣/٦٤) معدلة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

ويبلغ قلم كتاب المحكمة المدين والدائنين الذين قدموا اعتراضات على الصلح بميعاد الجلسة التى حددت لنظر هذه الاعتراضات، وطلب التصديق على الصلح. وقد أجاز المشرع فى المادة (١/٦٥) لكل ذى مصلحة حضور هذه الجلسة. وتفصل المحكمة فى الاعتراضات المقدمة من المعترضين، وفى طلب التصديق على الصلح، بمقتضى حكم واحد، يكون نهائياً، سواء أكان بقبول التصديق على الصلح أم برفض التصديق عليه. أى بما مؤداه أن قرار المحكمة إما أن يكون برفض التصديق على الصلح([1])، وهو ما مفاده قبول الاعتراضات، أو بقبول التصديق على الصلح.وقد خول المشرع للمحكمة رفض التصديق على الصلح ولو لم يقدم بشأنه أى اعتراض إذا وجدت أسباب تتصل بالمصلحة العامة أو بمصلحة الدائنين أنفسهم تقتضى ذلك[٢].

وإذا كان قرار المحكمة برفض الاعتراض، بما معناه قبول التصديق على الصلح، جاز لها - دون إلزام عليها - الحكم على المعترض بثمة غرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تزيد على عشرين ألف جنيه، إذا تبين أنه تعمد تأخير الصلح، بإثارة اعتراضات دون مبرر ودون أساس. يتبين مما تقدم كله أنه ولما كان الصلح الواقى من التفليسة، هو بمثابة اتفاق بين الدائنين الذين قبلوا شروط الصلح والمدين، فإن سلطة المحكمة إزاء هذا الاتفاق، كانت لا تعدو سوى إما بالتصديق على الصلح أو برفض التصديق. ومن ثم ليس لها تعديل شروط الصلح من تلقاء نفسها، أو إدراج شروطاً جديدة لم يقدمها

([1]) وقد قضى بأن للمحكمة رفض التصديق على الصلح إعتماداً على أن الموجودات لا تكفي لتغطية الديون بالنسبة للمتفق عليها في الصلح.الطعن رقم ٧١ لسنة ٢١ق،جلسة ١٩٥٧/١/٢٤، مكتب فني ٨، ص٨٥.

(٢) م. (٣/٦٥) من القانون.

المتصالحون[1].وقد أضاف المشرع الفقرة الخامسة من ذات المادة، بمقتضاها يجوز للمحكمة رفض التصديق على الصلح إذا كان ما يحصل عليه الدائن المعترض أقل بقيمة ٥/١ (الخمس) لما كان يحصل عليه من دينه فى حال بيع أصول المدين.واستثناء من المادة (٦٥)، إذا قضت المحكمة برفض الاعتراض المقدم من المدين، أو برفض التصديق على الصلح، أو بإنهاء إجراءات الصلح وثبت توقف المدين عن الدفع، تعين عليها أن تقضى من تلقاء نفسها فى ذات الحكم بشهر إفلاسه، وذلك دون إخلال بحق ذوى الشأن فى الطعن على الحكم بشهر الإفلاس[2].

أشكال الصلح:

بينت المادة (٦٦) من القانون ثلاثة صور قد يتضمنها الصلح بموجب الاتفاق بين المدين والدائنين وبتصديق المحكمة على ذلك، وهى:

١- منح المدين أجلاً للوفاء:

تنص المادة المذكورة على أنه يجوز أن يتضمن الصلح الواقى، منح المدين آجالاً لوفاء الدين أو الفوائد. وهنا يشمل الأجل أيًا من الديون ذاتها أو العوائد المستحقة. ونعتقد أنه يجوز أن يتضمن الصلح تقسيط الدين.

ويرى بعض الفقه[3] أنه يبدأ سريان الأجل من تاريخ التصديق على الصلح مالم يتفق على تاريخ آخر.

---

(١) ومنها مثلاً اقتضاء تقديم كفيل يضمن تنفيذ شروط الصلح، أو تغيير مواعيد سداد أقساط الديون، أو التقليل من قيمة الديون إلى نحو ذلك، راجع للمزيد فى هذا الشأن: د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٧٥.

(٢) المادة ٦٥ مكرراً بعد تعديل القانون بموجب القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

(٣) د. على سيد قاسم: قانون الأعمال - الإفلاس، ص٣٧٩.

٢- التنازل عن كل أو جزء من الدين أو الفوائد:

كذلك تضمنت المدة (١/٦٦) من القانون، مكنة أن يدرج فى الصلح، التنازل للمدين عن كل أو جزء من الدين أو الفوائد بدون مقابل أو بمقابل تملك أصل من أصول المدين أو المشاركة فى تجارته. وهو ما يترتب عليه أن يتنازل الدائنون عن كل أو جزء من الدين. ولم تحدد المادة المذكورة النسبة التى من الممكن أن يتم التنازل عنها، ولذا فهى تتوقف على اتفاق المدين ودائنيه. وقد يظل الدين كما هو ولكن ينصب التنازل عن جزء من العوائد المستحقة. حرى بالذكر أن هذا التنازل لا يعد من قبيل التبرع، فهو تنازل مرده ليست نية التبرع، وإنما تنازل من أجل استيفاء الجزء المتبقى. ولذا نشارك بعض الفقه[١] بأن يظل المدين ملتزماً بها كالتزام طبيعى، وإن وفى بها، لا يكون بمقدوره استردادها.

٣- الوفاء حال الميسرة:

قد يعقد الصلح شريطة الوفاء بكل الديون أو بجزء منها، مما تم التنازل عنها، وذلك حال ما إذا أيسر المدين خلال مدة يتفق عليها فى اتفاق الصلح، على ألا تجاوز خمس سنوات من تاريخ التصديق على الصلح[٢].وقد اشترط المشرع لاعتبار المدين قد أيسر أن تزيد موجوداته على الديون المترتبة عليه بما يعادل عشرة فى المائة على الأقل. وفى جميع الأحوال، للدائنين أن يشترطوا تقديم ضمان عينى أو شخصى لتنفيذ شروط الصلح[٣].

---

(١) د. على سيد قاسم: قانون الأعمال - الإفلاس، ص٣٧٩.

(٢) المادة ٦٦ من القانون.

(٣) الفقرة الأخيرة من المادة ٦٦ من القانون.

- شهر حكم التصديق على الصلح:

أخضع المشرع الحكم الصادر بالتصديق على الصلح الواقى لذات الأحكام المقررة لشهر حكم الإفلاس. على أن يشتمل ملخص الحكم الذى ينشر فى الصحف، على اسم المدين وموطنه، ورقم قيده فى السجل التجارى التابع له، والمحكمة التى صدقت على الصلح وتاريخ حكم التصديق[١].

وينفذ حكم التصديق على الصلح بمسودته، ولا يترتب على الطعن عليه وقف تنفيذه ما لم تأمر محكمة الطعن بغير ذلك[٢].

---

(١) المادة (٦٧) من القانون.

(٢) المادة (٣/٦٧) مضافة بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

الفصل الثالث

الآثار المترتبة على الأمر بافتتاح إجراءات الصلح والتصديق عليه

ولما كان الأمر بافتتاح إجراءات الصلح الواقى من الإفلاس، هو أمر بمثابة طرق النجاة للمدين وفرصة حقيقية للنهوض به من الوضع المتأزم والصعوبات التى يواجهها، فإن المشرع قد رتب بعض الآثار القانونية على هذا الأمر. على جانب رتب المشرع بعض الآثار على التصديق على الصلح. وعلى ضوء ذلك نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: الآثار المترتبة على الأمر بافتتاح إجراءات الصلح.

المبحث الثانى: آثار التصديق على الصلح.

المبحث الأول

الآثار المترتبة على الأمر بافتتاح إجراءات الصلح

١- استمرار المدين فى ممارسة تجارته:

من الثابت أن التصرفات التى يجريها المدين بعد تقديم طلب الصلح وإلى حين صدور الأمر بافتتاح الإجراءات، هى تصرفات صحيحة ويجوز الاحتجاج بها قبل الدائنين. ويظل المدين بعد صدور الحكم بافتتاح الصلح، قائمًا على إدارة أمواله تحت إشراف أمين الصلح[١]. وله أن يقوم بجميع التصرفات العادية التى تقتضيها أعماله التجارية. سوء كانت من أعمال الإدارة أو التصرف. على أنه لا يجوز الاحتجاج على الدائنين بالتبرعات التى يجريها المدين بعد صدور الحكم المذكور.

---

(١) المادة (٤٦) من القانون، وكان يقابلها المادة (١/٧٤٠) من باب الإفلاس الملغى بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

مفاد ذلك أنه توافقًا مع المقصد الجوهرى من الصلح الواقى، وهو اجتناب شهر إفلاس المدين، والنهوض به من الكبوة التى لحقت به ومعالجة اضطرابه المالى، فإنه يتعين تمكين المدين من مباشرة ومتابعة نشاطه التجارى. إذ يظل على رأس أعماله وإدارة أمواله. على أن يكون ذلك تحت إشراف أمين الصلح، والذى يراقب سلوك المدين وتصرفاته، لضمان عدم الإضرار بالدائنين من قبل المدين، كما لأمين الصلح أن يوجه النصح والإرشاد له، ولفت نظره للتصرفات الضارة[1]. على أن الفقرة الثانية من المادة (٤٦) قد حظرت على المدين بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح، إجراء بعض التصرفات، وهى كما حددتها، عقد صلح أو إجراء رهن من أى نوع، سواء أكان رهناً رسمياً أم حيازياً، أو أن يجرى تصرفاً ناقلاً للملكية - بمقابل أو بدون مقابل[2]، سوء ورد على عقار أو منقول - لا تستلزمه أعماله التجارية العادية إلا بعد الحصول على إذن من قاضى الصلح، ومع عدم الإخلال بحقوق المتصرف إليه حسن النية.

وقد رتب المشرع جزاء مخالفة هذا الحظر، وهو عدم جواز الاحتجاج به على الدائنين. كذلك لا يجوز للمدين طالب الصلح أن يتبرع بأمواله، إذ أنه من غير الطبيعى تبديد أمواله بالتبرع بها، فى ذات الوقت الذى يكون فيه الدائنون فى أشد الحاجة الماسة إلى هذه الأموال، لاستيفاء حقوقهم على فرض فشل مشروع الصلح بين المدين والدائنين.

---

(١) راجع د. محمود مختار بريرى - الإفلاس، ٢٠٠٨، ص٤٧٨؛ د. محمد فريد العرينى ود. هانى دويدار، مرجع سابق، ص٤٢٦.

(٢) د. على جمال الدين: الإفلاس فى قانون التجارة الجديد، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص٤٩١.

ويكون للمحكمة من تلقاء نفسها، أن تأمر بإلغاء إجراءات الصلح، إذا أخفى المدين بعد تقديم طلب الصلح جزءاً من أمواله أو أتلفه أو أجرى بسوء نية تصرفات ضارة بالدائنين، **كما لو باع بعض الأموال بثمن بخس، أو عقد قرضاً بشروط مغال فيها**[1].

٢- وقف الدعاوى والإجراءات الموجهة تجاه المدين:

قررت المادة (٤٧) من القانون الجديد[2]، وقف جميع الدعاوى وإجراءات التنفيذ الموجهة إلى المدين بمجرد الحكم بافتتاح إجراءات الصلح، وذلك لأنه من شأنه القول بغير ذلك، أنه يعطل إدارة المدين لأمواله ويزيد من اضطراب أحواله المالية. كما أن ترك الدائنين يتسابقون على أموال المدين بالدعاوى والإجراءات الانفرادية، إنما يؤدي إلى الإخلال بمبدأ المساواة بينهم[3]. بيد أنه لا يمتد هذا الحظر إلى الإجراءات التى يستهدف منها الدائنون الحفاظ على حقوقهم، كتحرير البروتستو قبل انقضاء مواعيده القانونية، أو توجيه إنذار لقطع التقادم، أو تجديد قيد الرهون على أموال المدين أو غير ذلك من إجراءات مماثلة. ومن البديهى أن الوقف يمتد إلى جميع الدائنين، بما فيهم أصحاب الحقوق والتأمينات الخاصة، ولا ضرر من ذلك، إذ يظل لهم حق التقدم والتتبع المترتب على حقوقهم العينية التبعية التى تثقل أموال المدين محل

---

(١) راجع مؤلفنا الطرق الودية والقضائية، ص١١٠. كما انظر في القضاء: الطعن رقم٣٣٤٤ لسنة ٨٩ق، جلسة ٢٠٢١/٣/٢٥.

(٢) وكانت تقابلها المادة (٧٤١) من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ باب الإفلاس. وانظر في القضاء: الطعن رقم٣٣٤٤ لسنة ٨٩ق، جلسة ٢٠٢١/٣/٢٥.

(٣) انظر حكم محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٧٠/٣/١٩، مجموعة النقض، السنة ٢١، العدد الأول، ١٩٧٠، ص٤٦٦.

هذه الحقوق.

كما يمتد الوقف إلى جميع الدائنين، سواء نشأت حقوقهم قبل أو بعد تقديم طلب الصلح. وإيماناً من المشرع بضرورة حماية الدائنين، فقد قررت ذات المادة آنفة الذكر، أنه لا يجوز بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح، التمسك قبل الدائنين بقيد الرهون وحقوق الامتياز والاختصاص المقررة على أموال المدين[1]. وذلك للحد من هذه التأمينات، إذا تراخى أصحابها فى قيدها حتى صدور الحكم ببدء إجراءات الصلح، ومن ثم لا يكون لهم أن يتمسكوا بها على الدائنين الآخرين. أما بالنسبة للدعاوى المرفوعة من المدين وإجراءات التنفيذ التى باشرها[2]، فتبقى سارية مع إدخال أمين الصلح فيها، إذ أنها تعود بالفائدة على كل من المدين والدائنين.

٣- بقاء آجال الديون وسريان عوائدها:

قررت المادة (٤٨) من القانون، أنه لا يترتب على صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح، حلول آجال الديون التى على المدين أو وقف سريان عوائدها.مؤدى هذا النص، أنه ولئن كان يترتب على حكم شهر الإفلاس، سقوط آجال الديون ووقف سريان عوائدها، فإن الصلح الواقى إنما يرمى إلى خلاف ذلك، لتمكين المدين من الاستمرار فى مباشرة نشاطه، ولن يتحقق ذلك المقصد، إلا مع بقاء آجال الديون دون سقوطها، كى لا تترتب ديون أخرى قد تثقل ذمته المالية وتزيد من اضطراب أعماله. كما يظل سريان العوائد تبعاً لبقاء آجال الديون، كي يتمكن الدائنون المطالبة بها بعد ذلك. أما بالنسبة

---

(١) راجع د. أسيل حامد خليفة: مرجع سابق، ص٢٢٨؛ د. فايز نعيم رضوان: مرجع سبق، ص١١١٨.

(٢) الطعن رقم ٣٣٤٤ لسنة ٨٩ق، جلسة ٢٠٢١/٣/٢٥.

للحقوق التي للمدين قبل الغير،فلا إشكالية فيها ، فتظل كما هى.

المبحث الثانى

آثار التصديق على الصلح الواقى

تترتب بعض الآثار القانونية جراء التصديق على الصلح الواقى، سواء بالنسبة للدائن أو المدين، وهو ما نبينه على النحو التالى:

١- آثاره بالنسبة للمدين:

إذا تم الصلح بتصديق المحكمة عليه، فإنه ينتج آثاره، إذ يصير المدين فى مأمن من شهر إفلاسه بشأن أي دين من الديون التى يسرى عليها الصلح، لأن منح الأجل فى الصلح، يجعل الديون الحالة غير مستحقة، هذا ويتعين على المدين أن يوفى بديونه بالقدر وفى المواعيد المتفق عليها فى اتفاق الصلح. ويجوز للمحكمة التى صدقت على الصلح أن تمنح المدين بناء على طلبه، آجلاً للوفاء بالديون التى لا يسرى عليها الصلح[١]، أى الديون غير المدرجة فى طلب الصلح أو لم يتم الموافقة عليها، شريطة ألا تتجاوز الآجال التى تمنحها المحكمة، الأجل المقرر فى الصلح ذاته، بحيث تقف سلطة المحكمة فى منحها، عند ذات آجال الصلح نفسه. ولا يترتب على التصديق على الصلح حرمان المدين من الآجال التى تكون أبعد مدى من الأجل المقرر فى الصلح[٢].كما تزول بالتصديق على الصلح، الآثار التى ترتبت على الحكم بافتتاح إجراءات الصلح، فيسترد المدين كامل حريته فى إدارة أمواله والتصرف فيها. أيضًا تنتهى مهمة كل من القاضى المشرف على إجراءات الصلح وأمين الصلح.

بيد أنه يجوز للمحكمة أن تأمر فى حكم التصديق على الصلح، بناء على

---

(١) المادة (١/٦٩) من القانون.

(٢) المادة (٢/٦٩) من القانون.

تقرير من القاضى المشرف عليه باستبقاء أمين الصلح أو باستبداله، ولها أن تأمر بتعيين رقيب، وذلك كله بناء على تقرير من قاضى الصلح. ولقاضى الصلح فى أى وقت أن يطلب من المحكمة المختصة عزل أو استبدال أى من أمين الصلح أو الرقيب إذا ثبت له تقصيره فى أداء العمل المكلف به أو مخالفة خطة الصلح، ويكون الحكم الصادر من المحكمة نهائياً[١].ووفقاً للفقرة الثانية من المادة (٦٨)، لا يفيد من الصلح الواقى المدينون المتضامنون مع المدين أو كفلاؤه فى الدين. باعتبار أن الصلح ذو طابع شخصى، يرتبط بالمدين ذاته، ومن ثم لا يسرى ولا يفيد منه إلا المدين دون كفلاءه. ومع ذلك إذا وقع الصلح مع شركة، يستفيد من شروطه، الشركاء المسئولون فى جميع أموالهم عن ديون الشركة، إلا إذا نُص فى عقد الصلح على غير ذلك.

وبالتدقيق فى حكم هذا النص، نرى أنه يسرى فحسب على الشركاء المتضامنين دون غيرهم[٢]، فهم وحدهم فقط، المسئولون مسئولية شخصية فى كل أموالهم عن الديون المترتبة على عاتق الشركة.

غنى عن البيان وتوافقاً مع كل ما تقدم، كان من المنطقى أن تستبعد المادة (٦٨) من نطاق الصلح كل من ديون النفقة[٣]، فهى ديون شخصية، والديون التى نشأت بعد صدور الحكم بافتتاح الإجراءات، لكونها لاحقة ولم تدرج فى طلب الصلح.

---

(١) المادة (٧٠) من القانون، بفقرتها الأولى والثانية.

(٢) كما فى شركتى التضامن والتوصية البسيطة. راجع كذلك فى هذا الشأن د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٨٧.

(٣) مراعاة لظروف أسرة التاجر المدين. انظر مؤلفنا الطرق الودية والقضائية، ص١١٤.

٢- آثاره بالنسبة للدائنين:

يسرى الصلح الواقى من الإفلاس بمجرد صدور الحكم بالتصديق عليه من جميع الدائنين الذين تعتبر ديونهم عادية وفقاً لأحكام الإفلاس ولو لم يشتركوا فى إجراءاته أو لم يوافقوا على شروطه. على أن سريان الصلح لا يقتصر فقط على الدائنين العاديين، بل يشمل أصحاب حقوق الامتياز العامة، مادام نشأت ديونهم قبل صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح.

على أن لا تسرى شروط الصلح على الدائنين اللاحقين لصدور الحكم.

الفصل الرابع

انقضاء الصلح الواقى من الإفلاس

ينقضى الصلح الواقى من الإفلاس إما بتنفيذه وفقًا للنصوص والإجراءات سالفة الذكر، وهو يعد الطريق الطبيعى لانقضائه، لحرص المدين على تنفيذ شروطه بحرفية كى يستفيد من المزايا المقررة له، وباعتباره طوق النجاة من شهر الإفلاس. كما يرغب الدائنون فى الاستفادة مما قرره للحصول على ديونهم أو جزء منها بدلاً من ضياعها كلياً أو لجوءهم إلى طلب شهر إفلاس المدين. أو أيضًا قد ينقضى الصلح ببطلانه أو فسخه.

أولاً: انقضاء الصلح بتنفيذ شروطه:

بعد استيفاء الدين يؤشر أمين الصلح، على سند الدين بالمبالغ المدفوعة. وفى جميع الحالات، يتعين أن يسلم الدائن ثمة مخالصة للمدين بما تم قبضه منه ومن قدر الدين، توقع من أمين الصلح، تحت إشراف قاضى الصلح[1]. ويطلب أمين الصلح أو الرقيب من المحكمة التى صدقت على الصلح خلال عشرة أيام من الانتهاء من تنفيذ شروط الصلح، بإنهاء الإجراءات، وبشهر هذا الطلب بالكيفية المنصوص عليها فى المادة (٤٤) من القانون. على أن يصدر الحكم بإنهاء الإجراءات خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ نشر الطلب فى الصحف، ويقيد ملخصه فى السجل التجارى. ولا يجوز الطعن على حكم المحكمة فى هذه الحالة.

ثانياً: بطلان الصلح:

من المسلم به ولما كان الصلح الواقى من الإفلاس هو بمثابة اتفاق بين المدين من جانب ودائنيه من جانب آخر، ومادام التصديق عليه لا ينزع عنه

---

(١) المادة (٧٠) مكرراً من القانون.

صفة العقد، فإنه من المقرر جواز تعرضه للبطلان. وهو ما قررته المادة (٧١) من القانون، وذلك إذا ظهر بعد التصديق عليه تدليس من جانب المدين. ويعد تدليساً على وجه الخصوص، إخفاء الأموال أواصطناع الديون وتعمد المبالغة فى مقدارها. وذلك أن الدائنين إنما يعولون بصفة جوهرية فيما يبدونه من رأى بشأن الصلح على صحة وسلامة الميزانية المقدمة من المدين. فإن اتضح بعد التصديق أن الميزانية التى قدمها المدين غير صحيحة أو مزورة أو أنه أغفل ذكر بعض الديون، أو ثبت تقديمه رشوة لبعض الدائنين، أو استعان بدائنين وهميين من أجل التقدم بدونه مصطنعة غير حقيقية، فإنه يتعين عدلاً إبطال الصلح وتمكين الدائنين من هدم هذه التسوية التى ما كان ليقبلوها إذا كانوا على علم بهذا الوضع.ويتعين أن يطلب إبطال الصلح خلال ستة أشهر من اليوم الذى يظهر فيه التدليس، وإلا كان الطلب غير مقبول. وهو بطلان نسبى يتقرر لمصلحة من أصابه ضرر من جراء ذلك. وعلى أية حال، لا يكون طلب الإبطال مقبولاً إذا قدم بعد انقضاء سنة من تاريخ صدور الحكم بالتصديق على الصلح[١].

وإمعاناً من المشرع فى حماية الدائنين الذين قد حصلوا على جزء من قيمة ديونهم قبل إبطال الصلح، فقد قرر أنه لا يلتزم الدائنون برد ما قبضوه من ديونهم قبل الحكم بإبطال الصلح. كما تبرأ ذمة المدين بقدر ما تم سداده[٢].

أما بالنسبة لأثر بطلان الصلح على موقف الكفلاء، فقد قررت الفقرة الرابعة من ذات المادة، أنه يترتب على إبطال الصلح، براءة ذمة الكفيل الذى يضمن تنفيذ شروط الصلح، لزوال الصلح ذاته. وتختص المحكمة التى

---

(١) انظر د. مختار بريرى : الإفلاس، ٢٠٠٨، ص٩١.

(٢) المادة (٣/٧١) من القانون.

أصدرت الحكم بالتصديق على الصلح بنظر دعوى إبطال الصلح، كما تقرر أن دعوى بطلان الصلح ليست امتداداً لدعوى إجراءاته[1].

ثالثًا : فسخ الصلح:

للمحكمة بناء على طلب كل دائن تسرى عليه شروط الصلح، أن تقضى بفسخ الصلح فى الحالات الآتية:

أ- إذا أخل المدين بتنفيذ شروط الصلح كما اتفق عليها. كما لو أخل المدين بتنفيذ التزاماته، سواء أكان هذا الإخلال كلياً، بأن لم يف المدين بالتزاماته أصلاً، أو كان جزئياً، بأن يكون المدين قد وفى ببعض التزاماته دون البعض الآخر، وقدر القاضى أن هذا الجزء الذى لم ينفذ إنما يبرر الحكم بفسخ الصلح. ويشترط كأمر بديهى للحكم بهذا الفسخ، أن يكون الدائن طالب الفسخ قد قام بتنفيذ التزاماته[2]، لأنه من غير المعقول أن يطلب فسخ الصلح لإخلال المدين بتنفيذ التزاماته، بينما هو بدوره لم يوف بما عليه من التزامات[3].

ب- إذا تصرف المدين بعد التصديق على الصلح تصرفاً ناقلاً لملكية

---

(١) المادة (٥/٧١) من القانون.كما انظر الطعن رقم ٩٠٩٧لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠١٥/٣/٢٦ ، المكتب الفني، السنة ٦٦، قاعدة ٧٧، ص٥٠١.

(٢) د. أسيل حامد خليفة: مرجع سابق، ص٣٩٤.

(٣) وقد يثور التساؤل حال إذا توقف المدين طالب الصلح عن الوفاء بقدر الدين، فهل يجوز للدائن المطالبة بشهر إفلاسه مباشرة دون الحاجة إلى فسخ الصلح ؟ أجاب بعض الفقه على هذا التساؤل بالنفى استناداً إلى أن حكم افتتاح الصلح، يظل قائمًا وملزماً لأطراف الصلح. إلى أن ينتهى تنفيذ شروطه وبصدور حكم بقفل الإجراءات أو يصدر حكم ببطلانه أو فسخه. أما إذا توقف المدين عن الدفع بدين لأحد الدائنين الذين لا يسرى فى مواجهتهم اتفاق الصلح، فلا يكون أمامه إلا طلب شهر إفلاس المدين. انظر د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٩٠.

متجره دون مسوغ مقبول. لأن هذا التصرف مما يتنافى مع المقصد من الصلح، وهو ضمان استمرار المدين فى مزاولة تجارته، أما وأنه يتصرف فى المتجر على هذا النحو، فذلك دليل على عدم استحقاقه ميزة الصلح، ويتعين حينئذ فسخه. أما إذا وجد المبرر لذلك، كما لو باعه أو قايض عليه بغرض زيادة نشاطه، فإن هذا التصرف، لا يبرر فسخ الصلح.

جـ- إذا توفى المدين ولم يتقدم الورثة والموصى إليهم جميعاً خلال ثلاثة أشهر من تاريخ الوفاة بطلب الاستمرار فى الصلح الذى ينتظر تنفيذه أو إتمام تنفيذه. ويتمتع القاضى إزاء هذه الحالات المذكورة بسلطة تقديرية.

ولا يلزم الدائنون برد ما قبضوه من ديونهم قبل الحكم بفسخ الصلح، وتبرأ ذمة المدين بقدر ما تم سداده. كما لا يترتب على فسخ الصلح، وعلى نقيض البطلان، براءة ذمة الكفيل الذى يضمن تنفيذ شروطه. ويجب تكليف الكفيل بحضور الجلسة التى ينظر فيها طلب فسخ الصلح[1].

أجر أمين الصلح والرقيب إذا كان من غير الدائنين:

خول المشرع قاضى الصلح منح أجر لكل من أمين الصلح والرقيب إذا كان من غير الدائنين، ويودع قرار القاضى فى هذا الشأن قلم كتاب المحكمة فى اليوم التالى لصدوره[2]. على أنه يجوز لكل ذى مصلحة الاعتراض على القرار أمام المحكمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الإيداع. كما لو اعترض أحد الدائنين للمغالاة فى هذا الأجر. على أن يكون الحكم الصادر فى الاعتراض نهائياً غير قابل للطعن عليه.

---

(١) الفقرة الأخيرة من المادة (٧٢) من القانون بعد تعديله. راجع أيضًا د. مختار بريرى: مرجع سابق، ١٩٩٤، ص٢٦٤.

(٢) المادة (٧٣) من القانون.

صرف مكافأة الرقيب:

الرقيب هو شخص ذو خبرة محاسبية يعين إما من خبراء جدول المحاكم الاقتصادية أو من بين الدائنين لمراقبة تنفيذ اتفاق الصلح الواقى من الإفلاس[1]. وقد أجازت المادة (٧٤) للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على تقرير من قاضى الصلح، أن تأمر فى الحكم بقفل إجراءات الصلح، وذلك بصرف مكافأة إجمالية للرقيب، إذا كان من الدائنين، وتبين أنه بذل فى عمله جهداً غير عادى، وكانت حالة المدين المالية تسمح بذلك.

ومن ثم يعدو الأمر للمحكمة فى تقدير مدى اعتبار جهده غير عادى، وفى مدى سماح حالته المالية بصرفها أم لا.

الأثر القانونى المترتب على إبطال أو فسخ الصلح:

أضاف المشرع الفقرة الخامسة من المادة (٧٢) بعد تعديلها بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، وقرر أنه إذا قضت المحكمة بإبطال أو فسخ الصلح، فإنها تقضى من تلقاء نفسها فى الحكم ذاته بشهر الإفلاس متى توافرت شروطه. وهو حكم طبيعى كان من اللازم أن يقرره بعد إبطال الصلح أو فسخه، فمن البديهى أن يتم شهر إفلاس المدين. وهنا تستوفى الجهة مقدمة التمويل حقوقها بمقدار تمويلها قبل استيفاء المبالغ المستحقة من غرامات جنائية أو ضرائب أو رسوم أو تأمينات اجتماعية. وبعد استيفاء الدائنين أصحاب التأمينات العينية حقوقهم المقررة على أموال المدين، ومع ذلك يجوز للجهة مقدمة التمويل الاتفاق معهم على منحها الأولوية عليهم فى استيداء ديونها[2]. وهذا كله قرره المشرع لضمان استيفاء الجهات الممولة لحقوقها .

---

(١) المادة (١) من القانون معدلاً بالقانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١.

(٢) المادة (٦/٧٢).

الباب الثالث
أحكام وقواعد الإفلاس

تمهيد وتقسيم:

الإفلاس هو نظام تصفية جماعية شاملة لأموال المدين([1])، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً، والذى يتوقف عن سداد ديونه التجارية فى آجال استحقاقها، بعد أن تضطرب أحوال المالية، ويقع فى ضائقة مستحكمة يتعذر معها النهوض من هذه الكبوة التى ولئن لم يشهر إفلاسه ويتم تصفية أمواله وتوزيع حصيلتها على الدائنين وفقاً لقاعدة قسمة الغرماء، فإنه قد يضيع كل أموال المدين. لذا وإن نظم المشرع فى القانون الجديد كل من الطرق الوقائية لإنقاذ التاجر المتعثر من الوقوع فى الإفلاس، عن طريق الوساطة وإعادة الهيكلة، أو بمقتضى الصلح الواقى من الإفلاس، فإنه ما زال يبقى على منظومة الإفلاس بمفهومها التقليدى. وكرر ذات النصوص - مع اختلاف بسيط - التى كانت بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. ليكون الإفلاس رغم أنه حل مكروه، السبيل الوحيد لتصفية المشروعات التى توقفت عن سداد ديونها التجارية.

ويقتضي دراسة هذا الباب التعرض من جانب - لشروط شهر الإفلاس وآثاره، ومن جانب آخر دراسة أحكام التفليسة، وتحديد كيفية انتهاءها.

وعلى ضوء ذلك نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول.نخصص الأول منها لشروط شهر الإفلاس والآثار المترتبة عليه.أما الثانى فنعرض فيه لأحكام التفليسة، وأخيرا نعرض لإنتهاء التفليسة .

([1]) الطعن رقم١٦٤٥٣ لسنة ٧٥ق،جلسة ٢٠١٢/٣/١٢،السنة٦٣،ص٤١٢.

الفصل الأول

شروط شهر الإفلاس والآثار المترتبة عليه

تقسيم:

أوجبت المادة (٧٥) من القانون، شهر إفلاس التاجر بمقتضى حكم قضائى حال توقفه عن سداد ديونه التجارية إثر اضطراب أعمال المالية. وهو ما يبين منه أنه يشترط لشهر إفلاس التاجر، أن يكون تاجراً توقف عن سداد ودفع ديونه، مع صدور حكم قضائى من المحكمة المختصة بذلك[1]. وهو ما نوضحه. على جانب آخر تترتب عدة آثار قانونية على صدور هذا الحكم.

المبحث الأول

شروط شهر الإفلاس وصدور حكم به

يشترط لشهر إفلاس الشخص، أن يكون تاجراً، وأن يتوقف عن دفع ديونه التجارية فى مواعيد استحقاقها، مع صدور حكم بذلك. وهو ما سنبينه فى المطالب التالية:

المطلب الأول: توفر وصف التاجر.

المطلب الثانى: التوقف عن الدفع.

المطلب الثالث: حكم شهر الإفلاس.

---

(١) وكان قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ لم يغير بالإلغاء أو الإضافة أو التعديل فى القواعد الموضوعية الواردة بالقانون القديم بشأن الإفلاس، بغية حماية الدائنين والمدينين حسنى النية لاستقرار المعاملات التجارية ورواج الاقتصاد: نقض مصرى ٢٠٠٣/١/١٥ الطعن رقم ٥٥ لسنة ٧٠ق مكتب فنى، السنة ٥٠، ص١٢. الطعن رقم٤٧١ لسنة٧١ق، جلسة ٢٠٠٢/١٦/١٣، المكتب الفني، السنة٥٣، ص٧٩٧. الطعن رقم ٨٩٧لسنة٦٩ق،جلسة ٢٠٠٠/٦/٣، المكتب الفني، الجزء٢،س٥١،ص٨٨٩.

المطلب الأول

توفر وصف التاجر

لا تسرى نصوص قانون الإفلاس برمته إلا على التاجر[1]، سواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً. ووفقاً للمادة (١٠) من قانون التجارة، فإن لفظ التاجر يشمل كل من التجار الطبيعى الذى يزاول على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه عملاً تجارياً، وكل شركة تتخذ أحد الأشكال المنصوص عليها فى قانون الشركات أيًا كان غرضها، وهو ما نوضحه كما يلي:

أولاً: الشخص الطبيعى (التاجر الفرد):

يشترط فى التاجر الفرد أن يزاول على وجه الاحتراف عملاً من الأعمال التجارية شريطة توفر الأهلية التجارية فيه[2]. ومن ثم لا يكتسب وصف التاجر كل من لم يزاول بصفة مستمرة عملاً من الأعمال التجارية، كما لو اعتاد مباشرة التجارة بصفة عارضة وكلما أتاحت الظروف، كما لا يعد تاجراً من يحترف عملاً غير تجارى، كأصحاب المهن الحرة، والزراعيين، ولا من تتوفر في الأهلية التجارية، كالقاصر الذى لم يبلغ سن الرشد.

---

(١) وهناك من القوانين كقانون الإعسار الأردنى لسنة ٢٠١٨ والذى أدرج تحت مظلته كل من التجار والمهنيين والزراعيين. وراجع فى القضاء بشأن هذا الشرط: نقض ٢٠١٠/١٢/١٤؛ طعن رقم ٢١٨ لسنة ٧٥ق؛ ١٩٩٩/١/٤، المستحدث تجارى، ١٩٩٨-١٩٩٩، ص١١، نقض ٢٠١٢/٣/٢٧ ؛ طعن رقم ٩٥٧٣ لسنة ٨٠ق، الطعن رقم ٥٥ لسنة٧٠ ق، جلسة ٢٠٠٣/١/١٥، مكتب فني،السنة ٥٠ ق، ص١٢.

(٢) راجع د. محمود مختار بريرى : مرجع سابق، ١٩٩٤، ص٢٠٣؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٠٢؛ د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٨٠؛ د. محمد عبدالله محمود : مرجع سابق، ص٦٤.كما انظر الطعن رقم ١٦٧٨٦ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠١٩/٢/٢٨.

كذلك لا يعد تاجراً من لا يتوفر فيه عنصر الاستقلال، وهو أن يمارس العمل باسمه ولحسابه، ولذا لا يعد عمال ومستخدمو التاجر تجاراً، كما لا يعد الممثل التجارى تاجراً، لأنه يباشر عمله بناء على عقد عمل يربطه بالتاجر الذى يمثله.أما من يمارس التجارة مستتراً وراء شخص آخر، فإن صفة التاجر تلحق بكل من التاجر الظاهر والتاجرالخفى[1]. أما التاجر الظاهر، فمراعاة للوضع الظاهر واستقرار المعاملات، والتى يقتضى الاعتداد بذلك، أما التاجر الخفى، فإنه يكتسب هذا الوصف، حماية للغير حسن النية الذى لم يكن على علم به، وباعتبار أن هو الذى يتحمل خسائر التجارة ويجنى أرباحها. وعليه فإنهما يكتسبان وصف التاجر، وبالتالى يجوز شهر إفلاسهما إذا توفرت شروط ذلك فى حقهما.كذلك يكتسب وصف التاجر رغم حظر ممارسة التجارة عليهم، الأشخاص المحظور عليهم ممارسة التجارة بمقتضى قوانين خاصة، كالموظفين العموميين، والقضاة وأعضاء النيابة وأعضاء هيئة التدريس بالجامعات والمحامين وغيرهم، حال قيامهم بمباشرة عمل تجارى، ومادام يكتسبون وصف التاجر فى حالة مخالفة الحظر المضروب عليهم، فإنه يجوز شهر إفلاسهم[2]. من ناحية أخرى ولئن لا يعد القاصر - الذى يقل عمره عن ١٨ أو بلغ هذا السن ولم يحصل على إذن من المحكمة المختصة - تاجراً، إلا أنه إذا آل إليه مال فى تجارة قائمة، وعينت له المحكمة نائباً عنه، فإن القاصر يعد تاجراً من نوع خاص، أو ذو مركز قانونى خاص، بحيث لا يلتزم إلا فى

---

(١) وهو ما تنص عليه المادة (١٨) من قانون التجارة.

(٢) المادة (١٧) من قانون التجارة. راجع للمزيد فى هذا الشأن د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٤٢٣؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص١٥٤؛ د. محمد عبدالله محمود: مرجع سابق، ص٦٥.وفي القضاء انظر: الطعن رقم ٣٦٢ لسنة٢٦ق، جلسة١٩٦٢/٤/٢٨، المكتب الفني،العدد الثاني،السنة ١٣، ص٥٢٨.

حدود أمواله المستثمرة فى التجارة وحدها، ويجوز شهر إفلاسه، على أن لا يدرج فى أموال التفليسة إلا الأموال المستثمرة فى التجارة دون أمواله الشخصية، كما يسرى ذات الحكم على المحجور عليه.

والأصل أن صفة التاجر لا تفترض، وإنما على من يدعى وجودها، يقع عبء إثباتها. وقد يتأتى ذلك من التاجر نفسه، كما لو أراد الحصول على صلح واق من الإفلاس، أو تقدم بطلب إعادة هيكلة، أو للحصول على آجال لسداد ديونه، أو من قبل أحد الدائنين، كى يتسنى له طلب شهر إفلاس التاجر.

على أن هناك بعض الحالات قررتها المادة (١٩) من قانون التجارة، تفترض فيها صفة التاجر، وهى من ينتحل هذه الصفة بالإعلان عنها فى الصحف أو فى منشورات أو فى الإذاعة أو التليفزيون أو بأية وسيلة أخرى، على أنه يجوز نفى توفر هذه الصفة، وذلك بإثبات أن من انتحل هذا الوصف لم يزاول التجارة بالفعل[١]. كى لا يقع تحت مظلة قانون الإفلاس.

بيد أنه ليس كل تاجر يكون عرضة لشهر إفلاسه، وإنما يجب أن يكون تاجراً ملزماً بموجب قانون التجارة بإمساك الدفاتر التجارية[٢]. إذ من المعلوم وفقاً للمادة (٢١) من قانون التجارة المصري، أنه على كل تاجر يجاوز رأس مال المستثمر فى التجارة عشرين ألف جنيه، أن يمسك الدفاتر التى تستلزمها

---

(١) علاوة على اكتساب الشريك المتضامن وصف التاجر، انظر د. ثروت عبدالرحيم : القانون التجارى المصرى، دار النهضة العربية، ١٩٧٨، ص٣٤٦؛ د. سميحة القليوبى: الشركات التجارية، دار النهضة العربية، ١٩٨٣، ص١٣١.

(٢) المادة (٧٥) من القانون، كما راجع الطعن رقم ٦٦٣ لسنة ٧٢ق نقض مصرى بجلسة ٢٠٠٧/٤/١٠. حرى بالذكر أنه لا يلزم للشخص لاكتساب صفة التاجر قيد اسمه فى السجل التجاري: نقض مصرى بتاريخ ٢٠١٠/١٢/١٤، الطعن رقم ٦١٨ لسنة ٧٤ق.

طبيعة تجارته و وأهميتها.ويترتب على ذلك أنه إذا قل رأس مال التاجر عن القدر المحدد سلفاً، فلا يجوز شهر إفلاسه[1]، وإن ظلت المشكلة والصعوبة فى تحديد رأس مال التاجر، وما إذا كانت العبرة برأس ماله المقيد فى السجل التجارى أم برأس ماله الحقيقى. حيث قد يدون التاجر رأس مال قليلاً فى السجل كى يتنصل من إمكانية شهر إفلاسه. ولذا يؤول الأمر لقاضى الموضوع فى استخلاص حقيقة رأس المال المستثمر فى التجارة، متى كان استخلاصه سائغاً يرتد إلى أصل ثابت بأوراق الدعوى[2].والذي لا يقتصر بالضرورة على راس ماله الذي يملكه سواء ورد بصحيفة سجلها التجاري أو ما استخدمه في تجارته بالفعل، وإنما يمتد كذلك إلى حجم تعاملاته المالية التي قد لا ترتد في أصلها إلى ما يمتلكها من أموال، وإنما إلى قيمة ما يتعامل به من بضائع أو يبرمه من صفقات تجارية،أو يعقده من قروض بنكية او غيرها لتيسير وتنشيط أعماله التجارية وزيادة ائتمانه.وفي إحدى الدعاوى، قررت محكمة النقض أن مشاركة الطاعن مع أخرى في نشاط تجاري بلغ رأس مال مائة ألف جنيه خلال مراحل دعوى الإفلاس، يستدل من أن راس ماله يزيد عن عشرين ألف جنيه، وأنه يعد من المخاطبين بأحكام شهر الإفلاس[3].

---

(١) حكم محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٠٠٣/١/١٥، الطعن رقم ٥٥ لسنة ٧٠ والطعن رقم ٢٨ لسنة ٧١ق جلسة ٢٠٠٦/١/٢٤. محكمة القاهرة الإقتصادية، داءرة أولى افلاس اقتصادي، جلسة ٢٠٢٢/٥/٢٩. الطعنان رقما ٥٩٧،و٦٦٣ لسنة ٧٢ ق ، جلسة ٢٠٠٧/٤/١٠

(٢) نقض مصرى بتاريخ ٢٠٠٣/٧/١٠، الطعون أرقام ٩٦٩ لسنة ٧١ق، ٦٠ لسنة ٧٢ق، و٦٦ لسنة ٧٢ق، انظر المستحدث فى أحكام النقض من أول أكتوبر ٢٠٠٢ حتى ٢٠٠٣/٩/٣٠. الطعنان رقما ٥٩٧، ٦٦٣ لسنة٧٢ق،جلسة٢٠٠٧/٤/١٠.

(٣) الطعن رقم ٩٦٩ لسنة٧١ق ، جلسة ٢٠٠٣/٧/١، سنة ٥٤،ص١٠٩٨.

جواز شهر إفلاس التاجر بعد وفاته:

أجاز المشرع طلب شهر إفلاس التاجر حتى بعد وفاته، إذا ثبت توقفه عن الدفع قبل وفاته. أى بما مؤداه أنه توقف عن وفاء ديونه فى حياته، وظل كذلك حتى تاريخ وفاته، سواء تأتت الوفاة من حادث أو كانت وفاة طبيعية أو كانت انتحاراً لفشله فى التغلب على الصعوبات التى يواجهها. على أن يتم طلب شهر الإفلاس خلال السنة التالية للوفاة، بدون النظر لتاريخ صدور الحكم، حتى ولو صدر بعد السنة، مادام الطلب ذاته قدم خلال الموعد المحدد. وهذه المدة كما يقرر الفقه[1] - وبحق - هى مدة سقوط، فلا تقبل الوقف أو الانقطاع، وبالتالي لاتقبل المد.

وترجع حكمة المشرع من تحديد مدة السنة التى يتعين خلالها تقديم طلب شهر الإفلاس للمتوفى، فى إسدال الستار عن ذكرى التاجر المتوفى، وحماية سمعته، وضرورة تحديد مصير ما تركه من مال كى لا يظل مركز الورثة قلقاً غير محدد، فيكون من اللازم سرعة تحديد ،إما شهر إفلاسه أو يترك الدائنون ما لهم لوفاة المدين. وتسرى مدة السنة المذكورة، أيًا كان من تقدم بطلب شهر الإفلاس، سواء كانوا الدائنين، أو من النيابة العامة، أو تعرضت له المحكمة من تلقاء نفسها، أو من الورثة.وقد واجهت المادة (٧٦/ب) ثمة إشكالية، وهى إذا اعترض بعض الورثة على شهر الإفلاس. فهنا يتعين على المحكمة أن تسمع أقوالهم ثم تفصل فى الطلب وفقاً لمصلحة ذوى الشأن. وهو فرض ليس نادراً، كما لو رأى بعض الورثة حتمية شهر إفلاس المتوفى كى يتمكن الدائنون من حصولهم على جزء مما لهم، بينما يرى آخرون عدم طلب شهر إفلاس مورثهم احتراماً لذكراه. وعليه يؤول الأمر للمحكمة وفقاً لمصلحة ذوى

---

(١) د. مختار بريرى : مرجع سابق، ص٢٠٥.

الشأن.وإمعاناً من المشرع فى رعاية مصلحة الدائنين، فقد قرر أن يتم إعلان صحيفة دعوى شهر الإفلاس إلى ورثة المتوفى جملة واحدة فى آخر موطن كان له. وهنا الحكم مرده أنه قد يجهل الدائن رافع دعوى شهر الإفلاس، موطن الورثة أو قد تتعدد محال إقامتهم، فيكون من الصعوبة عليه البحث عن مواطنهم أو وجوب إعلانهم حتى حال علمه، فى أماكنهم المختلفة. لذا اكتفى بإعلانهم فى آخر موطن للمتوفى. على أن التساؤل الذى قد يثور، وربما يكون له صدى فى الواقع العملى، وهو هل يجب إعلان الورثة إذا توفى مورثهم أبان نظر دعوى شهر الإفلاس المنظورة أمام المحكمة المختصة؟.

نعتقد أن الإجابة تكون بالنفى، ومن ثم لا يلزم إعادة إعلانهم بدعوى هى - بطبيعة الحال - منظورة أمام المحكمة، وإن جاز لهم - وفقاً لرأى الفقه[1]- التدخل فيها.

جواز شهر إفلاس التاجر المعتزل التجارة:

لم يكن يتعرض المشرع قبل صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لإمكانية شهر إفلاس التاجر من يعتزل التجارة. ولما صدر القانون المذكور آنفاً، أضاف حالة الاعتزال للتجارة بجانب الوفاة ،وكررت ذات الحكم نصوص القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨. كى لا يكون الاعتزال اللاحق للتوقف عن الدفع يجعله بمنجاة من طلب شهر إفلاس، وحفظاً لحقوق الدائنين وعدم

---

(١) د. على جمال الدين : مرجع سابق، رقم ١٠١؛ د. على سيد قاسم : مرجع سابق، ص٢٨. وهو ما أيدته محكمة النقض في إحدي أحكامها. الطعن رقم ١٣٨٥ لسنة ٤٨، جلسة١٩٨٤/٥/١٤، مكتب فني ، ٣٥، ص١٢٧٤.

الإضرار بهم[1]. بيد أنه يشترط لشهر إفلاس التاجر المعتزل ثمة شرطين هما:

١- يتعين أن ترفع دعوى شهر إفلاسه خلال سنة من تاريخ شطب اسمه من السجل التجارى[2]. فإذا مضت المدة المذكورة، لم يعد من الممكن شهر إفلاسه. على النقيض إذا ظل اسم التاجر مشهراً فى السجل التجارى، ولم يشطب، فنعتقد أنه يجوز طلب شهر إفلاسه فى أى وقت بعد اعتزاله التجارة.

كذلك لا تسرى مدة السنة على التاجر الذى لم يقيد اسمه فى السجل التجارى، ومن ثم يظل جائزاً طلب شهر إفلاسه مهما طالت مدة الاعتزال، والقول بغير ذلك يجعل التاجر الذى تخلف عن القيد فى السجل فى وضع أفضل من التاجر الذى اعتزل التجارة ولكنه كان مقيداً وراعى أحكام قانون السجل التجارى. وإن كانت الصعوبة تبقى فى إثبات ممارسته التجارة كى يتسنى طلب شهر إفلاسه، باعتبار أن القيد فى السجل هو بمثابة قرينة على هذا الوصف. غنى عن البيان أنه ولما كان المشرع قد قرر سريان مدة السنة من تاريخ الشطب، فإنه يستوى أن يكون شطب اسم التاجر قد تم منه هو أو من قبل مكتب السجل ذاته بعد التيقن من توفر سبب الشطب.

٢- توقف المدين عن الدفع قبل اعتزال التجارة. وهو ما مؤداه أن يكون قد توقف عن سداد ديونه حال توفر وصف التاجر فيه، بأن كان التوقف سابقاً على واقعة الاعتزال للتجارة. أما إذا ثبت أن الدين قد نشأ بعد اعتزاله التجارة، فلا يجوز شهر إفلاسه عنه، من ناحية لأنه فقد وصف التاجر، فمن غير الطبيعى شهر إفلاسه، ومن ناحية أخرى أنه بمضى مدة السنة من تاريخ

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص١٦٤؛ د. حسنى المصرى: مرجع سابق، ص٤٨.

(٢) الطعن رقم ١٦٤٥٣ لسنة ٧٥ ق، جلسة ٢٠١٢/٣/١٢.

الشطب فى السجل التجارى، لم يعد جائزاً ذلك.فشهر الإفلاس هو جزاء يقتصر توقيعه على التجار فحسب الذين يتوقفون عن سداد ديونهم دون غيرهم ممن لا تتوافر فيهم هذه الصفة[١].

سلطة قاضى الموضوع فى تقدير وصف التاجر:

من الثابت أنه ولما كان وصف التاجر يتعلق ببعض القرائن التى يجوز إثباتها بكافة طرق الإثبات، فإن لقاضى الموضوع السلطة التقديرية فى استنباط هذا الوصف من عدة قرائن، ومنها افتتاح محل تجارى لممارسة تجارة معينة، ممارسة عمل من الأعمال التجارية بدون وجود محل تجارى له، كالبيع عن طريق مواقع التواصل الاجتماعى، أو ذيوع صيته فى مجال التجارة بالبيع عن طريق المنزل إلى غير ذلك. على أنه يتعين أن تقيم محكمة الموضوع قضاءها على أسباب سائغة. على أن لمحكمة النقض ولئن ليس لها مراقبة صحة الوقائع المستخلصة من الدعوى على توفر وصف التاجر بشروطه الثلاثة، وهى الاحتراف والأهلية والاستقلال، إلا أنها تراقب هذه الوقائع قانوناً، أى أن تنصب رقابتها على تكييف الوقائع ذاتها[٢].

ثانياً: الشخص الاعتبارى:

من المستقر عليه قانوناً، أن صفة التاجر تلحق كل من الشخص الطبيعى وكذلك الشخص الاعتبارى، كالشركات. ولم يعد ينصب اهتمام المشرع المصرى لإسباغ وصف التاجر على الشركة، على المعيار الموضوعى،

---

(١) طعن رقم ٨٦٦ لسنة ٧٢ق، نقض مصرى جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٧.

(٢) الطعن رقم ٥٥ لسنة ٧٠ق. نقض مصرى جلسة ٢٠٠٣/١/١٥.

وطبيعة العمل، بل صار يعول على المعيار الشكلى[1]، وأن كل شركة أيًا كان شكلها، تكتسب وصف التاجر حتى ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية.

وعليه تكتسب كل من شركة التضامن والتوصية البسيطة، وشركة المساهمة، وشركة التوصية بالأسهم، والشركة ذات المسئولية المحدودة، وشركة الشخص الواحد، وصف التاجر، ومن ثم إذا توقفت أحداها عن سداد ديونها، فإنه يجوز شهر إفلاسها، وقد أعفى المشرع شركات قطاع الأعمال العام وشركات القطاع العام وشركة المحاصة من الخضوع لقانون الإفلاس، وذلك وفقاً للمادة (١) من مواد إصدار القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨.أما عن الشركاء فى هذه الشركات، فلا شك أنه - أولاً - يجوز شهر إفلاس الشركاء المتضامنين فى كل من شركات التضامن وشركات التوصية بنوعيها، لمسئوليتهم الشخصية والتضامنية عن كل ديون الشركة، فبشهر إفلاس الشركة، يشهر إفلاسهم، فهو نتيجة لازمة وطبيعية لشهر إفلاس الشخص الاعتبارى[2].ولا يقتصر شهر إفلاس الشركاء المتضامنين فحسب حال وجودهم فى هذه الشركات، بل قد يمتد شهر الإفلاس حتى ولو وخرجوا منها بعد توقف الشركة عن دفع وسداد ديونها، مادام قدم طلب شهر إفلاسهم قبل

---

(١) المادة (١٠) من قانون التجارة. نقيض ما كان يذهب إليه فى قانون التجارة الملغى، والذى كان يسلم بالمعيار الموضوعى. انظر فى ذلك: د. أكثم الخولى: دروس فى القانون التجارى، ١٩٦٣-١٩٦٤، ص٧؛ د. على الزينى: أصول القانون التجارى: المطبعة الأميرية بالقاهرة، ١٩٣٥، ص١٣٤. الطعن رقم ١٧٦ لسنة ٦٨، جلسة ١٩٩٩/١/٤، المكتب الفني، الجزء١،السنة ٥٠، ص٨٥.

(٢) الطعن رقم ١٨٣ لسنة ٣٧ق، جلسة ١٩٧٢/٣/٧، المكتب الفني،٢٣،ص٣١١، الطعن رقم ٢٣ لسنة ٢٩، جلسة ١٩٦٣/١٢/٢٦، المكتب الفني، ١٤، ص١٢٠٢، الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٧٠ ق،جلسة ٢٠٠٦/٤/١١، المكتب الفني، السنة ٥٧، ق٧٠، ص٣٤٠.

انقضاء مدة سنة من تاريخ شهر واقعة خروجهم فى السجل التجارى[1]. وهو حكم قرره المشرع، كى لا تكون واقعة خروج الشريك بمثابة تنصل من سداد ديونها أو ليكون بمنجاة من شهر إفلاسه تبعاً لشهر إفلاس الشركة.أما عن الشركاء الآخرين، كالشريك الموصى فى شركة التوصية البسيطة، والمساهم فى شركة المساهمة، والشريك فى الشركة ذات المسئولية المحدودة، ولما كان من الثابت أنهم لا يتمتعون بوصف التاجر، فمن ثم لا يجوز شهر إفلاسهم[2]. ماعدا فى حالات يعد شهر إفلاس البعض منهم كجزاء لتدخله فى إدارة الشركة مع ورود منع عليه بذلك، أو لإدراج اسمه فى عنوان الشركة مع حظر ذلك عليه. ومنه مثلاً - يكتسب الشريك الموصى وصف التاجر حال تدخله فى إدارة الشركة الخارجية أو إدراج اسمه فى عنوانها مع علمه بذلك، وبالتالى إذا توقفت الشركة عن سداد ديونها، فإنه يكتسب وصف التاجر شأنه كالمتضامن فيها، ويخضع لقواعد الإفلاس.

بيد أن المادة (١٩٨/ب) من القانون، قد خرجت على هذه المبادئ المذكورة، وأجازت للمحكمة المختصة، أن تقضى بشهر إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتصرف فى أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.ونرى - هنا - أنه ولما ورد لفظ أى شخص بلفظ عام، فإنه يشمل أى شريك أو مدير حتى ولو كان غير شريك فى

---

(١) وهذا ما قررته المادة (١٩٧) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨. وانظر في القضاء حكم النقض بتاريخ ٢٠٠٦/٤/١١، الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٧٠ق سالف الذكر.

(٢) راجع للمزيد فى هذا الشأن د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ط١٩٩٤، ص٢٠٧؛ د. على سيد قاسم : مرجع سابق، ص٣٣؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص١٥٧ وما بعدها؛ وفى القضاء: نقض جلسة ٢٠٠١/٥/٢٨، الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٧٠ق، و٢٠٠١/٣/٧، الطعن رقم ٣٨٩ لسنة ٧٠ق.

الشركة، ومن ثم فإن كل من يتدخل تحت ستار الشركة بأى عمل من الأعمال لحسابه الخاص، وتصرف فى أموال الشركة كشخص اعتبارى له ذمة مالية مستقلة، وكأنها أمواله الخاصة، فإنه يسرى عليه هذا الحكم.

- شركات المحاصة وشركات قطاع الأعمال العام والقطاع العام:

لا ريب أن شركة المحاصة من الشركات التى نظمها المشرع فى قانون التجارة القديم، وهى شركات انتشرت عملاً لأسباب عديدة، جراء سهولة تأسيسها، فهى لا تعدو أن تكون اتفاقاً يتم بين الشركاء فيها، كما أنها تنقضى بسرعة. ولذا فهى لا تتمتع بالشخصية الاعتبارية، ومن ثم ليس لها اسم ولا موطن ولا ذمة مالية إلى نحو ذلك.

وبناء عليه لا تكتسب وصف التاجر ولا تخضع لالتزامات التجار، ولا يجوز شهر إفلاسها. وقد أكدت هذا الحكم المادة (١) من مواد إصدار القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، وإنها لا تخضع لقواعد الإفلاس. وهو حكم طبيعى، على أن عدم جواز شهر إفلاسها، لا ينال من جواز شهر إفلاس الشركاء أو المديرين فيها، حال ممارسة أى عمل تجارى. فإذا باشر أحد الشركاء التجارة، فإنه يمارسها باسمه وتنتقل إليه آثار التصرفات التى يبرمها، ولا يكون للغير الذى تعامل معه سوى الرجوع عليه وحده دون غيره من الشركاء الذين لا يعلمونهم، فإذا امتنع هذا الشريك عن وفاء مالهم، جاز لهم طلب شهر إفلاسه.

على جانب آخر استقر الفقه المصري[1] على اكتساب شركة الواقع وصف التاجر، وهى شركة محاصة زالت عنها صفة الاستتار القانونية، وصدر من أحد الشركاء أو جميعهم ما يكشفها تجاه الغير. ففى هذه الحالة

---

(١) د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ط ١٩٩٤، ص٢٠٨؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٣٤.

يجوز شهر إفلاسها إذا توقفت عن سداد ديونها. وكما نرى - وعلى غرار شركة الواقع - تكتسب الشركة الفعلية التى تولدت عن عقد شركة باطل، وصف التاجر ومن ثم يجوز شهر إفلاسها إذا توقفت عن سداد ديونها خلال فترة بقائها[١].ويجب أن نشير إلى أنه يجوز شهر إفلاس الشركة حتى خلال مرحلة التصفية، كما لو طرأ عليها سبب من أسباب انقضائها، أو رغب الشركاء فى تصفيتها، وإبان مرحلة التصفية توقفت الشركة عن سداد ديونها، فيجوز للمصفى طلب شهر إفلاسها ضماناً لحقوق الدائنين، إذ ما زالت الشركة محتفظة بوصف التاجر وبالشخصية الاعتبارية خلال مرحلة التصفية.

ومما يجدر الإشارة إليه، أن المادة (٢٠) من قانون التجارة، قد حجبت صفة التاجر عن الدولة وغيرها من أشخاص القانون العام. وفى بعض الدول كالكويت لا تكتسب هذا الوصف، البلديات والنوادى والجمعيات. ومن ثم فلا يجوز شهر إفلاسها[٢]. ذات الأمر يسرى على الجمعيات التعاونية التى تمارس نشاطها بقصد تخفيف العبء عن المواطنين، على أنه إذا ثبت ممارستها وغيرها من المؤسسات ذات النفع العام، الأعمال التجارية بغية الربح بصفة مستمرة، فإنه لا يوجد ما يقدح، وما دام لم تلتزم بحدود أهدافها، من أن يعد عملها عملاً تجارية، ويجوز شهر إفلاسها إذا توقف عن سداد ديونها[٣].

وأخيراً وتماشياً مع مبادئ البنك الدولى، والتى توجب إقرار إجراءات إعادة الهيكلة على كل المشروعات، وأنه حال استثناء أية حالة من هذا الأمر،

---

(١) وإن كنا نؤيد ما يتجه إليه الفقه الحديث أنه لا مجال للتفرقة بين مصطلحى الشركة الفعلية وشركة الواقع. فكلاهما يرتب ذات الآثار.

(٢) راجع مؤلفنا فى شرح قانون التجارة الكويتى، ٢٠١٩، ص٩١.

(٣) ذات الرأى د. على سيد قاسم : مرجع سابق، ص٣٥.

يجب أن يكون محدداً، استثنى المشرع شركات القطاع العام وقطاع الأعمال العام من الخضوع لإجراءات الإفلاس.وترجع العلة من هذا الاستثناء، فيما تقوم به من دور فى الاقتصاد الوطنى ولضمان استمرار نشاطها.

المطلب الثانى
التوقف عن الدفع

يقوم التوقف عن الدفع على فكرة عجز المدين التاجر عن وفاء ديونه المستحقة الحالة، وهنا يبين الفرق بين الإفلاس التجارى والإعسار المدنى. حيث إن المشرع المدنى لا يرى أن هناك ثمة خطر من المدين تجاه دائنيه، إلا إذا تبين أن أمواله لم تكف لوفاء ديونه الحالة، فيجوز للدائنين شهر إعسار مدينهم. أما الإفلاس التجارى فلا يشغل بال المشرع ما إذا كانت ديونه تزيد على حقوقه بقدر ما يهمه استيفاء الدائن أو الدائنين حقوقهم فى آجال استحقاقها. فمناط الخطر ليس فى ضياع حقوقهم فقط، وإنما فى عدم استيفائها فى مواعيدها المحددة لها. فإذا ثبت أن التاجر يؤدى ما عليه من ديون فى مواعيدها، فإنه يكون فى مأمن من شهر الإفلاس، حتى ولو كانت ديونه تفوق حقوقه، مادام كان بإمكانه تيسير أموره التجارية بسهولة، بمقتضى وسائل مشروعة[1]، كما لو اتفق ودياً مع دائنيه على مد آجال الديون، أو تمكن من الحصول على قرض بفائدة منخفضة إلى نحو ذلك من وسائل يستطيع بها الاستمرار فى سداد ديونه فى آجالها.

---

(١) نقيض إذا كانت هذه الوسائل غير مشروعة، كالالتجاء إلى سحب كمبيالات المجاملة متى كان هدفها خداع دائنيه وخلق ائتمان زائف، أو الاقتراض بفائدة مرتفعة جداً، أو إخفاء وتهريب أمواله إلى نحو ذلك، فهنا ولما ثبت سوء نيته وغشه، فيجوز اعتباره متوقفاً عن الدفع.

مفاد ما تقدم أن العبرة ليست بمدى يسار التاجر كى لا يتعرض لشهر الإفلاس، وإنما بانتظامه فى سداد ديونه فى مواعيدها، ومن ثم فإن يساره وملاءته المالية، قد لا تحول دون شهر إفلاسه، إذا عجز أو امتنع عن سداد ما عليه، قصداً أو جراء ظروف تعرض لها[1]. فقد يكون لدى التاجر أموال طائلة فى شكل أوراق مالية تعانى من انخفاض فى قيمتها، أو حقوق يتعذر تحصيلها فى الوقت الحاضر، أو فى شكل عقارات عليها نزاع جدى، ومع ذلك يتوقف عن سداد ديونه، مما يبرر معه طلب شهر إفلاسه.

ماهية التوقف عن الدفع:

كان الفقه[2] يسلم - قديماً - بإمكانية شهر إفلاس التاجر لمجرد توقفه المادى عن سداد ديونه فى آجال استحقاقها، أياً كان السبب الذى يعزو إليه هذا التوقف، وذلك كان حماية للدائنين بحتمية استيفاء ديونهم فى مواعيدها، وكان هذا المعيار لا ينظر إلى مدى يسار المدين من عدمه، فالتوقف بمعناه اللفظى كان كافياً لطلب شهر الإفلاس.ترتب على ذلك أن التوقف كان يتحقق بمجرد عدم الوفاء فى حينه، ولو كان المدين موسرًا ولديه من الأموال ما يوفى به. و على النقيض لا يجوز شهر إفلاس المدين ما دام كان مستمراً فى وفاء ديونه بوسيلة أو بأخرى، حتى ولو كان معسراً. وكان الفقه يستند فى سبيل اعتناق هذا الرأى، إلى أن عدم استيفاء الحق فى موعده المعين له، يسبب أضراراً فى مجال التجارة. وأنه من الصعوبة بشئ إثبات إعسار المدين، فكيف يكلف

---

(١) راجع فى القضاء الحديث: طعن مصرى رقم ٧٦٧٥ لسنة ٧٩ق، جلسة بتاريخ ٢٠١٠/٣/١٨.

(٢) ومنهم الفقه الفرنسى القديم ومثل مازو، وريبير، مشار إليه فى مؤلف د. مختار بريرى: مرجع سابق، ١٩٩٤، ص٢١٥.

الدائن بإثبات ما قد يعجز القضاء ذاته عن إثباته.

بيد أن هذا المفهوم التقليدى للتوقف عن الدفع لم يستمر طويلاً، لما ترتب عليه من آثار غير عادلة، لعل أهمها أنه أجاز لمفلس الاستمرار فى تجارته وتبديد أمواله لمجرد أنه مازال يوف بديونه بطرق ووسائل غير مشروعة، وسمح بشهر إفلاس تاجر قادر على السداد لمجرد أنه توقف مؤقتاً عن وفاء ديونه لظروف تعرض لها.

ولذا بدأ المفهوم الحديث للتوقف عن الدفع يلوح فى الأفق، والذى ينهض على أن مجرد التوقف عن الدفع ليس كافياً بذاته لطلب شهر إفلاس التاجر، وإنما كما قالت محكمة النقض المصرية، يتعين أن يكشف هذا التوقف عن مركز مالى مضطرب وضائقة مستحكمة، يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض معها حقوق دائنيه لخطر محقق[1].فالتوقف عن السداد قد يكون مرده ظروف طارئة، أو لانتشار وباء عالمى حال ما بين تجارته وتحقيق الأرباح، أو كانت لديه حقوق كثيرة مؤجلة السداد. لذا صار من الضرورى بحث ما إذا كان التوقف عن السداد دائماً أم عارضاً أو كان لأوقات قصيرة ثم ما يلبث وأن يزول[2]، وهنا إزاء هذه الحالة الأخيرة، لا محل لطلب شهر إفلاسه.ومن اجل ذلك كله، أضحى من اللازم، فحص مركز المدين المالى فى ضوء ما له من حقوق وما عليه من ديون، وتقرير بما إذا كان التوقف هو توقف مؤقت

---

(١) نقض تجارى، الطعن رقم ٢١٠٣٩ لسنة ٧٨ق، جلسة ٢٠١٦/١١/١٠، الطعنان رقما ٤١٣، ٤٦٩ لسنة ٦٨ق، جلسة ١٩٩٩/٢/١٨، كذلك نقض مصرى جلسة ١٩٩٦/١١/٧، مجموعة النقض، السنة ٤٧، ص١٢٦٦. الطعن رقم ٣٢٠٩ لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٠٠٦/١٠/١٠.

(٢) الطعن رقم ٣٥٥٥ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٧/١/٢٣.

لأسباب عارضة، أم أنه توقف ينبئ عن مركز مالى مضطرب وضائقة مالية مستحكمة. وقد استقر المشرع المصرى فى ظل قانون التجارة[١] ومن بعده فى القانون الجديد رقم ١١ لسنة ٢٠١٨[٢]، على أن يتعين أن يكون التوقف عند الدفع ناتجاً عن اضطراب فى أعمال التاجر المالية، ويكمل ذلك بإصدار حكم بشهر إفلاس المدين. ولذا قضى بأنه مجرد امتناع التاجر عن سداد ديونه، لا يعد توقفاً عن الدفع بالمعنى الذى ينبئ عن مركز مالى مضطرب ،فقد يكون مرجع التوقف عذراً طرأ مع إقتداره على الدفع، وقد يكون لمنازعته في الدين[٣].على أن التساؤل الذى يثور ما هو معيار التوقف عن الدفع، هل بعدد الديون أم بفقد الائتمان وانهيار المركز المالى بصرف النظر عن عدد الديون؟

فى الحقيقة من الصعوبة الركون لفكرة عدد الديون، والتى مفادها أن يتوقف المدين عن وفاء كل أو معظم ديونه، فإذا كان التوقف يتعلق بدين واحد بينما استمر فى الوفاء بالباقى منها، فهذا ينفى عنه معيار التوقف عن الدفع. وذلك لإمكانية أن يختار المدين وفاء الديون صغيرة القيمة، بينما يمتنع عن وفاء الديون الكبيرة، كى يقفل الباب أمام دائنيه الأخيرين من طلب شهر إفلاسه. وذلك بحجة أنه مازال مستمراً فى وفاء بعض الديون.

لذا فإن المعول عليه فى التسليم بانهيار المركز المالى، يكون بفقد الثقة

---

(١) المادة (٥٥٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. والذى ألغى فيه باب الإفلاس بصدور القانون الجديد.

(٢) المادة (٧٥) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨.

(٣) حكم محكمة القاهرة الاقتصادية - الدائرة الأولى إفلاس اقتصادى، دعوى رقم ٢٠١٠/١٢٦ جلسة بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٧. ذات الإتجاه الطعن رقم ١٢٠٣٩ لسنة ٧٨ق، جلشة ٢٠١٦/١١/١٠.

وليس بعدد الديون، بأن ينبئ التوقف عن الدفع، ولو تعلق الأمر بدين واحد، عن مركز مالى مضطرب، كما لو عزفت البنوك عن التعامل معه، أو تم تحرير أوراق احتجاج ضده لعدم الوفاء بقيمة بعض الأوراق التجارية أو توقف عن سداد الضرائب والمستحقات العمالية، أو بيع الموجودات لقاء الديون،أو تسريح العمال وعدم سداد رواتبهم، إلى نحو ذلك[1]. ويستقل قاضى الموضوع بتقدير الوقائع آنفة الذكر وغيرها، والقطع بما إذا كانت تشكل الواقعة أو الوقائع المعروضة عليه توقفاً عن الدفع أم لا. ولا يخضع لرقابة محكمة النقض مادام كان استخلاصه لهذا الفرض سائغاً ويستقيم مع المستندات المقدمة والوقائع المطروحة عليه[2]. أما إذا خلص قاضى الموضوع إلى نتيجة لا تتوافق مع المستندات المقدمة، فإنه يخضع لرقابة محكمة النقض، وعليه يجوز نقض الحكم. وبناء عليه يمكن القول بأن تقرير حالة التوقف عن الدفع كأساس وسند للقضاء بشهر إفلاس المدين، يخضع لتقدير قاضى الموضوع، على أنه يلزم من الأخير بيان الدلائل والوقائع التى استخلص منها

---

(1) Christine Lebel. op. cit., p. 19, Françoise Pérochon et Régine Bonhomme. Op. cit., p. 25.

انظر أيضًا د. حسين فتحى: مرجع سابق، ص٩١؛ عبدالحميد عبدالله عرفه: مرجع سابق، ص١٤؛ مؤلفنا: الطرق الودية والقضائية..، ص٣٠.وفى القضاء انظر: الطعن رقم٣٦٢ لسنة ٢٦ق،جلسة ١٩٦٢/٤/٢٨، المكتب الفني،السنة ١٣،ص٥٢٨. الطعن رقم ١٣٥ لسنة ٣١، جلسةة ١٩٦٦/٣/١٥، المكتب الفني، ١٧،ص٥٧٧.الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٧٠ق، جلسة ٢٠٠٦/٤/١١، المكتب الفني،السنة ٥٧، ق٧٠، ص٣٤٠.

(٢) نقض بتاريخ ٢٠١٦/٥/٢٣، الطعن رقم ١٨٩٤ لسنة ٧٨ق، ١٩٩٦/١١/١٠ المستحدث تجارى ١٩٩٦-١٩٩٧، ص١٧.الطعنان رقما ٦٤٢،٥٧٢لسنة ٧٠ق، جلسة ٢٠٠١/٦/٧، أحكام النقض، الجزء٢،السنة ٥٢،ص٨٤٢.

الاضطراب المالى والضائقة المالية المستحكمة التى كانت سند له فى القضاء بالتوقف عن الدفع ومن ثم لشهر الإفلاس، والتي يمكنه أن يستخلصها من كل فعل أو عمل أو تصرف ينم عن ذلك[1].

- الشروط المتعين توفرها فى الدين محل التوقف عن الدفع:

حددت المادة (٧٨) من القانون الجديد، شروط وأوصاف الدين محل التوقف عن الدفع، بأن يكون ديناً تجارياً خالياً من النزاع، حال الأداء.

١- أن يكون الدين من طبيعة تجارية:

يتعين أن يكون الدين محل التوقف عن الدفع ديناً تجارياً. ويعد الدين تجارياً متى تعلق بتجارة التاجر وعقوده والتزاماته. فكل عمل يقوم به يعد متعلقاً بتجارته مالم يثبت غير ذلك. ومن ثم يعد ديناً تجارياً ،ما يلتزم به التاجر من تعويضات عما يقع منه من أخطاء جراء ارتكابه أعمالاً غير مشروعة، كتقليد العلامة التجارية المملوكة للغير، أو سرقة براءة الاختراع لتاجر آخر، أو الديون التجارية المترتبة على التزاماته من استيراد مواد أولية أو شراء معدات من تاجر آخر إلى نحو ذلك. وقد استقرت المحاكم بدرجاتها المختلفة على ضرورة توفر هذا الشرط، للحكم بشهر إفلاس التاجر[2]. وترجع العلة

---

(١) نقض جلسة ١٩٩٩/٢/١٨، الطعنان رقما ٤١٣، ٤٦٩ لسنة ٦٨ق، نقض جلسة ١٩٧٢/٣/٢٣، المجموعة الرسمية، السنة ٢٣، ص٤٧٣، جلسة ٢٠٠١/٤/٢٤، الطعن رقم ٧١٧ لسنة ٧٠ق، الطعن رقم ٧٠١ لسنة ٧٠ق جلسة ٢٠٠١/٦/١٤.

(٢) إفلاس اقتصادى القاهرة، الدعوى رقم ٢١٣ لسنة ٢٠١٢ بجلسة ٢٠١٣/١/٢٦، ونقض مصرى بجلسة ٢٠٠٣/٤/٢٢، الطعون أرقام ٧٧٢ لسنة ٦٨ق، ٢٣٩، ٢٧٨، ٢٨٤. الطعن رقم ٤٧١ لسنة٢٠٠٢، جلسة٢٠٠٢/٦/١٣،السنة ٥٣ـ الجزء٢، ص٧٩٧.، الطعن رقم

من اقتضاء هذا الشرط، أن الإفلاس نظام خاص بالتجار، وهو من طوارئ وعوارض المعاملات التجارية، والذى يهدف إلى دعم الائتمان التجارى.

ولا صعوبة إذا كانت طبيعة الدين ثابتة لم تتغير منذ بداية النزاع وحتى نهايته، بيد أن المشكلة قد تبدو إذا تغيرت طبيعة الدين، كما لو نشأ الدين تجارياً ثم صار مدنياً بعد ذلك، أو العكس، فهل العبرة بطبيعة الدين وقت نشوئه أم بوقت المطالبة به؟. يكاد يجمع الفقه دون خلاف[1] على أن المعول عليه هو طبيعة الدين وقت المطالبة به وليس وقت نشوئه. فإذا كان الدين تجارياً وقت نشأته ولكنه صار ديناً مدنياً وقت المطالبة به، فلا يجوز شهر الإفلاس حال الامتناع عن دفعه. والنقيض هو الصحيح، إذا كان الدين وقت نشوته مدنياً ثم أضحى لاحقاً تجارياً، فيجوز شهر إفلاس التاجر إذا توقف عن سداده. ويستوى أن يكون الدين التجارى ديناً عادياً أم ديناً مضموناً برهن، من طبيعة تعاقدية أم غير تعاقدى، ديناً واحداً أو أكثر، فقد استقر قضاء النقض على أنه لا يشترط تعدد الديون التجارية، بل يكفى توقف المدين عن دفع دين واحد متى كان ذلك ينبئ عن مركز مالى مضطرب[2].

مدى جواز شهر إفلاس التاجر عن دين مدنى:

أجازت المادة (٧٨) من القانون الجديد، للدائن بدين مدنى طلب شهر

١٦٤٥٣ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٢/٣/١٢، السنة ٦٣، ص٤١٢. الطعن رقم١٢٠٣٩ لسنة ٧٨ق، بتاريخ ٢٠١٦/١١/١٠.

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٤٤٧ د. على جمال الدين : الإفلاس فى قانون التجارة الجديد، ص٧٢.

(٢) نقض تجارى ١٩٦٥/٢/١١، مجموعة المكتب الفنى، السنة ١٦، ص١٥٥، نقض تجارى ١٩٧٩/١/٢، المجموعة، السنة ٣٠، ص٣٣٣.

إفلاس مدينه التاجر، إذا أثبت أن التاجر قد توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة، علاوة على دينه المدنى الذي هودائن له به.

أم إذا لم يتسن له إثبات توقف التاجر عن دفع ديون تجارية أخرى، فلا تقبل حينئذ دعوى شهر الإفلاس منه([1])، حيث إن الإفلاس خاص بالتجار ممن توقفوا عن سداد ديونهم التجارية. وبالتالى كى ينجح الدائن بدين مدنى، فى شهر إفلاس المدين، عليه أن يثبت أولاً توقف الأخير عن سداد ثمة ديون تجارية لأشخاص آخرين، بالإضافة إلى توقفه عن سداد ديونه هو المدنية. على أن يثبت أن التاجر توقف عن سداد الديون التجارية الحالة الأداء وليست ديوناً مؤجلة.**تطبيقاً لذلك** إذا رفع أحد الدائنين دعوى شهر إفلاس مدين بدين تجارى حال الأداء ومعه ديون مدنية لآخرين، ثم تنازل طالب شهر الإفلاس عن دعواه لاستيفاء دينه، ولم يتبق سوى الديون المدنية، ففى هذه الحالة يقضى بعدم توفر شروط شهر الإفلاس لمدنية الديون.ويقع عبء إثبات ذلك على الدائن بدين مدنى، فإن نجح فى ذلك، يحق له الاشتراك والتقدم فى تفليسة المدين شأنه كالدائن بدين تجارى، ويقتسموا جميعاً أموال المدين قسمه غرماء.

٢- يتعين أن يكون الدين مؤكداً:

يشترط - ثانياً - فى الدين محل التوقف عن الدفع، أن يكون مؤكداً محقق الوجود[٢]، ومن ثم إذا كان وجود الدين معلقاً على شرط واقف، أو كان محل

([1]) الطعنان رقم ٨٩٥ لسنة ٧٠، و٦٣ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠١/١٢/١٣

(٢) نقض تجارى ٢٠٠٣/١/٩، طعن رقم ١١٠٨٩ لسنة ٦٥، جلسة ٢٠٠٣/١٠/٢٧ طعن رقم ٦٥٥٠ لسنة ٦٣ق.

نزاع [1]أو كان قد أدعى بانقضائه بالوفاء أو بالمقاصة أو بأى سبب من أسباب انقضاء الدين كالتقادم([2])، ففى هذه الحالة يجوز للمدين عدم الوفاء حتى يتم البت فى وجود أو عدم وجود الدين. وبالتالى لا يعد امتناعاً عن الدفع من قبله.

غنى عن البيان أن العبرة بالنزاع الجدى، الذى يمس وجود الحق، بأن يكون المقصد منه ليس تعطيل وإطالة النزاع، بل المنازعة فى وجود الحق من الأساس، فإذا تيقنت المحكمة من عدم جدية النزاع، فلها أن لا تعتد به، وتقضى بتوفر الامتناع عن الدفع، لوجود ثمة حق مؤكد ثارت بشأنه منازعة غير جدية.وقد يثور التساؤل حول ما إذا لم يكن الدين مؤكداً وقت رفع دعوى شهر الإفلاس، وإنما صار كذلك إبان نظر الدعوى؟.

من الثابت أن العبرة هى بوقت حلول الدين وتأكده وقت رفع دعوى الإفلاس، فإذا لم يكن مؤكداً وقتها، فإنه يتعين رفض دعوى شهر الإفلاس حتى لو تأكد أثناء نظر الدعوى أمام المحكمة المختصة.

٣- يجب أن يكون الدين معين المقدار:

ينبغى - بداهة - أن يكون الدين محل التوقف عن الدفع معين أو محدد المقدار، وبالتالى ليس من المتصور اعتبار التاجر المدين متوقفاً عن دفع دين غير معين المقدار. أو إذا كان المدين قد أثار منازعة فى قدر الدين المدعى به

---

(١) د. مختار بريرى: مرجع سابق، ص٢٢٥؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٤٤؛ وفى القضاء: نقض ٢٠١٧/٥/١٤ سالف الإشارة إليه. كما انظر حكم شهر افلاس صيدليات الفا، محكمة القاهرة الإقتصادية، ٢٠٢٢/٥/٢٩ سالف الذكر. الطعن رقم ٤٠٠ لسنة ٢٩ق، جلسة ١٩٦٤/٤/٩، المكتب الفني، السنة ١٥،ص٥٣١.

([2]) الطعنان رقما ١٠٦٧، ١٠٨١ لسنة٧٤ ق، جلسة ٢٠٠٧/٢/١٣.

من قبل الدائن[١]. وقد يكون الدين بداية ليس مبلغاً من النقود، وإنما – مثلاً- التزام بتسليم بضاعة، أو رد مواد أولية لدى المدين ، فهنا ولئن يعد التزاماً لكن لا يعد مبلغاً نقدياً معين المقدار. وهنا يتعين تحويل هذا الالتزام إلى مبلغ نقدى، كى يتسنى للدائن طلب شهر إفلاس المدين لتوقفه عن سداد هذا الدين[٢].ويكون من سلطة محكمة الموضوع تقدير مدى جدية المنازعة فى مقدار الدين، ويكون قضائها مقبولاً متى أقامت ما انتهت إليه على أسباب سائغة[٣].

٤- أن يكون الدين حال الأداء:

من أهم الشروط التى قررته المادة (٧٨) من القانون، فى الدين محل التوقف عن الدفع، والذى يبرر طلب شهر إفلاس المدين، أن يكون الدين حال الأداء[٤]، أى حل أجل سداده واستحقاقه. ومن ثم يجوز للمدين الامتناع عن سداد الديون المؤجلة أو المعلقة على شرط مادام لم يحل وقت استحقاقها أو يتحقق الشرط بشأنها، وعليه لا يحق رفع دعوى شهر إفلاس لامتناعه عن سدادها. تطبيقاً لذلك لا يجوز لأحد الشركاء رفع دعوى بشهر إفلاس شركة أيًا كان نوعها لم يصدر قرار من جماعة الشركاء أو من الجمعية العامة لها، بتوزيع أرباح عن العام الحالى. أو القرار بتوزيع العائد عن السندات

---

(١) إفلاس اقتصادى جلسة ٢٠١٤/٦/٢٢، رقم ٣ لسنة ٢٠١٤ إفلاس اقتصادى القاهرة. والطعن رقم ١٦٤٥٣ لسنة ٧٥ ق، جلسة ٢٠١٢/٣/١٢ سالف الذكر.

(٢) من هذا الرأى د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٤٦.

(٣) نقض ١٩٦٨/١٢/١٧، المجموعة، السنة ١٩، ص١٥٣٦.

(٤) راجع للمزيد فى هذا الشأن د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص١٨٣؛ د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٢٩. كما انظر في القضاء: الطعن رقم ١٦٤٥٣ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٢/٣/١٢، مكتب فني،السنة ٦٣ق، قاعدة ٦٣، ص٤١٢.

لأصحابها، مادام لم يصدر قرار من الجهة المختصة بالتوزيع، فقبلها الدين وإن كان ثابتاً فى ذمة الشركة، إلا أنه غير حال، ومن ثم لا يجوز رفع دعوى طلب شهر إفلاس بشأنه. بيد أنه قد أجازت الفقرة الثانية من ذات المادة المذكورة، للدائن بدين أجل الحق فى طلب شهر الإفلاس، فى حالات محددة وهى: أ-إذا لم يكن للمدين التاجر موطن معروف فى مصر، كما لو كان مديناً غير مصرى، ولم يكن له موطن محدد.ب-إذا لجأ إلى الفرار.ج-إذا أغلق متجره أو شرع فى تصفيته. د-إذا أجرى تصرفات ضارة بدائنيه. ففى هذه الحالات يجوز رغم عدم حلول أجل دينه، أن يطلب شهر إفلاسه ، شريطة أن يقدم الدائن ما يثبت أن المدين توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة.

- استثناء: الديون المتعلقة بالضرائب والتأمينات الاجتماعية والغرامات الجنائية:

استثنى المشرع بمقتضى المادة (٧٩) من القانون، ديون الضرائب والرسوم والتأمينات الاجتماعية والغرامات الجنائية، من حالات شهر إفلاس التاجر بسبب توقفه عن دفعها، حتى ولو كانت ديوناً حالة. أى لا يجوز رفع دعوى شهر إفلاس التاجر حال توقفه عن سدادها.وهى حالات قد وردت على سبيل الحصر، فلا تمتد إلى غيرها مما يستحق للدولة لدى التاجر. ومن ثم إذا تعاقدت الدولة مع أحد التجار لتوريد وجبات غذائية للمستشفيات أو للمدارس، وتأخر التاجر عن تنفيذ التزاماته أو استحقت عليه غرامات تأخيرية، فيجوز طلب شهر إفلاسه حال توقفه عن سدادها.كما أن الديون المذكورة تشمل كل أنواعها، أى كل أنواع الضرائب والرسوم والغرامات الجنائية أيًا كان نوعها أو مصدرها.

المطلب الثالث

صدور حكم بشهر الإفلاس

تمهيد وتقسيم:

من الثابت أنه بعد ما تتحقق المحكمة المختصة من توفر شروط طلب شهر إفلاس التاجر، فإنها تقضى به بموجب حكم وبمقتضى دعوى ليست هى خصومة بالمعنى الدقيق، بل هى دعوى إجراءات شكلية، يقصد منها تقرير حالة التوقف عن الدفع وترتيب عدة آثار قانونية بناء عليها([1]).

ولا يقتصر طلب شهر إفلاس المدين على الدائنين فحسب، بل يجوز بناء على طلبه هو شخصياً، أو النيابة العامة، أو المحكمة من تلقاء نفسها([2]). كما يحوز الحكم الصادر بشهر الإفلاس حجية، ويجوز الطعن عليه خلال مدد معينة.وهو ما سنبينه على النحو التالى:

الفرع الأول

صاحب الحق فى طلب الحكم بشهر إفلاس المدين

تنص المادة (٧٦) من القانون، على أنه يشهر إفلاس التاجر بناء على طلبه، أو طلب أحد الدائنين، أو النيابة العامة، ويجوز للمحكمة أن تقضى به من تلقاء نفسها.

أولاً: طلب المدين شهر إفلاسه:

وفقاً للمادة (٧٧)، فقد أوجب المشرع على التاجر أن يطلب شهر إفلاسه خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ توقفه عن الدفع.

([1]) الطعن رقم ٧٩٥ لسنة٧٢ق، جلسة ٢٠٠٣/٦/٢، المكتب الفني،السنة ٥٤ق، ص١١٠٨.

([2]) الطعن رقم ٦٥٤٩ لسنة ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٢/٤/٩، المكتب الفني، السنة ٥٣ ، الجزء١، ص٤٩٥.

وقد يتعجب الكثيرون من تصور أن يسعى التاجر إلى شهر إفلاسه بنفسه، مع إدراكه بما يحمله هذا الأمر من آثار وما يلحقه من وصمة عار قد تستمر معه وقتاً طويلاً. إلا أن من يتأمل الأمر بدقة، يرى أن التاجر هو أدرى بحاله، وأول من يشعر بالاضطراب المالى الذى قد يتعرض له، والضائقة المالية التى تواجهه، فبدلاً من المكابرة والعناد و الاستمرار فى إدارة تجارته وأمواله بنفسه، وقد تسوء أحواله أكثر، فإن الأفضل أن يسعى لطلب شهر إفلاسه بنفسه، وهو ما يعينه على سداد ديونه ويصون حقوق دائنيه.

وعلاوة على ذلك فإن سعيه لشهر إفلاسه، قد يأخذه القاضى كدليل على حسن نيته، مما يجيز له التمتع ببعض المزايا التى قصرها المشرع على التجار حسنى النية، كالصلح الواقى من الإفلاس، أو على أسوء تقدير، فى حال شهر إفلاسه، يكون إفلاسه إفلاساً بسيطًا وليس إفلاساً بالتقصير أو بالتدليس.

ولذا فقد فتح المشرع الباب له لمعالجه أزمته المالية بما يحقق مصلحته ومصلحة دائنيه، وصار ذلك ليس مكنه له وخيار، بل قد أضحى التزامًا عليه بالسعى لطلب شهر إفلاسه. وذلك بموجب طلب يقدم إلى إدارة الإفلاس، يذكر فيه أسباب التوقف عن الدفع ويرفق به بعض الوثائق اللازمة ومنها:

أ- الدفاتر التجارية الرئيسية.

ب- صورة من آخر ميزانية وحساب الأرباح و الخسائر.

ج- بيان بإجمالى المصروفات الشخصية عن السنتين السابقتين على تقديم طلب شهر الإفلاس أو عن مدة اشتغاله بالتجارة إذا كانت أقل من

ذلك[1]، عدا الطلب المقدم من إحدى شركات المساهمة.

د- بيان تفصيلى بما يملكه من عقارات ومنقولات وقيمتها التقريبية فى تاريخ التوقف عن الدفع، وكذلك المبالغ النقدية المودعة باسمه لدى البنوك سواء فى مصر أو خارجها.

ه- بيان بأسماء الدائنين والمدينين وعناوينهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها.

و- بيان بالاحتجاجات التى حررت ضد التاجر خلال السنتين السابقتين على تقديم طلب شهر الإفلاس.

ز- شهادة بعدم صدور حكم بافتتاح صلح واق من الإفلاس، أو ما يفيد عدم تقدمه بطلب إعادة هيكلة من قبل.

وقد أضاف المشرع بموجب القانون ١١ لسنة ٢٠٢١ فقرتين أخرتين، وهما ح، ط، بما يفيد إيداع مبلغ عشرة آلاف جنيه خزينة المحكمة على ذمة مصروفات نشر ما يصدر من أحكام، وشهادة تفيد عدم تقدمه بطلب شهر الإفلاس من قبل، أو تقدمه بسبق رفضه ومرت ثلاثة أشهر على ذلك.

ويتعين أن تكون الوثائق المشار إليها فى الفقرة السابقة مؤرخة وموقعة من التاجر، وإذا تعذر تقديم بعض هذه الوثائق أو استيفاء بياناتها، وجب عليه إيضاح أسباب ذلك. وللقاضى إلزام من تقدم بالطلب خلال المدة التى يحددها، بتقديم أية مستندات إضافية أو معلومات حول وضعه الاقتصادى أو المالى.

ونرى أن المدين الذى يتخلف عن تقديم هذه البيانات أو لم يقدم حساب

---

(١) وقد تكمن العلة من وراء هذا البيان، للتيقن من مدى اقتصاد أو إفراط التاجر فى مصروفاته الشخصية، ومدى تلاءم ذلك مع إيراداته.

الأرباح والخسائر وآخر ميزانية، فإنه يفقد أى مزايا يكون قد رتبها القانون على طلبه، إضافة إلى إمكانية اعتباره مفلساً بالتقصير. إلا أنه ولئن كان يُقتضى أن يتقدم المدين بنفسه بطلب شهر إفلاسه، فليس ثمة ما يمنع أن ينيب وكيلاً عنه فى تقديم هذا الطلب، على أن تكون وكالة خاصة. كذلك ونظراً لأن تقديم هذا الطلب وجراء خطورته وقسوة الآثار القانونية المترتبة عليه، فإنه يخضع لمحض إرادة وتقدير المدين، فيستقل به وحده فى تقديمه وتقديره، ومن ثم يري بعض الفقه أنه لا يجوز لدائنيه استعمال هذا الحق بطريق الدعوى غير المباشرة[1]. أيضًا - وكما سبق القول يجوز لورثة التاجر طلب شهر إفلاسه خلال المدة التى حددتها المادة (٧٦) متى كان متوقفاً عن الدفع وقت الوفاة.

طلب شهر إفلاس الشركة:

من الثابت أنه ولما كانت الشركة التى توقفت عن وفاء ديونها مما ينبئ عن اضطراب مركزها المالى،تعد فى مركز المدين، فإنه يجوز طلب شهر إفلاسها. ولا يملك الممثل القانونى للشركة وهو المخول بطلب شهر إفلاسها، مباشرة هذا الإجراء إلا بعد الحصول على إذن بذلك من أغلبية الشركة[2]، كما فى شركتى التضامن والتوصية البسيطة، أو من الجمعية العامة للمساهمين أو الشركاء، كما فى شركتى المساهمة والشركة ذات المسئولية المحدودة.

---

(١) انظر فى ذات الرأى د. محمود مختار بريرى : مرجع سابق، ط١٩٩٤، ص٢٧٠، د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٦٥.

(٢) المادة (١٩٤) من القانون.على أن الحكم الصادر بشهر الإفلاس يكون اتجاه الشركة وليس الممثل القانوني لها. انظر الطعن رقم ٦٨٤ لسنة ٧٣ق،جلسة ٢٠٠٤/٧/٥،السنة ٥٥، ع١،ص٦٨٩.

ويتعين أن يشتمل طلب شهر الإفلاس على أسماء الشركاء المتضامنين الحاليين، أي الذين بها وقت تقديم طلب شهر إفلاسها، وكذلك الذين خرجوا من الشركة بعد توفقها عن الدفع مع بيان موطن كل شريك متضامن وجنسيته وتاريخ شهر خروجه من الشركة فى السجل التجارى. ولذلك لأن خروجهم قد لا يجعلهم بمنجاة من إمكانية شهر إفلاسهم وإمكانية ملاحقتهم وإدخالهم في طلب شهر الإفلاس، إذا ثبت أنه تم هذا الخروج وكانت الشركة متوقفة عن الدفع، وذلك خلال مدة سنة من خروجهم منها([1]).

مدى التزام المحكمة للاستجابة إلى طلب المدين أو وكيله:

بالرغم من أن المشرع قد أوجب على المدين المتوقف عند الدفع، أن يتقدم بطلب شهر إفلاسه، إلا أنه تظل سلطة تقدير ذلك لقاضى الموضوع، الذى له بعد فحص الطلب المقدم والمستندات والمرفقات به، حق تقدير توفر حالة التوقف عن الدفع من عدمه، وهو أمر يستقل به تحت رقابة محكمة النقض فيما يتعلق بالتكييف القانونى للوقائع واعتبارها كافية لحالة التوقف أم لا، وما إذا كانت تعد معها موجبة للحكم بشهر الإفلاس من عدمه.ومرد تخويل هذه السلطة التقديرية للقاضى رغم أن طلب شهر الإفلاس مقدم من المدين نفسه، أن المحكمة قد يتبين لها أن طلب شهر الإفلاس ما هو إلا وسيلة من قبل المدين للضغط على دائنيه لقبول مثلاً الصلح أو إدراك مزايا عن طريق تخفيض أو تقسيط الديون، ما كان له أن يحصل عليها إلا بهذه الطريقة، فى حين أنه قادر على وفاء ديونه فى مواعيدها، وأن ما قدمه من بيانات وميزانية وحساب الأرباح والخسائر كان غير صحيح. ولذا يكون للقاضى رفض ما

([1]) انظر الطعن رقم ١٧٢٧٧ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٢/٣/١٢، الطعن رقم ٢٧٥ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠١٣/٣/١٠.

طلبه المدين. بل وبمقتضى المادة (٩٣) من القانون، أن تحكم عليه بغرامة لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه إذا تبين لها أنه تعمد اصطناع الإفلاس.وعلى فرض أن لم ينتبه القاضى لما بدر من المدين من سلوك تدليسى فى سبيل السعى لشهر إفلاسه رغم ملاءة مركزه المالى، وتم استصدار حكم بشهر الإفلاس، فإنه يجوز للدائنين وكل من لحقه ضرر فى هذا الشأن، المطالبة بالتعويض.

ثانياً: طلب شهر الإفلاس بناء على طلب الدائن:

لا ريب أن الطريق الطبيعى لشهر إفلاس المدين، يكون بناء على طلب من قبل الدائن أو الدائنين، فهم أصحاب المصلحة الأولى فى اتخاذ هذا الإجراء، حفظاً لحقوقهم، ولعدم ترك المدين على رأس تجارته، يتخذ من التصرفات والأعمال، مما يعود عليهم بالضرر. لذا أجاز المشرع لكل دائن بدين تجارى بمفرده أو بالاشتراك مع غيره من الدائنين، طلب شهر إفلاس المدين، وسواء أكان دائناً بدين عادى أو بدين مضمون بتأمين خاص، كما يمتد للدائنين بدين تجارى أو مدنى وفقاً للشروط التى سبق بيانها.ولا يلزم أن يتعدد الدائنون المطالبون بشهر إفلاس مدينهم، فيكفى أن يتقدم أحدهما بذلك الطلب، كما يقبل الطلب حتى ولو توقف التاجر عن سداد دين واحد، مادام يكشف عن مركز مالى مضطرب وضائقة مالية مستحكمة.

بيد أن المشرع قد استثنى[١]، فئة من الدائنين، وقرر عدم قبول دعوى شهر إفلاس مدينهم، وهم الدائنون بموجب دين مضمون بالكامل بتأمين عينى أو منقول مسجل، مالم تكن قيمة الدين تزيد على قيمة الضمان. وذلك لأنهم لن تكون له ثمة مصلحة من هذا الطلب، فديونهم مضمونة كلياً، ولا خشية على

---

(١) المادة (٧٦) الفقرة الأخيرة منها.

حقوقهم لدى المدين. إلا إذا زادت قيمة الدين المقرر لهم على قيمة الضمان، فهنا تظهر المصلحة فى الخوف من فقد القيمة من الدين الزائدة، فيعود لهم الحق - مرة أخرى - فى طلب شهر الإفلاس.

كيفية طلب الدائن شهر إفلاس مدينه:

يطلب الدائن شهر إفلاس مدينه بطلب يقدم إلى إدارة الإفلاس التى تتبع المحكمة المختصة، ويصطحب بالطلب، بما يفيد إيداع مبلغ عشرة آلاف جنيه خزانة المحكمة على سبيل الأمانة لحساب مصروفات نشر الحكم الصادر بشهر إفلاس المدين. وتبدو الغاية من هذا الطلب، فى اتخاذ الإجراءات التحفظية اللازمة حيال هذا الفرض، ويبين فيه الظروف التى يستدل منها على توقف المدين عن دفع ديونه. ويحق للمحكمة أن تعتبر الطلب غير مقبول حال إذا لم يودع الدائن المبلغ المحدد كأمانة، وهو إيداع كدليل على جدية الطلب المقدم منه، وهو لازم لنشر الحكم الصادر بشهر الإفلاس. ولاسيما وأن المشرع قد مكن الدائن من استرداد هذه المبالغ من نقود التفليسة[1].

الوقت الذى يتعين فيه طلب الدائنين لشهر إفلاس المدين:

على نقيض طلب شهر المدين إفلاس بنفسه، والذى أوجب المشرع تقدمه بهذا الطلب خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ التوقف عن الدفع، لم يورد المشرع مدة معينة، يتعين فيها على الدائنين طلب شهر إفلاس مدينهم، ومن ثم يكون للدائنين فى أى وقت طلب ذلك. ومن ثم على المحكمة أن تقبل طلب شهر الإفلاس المقدم من الدائن حتى ولو كان الأخير قد بدأ فى اتخاذ إجراءات الحجز ضد المدين[2]. مراعاة من المشرع لمصلحة الدائنين الذين قد

---

(١) المادة (٩٢) من قانون الأفلاس الجديد.

(٢) ذات الرأى د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٦٩.

لا يتمكنوا من العلم بتوقف المدين عن الدفع إلا متأخراً.

مدى أحقية دائنى الدائن فى طلب شهر إفلاس مدين مدينهم:

إذا كنا قد أسلفنا القول فى موضع سابق، بأن حق المدين فى طلب شهر إفلاسه هو حق شخصى، له وحده إتيانه، ولا يجوز لدائنيه استعمال هذا الحق بمقتضى الدعوى غير المباشرة، فإن نقيض ذلك بالنسبة للدائن. إذ الحق هنا هو حق من طبيعة مالية، يتمثل فيما للدائن لدى المدين، وقد يهمل الدائنون فى طلب شهر إفلاس مدينهم بالتواطؤ معه، لتفويت الفرصة على دائنيهم هم ذاتهم فى الحصول على مالهم لديهم. ولاسيما إذا بادر دائنو الدائنين، فقد لا يجدوا لديهم ما يمكنهم من استيفاء مالهم، ولذا نرى أن لدائنى الدائنين الذى توقف مدينهم عن دفع ديونه حالة الأداء معينة المقدار، أن يطلبوا شهر إفلاسه بموجب دعوى غير مباشرة.

حجية رفض دعوى شهر الإفلاس:

من المسلم به بداهة أنه لا ترد تفليسة على تفليسة، وبالتالى قد يرفع أكثر من دائن دعوى بشهر إفلاس المدين، وإزاء هذه الحالة، يتعين على المحكمة أن تضم هذه الطلبات إلى بعضها، مادام تتسم بوحدة المطالبة تجاه ذات المدين.

على أنه قد تصدر المحكمة قرارها برفض الطلب المقدم من أحد الدائنين، لعدم توفر شروط شهر الإفلاس، إلا أن هذا الحكم لا يقدح فى أحقية ذات الدائن من معاودة طلب شهر إفلاس نفس المدين، إذا استجد ما من شأنه أن يفضى إلى قبول الطلب. كما لو لم يعد محل شك، توقف المدين عن الدفع واضطراب مركزه المالى. كما يحق للدائنين الآخرين طلب شهر إفلاس المدين رغم سبق رفض القاضى ذات الطلب من دائن آخر. فالحكم الصادر برفض طلب شهر الإفلاس لا يحوز إلا حجية نسبية تشمل الخصوم فحسب دون

غيرهم ممن لم يكونوا أطرافاً فى ذات الدعوى.

مسئولية الدائن عند طلب شهر إفلاس مدينه إذا تعمد الإساءة إليه:

كما قررت المادة (٩٣) فى الفقرة الأولى، الغرامة على المدين الذى تعمد اصطناع الإفلاس، أكدت أيضًا على حتمية ذلك بالنسبة للدائن، حيث يحكم عليه بذات الغرامة، وهى لا تقل عن عشرة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألاف جنيه، كما ينشر الحكم على نفقته فى الصحف التى تعينها المحكمة. وذلك متى تبين لها أنه تعمد الإساءة إلى سمعة المدين التجارية.علاوة على أحقية المدين فى طلب التعويض عما أصابه من ضرر جراء هذا التشهير بسمعته التجارية.

ثالثاً: طلب النيابة العامة شهر إفلاس المدين:

من ضمن الفئات التى أجازت لها المادة (٧٦) طلب شهر إفلاس المدين، هى النيابة العامة،لما تلعبه من دور هام وجوهرى في مجال الدعاوى العامة. وهنا يجب على قلم كتاب المحكمة أن يعلن المدين بيوم الجلسة[١]، كى يكون على علم. وفى حالة وفاة التاجر أو اعتزاله التجارة، لا يجوز للمحكمة أن تنظر فى شهر الإفلاس بناء على طلب النيابة العامة بعد انقضاء السنة التالية لوفاته أو اعتزاله التجارة[٢]. وهى ذات المدة التى قررها المشرع فى حق التاجر المتوفى أو المعتزل إذا قدم الطلب من ورثته.

رابعاً: شهر إفلاس المدين من قبل المحكمة:

أجاز المشرع للمحكمة من تلقاء نفسها بالحكم بشهر إفلاس التاجر إذا ترائ لها ذلك من ظروف الدعوى الماثلة أمامها. وذلك حماية للدائنين،

---

(١) المادة (٨٠) من قانون الإفلاس.

(٢) المادة (٨٠/ب) من قانون الإفلاس.

وباعتبار أن أحكام الإفلاس تتعلق بالنظام العام، مما يخولها التطرق والقضاء بشهر إفلاس المدين، ولا يعد تصديها لهذا الأمر من تلقاء نفسها، قضاءً بما لم يطلبه الخصوم[1]. ويجوز للمحكمة الاستمرار فى نظر دعوى الإفلاس المطروحة أمامها، حتى ولو تنازل الدائن رافعها عنها بعد استيفاء دينه ودياً من مدينه[2]، كما لو تبين لها اضطراب المركز المالى وتوقف المدين عن دفع ديون أخرى، أو اتضح للمحكمة أن هناك دائنين آخرين لم يتقدموا بديونهم، أو مساومته لبعض الدائنين الحاضرين فى الدعوى بغية عدم استمرارهم فى الدعوى المطروحة أمامها. لأنه من الثابت أن دعوى الإفلاس لا تتعلق بشخص رافعهاوإنما بمصلحة جميع دائنيه.

ووفقاً للمادة (٨٠) من القانون، إذا رأت المحكمة شهر إفلاس المدين، من تلقاء نفسها، وجب على قلم كتاب المحكمة أن يعلنه بيوم الجلسة، كى يتسنى له العلم والحضور وتقديم أوجه دفاعه. وإذا كان المدين متوفياً، فيجب على المحكمة أن تتقيد بالموعد المحدد ،وهو خلال السنة التالية للوفاة.

---

(١) كما لو اكتشفته فى ثنايا مسألة أخرى معروضة عليها، فتتصدى له من تلقاء نفسها. أما ما لم تتصل به قانوناً، فمن الطبيعى أن لا يجوز لها أن تتعرض له. ذات المعنى د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٢٠٨. الطعن رقم ٦٥٤٩ لسنة ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٢/٤/٩، المكتب الفني، السنة٥٣ق، الجزء ١،ص٤٩٥.الطعن رقم ٦٢٠٦ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/١٢/١١، المكتب الفني ،الجزء٢،السنة ٤٦، ص١٣٥٥.

(٢) نقض جلسة ٢٠٠٣/٤/٢٢، الطعون أرقام ٦٨/٧٧٢ق، ٢٣٩، ٢٧٨، ٧٢/٢٨٤. انظر المستحدث من أول أكتوبر ٢٠٠٢ إلى ٢٠٠٣/٩/٣٠.الطعن رقم ٥٣٥٧ لسنة ٨٢ق، دائرة تجارية، جلسة٢٠١٩/١/١٣. الطعن رقم ٩٦٩ لسنة ٧١، جلسة ٢٠٠٣/٧/١.

الفرع الثانى
المحكمة المختصة بنظر دعاوى شهر الإفلاس

ورد فى المادة (١) من الفصل الأول من الباب الأول والمتعلق بالأحكام العامة، أن المقصود بالمحكمة المختصة، هى الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية المختصة بنظر الدعاوى والمنازعات الناشئة عن تطبيق القانون، بغض النظر عن قيمة الدين محل المطالبة، هذا بالنسبة للاختصاص النوعى[١]. أما بالنسبة للاختصاص المحلى، فإذا كان المدين فرداً طبيعياً، فوفقًا للمادة (٢) من قانون الإفلاس، تختص الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية التى يقع فى دائرتها موطن تجارى للمدين. فإذا - مثلاً - كان موطنه التجارى فى القاهرة، فحينئذ تختص الدائرة الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية بالقاهرة. فإذا لم يكن للتاجر موطن تجارى، كانت المحكمة المختصة هى التى يقع فى دائرتها محل إقامته المعتادة. أى بما بمؤداه، أن العبرة بموطنه التجارى وقت رفع دعوى شهر إفلاسه، وهو المكان الذى يباشر فيه تجارته ويمارس فيه نشاطه. وقد ذهب الفقه[٢] إلى أن هذه المحكمة التى تقع فى هذا المكان، هى أجدر من غيرها على تفهم ظروف المدين وتقدير وضعه المالى والاستفسار عن سمعته التجارية فى دائرتها،فتكون مهمتها أيسر واسهل.

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٧٥. كما انظر الطعن رقم ١٥٤٤٤ لسنة ٨١ق، جلسة ٢٠١٥/٨/٥، مكتب فين ، السنة ٦٦، قاعدة ١٥١، ص١٠٣١. وكانت المادة(٤) من مواد إصدار القانون، قد الزمت المحاكم من تلقاء نفسها بأن تحيل ما قد يوجد لديها من اجراءات التفليسة والمنازعات في تلك الإجراءات وكافة الدعاوي الناشئة عن الإفلاس إلى المحكمة الإقتصادية المختصة. الطعن رقم ٥٣٥٧ لسنة ٨٢ق ، جلسة ٢٠١٩/١/١٣.

(٢) المادة (٢) من قانون الإفلاس، د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٧٥.

ويعد موطناً مختاراً للتاجر، آخر موطن مثبت فى السجل التجارى لهذا الموطن للمدين. على جانب آخر، ودون الإخلال بالاتفاقيات الدولية النافذة فى مصر، ليس ثمة ما يمنع من شهر إفلاس التاجر الذى يكون له ثمة فرع أو وكالة فى مصر حتى ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه فى دولة أجنبية. وذلك أنه قد يكون المركز الرئيسى للتاجر أو للمحل التجارى فى دولة أخرى، على أن لها فرعاً أو وكالة فى مصر، فلا يقدح في عدم شهر إفلاسه فى تلك الدولة، أن يشهر إفلاسه فى مصر متى كان له فرع أو وكالة فى الأخيرة. وهنا تختص المحكمة الاقتصادية التى يقع فى دائرتها الفرع أو الوكالة، بشهر إفلاسه[1].

أما فى حالة وفاة التاجر أو اعتزاله التجارة، فتكون المحكمة المختصة بشهر إفلاسه، هى المحكمة الاقتصادية التى يقع فى دائرتها آخر موطن له قبل واقعة الوفاة أو اعتزاله التجارة، وهو حكم منطقى وطبيعى.

على جانب آخر، تنص المادة (٢) من القانون على اختصاص ذات الدوائر الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية بالنسبة للشركات، التى يقع فى دائرتها موطن المركز الرئيسى للشركة. والمركز الرئيسى هو المكان الذى تحيا فيه الشركة حياتها القانونية، وتتخذ فيه القرارات وتتم فيه - فى الغالب - الاجتماعات الدورية. والعبرة بمركز الإدارة الحقيقى وليس الصورى.

وإذا كان المركز الرئيسى للشركة خارج مصر،فإنه تختص المحكمة التى يقع فى دائرتها مركز الإدارة المحلى الموجود بالداخل بنظر المنازعة.

---

(١) وقبل صدور القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، كانت محكمة النقض مستقرة على اختصاص الدائرة الاستئنافية بالمحاكم الاقتصادية بدعوى شهر الإفلاس، نقض مصرى ٢٠١٢/٣/٢٧، الطعن رقم ٩٥٧٣ لسنة ٨٠ق. الطعن رقم ٧٧٥٣ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠١٩/١/٢٢، والطعن رقم ٥٣٥٧ لسنة ٨٢ق، جلسة ٢٠١٩/١/١٣.

اختصاص محكمة الإفلاس بنظر جميع الدعاوى المتعلقة بالتفليسة:

ولما كانت قد عهدت المادة (٢) للدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية بنظر الدعاوى والمنازعات الناشئة عن تطبيق أحكام القانون الجديد، ورغبة من المشرع فى تجميع جل الدعاوى كى يتم نظرها أمام قاض أو دائرة واحدة، فقد قررت المادة (٨٣) من القانون، باختصاص محكمة الإفلاس بنظر جميع الدعاوى الناشئة عن التفليسة والدعاوى التى للتفليسة على الغير أو للغير عليها. وقد اعتبرت المادة المذكورة أن المقصود بالدعاوى الناشئة عن التفليسة، إذا كانت متعلقة بأموالها أو بإدارتها أو بموجوداتها أو كان الفصل فيها يقتضى تطبيق أحكام هذا القانون.

وقد توسع المشرع فى اختصاص محكمة الإفلاس، فلم يقصر اختصاصها على الدعاوى الناشئة عن التفليسة، كالدعاوى التى يرفعها أمين التفليسة للمطالبة بمال من أموال المفلس، أو الدعاوى الخاصة بعدم نفاذ التصرفات أبان فترة الريبة تجاه جماعة الدائنين[١] أو بشأن البيع الذي يجريه المفلس خلال فترة الريبة والمنازعة بشأنه[٢] إلى نحو ذلك، بل يمتد اختصاصها لدعاوى التفليسة تجاه الغير، كاستيفاء الحقوق التى للمفلس تجاه الموردين والبنوك وغيرهم. وهو توسع محمود لعدم تقطيع أوصال الدعاوى

---

(١) نقض تجارى مصرى بتاريخ ١٩٩٨/٣/٢٨، المستحدث، ١٩٩٧-١٩٩٨، ص٧. وهو اختصاص يتعلق بالنظام العام. انظر فى القضاء : نقض ٢٠٠٨/٥/١٢ الطعنان رقما ٩٧٨، ١٠٠٣ لسنة ٧٣ق. الطعن رقم ٦٢٠٦ لسنة ٦٤ق، جلسة ١٩٩٥/١٢/١١، المكتب الفني، الجزء٢، السنة ٤٦ق، ص١٣٥٥. الطعن رقم ٢٧١٧ لسنة ٦١ق، جلسة ١٩٩٢/٥/٢٠، المكتب الفني،العدد الأول،السنة٤٣، ص٧٠٥.

(٢) الطعن رقم ١٣٠٩ لسنة٧٤ ق، جلسة ٢٠١٠/١/١٢، س٦١، ص٧٨.

الخاصة بالإفلاس، وتوحيد المحكمة المختصة بنظر كل هذه المنازعات([1]).

الفرع الثالث

صدور حكم شهر الإفلاس وحجيته ونفاذه

إذا تأكدت المحكمة المختصة من توفر شروط شهر إفلاس المدين التاجر، وهى توفر وصف التاجر، وتوقفه عن دفع ديونه مما أفضى إلى خلق مركز مالى مضطرب وتعرضت حقوق دائنيه لخطر محقق، فإنها - إزاء هذه الحالة - تقضى بشهر إفلاسه بمقتضى حكم قضائى، على أن يحدد الحكم تاريخ توقف المدين المفلس عن الدفع. ويكون لهذا الحكم حجية معينة كما سنرى.

- تحديد المحكمة تاريخ التوقف عن الدفع فى حكم شهر الإفلاس:

تحدد المحكمة المختصة فى حكم شهر الإفلاس، تاريخاً مؤقتاً للتوقف عن الدفع[2]، وقد منح المشرع المحكمة هذه المكنة على ضوء كل حالة على حدة وملابساتها، هو ما مؤداه أنه ليس عليها بالضرورة أن تقضى بذات ما سلمت به فى دعوى سابقة، والإعتداد بذات المدة.

بيد أن المشرع وتيسيراً على المحكمة فى سبيل تحديد هذا التاريخ، أجاز لها أن تستعين بكل فعل أو عمل أو تصرف يصدر من المدين ويكشف عن اضطراب أعماله التجارية أو سعيه إلى الاستمرار فى مزاولة نشاطه التجارى

([1]) وقد قضى بأنه لا تعتبر من الدعاوى الناشئة عن التفليسة أو متعلقة بإدارتها، دعوى استبعاد عقار من التفليسة، وبالتالي لا تختص بنظرها المحكمة المختصة بشهر الإفلاس: انظر الطعن رقم ٦٥١٤ لسنة٧٩ق، جلسة ٢٠١٩/١١/١٦، والطعن رقم ١٢١١٠ لسنة ٧٥ ق، جلسة ٢٠١٢/٧/١٠، والطعن رقم ٧٨٥٠ لسنة ٧٨ ، جلسة ٢٠١٥/٦/٢٥.

(٢) المادة (٨٤) من القانون. كما انظر في القضاء:الطعن رقم ٩٧٤٠ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٣م١//٢٠١٢. الطعن رقم ٦٤٠٨ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤.

بثمـة وسـائل غيـر مشـروعة[1]، كـالاقتراض بشـروط مغـال فيهـا، أو البيـع بخسارة، أو إجراء تصرفات ضارة بدائنيه، كبيع موجودات المحل التجارى بثمن بخس. وقد ضرب المشرع بعض الأمثلة لهذه الحالات، ومنها شروع المدين فى الهرب أو الانتحار، أو إخفاء أمواله أو الدخول فى مضاربات طائشة. وعليه يصير الأمر تقديرياً للمحكمة على هدى الوقائع والملابسات التى أحاطت بالدعوى ولمحكمة النقض أن تراقبها في تكييفها القانوني لهذه الوقائع. وإذا لم يتسن للمحكمة تعيين تاريخ التوقف عن الدفع فى حكم شهر الإفلاس، فإنه يعد تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس تاريخاً مؤقتاً للتوقف عن الدفع[2].وهو فرض ليس نادراً. إذ قد يصعب - أحياناً على القاضى تحديد التاريخ الذى بدأت فيه تضطرب أحوال المدين، أو أن المدين لم يمر كثيراً بصعوبات مالية من حيث الوقت، ورأى أن الأفضل له، هو شهر إفلاسه، ففى هذه الحالة يعد تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس هو التاريخ المحدد للتوقف عن الدفع.

كيفية تحديد تاريخ التوقف عن الدفع حال وفاة المدين أو اعتزاله التجارة:

قد يصدر حكم شهر إفلاس التاجر المدين بعد وفاته أو بعد اعتزاله التجارة[3]، سواء كان الطلب من قبل ورثته أو غيرهم، على أن لا يحدد الحكم الصادر بشهر الإفلاس، تاريخ التوقف عن الدفع. وهنا إزاء هذه الحالة لا مناص وباعتبار أن هذا هو القدر المتيقن منه، من اعتبار تاريخ الوفاة أو

---

(١) المادة (٨٥) من القانون.

(٢) المادة (٨٥/ب) من القانون.

(٣) المادة (٨٥/جـ) من القانون الجديد. انظر الطعن رقم ١٦٤٥٣ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٢/٣/١٢.

اعتزال التجارة، هو التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع.

سلطة المحكمة فى تعديل تاريخ التوقف عن الدفع:

يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها، أو بناء على طلب من النيابة العامة، أو بطلب من المدين أو أحد الدائنين أو أمين التفليسة أو غيرهم من ذوى المصلحة، تعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع، وذلك حتى تاريخ إيداع قائمة الديون المحققة قلم كتاب المحكمة([1]).

ويلاحظ أن المشرع قد توسع توسعاً مقبولاً فى الأشخاص الذى يحق لهم تقديم طلب تعديل التوقف عن الدفع، كى يتسنى لها تحديده بدقة إذا كان قد ثار ثمة غلط أو خطأ سلفاً فى تحديده، ولاسيما من قبل الدائنين أو المدين نفسه.وبعد انقضاء هذا الميعاد، يصير التاريخ المعين للتوقف عن الدفع نهائياً لا تعديل عليه.على أنه فى جميع الأحوال، لا يجوز إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من سنتين سابقتين على تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس[2]، وهى مدة معقولة، حفظاً للحقوق وتحقيقاً لاستقرار المراكز القانونية.

وجوب اشتمال الحكم على تعيين أمين التفليسة واختيار قاضى التفليسة:

على المحكمة أن تعين فى حكم شهر إفلاس المدين، أميناً للتفليسة،

([1]) الطعن رقم ٨٧٦لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٢، المكتب الفني، السنهة ٥٣ق، الجزء ١، ص٥٧١.

(٢) وقد استقر قضاء النقض على ذلك، الطعن رقم ٨٧٦ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠٢/٤/٢٢، وأيضًا جلسة ٢٠٠٦/٤/١١ الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٧٠ق. وانظر د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٥٩.

وتختار أحد قضاة المحكمة ليكون قاضياً للتفليسة[1]. وذلك لمتابعة أعمال التفليسة ونظر الطلبات المقدمة من المدين أو الدائنين، والإشراف على أعمال التفليسة. وتأمر المحكمة بوضع الأختام على محل تجارة المدين لحين الانتهاء من عملية الجرد. ويرسل قلم كتاب المحكمة إلى النيابة العامة ملخصاً من حكم شهر الإفلاس فور صدوره.وعلى الرغم من أن قضاء النقض مستقر على تعيين أمين التفليسة بصفة مؤقتة أو دائمة[2]، إلا أننا نرى أنه ليس هناك ما يدعو إلى تعيين وكيل أو أمين تفليسة مؤقت، ولم يرد فى نصوص القانون ما يجيز ذلك. وعلى فرض أن المحكمة قد أسبغت عليه هذا الوصف، فلا يقدح ذلك الوصف، فى ما ينتهى إليه من قرارات وما يقوم به من أعمال. ويقوم قلم كتاب المحكمة التى أصدرت الحكم بشهر الإفلاس، بإخطار أمين التفليسة فور صدور الحكم بكتاب مسجل مصحوباً بعلم الوصول لمباشرة أعمال التفليسة[3].

وقد ألزم المشرع أمين التفليسة، شهر حكم شهر الإفلاس، وكذلك الحكم بتعديل تاريخ التوقف عن الدفع حال إتمام ذلك، فى السجل التجارى[4]، وذلك للعلم، كى يتسنى للغير أن يكون على معرفة بهذه التواريخ. كما يتولى أمين

---

(١) المادة (٨٤) من القانون. وقد استقر قضاء النقض المصرى على بطلان حكم شهر الإفلاس لعدم اشتماله على اسم أمين التفليسة، وأن ذلك يتعلق بالنظام العام، ويحق لمحكمة النقض أن تتصدى لهذا الأمر من تلقاء نفسها، نقض جلسة ٢٠٠٧/٤/٢٤، الطن رقم ١٠٧٧٠ لسنة ٧٦ق، وذات المضمون: جلسة ٢٠٠٦/١٢/١٢، الطن رقم ٢٩٥ لسنة ٦٧ق. كما لا يجوز اختيار قاضى التفليسة من غير قضاة المحكمة. نقض تجارى بتاريخ ٢٠٠٣/٣/١٠، المستحدث تجارى ٢٠٠٢-٢٠٠٣، رقم ٧.

(٢) نقض جلسة ٢٠٠٣/٤/٢٢، الطعن رقم ٢٨٤ لسنة ٧٢ق.

(٣) المادة (١/٨٧) من القانون الجديد.

(٤) المادة (٢/٨٧) من القانون.

التفليسة نشر ملخص الحكم فى صحيفة يومية تعينها المحكمة فى حكم شهر الإفلاس. ويتعين أن يتم النشر خلال عشرة أيام من تاريخ إخطاره بالحكم. وذلك من أجل وكما تقول محكمة النقض المصرية، أن يحمل نبأه إلى كل من يهمه أمره وعلى وجه الخصوص دائني المفلس([1]).

ومن الطبيعى أن يشتمل الملخص المذكور فيما يتعلق بحكم شهر الإفلاس، على اسم المفلس وموطنه ورقم قيده فى السجل التجارى، والمحكمة التى أصدرت الحكم وتاريخ صدوره والتاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع واسم قاضى التفليسة، واسم أمينها وعنوانه. كما يتضمن النشر دعوة الدائنين لتقديم ديونهم فى التفليسة، وفى حالة تعديل تاريخ التوقف عن الدفع، يشتمل النشر، فضلاً عن البيانات سابقة الذكر، على التاريخ الجديد الذى عينته المحكمة[2].

غنى عن البيان أن المواعيد السابقة هى مواعيد آمرة، وتتعلق بالنظام العام، مما يقتضى من المكلفين بإتمام هذه الإجراءات مراعاتها. وذات الأمر فيما اقتضته الفقرة الأخيرة من المادة (٨٧) من القانون، وأن على أمين التفليسة، خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره بحكم شهر الإفلاس، أن يقوم بالتأشير بالحكم فى سجل الضمانات المنقولة، والتأشير بملخصه باسم جماعة الدائنين فى كل مكتب للشهر العقارى يوجد فى دائرته عقار للمفلس، ولا يترتب على هذا التأشير أى حق آخر لجماعة الدائنين.

كما يخطر به البنك المركزى المصرى، وذلك كى يقوم الأخير بدوره، بإخطار البنوك العاملة فى مصر وتكليفها بإفادة قاضى التفليسة بأرصدة المدين

([1]) الطعن رقم ٦٧٩ لسنة ٧٠ ق، جلسة ٢٠٠٥/٦/٢٨، مكتب فني، السنة ٥٦،ص٦٩٣. كما انظر الطعن رقم ٦٤٠٨ لسنة ٧٨ق،جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤.

(٢) راجع د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٦٣.

المفلس لديها وعدم التعامل عليها إلا بقرار من قاضى التفليسة، والهيئة العامة للرقابة المالية، و البورصة المصرية، وشركة مصر للمقاصة، وغيرها من الشركات العاملة فى ذات المجال لإفادة قاضى التفليسة بأسهم وأرصده المدين المفلس لديهم ووقف التعامل عليها إلا بقرار من قاضى التفليسة. وإخطار جميع الجهات ذات الصلة بنشاط المفلس أو تلك التى يتعامل معها فى أمواله.

طبيعة وحجية الحكم الصادر بشهر الإفلاس:

من المستقر عليه ولا خلاف فى ذلك، أن حكم شهر إفلاس التاجر لا يعد حكماً فاصلاً فى نزاع بين متخاصمين، ولا قاضياً فى خلاف حول حق موضوعى بين شخصين، بل هو حكم منشئ يهدف إلى إثبات حالة التوقف عن الدفع، وهو ما سنبينه.

١- حكم شهر الإفلاس هو حكم منشئ وكاشف:

لا ريب أن حكم شهر إفلاس المدين يكشف عن ثمة حالة وهى توقف المدين التاجر عن دفع ديونه التجارية، على أنه ينشئ مركزاً قانونياً جديداً، وهو حالة الإفلاس. وهو أمر لا يتقرر إلا بصدور حكم بهذه الحالة[١]. كذلك هناك آثار قانونية يلزم لترتيبها وجوب شهر الإفلاس، ومنها غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، للمحافظة على حقوق الدائنين خشية بأن يقوم المفلس بما يعود عليهم بالضرر، وسقوط آجال الديون وغير ذلك من آثار.

بيد أن هناك ثمة آثار قانونية ترتد إلى ما قبل صدور حكم شهر الإفلاس، حيث لا تنفذ بعض التصرفات التى يقوم بها المدين المفلس خلال فترة الريبة تجاه جماعة الدائنين، سواء أكانت غير نافذة وجوبياً أم إختيارياً.

---

(١) نقض ٢٠٠١/٨/٦، المستحدث، ٢٠٠١-٢٠٠٢، ص٢٤-٢٥.

٢- حجية حكم شهر الإفلاس:

لحكم شهر الإفلاس ثمة حجية مطلقة[١]، فلا تقتصر آثاره على أطرافه كما هو سائد وفقاً لنسبية حجية الأحكام القضائية، وأن حجية الأحكام الصادرة من القضاء ،تقتصر فقط على طرفى أو أطراف الخصومة دون غيرهم، وإنما تمتد آثاره تجاه جميع الدائنين وبالنسبة لكافة أموال المدين.

فمن جهة أولى لحكم شهر الإفلاس حجية مطلقة بالنسبة لكل أموال المدين، إذ تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، سواء كانت بالنسبة للأموال التجارية أو غيرها، كما يستوعب هذا الغل، الأموال التى يمتلكها أبان شهر إفلاسه، وكذلك كافة الأموال التى قد تنتقل إليه، أياً كان مصدرها، وهو فى حالة الإفلاس. ليستفيد دائنوه من هذه الأموال التى قد آلت إليه بعد شهر إفلاسه.ولذا فإن الحكم له حجية مطلقة لكل ما يملك. أو كما يقول البعض[٢] تصير هذه الأموال فى حالة حجز شامل لمصلحة جماعة الدائنين.

أما من حيث حجية حكم شهر الإفلاس بالنسبة للأشخاص، ففيه - أيضًا - خروج على القواعد العامة فى نسبية آثار الحكم القضائى، وأنه لا يجوز التمسك على شخص بحكم صدر فى خصومة لم يكن هو طرفاً فيها. حيث قرر المشرع التجارى أنه حال شهر إفلاس المدين، فإنه يعد كذلك ليس فحسب تجاه الدائنين اللذين كانوا طرفاً فى الدعوى، وإنما تجاه كافة الدائنين، حتى منهم من لم يكن طرفاً فى دعوى الإفلاس[٣]. أى من رفع أو شارك فى رفع الدعوى أو من لم يشارك أو لم يكن على علم بواقعة شهر إفلاس المدين. ولعل مرد هذا

---

(١) د. مختار بريرى : مرجع سابق، ص٢٨٦.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٥٤.

(٣) الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠٩/٤/٢٨، السنة ٦٠ق، ص٥١٣.

الحكم، هو تحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين، وحماية المدين من تعاقب رفع دعاوى متعددة بشهر إفلاسه من قبل دائنيه المتعددين. وقد استقر قضاء النقض[1] على مبدأ أن حالة الإفلاس لا تتجزأ. ويرتبط بالحجية المطلقة لحكم شهر الإفلاس، ثمة مبدأ هام وهو وحدة الإفلاس، على جانب آخر لا يعنى وحدة الإفلاس عالميته، فالحكم أثره إقليمى كما سنرى.

[أ] وحدة الإفلاس (لا ترد تفليسة على تفليسة):

من القواعد المستقرة بشأن الإفلاس، أنه لا ترد تفليسة على تفليسة، وهو ما مؤداه، أنه لا يجوز شهر إفلاس التاجر المدين عدة مرات، فمن غير الطبيعى أن يتم افتتاح تفليسة وهناك أخرى مازالت قائمة[2].

ولذا يكون للدائنين اللذين لم يشتركوا فى رفع دعوى شهر الإفلاس، أن يتدخلوا فى إجراءاتها للمطالبة بالاشتراك فى توزيع أموال التفليسة، من غير أن يكون لهم الحق فى رفع دعوى إفلاس جديدة تجاه ذات المدين، وإلا أفضى ذلك إلى تعدد الدعاوى المرفوعة من الدائنين على نفس ذمة المدين، وهو ما يفضى إلى التسابق بينهم كى يتسنى لكل منهما الحصول على ما يستطيع أن يحصل عليه. على أنه يشترط لعدم جواز رفع دعوى شهر إفلاس أخرى ضد المدين، أن تكون الخصومة مازالت قائمة أو لم تنته إجراءات التفليسة، ومن ثم إذا انتهت التفليسة أيًا كان الطريق الذى تم به ذلك، فلا يوجد ما يمنع من

---

(١) نقض تجارى بجلسة ٢٠٠٩/٢/٢٣، الطعن رقم ٣٤٦٧ لسنة ٧٨ق، جلسة ٢٠٠٤/٧/٥ المستحدث تجارى ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص٣٢-٣٣.

(٢) ويتقرر ذلك حتى ولو تعددت محال التاجر، فإفلاسه يشملها كلها، حيث لا تتعدد التفاليس ولو تعلق الأمر بتجارة مختلفة. كما راجع د. على سيد قاسم: مرجع سابق، هامش، ص٥.

إعادة طلب شهر إفلاسه مرة أخرى مادام بدأ فى مباشرة التجارة من جديد، وتوفرت شروط ذلك.

[ب] إقليمية حكم شهر الإفلاس:

من الثابت أن وحدة التفليسة، لا تعنى عالمية حكم شهر الإفلاس، فأثر الحكم الصادر لا يمتد خارج مصر وفقاً لمبدأ إقليمية حكم الإفلاس([1]). وهو ما مؤداه أن الحكم يقتصر أثره على ما يملكه المدين من أموال فى الدولة التى صدر فيها الحكم، وكذلك الدائنين الموجودين بها فحسب، ولا يشمل غيرهم.

وبالتالى إذا كان للمدين ذاته ثمة أموال أخرى ودائنين آخرين خارج جمهورية مصر العربية، فلا يمتد أثر الحكم الصادر فى مصر إليهم، وتستمر أنشطته كما هى وكأن لم يشهر إفلاسه فى دولة أخرى.

يترتب على ذلك أنه من الجائز أن يتعرض المدين لعدة دعاوى بشهر إفلاسه فى أكثر من دولة، كما لو كان له نشاط فى مصر ودولة أو دول أخرى، فلا ينال من ذلك، جواز افتتاح تفليستين فى كل منهما، ولا يعترض على ذلك بمبدأ وحدة التفليسة، فكل منهما مستقلة عن الأخرى. ومن ثم قد يصدر حكم بشهر إفلاس تاجر مصرى فى دولة أجنبية، فإن ذلك لا يؤثر فى أنشطته فى مصر، وإذا أراد دائنوه طلب شهر إفلاسه فى مصر، فعليهم التقدم

([1]) الطعن رقم ١١٣٧ لسنة ٦٥ق، جلسة ٢٠٠٨/٣/١١، المكتب الفني، السنة ٥٩ ، قاعدة ٥٧، ص٣٠٨.حيث قضى بأن الاصل أن التاجر الذي يشهر إفلاسه في بلد أجنبي وله نشاط في مصر ،لا يعتبر مفلساً فيها،ولا تجوز تصفية أمواله الموجودة بها ما لم يصدر حكم بشهر إفلاسه من محكمة مصرية، أو وضع على الحكم الأجنبي الصادر به الأمر بالتنفيذ، أو كانت هناك إتفاقية بين مصر ودولة أخرى تنص على أنه متى صدر حكم بشهر إفلاس تاجر في إحداها أنتج أثره في الدولة الأخري.

بطلب أمام المحكمة المختصة فى مصر.ويرى البعض أن استقلال التفليسات على النحو المذكور، لا يقدح فى حق كل دائن فى التقدم بحقه فى التفليسات المتعددة[1]، وإن كانت تبدو الخشية فى ذلك من تقدم أحد الدائنين بذات الحق أكثر من مرة فى التفليسات المتعددة فى أكثر من دولة.

- نفاذ حكم شهر الإفلاس نفاذاً معجلاً فور صدوره:

إمعاناً من المشرع فى وجوب حماية الدائنين وسرعة تنفيذ الحكم الصادر بشهر إفلاس المدين، قررت المادة (٨٩) من القانون، بأن تكون الأحكام الصادرة فى دعاوى الإفلاس، واجبة النفاذ المعجل بلا كفالة بمسودتها مالم ينص على غير ذلك[2]. وعليه يتعين تنفيذ حكم شهر الإفلاس فور صدوره ولو كان قابلاً للطعن فيه، وذلك لسرعة اتخاذ ما يلزم من إجراءات للحفاظ على أموال المفلس، ومنعه من التصرف فيها لحماية حقوق الدائنين. ويأتى هذا الحكم نقيض القواعد العامة التى تقرر وجوب تقديم كفالة لتنفيذ الحكم الصادر فى المواد التجارية بصفة عاجلة، على جانب آخر ليس من اللازم أن يرد بمنطوق الحكم نفاذه معجلاً، فقد لا ترد فيه هذه العبارة، ومع ذلك لا ينال من نفاذه بهذه الصفة، لأنه يستمد ذلك من القانون نفسه وليس من الحكم الصادر به.ووفقاً لما استقر عليه الفقه[3]، فإن النفاذ المعجل يشمل كافة

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٥٦. كما راجع فى القضاء، بشأن إقليمية حكم شهر الإفلاس: استئناف مختلط، ١٩١٢/٦/٥، بلتان، ص٣٨٥. راجع أيضًا د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٧٨.

(٢) الطعن رقم٦٤٠٨ لسنة ٧٨ ق، جلسة ٢٠١٨/٤/٢٤.

(٣) د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٧٠؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٦٢؛ نقيض هذا الرأى د. رضا السيد عبدالحميد: القانون التجارى - الإفلاس، القاهرة، ٢٠٠١.

عناصر الحكم بشهر الإفلاس، لينصرف ليس فحسب إلى الإجراءات التحفظية التى تبغى حماية حقوق الدائنين، كغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وجرد الأموال، وشهر حكم الإفلاس، ومنع الإجراءات الفردية وإنما أيضًا الإجراءات التى لا تقتضى السرعة، كتحقيق الديون، أو بيع أموال المفلس التى يخشى عليها من التلف[1].

وتوافقا مع مبدأ النفاذ المعجل لحكم شهر الإفلاس، فإنه يسرى حتى على التصرفات التى يجريها المدين يوم صدوره. وهو ما كانت تؤكده المادة (٥٨٩) من القانون الملغى، وأن التصرفات التى يجريها المفلس فى يوم صدور حكم شهر الإفلاس، حاصله بعد صدوره، وهو ما أكدته المادة (١١٢) من القانون الجديد، بيد أنه قد يوقف تنفيذ حكم شهر الإفلاس حتى الفصل فى الطعن المقدم عليه، وإزاء هذه الحالة، تعود إلى المدين بصفة مؤقتة كامل سلطاته وصلاحية إدارة أمواله، حتى يفصل فى الطعن ويتقرر مصير الحكم.

الفرع الرابع

الاعتراض على حكم شهر الإفلاس والطعن عليه

أجاز قانون الإفلاس الجديد لكل ذى مصلحة من غير الخصوم، الاعتراض على حكم شهر الإفلاس خلال مدد معينة، كما سمح باستئناف الحكم أمام الدوائر الاستئنافية، على أن لا تقبل الأحكام الصادرة من هذه الدوائر الطعن عليها أمام محكمة النقض.

أولاً: الاعتراض على حكم شهر الإفلاس:

تنص المادة (٨٨) من قانون الإفلاس، على أنه يجوز لكل ذى مصلحة

---

(١) ويؤيد القضاء هذا الرأى: محكمة القاهرة الابتدائية، بجلسة ١٩٦١/٢/١٤، المجموعة الرسمية، السنة ٦٣، ص٧٧٦.

من غير الخصوم، أن يعترض على حكم شهر الإفلاس أمام المحكمة التى أصدرته.وترجع العلة من إقرار وإرساء المشرع لهذا الطريق، هو تمكين من لم يمثل فى خصومة أو دعوى الإفلاس، من الاعتراض عليه، كى يتسنى له الدفاع عن مصالحه. وهو اعتراض لا يعد بمثابة طعن فى حكم غيابى أو اعتراض الخارج عن الخصومة، وإنما طريق قرره المشرع لكل ذى شأن ومصلحة من غير الخصوم الذين كانوا أطرافاً فى الدعوى.

- المقصود بذئ المصلحة:

لم تجز المادة (٨٨) أن يسلك طريق الاعتراض على حكم شهر الإفلاس، إلا كل صاحب مصلحة من غير الخصوم. أى بما مفاده أن يكون المعترض ذا مصلحة، بأن - مثلاً - ينال حكم شهر الإفلاس، من حقوقه المترتبة له لدى المدين، أو يمس من مركزه القانونى، فيكون الاعتراض لدرء ما قد يلحقه من ضرر. ومنهم شركاء المدين فى تجارة، أو من كانوا يكفلونه فى ديونه إلى نحو ذلك.كما يشترط أن يكون المعترض ممن لم يكن طرفاً فى دعوى الإفلاس([1])، ولذا لا يجوز للمدين نفسه أو دائنيه سلوك هذا الطريق، وبغض النظر عن الطرف الذى رفعت الدعوى منه. ويسرى ذات الأمر على النيابة العامة، أو المحكمة نفسها. مجمل القول أنه لا يصح إجراء الاعتراض من كل من قبل الحكم بشهر الإفلاس، سواء كان قبوله له صريحاً أو ضمنياً.

- ميعاد الاعتراض:

حدد المشرع ميعاد الاعتراض، بأن يتم خلال ثلاثين يوماً تحسب ليس

([1]) الطعن رقم ٩٥٩ لسنة ٧٣ ق، جلسة ٢٠٠٤/١١/٢٢، مكتب فني،السنة٥٥، ص٧٥٩. الطعن رقم ٦٠٩ لسنة٧٢ق، جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٢.

من تاريخ صدور الحكم وإنما من تاريخ نشره فى الصحف[1]. إلا إذا طعن عليه بالاستئناف، فيرفع الاعتراض إلى المحكمة التى تنظر الاستئناف، وذلك منعًا لتقطيع الموضوع، فتختص الدائرة الاستئنافية بكل من الاعتراض المقدم من ذى المصلحة والاستئناف المقدم ممن طعن على حكم شهر الإفلاس.

وتسرى مدة الثلاثين يوماً، سواء كان الاعتراض أمام المحكمة التى أصدرت الحكم، أو أمام محكمة الاستئناف ذاتها.وقد أكدت محكمة النقض المصرية شروط هذا الاعتراض وأجملتهم فى ثمة شرطين، وهما أن يكون المعترض من غير الخصوم فى دعوى الإفلاس ولم يكن طرفاً فيه، وأن يكون له مصلحة فى الاعتراض على الحكم[2]، ونضيف إليهما ضرورة أن يتم الاعتراض خلال الموعد المحدد .

ثانياً: الطعن على حكم شهر الإفلاس بطريقة الاستئناف:

تنص المادة (٢/٨٨) على أن يسرى على ميعاد استئناف الحكم الصادر فى دعوى شهر الإفلاس وغيره من الأحكام الصادرة فى الدعاوى الناشئة عن التفليسة وطريقة رفعها، أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وهو ما مؤداه أن القانون الجديد وعلى غرار قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لم يورد نصاً خاصاً ينظم مواعيد الطعن على حكم شهر الإفلاس باستئنافه. ومن ثم يكون ميعاد الاستئناف أربعين يوماً من تاريخ صدور

---

(١) وبطبيعة الحال يختص أمين التفليسة بإتمام نشر الحكم خلال المواعيد المحددة فى م٨٧.

(٢) نقض تجارى بجلسة ٢٠٠٥/٥/٢٢، الطعن رقم ٥٥٣ لسنة ٧١ق.

الحكم[1]. ولا يتقرر الاستئناف إلا لمن كان طرفاً فى الدعوى المطروحة أمام الدائرة الابتدائية بالمحاكم الاقتصادية، وهى التى أصدرت الحكم[2].

الأحكام والقرارات التى لا يجوز الطعن فيها:

لم تجز المادة (٩٠) من القانون الطعن بأى طريق كان، على بعض الأحكام والقرارات الصادرة ومنها:

أ- الأحكام أو القرارات الخاصة بتعيين أو استبدال قاضى التفليسة أو أمينها أو مراقبها.

ب- الأحكام الصادرة فى الطعن فى قرارات قاضى التفليسة.

ج- الأحكام الصادرة بوقف إجراءات التفليسة إلى حين الفصل فى الطعن فى قرار قاضى التفليسة بشأن قبول الديون أو رفضها.

د- الأحكام الصادرة بشأن قبول الديون المتنازع فيها مؤقتاً.

ومن الملاحظ فى الحالات الأربعة التى لم يجز المشرع الطعن فيها، أنها أحكام ترتبط بإجراءات التفليسة، ولا تتعلق بثمة حق موضوعى ليس محل نزاع، ولا تضر بأحد من أشخاص التفليسة.

---

(١) د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٨٥، وانظر أيضًا نقض مصرى ٢٠٠٩/٥/١١، الطعن رقم ٤٦٨، المستحدث ٢٠٠٤-٢٠٠٥، ص٣٥-٣٦.على النقيض قضي بأن الحكم الصادر في دعوى إشهار الإفلاس يكون ميعاد إستئنافه خمسة عشر يوما من تاريخ إعلانه.الطعن رقم ٥٧٢،٦٤٢لسنة ٧٠ ق، جلسة ٢٠٠١/٦/٧، المكتب الفني،الجزء الثاني، السنة ٥٢، ص٨٤٢.

(٢) وقد قضى بأن لا يوجد ما يمنع أن تتجه محكمة الإستئناف إلى تقرير زوال حالة التوقف عن الدفع وتلغي الحكم الإبتدائي الصادر بشهر الإفلاس.الطعن رقم ١٧لسنة ١٧ ق،جلسة ١٩٤٨/١٢/٩. مجموعة عمر.،عدد٥، ص٦٦٣،

المبحث الثانى

آثار الحكم بشهر الإفلاس

من الثابت أن صدور حكم بشهر إفلاس المدين، يرتب آثاراً بعضها ينصب على شخص المدين، وبعضها يتعلق بالدائنين العاديين والدائنين أصحاب الامتيازات العامة والديون المصحوبة برهن أو امتياز.

وسوف نقسم دراستنا لهذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول

آثار حكم شهر الإفلاس تجاه المدين المفلس

يرتب حكم شهر الإفلاس عدة آثار قانونية، سواء بالنسبة لشخص المفلس المدين أو على أمواله، وهو ما نبينه على النحو التالى:

الفرع الأول

آثار حكم شهر الإفلاس على شخص المفلس

تترتب عدة آثار على شخص المدين المفلس بعد صدور حكم شهر إفلاسه، وهو ما سنبينه:

١- جواز تقييد حرية المدين فى التنقل:

يكون للمحكمة السلطة التقديرية فى اتخاذ أى من التدابير التحفظية، وهى التدابير الضرورية التى تتخذها المحكمة أو القاضى وفقاً لأحكام هذا القانون بهدف حفظ أو إدارة أصول المدين على نحو آمن أو منع المفلس من الهرب أو إخفاء أمواله. وقد قننت المادتان (١٠٩)، (١١٠) بعض الإجراءات التى يكون للمحكمة أن تقررها حيال المدين المفلس ومنها.

١- يجوز للمحكمة بناء على طلب قاضى التفليسة أو النيابة العامة أو

أمين التفليسة أو المراقب([1])، أن تأمر عند الاقتضاء بمنع المفلس من مغادرة البلاد لمدة لا تجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد إذا قام بعمل من شأنه الإضرار بحقوق الدائنين.

ويلاحظ على هذه الحالة، أن المشرع لم يلزم المحكمة باتخاذ هذا الإجراء، بل ترك لها حرية اتخاذ القرار، وحدد المشرع أن لا تزيد المدة عن ستة أشهر تقبل التجديد، وشريطة أن يقوم المدين بعمل يترتب عليه الإضرار بحقوق الدائنين. فإذا تراءى للمفلس عدم وجاهة الإجراء، أو عدم اقترافه أى عمل يبرر هذا الإجراء، كان له أن يتظلم من هذا الأمر أمام المحكمة المختصة دون أن يترتب على التظلم وقف تنفيذه.وهنا تبدو الغرابة، فما جدوى التظلم مادام لا يترتب على تقديمه وقف تنفيذه، ربما يكون المشرع قد قرر ذلك، كى لا يتخذه المفلس وسيلة سهلة للفرار منه، بتقديم عدة طلبات للسفر لأسباب غير مبررة.على أن للمحكمة أن تقرر فى أى وقت إلغاء أمر المنع من مغادرة البلاد.على جانب آخر، لا يجوز للمفلس أن يتغيب عن موطنه دون أن يخطر أمين التفليسة كتابة بمحل وجوده، ولا يجوز له أن يغير موطنه إلا بمقتضى إذن من قاضى التفليسة.

٢- سقوط الحقوق المدنية والسياسية عنه حتى يرد إليه اعتباره.

وفقاً للمادة (١١١) من قانون الإفلاس، يحرم مؤقتاً من مباشرة الحقوق السياسية ومن العضوية فى المجلس النيابى أو المجالس المحلية، كل من صدر ضده حكم نهائى لارتكابه إحدى جرائم التفالس بالتدليس أو التقصير. على أن

([1]) الطعن رقم ٩٦٩ لسنة ٧١ ق، جلسة ٢٠٠٣/٧/١، المكتب الفني ، السنة ٥٤، ص١٠٩٨.

يكون الحرمان لمدة ست سنوات من تاريخ تنفيذ العقوبة[1].وترجع الحكمة من هذا الحظر، أن المشرع ينظر إلى المدين المفلس باعتباره شخصاً غير أهل للثقة لتقلد هذه المناصب أو لمباشرة هذه الحقوق، فيكون من البديهى حرمانه منها. كذلك لا يجوز لمن أشهر إفلاسه أن يكون عضواً بالغرف التجارية أو الصناعية أو النقابات أو الاتحادات المهنية أو الرياضية، أو مديراً أو عضواً بمجلس إدارة أى شركة أو الاشتغال بأعمال البنوك أو الوكالة التجارية أو التصدير والاستيراد أو السمسرة فى بيع أو شراء الأوراق المالية أو البيع بالمزاد العلنى. كما لايجوز لمن اشهر افلاسه، أن ينوب عن غيره في إدارة أمواله أو التصرف فيها،ويجوز للمحكمة أن تأذن للمفلس في إدارة أموال أولاده القصر إذا لم يترتب على ذلك ضرر لهم.

بيد أن المادة (١١١) قد استثنت من أحكام هاتين الفقرتين، حال ما إذا رد للمدين المفلس اعتباره، فحينئذ يزول عنه هذا الحظر، وتعود إليه أحقيته فى ممارسة كافة حقوقه السياسية والمهنية.

استرداد المدين حقه فى ممارسة كافة حقوقه حال رد اعتباره:

نظم المشرع المصرى فى الباب الرابع من قانون الإفلاس، أحكام رد الاعتبار فى المادة ٢٣٩ وما بعدها. ورد الاعتبار هو إجراء يستعيد به المدين المفلس حقوقه السياسية والمدنية التى سبق وأن سقطت عنه جراء حكم شهر الإفلاس، وبه تزول آثاره.

أنواع رد الاعتبار:

[أ] رد الاعتبار القانونى:

---

(١) مع الإخلال بأحكام القانون رقم ٤٥ لسنة ٢٠١٤ بإصدار قانون تنظيم مباشرة الحقوق السياسية، والقانون رقم ٤٦ لسنة ٢٠١٤ بإصدار قانون مجلس النواب.

فيما عدا حالة الإفلاس بالتدليس باعتبارها أنه يشوبها نوعاً من الغش والتدليس من المدين المفلس، تعود بحكم القانون جميع الحقوق التى سقطت عن المفلس والمذكورة فى المادة (١١١) بعد انقضاء ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء التفليسة[١].وهو ما مؤداه أنه يرد للمدين اعتباره، أو بالأحرى يسترد كافة حقوقه التى سقطت عنه بقوة القانون حال مضى ثلاث سنوات من تاريخ انتهاء التفليسة[٢].

[ب] رد الاعتبار عن طريق المحكمة:

أوردت المادتان ٢٤٠، ٢٤١ حالتين لرد الاعتبار بحكم المحكمة، أحداهما يعرف بالرد الوجوبى، والأخرى بالرد الجوازى ولكل منهما حالاته.

١- رد الاعتبار الوجوبى:

أوجب المشرع من المحكمة الحكم برد الاعتبار إلى المفلس ولو لم تمر السنوات الثلاثة المذكورة، متى أوفى جميع ديونه من أصل ومصاريف وعوائد مدة لا تزيد على سنتين. وإذا كان المفلس شريكاً متضامناً فى شركة حكم بشهر إفلاسها، فلا يرد إليه اعتباره وجوباً إلا إذا أوفى جميع ديون الشركة من أصل ومصاريف وعوائد مدة لا تزيد على سنتين. أى أنه لا يكفى أن يوفى بقدر نصيبه من الدين، بل يتعين أن يرد جميع ديون الشركة، باعتبار أن الشريك المتضامن يسأل مسئولية شخصية وتضامنية عن جميع ديون الشركة.غنى عن البيان أن المقصود بالديون المراد سدادها كى يتسنى له رد اعتباره، هى الديون السابقة على حكم شهر الإفلاس، سواء كانت ديوناً عادية

---

(١) المادة (٢٣٩) من القانون.

(٢) راجع د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١١٤-١١٥.

أم مضمونة بامتياز أو رهن، ومن ثم لا يدخل فيها الديون اللاحقة على حكم شهر الإفلاس[1].

٢- رد الاعتبار الجوازى:

يجوز الحكم برد الاعتبار إلى المفلس ولو لم تنقض الثلاث سنوات بعد انتهاء التفليسة، فى ثمة حالتين:

أ) إذا حصل المفلس على صلح من دائنيه ونفذ شروطه. كما يسرى ذات الحكم على الشريك المتضامن فى شركة حكم بشهر إفلاسها إذا حصل هذا الشريك على صلح خاص به ونفذ شروطه.

ب) إذا أثبت المفلس أن الدائنين قد أبرءوا ذمته من جميع الديون أو أنهم أجمعوا على الموافقة على رد اعتباره.

- عدم جواز إنابة المفلس فى إدارة أموال غيره:

حظرت المادة (١١١/جـ) على من أشهر إفلاسه أن ينوب عن غيره فى إدارة أمواله أو التصرف فيها[2]. وهو حكم بديهى فكيف يتسنى لمن لم يقدر أن يدير أمواله وقرر المشرع إزاءه حكم غل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، أن يكون نائباً عن الغير فى هذه الإدارة أو التصرف، فلم يطمئن المشرع له لتخويله هذه السلطة. ومع ذلك يجوز للمحكمة المختصة أن تقضى بناء على طلب من قاضى التفليسة بحلول أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين بحسب الأحوال محل المفلس فى تنفيذ هذه الإنابة بصفة دائمة أو مؤقتة مع التأشير بذلك القضاء على هامش التوكيل الصادر للمفلس من الغير.ويسرى ذلك

---

(١) ومن هذا الرأى د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١١٤.

(٢) راجع د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٨٨.

القضاء من تاريخ التأشير، وللمحكمة أن تأذن للمفلس فى إدارة أموال أولاده القصر إذا لم يترتب على ذلك ضرر لهم. ولعل المشرع قد أجاز له إدارة أموال أولاده باعتباره سيكون حريصاً عليها، دون أن يسمح له بالتصرف فيها.

الفرع الثانى

آثار حكم شهر الإفلاس على تصرفات المفلس وأمواله

من المسلم به أن المقصد الأساسى من إرساء المشرع أحكام الإفلاس، هو حماية الدائنين وضمان توزيع فائض التفليسة على الدائنين قسمة غرماء. وقد تراءى للمشرع، أنه لا يتحقق ذلك إلا بغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، فلا يجوز له مباشرة الدعاوى المتعلقة بهذه الأموال، كى لا تضار جماعة الدائنين مما يقوم به، وهو الأمر الذى قد يمس حقوقهم ويعود عليهم بالضرر.على جانب آخر، نظر المشرع لتصرفات المدين أبان الفترة السابقة على شهر الإفلاس، نظرة ريب وشك، حيث عادة ما ترتبك أحوال التاجر ويتخبط فى قراراته[1]، وقد يجرى تصرفات ضاره بدائنيه. لذا قرر المشرع أحكاماً خاصة لتلك الفترة التى تعرف بفترة الريبة، والتى سبقت حكم شهر الإفلاس.

أولاً: آثار الحكم بالنسبة لتصرفات المدين اللاحقة على صدوره:

- ماهية غل يد المدين:

إن من ضمن الآثار القانونية التى تترتب على حكم شهر الإفلاس، هو غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، وهو أثر يترتب بقوة القانون بمجرد صدور الحكم. وحسناً فعل المشرع بإضافة عبارة والتصرف فيها

---

(١) د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٨٩.

بجانب الإدارة فى المادة (١١٢)[1]، باعتبارها أكثر إضراراً بالدائنين. وتكمن علة هذا الإجراء، من أجل المحافظة على حقوق الدائنين خشية تصرف المدين فى أمواله بما يضرهم أو يجرى بعض التصرفات لحساب البعض من الدائنين دون غيرهم.

والحقيقة أنه لا مبرر للتفرقة بين ما يجريه المدين من تصرفات سواء سابقة على لحظة النطق بالحكم أو بعده أى فى ذات اليوم الذى صدر فيه. مما يفضى ومعه يقتضى المنطق، بدء سريان رفع اليد من يوم النطق بالحكم حتى ولو أجرى المدين بعض التصرفات صباح هذا اليوم. والقول بغير ذلك يفتح الباب أمام المدين لإجراء تصرفات وأعمال ضارة بدائنيه معتمداً على صدورها قبل النطق بالحكم، وقد لا تفيد فترة الريبة تجاه هذه التصرفات، إذا تحدد تاريخ التوقف عن الدفع بتاريخ صدور حكم شهر الإفلاس ذاته.

ترتيباً على ذلك لا يجوز للمدين إجراء أى أفعال أو تصرفات، سواء كانت من أعمال الإدارة أو التصرف بعد صدور الحكم. تطبيقاً لذلك لا يجوز له بيع أى من عقاراته أو منقولاته، أو التصرف فى المحل التجارى الذى يملكه، أو إبرام عقود تأجير للعقارات وغيرها مما يملكه.

---

(١) إذ قبل صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، كانت المادة (٢١٦) من التقنين الملغى تورد عبارة إدارة جميع أمواله ولم تورد التصرف، وهو ما كان يثير بعض اللبس حول ما إذا كان يجوز للمفلس التصرف فى أمواله من عدمه، راجع فى هذا الخلاف د. محمود مختار بريرى، مرجع سابق، ص٣٠٢.كما راجع في القضاء: الطعن رقم٩٧٧٥لسنة٧٥، جلسة ٢٠١٠/٥/٢٥. الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ ق، جلسة ٢٠٢٢/١/٣.

الطبيعة القانونية لإجراء رفع وغل يد المدين عن أمواله:

من الثابت أن إجراء غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، لا يقدح فى أهليته، ولا ينال منها. فهو شخص راشد. ولا يترتب على هذا الإجراء نزع ملكية أمواله، وإنما تظل أمواله على ملكه، ويتقرر هذا الإجراء لحماية مصلحة الدائنين ووقايتهم من الإضرار بهم. ولذا إذا زالت آثار غل اليد، يسترد المدين حريته ومن بعده ورثته، فى التصرف فى أمواله.

ولذلك إذا قام المدين بثمة تصرف، كبيع عقار من العقارات المتعلقة بالتفليسة، فلا يشوبه البطلان، وإنما يكفى لحماية مصالح الدائنين، إلا ينفذ تجاههم، وبالتالى ولئن من غير الجائز التمسك بهذا التصرف تجاه جماعة الدائنين، لكن يجوز للمشترى بعد سداد المدين لديونه، أن يقاضيه لتنفيذ العقد المبرم بينهما. فهو إذن ليس بطلاناً وإنما مجرد عدم نفاذ للتصرف تجاه جماعة الدائنين.

مؤدى ذلك أن إجراء رفع اليد لا يجعل المدين فاقداً للأهلية، ولا يعد نزعاً لملكية أمواله، وإنما هو مجرد تقرير وعدم نفاذ تصرفاته تجاه الدائنين، وتصبح أمواله محجوزاً عليها رعاية لمصلحة الدائنين، فتصير أمواله غير قابله للتصرف فيها. غير أنه يظل أهلاً للتعامل مع الغير، على أن لا تسرى التزاماته المترتبة على ما قام به ولا يجوز تنفيذها من أموال التفليسة[1].

بعبارة أخرى، تكون التصرفات القانونية المبرمة بين المفلس والغير

---

(١) راجع د. محمود مختار بريرى : مرجع سابق، ص٣٠٥-٣٠٦؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٢٢.

صحيحة فيما بينهما، غير نافذة تجاه جماعة الدائنين[1]، ويكون لأمين التفليسة أن يطلب عدم نفاذها[2].

نطاق الأموال التى ترتفع عنها يد المدين:

تماشياً مع الحكمة من تقرير غل يد المدين ورفعها عن إدارة أمواله والتصرف فيها، ينصرف هذا الفعل إلى كل أمواله التى يتملكها أثناء حكم شهر الإفلاس، سواء أمواله المنقولة أو العقارية، تعلقت بتجارته أم لا. كما يشمل أى أموال قد تؤول إليه ولو عن غير طريق الشراء، كتلك التى تنتقل إليه بالهبة أو الميراث أو الوصية. وهو ما عبرت عنه المادة (١١٥) من القانون، وأن غل اليد يشمل جميع الأموال التى تكون ملكاً للمفلس فى يوم صدور حكم شهر الإفلاس والأموال التى تؤول إليه ملكيتها، وهو فى حالة إفلاس[3].

بيد أن الخلاف قد يدب بشأن مدى أحقية المفلس فى مباشرة تجارة جديدة، وحق الدائنين فى الأموال المتحصلة عنها.

وفقاً لحرفية نص المادة (١١٢) وأن غل اليد يمتد لكل أمواله، إدارة كانت أو تصرف، فإنه لا يجوز له أن يفتتح تجارة جديدة. إلا أن المادة (١٢٠) من قانون الإفلاس، قد اتجهت نقيض ذلك بالسماح للمفلس، وبعد إذن قاضى

---

(١) نقض مصرى ١٩٩١/١/١٧، المجموعة الرسمية، السنة ٤٢، ص٢٢٣، وفى القضاء القديم، مصر الابتدائية بتاريخ ١٩٢٧/٣/٢، موسوعة جمعة، ص٤٠٨. الطعن رقم ٧٧٢ لسنة٥٢ق ،جلسة ١٩٨٤/٥/١٤، مكتب فني ،٣٥، ص١٢٨٨.

(٢) نقض ٢٠١٥/٨/٥، الطعن رقم ١٥٤٤٤ لسنة ٨١ق. كما راجع د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٢٣.

(٣) وبطبيعة الحال يمتد هذا الغل إلى رفع الدعاوى منه والدعاوى المرفوعة عليه والسير فيها، نقض جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٦، الطعن رقم ٣٨ لسنة ٧٣ق.

التفليسة، أن يمارس تجارة جديدة بغير أموال التفليسة، كما لو حصل على بعض المال من زوجته أو أحد أقاربه. ولا شك أن ذلك ستعود منه منفعة لمصلحة جماعة الدائنين. من جانب ستوفر على الأقل نفقاته العائلية والتى كانت ستقتطع من أموال التفليسة، ومن جانب آخر ربما قد تنجح هذه التجارة الجديدة، فمن الممكن أن تدخل فى أصول التفليسة. إلا أن المشرع[1] قد قرر للدائنين الذين تنشأ ديونهم بمناسبة هذه التجارة، الأولوية فى استيفاء حقوقهم من أموالها.

والحقيقة من جانبنا نرى وجاهة هذه الفقرة، فليس هناك ثمة ضرر يعود على جماعة الدائنين من مباشرة المفلس تجارة جديدة، مادام ليس بأموال التفليسة. فإذا أصاب فيما يباشره، عاد بالنفع والخير عليه وعلى جماعة الدائنين. أما إذا لم يصب فى تجارته، ولحقها خسارة، فلا يعود عليهم كجماعة الدائنين أى ضرر. كذلك حسنا فعل المشرع بتقرير أولوية لدائنى التجارة الجديدة فى الحصول على حقوقهم من هذه التجارة.

مدى أحقية جماعة الدائنين فى تركة آلت إلى المفلس:

إذا آلت إلى المفلس ثمة تركة، كميراث له عن قريب له، فلا يكون لدائنيه أى حق على أموال التركة إلا بعد أن يستوفى دائنو المورث حقوقهم من هذه التركة[2]. أى بما مؤداه وإذا فرض جدلاً أن آل إلى المفلس ثمة تركة من زوجته التى توفت، وكان على التركة ديون، فتكون الأولوية فى استيفاء الدين لدائنى الزوجة التى توفت، إذ لا تركة إلا بعد سداد الديون. ويكون لدائنى المفلس الحق فيما يتبقى من هذه الأموال. كذلك لا يكون لدائنى المورث أى

---

(١) المادة (١٢٠) من القانون.

(٢) المادة (١١٦) من القانون.

حق على أموال التفليسة، إذ تعد بالنسبة لهم أموال ليس لمدينهم، ومن ثم لا يكون لهم عليها أى حق.

- الأموال التى لا يمتد إليها غل اليد:

استثنت المادة (١١٥) من القانون، من نطاق غل اليد، بعض التصرفات والأموال التى يظل للمدين الحرية عليها لحكمة أو لأخرى كما سنرى، وهى:

أ) الأموال التى لا يجوز الحجز عليها قانوناً والإعانة التى تقرر للمفلس: ومنها ما يلزم المفلس وزوجته أو زوجاته والأشخاص المقيمين معه فى معيشة واحدة، من مآكل ومشرب وعلاج وما يلزم لمعيشته وأسرته، والأجور والمرتبات، والإعانات التى تتقرر للمفلس من أجل حياته ومواجهة تكاليف المعيشة.

ب) الأموال المملوكة لغير المفلس: وهو حكم بديهى، إذ من غير المقبول أن يرد الحجز أو تمتد يد الغل إلى ما لا يملكه المفلس. كما لو كانت الأموال فى حيازته ليتولى إدارتها أو كوديعة أو للتصرف فيها لحساب الغير. كما لو كان المفلس وكيلاً يبيع لحساب موكله ما عهد إليه ببيعه، أو اشترى لحسابه بعض الأشياء ولم تسلم بعد لموكله، فهذه الأموال لا تمثل ضماناً لدائنيه. كذلك إذا كانت هذه الأموال تحت يده باعتباره وصياً أو ولياً عن قاصر إلى نحو ذلك من أموال لا يملكها.

وقد يثور بعض الخلاف حول ما إذا كانت هذه الأموال، مملوكة للغير أم للمفلس نفسه، ويدعى بملكية الغير لها بغية إبعادها عن أموال التفليسة. ومن ثم نرى أن الأصل أن ما يوجد تحت يده هو ملك له، ومن ثم تمتد إليه يد الغل، إلا أن يثبت العكس، سواء منه هو أو من قبل الغير مالك هذه الأموال.

جـ) الحقوق المتصلة بشخص المفلس أو بأحواله الشخصية : وهى

حقوق لصيقة به لا شأن لجماعة الدائنين بها، وعليه يظل حقه قائمًا فى حماية بدنه واعتباره، وحقه فى مسائل الأحوال الشخصية كالزواج والطلاق وإثبات أو إنكار النسب.

د) التعويضات التى تستحق للمستفيد فى عقد تأمين صحيح أبرمه المفلس قبل صدور حكم شهر الإفلاس. كما لو أبرم عقد تأمين لمصلحة أحد أولاده، ووجب استحقاق مبلغ التعويض المقرر، فلا تدخل هذه الأموال فى التفليسة، ومع ذلك يلتزم المستفيد برد جميع أقساط التأمين التى دفعها المفلس ابتداء من التاريخ الذى عينته المحكمة للتوقف عن الدفع مالم ينص القانون على خلاف ذلك، ويكون هذا الرد للتفليسة، بحسبان أن سداد هذه الأقساط كان بعد بداية تاريخ التوقف عن الدفع، وهى فترة الريبة.ويضاف إلى هذه الحالات التى أوردتها المادة (١١٥) من القانون، ما قررته نصوص قانون المرافعات وفقاً للقواعد العامة.

أحقية المفلس فى تقرير إعانة له ولأسرته:

يجوز لقاضى التفليسة وبعد سماع أقوال أمين التفليسة، أن يقرر إعانة للمفلس تصرف من أموال التفليسة بناء على طلبه أو طلب من يعولهم[١] كزوجته وأولاده. ويلاحظ - هنا - أن الأمر اختيارى للمحكمة، وليس عليها أن تستجيب للطلب حال تقديمه، وذلك على ضوء ظروف المفلس ومدى تقديرها احتياجه من عدمه لظروف الإعاشة. وإذا قدرت المحكمة هذه الإعانة، فيجوز لمن طلب الإعانة، وهو المفلس أو ذويه، ولأمين التفليسة، التظلم من تقديرها أمام قاضى التفليسة، من غير أن يترتب على ذلك، وقف صرف الإعانة.

---

(١) المادة (١١٩) من القانون.

ومن البين أن المشرع قد خول كل من طالب الإعانة وأمين التفليسة، حق التظلم من تقرير الإعانة، وهو ما يفهم منه،أنه إذا كان تقدير القاضى منخفضاً وبمبلغ ضئيل، سيكون التظلم منه من قبل طالب الإعانة. أما - فى الغالب - تظلم أمين التفليسة، فيكون حال تقديرها بمبلغ مرتفع، ويرى عدم استحقاق المفلس لها وأن دائنيه هم لهم الأولوية فى هذه الأموال.

ويجوز وفقا للمادة (٣/١١٩) فى كل وقت لقاضى التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين التفليسة، أن يعدل مقدار الإعانة، أو أن يأمر بإلغائها، وهو حكم يقرره القاضى على ضوء ظروف المفلس وسير عملية التفليسة. على أن المشرع قد أجاز التظلم من هذا القرار أمام قاضى التفليسة نفسه. ويوقف صرف الإعانة متى حاز حكم التصديق على الصلح قوة الشئ المقضى، فلم يعد لها مبرر وانعدمت العلة من صرفها، أو إذا لم يقع الصلح، فيوقف صرفها بمجرد قيام حالة الاتحاد (٤/١١٩).

نطاق غل اليد من حيث الأعمال والتصرفات القانونية:

بعد صدور حكم شهر الإفلاس، يتم إقصاء يد المدين عن أمواله ومن ثم يحظر عليه القيام بكافة الأعمال والتصرفات القانونية التى تتعلق بالأموال التى غلت يده عنها، فهو يعد فقداً للتقاضي بشأنها([1])، وعلى النقيض يظل حراً ولا تغل يده عن النهوض بالأعمال والتصرفات التى لم تدخل فى دائرة المنع.

تطبيقاً لما تقدم، لا يجوز له القيام بإبرام أية عقود أو تصرفات بإرادة منفردة ، كالبيع والرهن والهبة، ، سواء كانت بمقابل أو بدونه، كما لا يكون له أن يوفى بديونه أو استيفاء ما له من حقوق لدى الغير[2]، أو التصالح على أياً

([1]) الطعن رقم ٦٩٥ لسنة ٥٦ ق،جلسة ١٩٩٠/٧/١٢، مكتب فني ٤١، ص٤٢٦.
(٢) المادة (١/١١٣) من القانون.

منها، أو إبراء ذمة مدينيه من ديون ثابتة له طرفهم، أو التبرع بأمواله، أو القيام بعمليات شراء إلى نحو ذلك من تصرفات قانونية. وعلى فرض القيام بها بعد حكم شهر الإفلاس، فإنها لا تنفذ تجاه جماعة الدائنين. وهناك بعض التصرفات بحاجة إلى بيان حكمها القانوني،ومنها:

١- الموقف القانونى حال استيفاء المفلس قيمة ورقة تجارية:

إذا كان المشرع قد حظر على المدين المفلس استيفاء ما له من حقوق، ويؤول هذا الحق إلى أمين التفليسة الذى يصير هو من له تحصيل حقوق المفلس لدى الغير، ضماناً لإدخال هذه الأموال فى التفليسة. إلا أن الفقرة الثانية من المادة (١١٣) نصت على أنه إذا كان المفلس حاملاً لورقة تجارية، جاز الوفاء له بقيمتها عند حلول ميعاد استحقاقها([1])، ويعد وفاءً صحيحاً يبرأ ذمة المسحوب عليه تجاه المدين (المستفيد) مادام لم يعارض أمين التفليسة فى هذا الوفاء. أما إذا عارض الأخير، بأن تراءى له أن استيفاء المدين لهذا الدين، سيعود على دائنيه بضرر، وأنه من الأولى إدخاله فى أموال التفليسة، فإن على المسحوب عليه إيداع قيمة الورقة أياً كان شكلها، كمبيالة أو شيك، حساب التفليسة، فإذا قام بالوفاء للمدين متجاهلاً الإجراء الذى قام به أمين التفليسة، جاز اعتباره وفاءه غير صحيح، ويضطر للوفاء مرة أخرى لأمين التفليسة.

٢- المقاصة:

تعد المقاصة هى إحدى طرق وفاء الدين، ولما كان الأصل أن يمنع على المدين المفلس بعد صدور حكم شهر الإفلاس، أن يوفى أو يستوفى ماله من حقوق أو ما عليه من التزامات، فكان من الطبيعى أنه لا يجوز أن تقع

([1]) الطعن رقم ١٢٥٧٧ لسنة ٧٥ ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/١٢.

المقاصة بين المدين والغير، متى كان كلاهما دائناً ومديناً للآخر، مما يقتضى أن يوفى الدين من قبل الغير لأمين التفليسة، ثم يتشارك بما له فى التفليسة مع غيره من الدائنين، ويخضع لقسمه الغرماء.وهو عين ما قررته المادة (١١٤) وأنه لا تقع المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزاماته.غير أن المادة المذكورة، قد أجازت وقوع المقاصة، إذا وجد ارتباط بين الدينين[1]، أى كانت هناك ثمة رابطة وتلازم بين الدينين، كالديون التى بين البنوك وعملاءها، أو نشأت الحقوق والالتزامات عن سبب واحد، كالديون التى تنشأ بين مورد مواد أولية وتاجر يقوم بتصنيعها ثم إعادة تصديرها له، أو الديون التى يشملها حساب جار بين الطرفين.

٣- التصرفات القانونية التى بحاجة لإجراء معين للاحتجاج بها على الغير:

تنص المادة (٢/١١٢) من القانون الجديد، على أنه إذا كان التصرف مما لا يحتج به على الغير إلا بالقيد أو التسجيل أو غير ذلك من الإجراءات، فلا يسرى على جماعة الدائنين إلا إذا كان التصرف ثابت التاريخ قبل تاريخ التوقف عن الدفع.

يبين من ذلك، أن هناك بعض التصرفات القانونية، أوجب المشرع لإمكانية الاحتجاج بها تجاه الغير، ضرورة إجراء القيد أو التسجيل أو أى إجراء آخر مما يقتضيه ذلك، ومنها التنازل عن براءات الاختراع، وأنه يتعين إجراء عملية التنازل فى سجل البراءات، كذلك بيع المحل التجارى وقيده فى السجل التجارى، إلى نحو ذلك من تصرفات قانونية. وقد اقتضى المشرع عدم سريان هذه التصرفات تجاه جماعة الدائنين إلا إذا كان التصرف ثابت التاريخ

---

(١) انظر د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٩٢؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٢٩.

قبل الفترة التى حددها القاضى لتاريخ التوقف عن الدفع.وقد اختلف الفقه[1] فى تفسير هذه الفقرة، فمنهم من مال إلى ما كانت تقتضيه المادة ٢/٥٨٩ من قانون التجارة قبل إلغائها، وأنه لا يسرى هذا التصرف على جماعة الدائنين إلا إذا تم إجراء القيد أو التسجيل أو غيره قبل صدور حكم شهر الإفلاس. أما الرأى الأخير[2]، وهو ما نميل إليه وتؤيده صيغة نص المادة (١١٢)، أن المشرع قد اكتفى بأن تكون هذه التصرفات ثابتة التاريخ قبل تاريخ التوقف عن الدفع، كى يمكن التمسك بها تجاه جماعة الدائنين. وبناء عليه يكفى فى أى تصرف من هذه التصرفات، ومنها التنازل عن العلامة التجارية أو بيع المتجر، أن يكون تاريخه ثابتاً دون حاجة للقيد، كى يسرى فى مواجهة الدائنين.

٤- الأفعال غير المشروعة (الضارة):

قد يقع من المدين المفلس أو ممن يتبعوه من العمال والمستخدمين، فعلاً ضاراً، سواء وقع عمداً أو على سبيل الإهمال والرعونة والتقصير، مما يسبب ضرراً للغير، وهو ما يستوجب انعقاد مسئوليته المدنية عن هذا الفعل.

ولقد كان الاتجاه فى ظل القانون القديم[3]، يفرق بين وقوع هذا الفعل قبل صدور حكم شهر الإفلاس أم بعده. فإذا وقع هذا الفعل قبل صدور حكم شهر الإفلاس، فلا جدال فى حق المضرور منه فى الحصول على التعويض

---

(١) د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص١٩٢-١٩٣.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٢٨. وفي القضاء أنظر: الطعن رقم ١٥٤٤٨ لسنة ٨٣ ق، جلسة ٢٠١٥/١/٨.

(٣) وكانت تنص المادة (٥٩٥) من القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنه «إذا حكم على المفلس بعد شهر إفلاسه بالتعويض عن ضرر أحدثه للغير، جاز للمحكوم له الدخول فى التفليسة بالتعويض المقضى به ما لم يثبت تواطؤه مع المفلس».

اللازم والتقدم فى التفليسة، شأنه كأى دائن عادى، ومزاحمة جماعة الدائنين بالتعويض المقضى به، ولو لم يصدر حكم التعويض إلا بعد شهر الإفلاس، مادام الفعل المقترف ذاته قد وقع قبل صدور الحكم، فالحكم يقرر تعويضاً عن عمل سابق. أما إذا وقع الفعل بعد صدور الحكم، فكان يتجه الفقه إلى عدم جواز اشتراك المضرور فى التفليسة بمبلغ التعويض[1].أما بعد صدور القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، فقد قررت المادة (١١٨) أنه استثناء من حكم المادة (١٢١) من هذا القانون، إذا حكم على المفلس بعد شهر إفلاسه بالتعويض عن ضرر أحدثه للغير قبل تقديم طلب شهر الإفلاس، جاز للمحكوم له الدخول فى التفليسة بالتعويض المقضى به مالم يثبت تواطؤه مع المفلس.

وهو اتجاه حسن لكى يعطى المضرور من فعل اقترفه المفلس، الحق فى الحصول على تعويض باعتباره دائناً له، وأنه لم يكن هناك أى مبرر من حرمانه من الاشتراك فى التفليسة بقيمة التعويض المقرر له. على أن المشرع قد اشترط أن يكون الضرر قد حدث قبل تقديم طلب شهر الإفلاس، وألا يثبت وقوع تواطؤ مع المفلس. وبذلك ضمن المشرع ألا يكون الضرر قد تم بناء على اتفاق بين المدين والغير، لكى ينتقص من حق الدائنين فى التفليسة.

نطاق رفع اليد من حيث الدعاوى والإجراءات القانونية:

يترتب على غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها، أن يفقد حقه فى إقامة الدعاوى واتخاذ الإجراءات القانونية حيالها، حتى لا يلحق جماعة

---

(١) ومنهم د. مصطفى كمال طه: مرجع سابق، ص٩٥؛ مشار إليه فى مؤلف د. على سيد قاسم: مرجع سابق، هامش ص١٣١.

الدائنين أى ضرر من أى إجراء قد يقوم به[1]. وهو ما قررته صراحة المادة (١١٧) من القانون، وأنه لا يجوز بعد صدور حكم شهر الإفلاس، رفع دعوى من المفلس أو عليه أو السير فيها.مع مراعاة ما قررته محكمة النقض وأن الحكم الصادر بشهر الإفلاس،لا يفقد المفلس أهليته بل تظل له أهلية التقاضي،وإنما لا تكون للأحكام التي تصدر فى هذه الدعاوى أية حجية قبل التفليسة حتي لا يضار مجموع الدائنين([2]).

ولذا وبعد صدور حكم شهر الإفلاس، ومنذ ذلك اليوم وأيًا كان ساعة صدوره، يمتنع على المدين المفلس مباشرة أى دعوى تتعلق بأمواله التى تم غل يده عنها، سواء كان فيها مدعياً بأن كانت قد رفعت الدعوى منه، أو مدعياً عليه فيها، أو كانت تتعلق بأمواله التجارية أو بغيرها من الأموال المرتبطة بحياته. ولم تقصر المادة (١١٧) هذا الغل على الدعاوى التى ترفع ابتداءً، بل حظر عليه السير فى الدعاوى القائمة قبل صدور حكم شهر الإفلاس، ويحل محله حينئذ أمين التفليسة، فيصبح الأخير وحده صاحب الصفة فى رفع الدعاوى أو تمثيل التفليسة أمام القضاء. ولذا لا تقبل دعاوى المفلس لرفعها من غير ذى صفة، كما لا تقبل ولا ترفع الدعاوى عليه، لانعدام صفته القانونية فى

---

(١) نقض مصرى بجلسة ١٩٩٦/١٢/٩ المستحدث ١٩٩٦-١٩٩٧، ص١٨، و٢٠١٢/٢/٢٧، الطعن رقم ٤٧٧٧ لسنة ٢٧ق، نقض ١٩٥٩/٢/١٢، المجموعة الرسمية، السنة ١٠، ص١٥٤. الطعن رقم ٨٦٩ لسنة ٧٣ ق، جلسة ٢٠٠٧/٥/٢٢، المكتب الفني، السنة ٥٨، قاعدة ٧٩، ص٤٥٢. الطعن رقم ٩٧٧٥ لسنة ٧٥ ق، جلسة ٢٠١٠/٥/٢٥. الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ق، جلسة ٢٠٢٢/١/٣.

([2]) الطعن رقم ٢٢٧٠٨ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠٠٤/٢/١٥، المكتب الفني، السنة٥٥، ص١٦١.

المثول أمام المحكمة بشأنها. وإن كان يرى بعض الفقه[1] أنه يجوز قبول المفلس كمجرد خصم فى الدعاوى المرفوعة على التفليسة بجانب أمين التفليسة، دون انفراده كمفلس بها.وإذا تعلقت المسألة بثمة أحكام نهائية صدرت قبل الحكم بشهر الإفلاس، فمن المسلم به أنه لا أثر للحكم على ثبوت حجيتها. أما الأحكام غير النهائية الصادرة قبل حكم شهر الإفلاس، قلا يكون له الطعن فيها، ويترك الأمر لأمين التفليسة الذى يكون له حق الطعن من عدمه، وهو - كما قلنا - صاحب الصفة والتى عينته المحكمة ليحل محل المدين المفلس فى مباشرة الدعاوى.

يترتب على ذلك أنه حال عدم إدخال أو اختصام أمين التفليسة فى دعوى أو أكثر، فلا يجوز الاحتجاج على جماعة الدائنين بالحكم الصادر[2].

الاستثناءات الواردة على غل اليد للدعاوى والإجراءات القانونية:

أوردت المادة (١/١١٧) من القانون، بعض الاستثناءات، والتى بمقتضاها يجوز للمدين المفلس اتخاذ الإجراءات القانونية ورفع الدعاوى بشأنها دون غل يده عنها، أو دون وجود أمين التفليسة.وقد قضى بأنه يجوز لمن أشهر إفلاسه أن يرفع دعوى على مدينه إذا ما تحققت شروط إشهار إفلاس هذا المدين دون الحاجة إلى الإستعانة بأمين التفليسة في إقامتها بإعتبار أن من شأن صدور الحكم فيها إفادة دائنيه منها[3]، ويضاف إلى هذه الحالات كما سنراها، حقه - أى المفلس - فى قيامه بالإجراءات اللازمة للمحافظة على

---

(١) د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣١١.

(٢) نقض ١٩٨٤/٥/١٤، المجموعة الرسمية، السنة ٣٥، ص١٢٨٨؛ نقض ١٩٩٢/٧/٣١، المجموعة الرسمية، السنة ٤٣، ص٥٣٧.

(٣) الطعن رقم ٥٥ لسنة ٧٠ق ، جلسة ٢٠٠٣/١/١٥. السنة ٥٠. ص١٢.

حقوقه، وهى إجراءات تحفظية تهدف للمحافظة على ثمة حق ما([1])، كإجراء قطع التقادم، أو تجديد قيد رهن لأحد الديون التى له لدى مدينه ،أو تحرير ورقة الأحتجاج حال امتناع المسحوب عليه فى كمبيالة عن الوفاء، وذلك فى موعده القانونى، إلى نحو ذلك من إجراءات تحفظية تظل له أحقية القيام بها دون غل يده عن مباشرتها. أما عن الاستثناءات التى أوردتها المادة المذكورة آنفاً فهى:

[أ] الدعاوى المتعلقة بالأموال والتصرفات التى لا يشملها غل اليد([2]):

إذا كان المشرع قد منع على المدين مباشرة بعض التصرفات وغل يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، إلا أن هناك أموالاً لم يغل يده عنها، وعليه يكون للمدين المفلس حق مباشرة الدعاوى المتعلقة بها، علاوة على الدعاوى المتصلة بشخصه. ومن ثم يكون للمدين رفع أو مباشرة الدعاوى الخاصة بالإعانة المقررة له ولأسرته، والدعاوى المرتبطة بالأموال التى لا يجوز الحجز عليها، والدعاوى المتصلة بما يملكه أولاده القصر الخاضعين لولايته، مادام لم يتحقق ثمة ضرر يعود على الأولاد كما سبق بيانه.أيضًا يخرج من

([1]) وقد قضت محكمة النقض المصرية، بأن غل يد المدين عن أدارة أمواله ومباشرة الدعاوي المتعلقة بها، لا يمتد لنشاط المفلس بالنسبة للإجراءات التحفظية التي قد تفيد دائنيه. الطعن رقم ٥٥ لسنة ٧٠ ق، جلسة ٢٠٠٣/١/١٥، المكتب الفني، السنة ٥٠، ص١٢. الطعن رقم ٥١ق لسنة ٧٥ق،جلسة ٢٠١١/١٢/٢٧، الطعن رقم ٤٥٩٣ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠١٣/١/٤، الطعن رقم ١٩٨٠/٥/٢٧،الطعن رقم ٢٩٣ لسنة ٤٧ق، المكتب الفني، الجزء الثاني،السنة ٣١ق ،ص١٥١٠. وفي أحد الاحكام الحديثة، قضت محكمة النقض أنه يتعين لأتخاذ هذه الإجراءات، أخطار أمين التفليسة ليتدخل في الدعوى أو الطعن، أي أ ن حق المفلس يتوقف عند إقامة الدعوى أو الطعن دون مباشرة إجراءات نظرها. الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ ق، جلسة ٢٠٢٢/١/٣.

([2]) الطعن رقم ٣٨ لسنة ٧٣، جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٦، السنة ٥٦،ق٧٥،ص٤٢٠.

نطـاق الحظـر، ويكـون للمـدين أن يقـوم بـه، الـدعاوى الشخصـية والمتعلقـة بشخصـه. ومنهـا - مـثلاً - رفـع دعـاوى الطـلاق وإثبـات النسـب، والمطالبـة بتعويض عن ثمة ضرر مادى أو أدبى لحق به من قبل الغير، أو دعاوى ترتبط بالمساس بشرفه واعتباره.

[ب] الدعاوى المتعلقة بأعمال التفليسة التى يجيز القانون للمفلس القيام بها:

وهي تشمل أي دعوى تتعلق بالتفليسة قررها القانون للمدين المفلس مادام تتعلق بأعمال التفليسة وترتبط بها([1]).

[جـ] الدعاوى الجنائية:

كـذلك أجـاز المشـرع للمـدين المفلـس إقامـة الـدعاوى الجنائيـة تجـاه الغير([2])، كرفع دعوى خيانة أمانة أو نصب أو سرقة مال من أموال متجره، كما له الحضور فى الدعاوى الجنائية المرفوعة ضده، كالدعاوى التى تقيمها النيابة العامة أو الغير بسبب جرائم اقترفها المفلس. وذلك كله تمكيناً للمفلس من المحافظة على حقوقه أو الدفاع عن نفسه حال ما إذا كانت الدعوى مرفوعة عليه. على جانب آخر يجوز للمحكمة أن تأذن بإدخال المفلس فى الدعاوى المتعلقة بالتفليسة، كما يجوز لها أن تأذن بإدخال الدائن فى هذه الدعاوى إذا كانت له مصلحة خاصة فيها. ويستوى أن تكون هذه الدعاوى مرفوعة منه أو عليه. ويرى بعض الفقه[3]، أنه قد يصدر الإذن من المحكمة التى تنظر الدعوى المطلوب فيها تدخله، وهى قد تكون غير المحكمة التى قامت بشهر إفلاس المدين. ويستوى أن يكون إدخال المفلس فى هذه الدعاوى

([1]) استئناف مصر بتاريخ ٢٢م/٤/١٩٤٥. المجموعة الرسمية، س٤٦، رقم ٨٨.

([2]) الطعن رقم ٣٨ لسنة٧٣، جلسة ٢٠٠٥/٤/٢٦، س٥٦، ص٤٢٠.

(٣) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٣٩.

المتعلقة بالتفليسة، قد تم بناء على طلبه هو أو طلب خصم من الخصوم .

وفى جميع الأحوال نصت الفقرة الأخيرة من المادة (١١٧) على أنه إذا رفع المفلس أو رفعت عليه دعوى جنائية أو دعوى متعلقة بشخصه أو بأحواله الشخصية، وجب إدخال أمين التفليسة فيها إذا اشتملت على ثمة طلبات مالية. وبمفهوم المخالفة، وتوافقاً مع ما سبق ذكره، فإذا لم تشتمل هذه الدعاوى على طلبات مالية، فيكون له وبمفرده رافعها، استناداً إلى أنها دعاوى مستثناة من نطاق غل اليد عنها.

ثانيا:- آثار الحكم بشهر الإفلاس على تصرفات المدين السابقة على صدوره:

من المسلم به أنه ولئن كان تترتب بعض الآثار القانونية لصدور حكم شهر الإفلاس، بالنسبة لتصرفات المدين اللاحقة على صدوره، فإنه - أيضًا - تتولد بعض الآثار المترتبة على تصرفات المدين السابقة على صدور الحكم. وذلك بعدما لاحظ المشرع أن هناك ثمة فترة ما بين تاريخ التوقف عن الدفع وبداية اضطراب أحواله المالية وما بين صدور حكم شهر إفلاسه. وأنه إبان هذه الفترة - أيًا كان مدتها حسب ما يراه القاضي – يظل المدين يمارس نشاطه بنفسه، وقد يحاول مع شعوره بإمكانية تقدم دائنيه بطلب شهر إفلاسه، أن يجرى العديد من التصرفات التى تلحق ضرراً بهم. كعقد قروض بعوائد مبالغ فيها، أو تهريب أمواله، أو يجرى بعض التصرفات الصورية بغية تهريبها من وجه الدائنين، أو وفاء الديون قبل حلول آجالها إلى غير ذلك[1] من

---

(١) أو بيع بضائعه بخسارة، أو ترتيب ثمة تأمينات لبعض الدائنين ضماناً لحقوقهم وبقصد تمييزهم عن غيرهم،.وانظرفي القضاء: الطعن رقم ١٢٥٧٧ لسن ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/١٢، الطعن رقم ٨٥٤٠ لسنة ٨١ ق،جلسة٢٠١٤/٣/١٠.

أعمال وتصرفات - بلا ريب - تهدف إلى إبعاد أمواله عن يد دائنيه كى لا تدرج فى أمواله التفليسة. لذا قرر المشرع ضرورة أن يحدد القاضى تاريخ التوقف عن الدفع على ضوء كل حالة على حدة، وهى تسمى بفترة الريبة، فى الحكم الصادر بشهر الإفلاس.

ماهية فترة الريبة:

فترة الريبة هى الفترة التى تقع ما بين بداية الاضطراب المالى للمدين وتاريخ صدور حكم شهر الإفلاس. وهو ما يفترض تحقق المحكمة من توقف المدين عن وفاء ديونه وأنه المتسبب فيه([1])، ولا نعنى بالتوقف مجرد التوقف المادى العارض، وإنما اضطراب أحوال المدين على نحو ينبئ عن مركز مالى مضطرب ومروره بضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمانه وتتعرض معها حقوق دائنيه لخطر محقق.

ويؤول تحديد تاريخ بداية فترة الريبة والتوقف عن الدفع، لتقدير المحكمة وفقاً لظروف كل دعوى على حدة، وهو ما يوجب على المحكمة أن تتحلى بقدر من الحكمة والحصافة وسلامة التقدير مراعية مصالح كافة ذوى الشأن، وأن توازن بين مصلحة الدائنين التى تأمل فى الرجوع بهذا التاريخ إلى أقصى حد ممكن، كى يتمكنوا من طلب عدم نفاذ أكبر قدر من التصرفات التى أبرمها المدين إبان تلك الفترة، وبين المصلحة العامة والتى تتمثل فى ضرورة استقرار المعاملات وحماية الوضع الظاهر ومصلحة الغير حسن النية، والتى

([1]) وقد قضى بأن صدور قرار من النائب العام بمنع المدين من التصرف في أمواله ، لا يعتبر من قبيل القوة القاهرة التي تمنعه من سداد ديونه، لأنه هو المتسبب في صدوره، كما أن القرار لاحق على تاريخ التوقف عن الدفع كما حددته المحكمة.الطعن رقم٧٤٥١ لسنة ٧٩ق، جلسة ٢٠١١/٣/٢٢.

تفرض عدم الرجوع بهذه الفترة كثيراً.وقد أجازت المادة (٨٥) من القانون للمحكمة أن تستعين فى سبيل تعيين تاريخ التوقف بكل فعل أو قول أو تصرف يصدر من المدين ويكشف عن اضطراب أعماله وسعيه إلى الاستمرار فى نشاطه التجارى بوسائل غير مشروعة أو ضارة بدائنيه. ومنها محاولة الانتحار أو الهرب، أو الدخول فى مضاربات طائشة لا يدرك مداها، أو بيع أموال بخسارة إلى غير ذلك[١].

فإذا استطاعت المحكمة تحديد هذا التاريخ، وتضع يداه على بداية اضطراب أعماله، فيكون هذا التاريخ هو بداية فترة الريبة. أما إذا لم يتسن للمحكمة أن تعينه فى حكم شهر الإفلاس، فيعد تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس هو تاريخ مؤقت للتوقف عن الدفع. ووفقاً للمادة (٨٦) يجوز للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب النيابة العامة أو المدين ذاته، أو أحد الدائنين أو أمين التفليسة أو غيرهم ممن له مصلحة، تعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع، وذلك حتى تاريخ إيداع قائمة الديون المحققة قلم كتاب المحكمة. وبعد انقضاء هذا الميعاد، يصير التاريخ المعين للتوقف عن الدفع نهائياً، ويكون لهذا الحكم حجية مطلقة شأنه في ذلك شأن حكم شهر الإفلاس، فيسري هذا التاريخ

---

(١) علاوة على حق الدائنين فى الطعن فى أى من التصرفات التى أجراها عن طريق الدعوى البوليصية، والتى تنهض على قيام المدين ببعض التصرفات بقصد الغش والإضرار بدائنيه والانتقاص من الضمان العام للدائنين. غير أن هذه الدعوى قد لا تتوفر شروطها دائماً كما يتوصل الدائنون إلى عدم نفاذ التصرفات محل الشكوى والطعن فيها، ولاسيما مع حتمية إثبات أن التصرف الذى أجراه المدين، قد زاد مما عليه أو نقص مما له. ناهيك عن إذا كان التصرف من التصرفات بعوض، وجب إثبات غش المدين وعلم من صدر له التصرف بالغش المقترف من المدين. ولذا فهى قد لا تتناسب مع طبيعة تصرفات المفلس.

في حق الكافة ولو لم يكن طرفاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم([1]).

وإمعاناً من المشرع فى تحقيق التوازن بين مصلحة الدائنين واستقرار المعاملات، لم يجز إرجاع تاريخ التوقف عن الدفع إلى أكثر من سنتين سابقتين على تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس[2].

الحكم القانونى لتصرفات المدين خلال فترة الريبة:

لم يعد يسلك المشرع ذات الاتجاه الذى كان سارياً فى قانون التجارة لسنة ١٨٨٣، وتقرير جزاء بطلان التصرفات التى أجراها المدين خلال فترة الريبة، وإنما منذ صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، قرر عدم نفاذ هذه التصرفات. أى أنها ولئن كانت فيما بين الطرفين، وهما المدين المفلس والغير سارية، إلا أنها لا تنفذ تجاه جماعة الدائنين، سواء كان عدم النفاذ وجوبياً أو جوازياً([3]). غير أنه يتعين على المحكمة قبل تقرير هذا الجزاء، أن تتيقن من وقوع التصرف محل عدم النفاذ خلال فترة الريبة. فإذا ثبت لها وقوعه قبل هذا التاريخ، فلا يمتد إليه - حينئذ عدم النفاذ[4]. وأن تكون

([1]) الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠٩/٤/٢٨،السنة ٦٠ ، ص٥١٣.

(٢) المادة (٢/٨٦) من القانون.وفي القضاء انظر: الطعن رقم ٩٧٧٥ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٠/٥/٢٥، الطعن رقم ٣٢٠٩ لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٠٠٦/١٠/١٠.

([3]) وهو جزاء مقر ر لمصلحة جماعة الدائنين وحدها ولوكيل الدائنين(أمين التفليسة) دون غيره حق التمسك به، الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٦٨، جلسة ٢٠١٠/١/١٤، س٦١، ص٨٩.كما قضى بأن ليس للقاضى أن يقضى بعدم النفاذ من تلقاء نفسه ما لم يطلبه أمين التفليسة، الطعن رقم١٨٥٥ لسنة ٦٠،جلسة ١٩٩٣/٥/٢٤، السنة٤٤، ص٥٠٠.

(٤) وإن كان يرى بعض الفقه أنه يجوز الطعن عليها بطريق الدعوى البوليصية متى توفرت شروطها. د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٩٢. وهو ما تؤيده أحكام القضاء

التصرفات محل الطعن عليها، قد صدرت من المدين المتوقف عن الدفع وتتعلق بأمواله. فمثلاً إذا ثبت صدورها من غيره، كزوجته، كما لو قامت الأخيرة بوفاء بعض ديونه قبل مواعيد استحقاقها، أو قيام شركة التأمين بصرف تعويضات، فإنه لا يسرى على هذه التصرفات الصادرة من الغير، حكم عدم النفاذ. وبناء على ذلك، فإن المشرع قد فرق بين نوعين من عدم النفاذ، وهما عدم النفاذ الوجوبى، وعدم النفاذ الاختيارى.

أ-التصرفات التى لا تنفذ وجوبياً تجاه جماعة الدائنين:

لا يجوز التمسك فى مواجهة جماعة الدائنين بالديون المقضى بها بموجب أحكام صدرت بعد القضاء بشهر الإفلاس، مع مراعاة تطبيق نص المادة ١١٨ من القانون. كما لا يجوز التمسك فى مواجهتهم بالتصرفات التالية إذا قام بها المدين بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس.

١- منح التبرعات:

من البديهى أن ترد التبرعات على رأس التصرفات التى لا تنفذ وجوبياً تجاه جماعة الدائنين إذا قام بها المدين خلال فترة الريبة، إذ أنها من التصرفات التى تفقر الذمة المالية، فلا يتصور القيام بها، فدائنيه أولى بالرعاية من المتبرع له، وغالباً ما تنم عن الرغبة فى تهريب الأموال وإخراجها من الضمان العام للدائنين. يستوى فى التبرعات أن كانت منصبة على عقار أو منقول[1]، ويأخذ حكمها، ترتيب ثمة حق عينى، أو تنازل عن دين، أو كفالة

ومنها: الطعن رقم ١٦٤٨ لسنة ٤٨، جلسة ١٩٨٣/٥/٣٠،المكتب الفني،السنة ٣٤ق،ص١٣٣٠.

(١) د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٢٤؛ للمزيد حول هذا الموضوع راجع أيضًا د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٣٧١؛ وفى القضاء نقض مصرى

دين على الغير إلى نحو ذلك، مادام كانت هذه التصرفات تبرعية دون مقابل.

ويتجه الفقه إلى أنه لا عبرة بما إذا كان التبرع ظاهراً أو مستتراً وراء عقد آخر من عقود المعاوضات، كستر التبرع أو الهبة فى شكل بيع لأصل من أصول التفليسة. فالمعول عليه هو التصرف الحقيقى توافقاً مع قواعد التفسير، بأن العبرة بالتصرف الحقيقى. وعليه لأمين التفليسة إثبات حقيقة التصرف بكافة طرق الإثبات كى يتسنى له اعتبار التصرف غير نافذ وجوبياً .

بيد أن التبرعات المحظورة على المدين المفلس هى التبرعات الضارة بالدائنين، والتى لا تعود عليهم بالنفع، وتفضى إلى إخراج ثمة مال كان من المتعين إدراجه فى التفليسة[1]. ومن ثم إذا كان التبرع قد تم من أمواله الشخصية، أو من الإعانة المقررة له، أو من الأموال التى لا يجوز الحجز عليها، فلا يلحقها عدم النفاذ الوجوبى، كذلك لا تسرى أحكام عدم النفاذ الوجوبى، على الوصية التى يحررها المدين خلال فترة الريبة، وذلك مرده أن الوصية - كما هو معلوم - هى تصرف مضاف إلى ما بعد الوفاة، وإعمالاً لقاعدة أنه لا تركة إلا بعد سداد الديون، فإن الموصى له لا يكون بمقدوره الحصول عليها إلا بعد استيفاء الدائنين حقوقهم، ومنهم جماعة الدائنين، وهو ما يوفر الحماية القانونية لهم.أيضًا لا يعد التأمين الذى يقوم به المدين لصالح

١٩٦٨/٢/٢٩، السنة ١٩، مجموعة المكتب، ص٤٦٠. الطعن رقم ١٢٥٧٧ لسنة ٧٥ق جلسة ٢٠٠٧/٣/١٢. الطعن رقم ٣٢٢ لسنة ٣٤ق ،جلسة ١٩٦٨/٢/٢٩، المكتب الفني ، العدد١، السنة ١٩،ص٤٦٠.

(١) تطبيقاً لذلك، يعد الوقف والكفالة من أعمال التبرع. انظر حكم استئناف مختلط ١٩٣٣/١/١٢ بلتان، ٤٥، ١٢٦. أو الرهن الذى رتبته شركة على عقار مملوك له كضمان لدين على شركة أخرى دون مقابل ؛ نقض فرنسى ١٩٦٦/١٢/١٢، الفصلية للقانون التجارى، ١٩٦٧، ص٥٨١.

الغير، كزوجته أو أحد أولاده، أو العمال الذين يعملون فى متجره، تبرعاً. لأن المستفيد يستمد حقه مباشرة من عقد التأمين تجاه المؤمن. وبناء عليه لا يجوز لأمين التفليسة طلب رد الأقساط المدفوعة خلال فترة التوقف عن الدفع، مالم يكن مبالغاً فيها[1].وقد استثنت المادة (١٢١) من القانون من نطاق عدم النفاذ الوجوبى للتبرعات، الهدايا الصغيرة التى يجرى العرف عليها. وهى ولئن لم يحدد القانون ماهيتها وتركها للعرف السائد، فإنها قد تختلف من منطقة لأخرى فى قيمتها، كهدايا الزواج أو الأعياد الرسمية وأعياد الميلاد وغيرها. ولذا نرى أن الأمر مرجعه في النهاية لقاضى التفليسة فى تقدير معقوليتها من عدمه على ضوء قيمتها وحالة المدين المالية.

٢- الوفاء بالديون غير حالة الأداء:

ولما كانت منظومة الإفلاس تهدف إلى إرساء مبدأ المساواة بين الدائنين وتوزيع ما ينجم عن التفليسة من أموال على الدائنين قسمة غرماء، فإن مبادرة المدين بأداء دين لم يحل ميعاد استحقاقه بعد، كما لو كان يتضمن ائتماناً لمدة محددة، إنما يوحى منه برغبته فى تمييز أحد الدائنين عن غيره، ويبعده عن اقتسام الدائنين قسمة غرماء. فلذا قررت المادة (٢/١٢١) خضوع هذا الوفاء لعدم النفاذ الوجوبى[2]، ويستوى فى هذا الوفاء أن يتم بنقود حالة أو عن طريق حوالة المدين المفلس لثمة حق له لدى الغير لمصلحة الدائن المستفيد من هذا الوفاء، أو عن طريق الوفاء بمقابل. وسواء أن كان الدين تجارياً أم مدنياً،

---

(١) راجع د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٢٤؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص٩٨.

(٢) الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٩، المكتب الفني، السنة ٦٠، قاعدة ١١٨، ص٧٠٦.

ديناً عقدياً أو غير عقدى. ويتعين ملاحظة أن الوفاء الذى لا ينفذ وجوبياً، هو الوفاء الذى تم بمحض إرادة المدين. ومن ثم إذا تم الوفاء جبراً عن المدين، فنعتقد أنه لا يندرج تحت إطار عدم النفاذ الوجوبى، لأنه لم يتم إرادياً.

ويترتب على عدم نفاذ التصرف، التزام الدائن برد ما حصل عليه، ويكون ذلك بموجب طلب من أمين التفليسة. وقد تبدو المشكلة فى استيضاح حسن أو سوء نيته، أى كان عالماً أم غير عالم. على أنه فى جميع الحالات يكون له أن يتقدم بدينه حال رد ما حصل عليه، فى التفليسة ليشارك بما له مع الآخرين قسمة غرماء.وقد اعتبرت المادة (١٢١) أن إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها فى حكم الوفاء قبل حلول الأجل.

وينهض هذا الفرض على قيام ساحب الورقة التجارية كالكمبيالة، بتقديم مقابل الوفاء للمسحوب عليه خلال فترة الريبة، رغم أن الورقة لم يحل أجل استحقاقها بعد، وذلك من أجل تأكيد حق المستفيد عليها لدى المسحوب عليه[1]. ففى هذه الحالة يكون لأمين التفليسة استرداد هذه المبالغ من المسحوب عليه وإدخالها فى أموال التفليسة.وهنا تثور المشكلة ماذا لو اضطر المسحوب عليه القابل وفاء قيمة الورقة للمستفيد، لأنه بقبوله وتوقيع الورقة صار مديناً أصلياً؟.

نرى أن من حق المسحوب عليه أن يتقدم بدينه فى تفليسة المدين الساحب، باعتباره دائناً له شأنه كغيره من دائنى التفليسة. على نقيض ما تقدم، إذا قام المدين الساحب بتقديم مقابل وفاء الورقة التجارية فى أجل استحقاقها، فإن ذلك بعد وفاءً لدين حال، مما يترتب عليه عدم سريان أحكام النفاذ

---

(١) راجع: د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٢٠٨؛ د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٢٥، د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٠٠.

الوجوبى عليه.

٣- وفاء الديون الحالة بغير الشئ المتفق عليه:

مما لا شك فيه أنه إذا أوفى المدين إبان فترة الريبة ديناً من الديون حالة الأداء بنفس الآلية المتفق عليها مع الدائن، فإنه يعد وفاءً لدين حال مستحق، ولذا لا تسرى عليه أحكام عدم النفاذ وجوبياً. تطبيقاً لذلك إذا كان محل التزام المدين تسليم بضاعة مباعة منه لتاجر آخر، أو دفع مبلغ نقدى لاسترداد بضاعة من أحد التجار، فإن قيام المدين بتسليم البضاعة محل التعاقد، أو وفاء الدين نقداً أو بموجب ورقة تجارية أو عن طريق أمر تحويل مصرفى، يعد وفاءً صحيحاً يبرئ ذمته من الدين، فكلها أدوات وفاء تقوم مقام النقود فى التعاملات التجارية. ومن ثم لا يخضع هذا الوفاء لأحكام عدم النفاذ الوجوبى.

بيد أن الذى يثير شبهة التمييز بين الدائنين والتحايل عليهم، هو وفاء دين حال بغير الشئ محل الاتفاق. كما لو تم وفاء قيمة دين نقدى، عن طريق تقديم عقار أو منقول مكانه، أو أداء عمل لمدة محددة بديلاً عن الدين، أو يقوم المدين ببيع جزءًا من أصول متجره لدائنه كى تقع المقاصة بين ما على المدين من دين وماله من قيمة هذه الأصول إلى غير ذلك[1]. وهنا يخضع هذا الوفاء مادام تم خلال فترة الريبة، لأحكام عدم النفاذ الوجوبى.

٤- الضمانات المقررة على أموال المدين لدين سابق عليها:

وهو ما قررته الفقرة (د) من المادة (١٢١) بقولها: "كل رهن أو تأمين اتفاقى آخر وكذلك كل اختصاص يتقرر على أموال المدين ضماناً لدين سابق

---

(١) نقض فرنسى ١٩٦٠/١١/١٥، الفصلية للقانون التجارى، ١٩٦١، ص٤٥٨ و استئناف مختلط ١٩٣٥/٦/١٢، البلتان ١٩٢٨-١٩٣٨، ص٢٥٣. الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٩، المكتب الفني، السنة ٦٠ ، قاعدة١١٨،ص٧٠٦.

على التأمين، لا ينفذ وجوبياً تجاه جماعة الدائنين[1].

وبداية يشمل لفظ الرهن كل من الرهن الرسمى، والرهن الحيازى، وسواء كان ينصب على عقار أو منقول. كما يستوعب رهن السفن والطائرات والضمانات المنقولة إلى غير ذلك من ضمانات ينشئها المدين لضمان دين سابق على هذا التأمين. وما سبق يقوم على أن الدين قد نشأ كدين عادى فى ذمة المدين، وقرر الأخير هذه الضمانات والتأمينات لضمانه لاحقاً، وقد وقع ذلك خلال فترة الريبة. على النقيض إذا كان الدين منذ نشأته مضموناً ولكن تم استبدال الضمان، كاستبدال الرهن الحيازى برهن رسمى، فإن أحكام هذه الفقرة لا تسرى، وعليه لا يخضع هذا الفرض لعدم النفاذ الوجوبى[2].

كذلك يتعين لتوفر هذه الحالة، أن يترتب الرهن على عقار أو منقول أو يتقرر حق الاختصاص أو أى تأمين اتفاقى، كتأمين لوفاء دين سابق على تقرير التأمين. وهنا يبين شبهة ونية التمييز من قبل المدين المفلس لبعض الدائنين، فالدين الذى ينشأ كدين عادى ثم يتقرر له تأمين أو رهن لاحق عليه، ويقع ذلك خلال فترة الريبة، إنما يفضى إلى تفضيل بعض الدائنين ويجعل صاحبه فى مركز قانونى أفضل، وهو ما يعود بالضرر على الدائنين الآخرين.

---

(١) راجع د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٢١٠ ؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٠٢؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٣٧٥. وفى القضاء استئناف مختلط ١٩٦٠/٣//١، البلتان ١٩٠٨-١٩١٨، ص٢٠٤ - ٢٠٥؛ نقض ١٩٧١/٦/٢٤، الطعن رقم ٣٣ لسنة ٣٧ق ،المجموعة، السنة ٢٢، ص٨٣٤. الطعن رقم ٤٠٢ لسنة٣٥ق،جلسة ١٩٧٠/١/٢٢،السنة ٢١،عدد١،قاعدة٢٨، ص١٦٧.

(٢) جدير بالذكر أن حكم هذه الفقرة لا يسرى على حقوق الامتياز، باعتبارها إلا تتقرر إلا بقانون فحسب ولا تتوقف على أو تتقرر بإرادة الأطراف. راجع د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٠٣.

ويترتب على عدم نفاذ هذه التصرفات تجاه جماعة الدائنين بناء على طلب أمين التفليسة، أن يتحول الدائن المرتهن أو يضحى هو وغيره كصاحب الاختصاص، كدائن عادى، ويتقدم بدينه فى التفليسة. إلا أنه يظل نافذاً بين المدين المفلس وهؤلاء الدائنين.

ب-التصرفات التى لا تنفذ جوازياً تجاه جماعة الدائنين:

فيما عدا التصرفات المذكورة آنفاً، كل ما أجراه المفلس من تصرفات خلال فترة الريبة، يجوز الحكم بعدم نفاذه فى مواجهة جماعة الدائنين إذا كان التصرف ضاراً بهم([1])، وكان المتصرف إليه يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المدين المفلس عن الدفع[2]. مؤدى هذه المادة، أنه على نقيض التصرفات التى يقع بشأنها عدم النفاذ الوجوبى، والمحددة على سبيل الحصر، فإن كل ما يجريه المفلس من تصرفات إبان فترة التوقف عن الدفع، يخضع لعدم النفاذ الجوازى، وهو جزاء متروك لمطلق تقدير المحكمة، الذى لها أن تقضى بعدم نفاذها، ولا جناح عليها إن انتهت إلى صحتها ونفاذها.

بيد أنه يشترط لكى تنتهى المحكمة إلى عدم نفاذ التصرف تجاه جماعة الدائنين، ثمة شرطين هما، أن يكون التصرف ضاراً بجماعة الدائنين، بحيث يلحق بهم ضرر من تصرفات المدين، كاستيراد المدين مواد أولية ليست

([1]) مع ملاحظة أن القانون القديم كان يقرر بطلان التصرف وليس عدم نفاذه . انظر الطعن رقم ١٤٧ لسنة ٣٥ق، جلسة ١٩٦٩/٤/١، السنة ٢٠،عدد٢، قاعدة ٨٨، ص٥٥٠.

(٢) المادة (١٢٢) من القانون. كما انظر د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٣٧٧ وما بعدها. الطعن رقم ١٢٥٧٧ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/١٢، الطعن رقم ٥٥٦ لسنة٧٥ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٩،س٦٠،ص٧٠٦.

ضرورية لإنتاج مصنعه، فالدائنين أولى بهذه الأموال[1]. والأمر هنا قرره القانون لصالح جماعة الدائنين وحدها لدرء الضرر الذي يحيق بهم من جراء تصرف مدينهم دون إعتبار لما يترتب على هذا التصرف من نفع يعود على بعض الدائنين دون مجموعهم أو على المدين ذاته[2].غنى عن البيان أنه يقع على عاتق أمين التفليسة إثبات هذا الضرر الذى يلحق بجماعة الدائنين من جراء هذه التصرفات.

ثانياً: يتعين أن يكون المتصرف إليه (الطرف الآخر المتعامل مع المدين المفلس) عالماً وقت وقوع التصرف بتوقف المدين عن الدفع، واضطراب أحواله المالية. وهو شرط منطقى حماية للغير حسن النية واستقرار المعاملات، ومن ثم إذا ثبت أن المتصرف إليه لم يكن يعلم بما آل إليه حال المدين، فلا ريب فى سريانها. ولعل مرد هذا الحكم، فى عدم مفاجأة المتعامل مع المدين بعدم نفاذ ما أجراه مع شخص لم يكن على علم بأحواله لحداثة العهد بالتعامل معه. أما إذا كان يعلم بأحوال المدين المضطربة ورغم ذلك، أقدم على التعامل معه، فإن ذلك - ينطوى على سوء النية واستغلال ظروف المدين والحصول منه على مزايا غير طبيعية. ولا شك أنه ينبغى النظر إلى وقت وقوع التصرف للحكم بما إذا كان المدين على علم أم لا.

والأصل أن الغير المتعامل مع المدين لا يعلم إلى أن يتمكن أمين

---

(١) وبالتالى لا تسرى حكم هذه المادة على التصرفات التى لا تضر بجماعة الدائنين في مجموعها، كشراء بضاعة لازمة للتجارة بسعر مقبول، أو بيع بضاعة بالسعر السائد فى السوق، أو إبرام عقد نقل بضائعه إلى مكان آخر إلى غير ذلك مادام توفرت فيها ما يتوفر فى الظروف المعتادة.

(٢) الطعن رقم ٤٠٣ لسنة ٣٣ق، جلسة ١٩٦٧/٤/٤، المكتب الفني،١٨، ص٧٧١.

التفليسة بإثبات نقيض ذلك بكافة طرق الأثبات([1])، وأن الصلة أو الرابطة أو العلاقة التى تربطه بالمدين تفترض علمه.

الأثر القانونى المترتب على الحكم بعدم نفاذ التصرف:

إذا حكم بعدم نفاذ أى تصرف فى حق جماعة الدائنين، التزم المتصرف إليه بأن يرد إلى التفليسة ما حصل عليه من المفلس بمقتضى هذا التصرف[2] أو قيمة الشئ وقت قبضه[3]. كما يلتزم الغير بدفع عوائد (فوائد) ما قبضه أو ثماره من تاريخ قبضه لها.

على الجانب الآخر، يكون للغير المتصرف إليه، الحق فى استرداد العوض الذى قدمه للمفلس، كنقود مقابل المواد الأولية المباعة، أو البضاعة المباعة، إذا وجد هذا العوض بعينه فى التفليسة. وهنا - كما نعتقد - يفترض أن الشئ معين بالذات وما زال موجوداً. أما إذا لم يوجد العوض، كان من حق المتصرف إليه أن يطالب جماعة الدائنين بالمنفعة التى عادت عليهم من المتصرف. وهنا يشترك فى التفليسة مع جماعة الدائنين بوصفه دائناً عادياً يقتسم معهم قسمة غرماء، بما يزيد على قيمة هذه المنفعة.

ومما يتعين الإشارة إليه، أن الحكم بعدم النفاذ قرره القانون لصالح جماعة الدائنين وحدها لدرء الضرر الذي يحيق بهم من جراء تصرف المدين دون إعتداد لما يترتب على هذا التصرف من نفع يعود على بعض الدائنين دون مجموعهم أو على المدين نفسه.

([1]) الطعن رقم ٥٥٦ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٩، السنة ٦٠، ص٧٠٦.

(٢) إذا كان الشئ موجوداً، كما لو باع المفلس منقولاً للغير.

(٣) المادة (١٢٦) من القانون.

حكم خاص بالأوراق التجارية:

استثناء مما تقدم فى مجال الحديث عن وفاء الديون الحالة عن طريق الأوراق التجارية الذى تم خلال فترة التوقف عن الدفع([1])، وأنه لا يخضع لعدم النفاذ الوجوبى. ولذا يكون من الطبيعى إخضاعه لعدم النفاذ الجوازى.

بيد أن المادة (١٢٣) من القانون، قد ذهبت إلى أنه إذا دفعت قيمة ورقة تجارية بعد تاريخ التوقف عن الدفع، أى فترة الريبة، وقبل الحكم بشهر الإفلاس، وهو ما كان يقتضى سريان حكم عدم النفاذ الجوازى متى توفرت شروطها، فلا يجوز أن يسترد من الحامل المستفيد ما دفع له من قيمتها. وإنما يلتزم الساحب أو من سحبت الورقة التجارية لحسابه برد القيمة محل الدفع، شريطة أن يكون قد علم وقت إنشاء الورقة التجارية بتوقف المفلس عن الدفع.

ويقع الالتزام بالرد فى حالة السند لأمر على المظهر الأول متى كان يعلم وقت حصوله على السند بتوقف المفلس عن الدفع[2].يترتب على ما تقدم كله، أنه لا يجوز لأمين التفليسة أن يطالب المستفيد من الورقة التجارية برد ما وفى له، حتى لو ثبت أن هذا التصرف يعود بالضرر على الدائنين، وذلك إنما مرده حماية التعامل بالورقة التجارية وتشجيعاً على تداولها دون خشية من التعرض لرد قيمتها.

عدم نفاذ حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص:

وفقاً للمادة (١٢٤) من القانون، يجوز الحكم بعدم نفاذ حقوق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص المقررة على أموال المدين فى مواجهة جماعة

([1]) الطعن رقم ١٢٥٧٧ لسنة ٧٥ ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/١٢.

(٢) راجع للمزيد فى هذا الشأن: د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٣١؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١١٠ ؛ د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٢١٣.

الدائنين، إذا قيدت بعد تاريخ التوقف عن الدفع، وبعد انقضاء ثلاثين يوماً من تاريخ تقرير الرهن أو الامتياز أو الاختصاص[1] .فالدائن الذى يهمل فى قيد حق الرهن أو الامتياز أو الاختصاص الذى له على مال معين من أموال المدين المفلس، يعد دائناً متراخياً مهملاً، وعليه لا ينفذ حقه تجاه جماعة الدائنين متى كان يلحق بهم ثمة ضرر.وهنا يجوز للمحكمة أن تقضى بعدم النفاذ تجاه جماعة الدائنين، ويتقرر ذلك ولو لم يثبت علم الدائن بحالة الريبة التى يمر بها المدين.

ويرى بعض الفقه[2]- وبحق - أن الحكم الوارد بالمادة (١٢٤) إنما يقتصر فحسب على القيد ولا يمتد أثره إلى تجديده. ومن ثم يصح وينفذ تجديد قيد الرهون وغيرها حتى ولو تم بعد شهر إفلاس المدين، فهو ليس قيداً وإنما مجرد إجراء تحفظى لازم للمحافظة على حقوق الدائن صاحب الحق.

على جانب آخر فيما يتعلق بالدائن صاحب الرهن أو الاختصاص التالى فى مرتبته للرهن أو الاختصاص الذى قضى بعدم نفاذه تجاه جماعة الدائنين، فإنه يأخذ ذات المرتبة المقررة له فى التأمين. غير أنه لا يعطى هذا الدائن من ثمن الشئ المرهون عند بيعه إلا المبلغ الذى كان سيحصل عليه على فرض نفاذ الرهن أو الاختصاص السابق عليه فى المرتبة. وينتقل الفرق بين الثمن

---

(١) وهو حكم يشابه مع ما كان مقرراً فى المادة (٢٣١) من قانون التجارة لسنة ١٨٨٣، غير أنه كان يلزم أن يتم هذا القيد قبل مضى خمسة عشر يوماً من تاريخ نشأة حق الامتياز، أو الرهن. فإذا تراخى الدائن ومضت هذه المدة، ثم قام بإجراء القيد بعد تحقق التوقف عن الدفع، فكان يجوز القضاء ببطلانه، للمزيد راجع د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٣٤.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١١١.

ومبلغ الدين المحمل بالرهن إلى جماعة الدائنين ، فهم أولى بها[1].

سقوط الحق فى إقامة دعاوى عدم النفاذ:

رغبة من المشرع فى ضرورة وضع حد للدعاوى المقامة بعدم نفاذ التصرفات تجاه جماعة الدائنين، وخروجاً على القواعد العامة[2]، فقد قرر سقوط الدعاوى الناشئة عن تطبيق الأحكام المنصوص عليها فى المواد ١٢١ إلى ١٢٦، بمضى سنتين من تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس. وهى مدة قصيرة، هدف منها المشرع، ضرورة سرعة إنهاء مصير التصرفات التى وقعت إبان فترة الريبة، بحيث لا يجوز إقامة دعاوى بشأنها للمطالبة بعدم نفاذها بعد مضى سنتين من تاريخ صدور الحكم ذاته بشهر الإفلاس.

ومن البديهى أن لا يسرى هذا النص إلا على الدعاوى المرفوعة بعد نفاذ هذا القانون، وإن كان ذات النص كان وارداً بقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[3].

المطلب الثانى
آثار حكم شهر الإفلاس على الدائنين العاديين
وأصحاب الحقوق الأخرى

ولما كان من الثابت أن المقصد من تنظيم المشرع لقانون الإفلاس، ليس

---

(١) راجع المادة (٢/١٢٤) من القانون.

(٢) والتى تقضى وفقاً للمادة (٢٤٣) من القانون المدنى، بسقوط دعوى عدم نفاذ التصرف، بالتقادم بانقضاء ثلاثة سنوات من اليوم الذى يعلم فيه الدائن بسبب عدم نفاذ التصرف، وتسقط فى جميع الأحوال بانقضاء خمس عشر سنة من الوقت الذى صدر فيه التصرف المطعون فيه.

(٣) المادة (٦٠٤) من القانون. راجع أيضًا نقض جلسة ٢٠٠٦/٦/٢٧، الطعن رقم ٢٩ لسنة ٧١ق.

فحسب حماية الدائنين من تصرفات المدين الضارة بهم، وإنما - كذلك - إرساء مبدأ المساواة بينهم، ومنع التسابق رغبة فى الحصول على مزايا أكثر من غيره، فقد قرر إنشاء جماعة تعرف بجماعة الدائنين تضم الدائنين ممن لهم الحق فى شمولهم فيها وأندراجهم تحتها.

بيد أن اعتبار جميع الدائنين متساوون فى الضمان العام للمدين، لا يقدح فى إمكانية تقدم البعض منهم من أصحاب حقوق الامتياز أو الرهن أو الاختصاص، على الدائنين العاديين. ولذا نتعرض فى هذا المطلب لأثر حكم شهر الإفلاس على هؤلاء الدائنين، علاوة على أثره على أصحاب الحقوق الأخرى، ومنها في عقود البيع والإيجار والعمل وغيرها.

الفرع الأول
أثر حكم شهر الإفلاس على حقوق الدائنين العاديين وأصحاب حقوق الامتياز العامة

من أهم ما يترتب على صدور حكم بشهر إفلاس المدين، هو تجمع الدائنين العاديين ، وأصحاب حقوق الامتياز العامة، حيث يتساوون مع الدائنين العاديين فيما عدا بعد التصفية ولدى التوزيع، فى جماعة أو تجمع، تعرف بجماعة الدائنين، وتتمتع بالشخصية المعنوية كما سنرى. على جانب آخر لم يعد للدائنين حق اتخاذ أى إجراء فردى تجاه المدين، وتسقط آجال استحقاق الديون، ويتوقف سريان العوائد (الفوائد) لها.

المقصود بجماعة الدائنين:

جماعة الدائنين هى تجمع ينشأ بقوة القانون كأثر لصدور حكم بشهر إفلاس المدين، لها شخصية معنوية سلم بها الفقه وجرى عليها العرف وسلمت

به أحكام القضاء[1] ويترتب على نشأة هذه الشخصية القانونية المستقلة عن الدائنين أعضاء الجماعة[2]، أن يكون لها أصولها وخصومها بعيداً عن الدائنين ذاتهم. ولا تشمل إلا الدائنين العاديين وأصحاب حقوق الامتياز العامة[3] دون غيرهم من أصحاب الحقوق المضمونة بتأمينات يضمنون بها استيفاء ديونهم.

وترجع العلة من إدراج أصحاب الامتياز العامة مع الدائنين العاديين فى جماعة الدائنين، أن أولوياتهم لا تقع على مال معين كأصحاب الحقوق الخاصة، وإنما تنصب على كل أموال المدين، كل ما خولهم المشرع استيفاء حقوقهم أولاً وبمقتضى أولوية على الدائنين العاديين. ويمثل جماعة الدائنين أمين التفليسة، الذى يضحى هو الممثل القانونى لها([4])، فله أن يستوفى ما للمفلس من حقوق إن وجدت، ويشارك أعضاء الجماعة فى اتخاذ القرارات اللازمة بشأن الجماعة.

وبطبيعة الحال لا تشمل هذه الجماعة، الدائنين المرتهنين وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة وغيرهم من أصحاب التأمينات، فهم لا خوف عليهم لضياع حقوقهم، لورود تأمينات وضمانات لهم تضمن استيفاءها. مالم يتحقق الغرض الذى أرسته المادة (٢٣٨) من القانون، وأنه إذا حصل توزيع ثمن العقارات أو المنقولات، كان للدائنين المرتهنين أو الممتازين أو الحاصلين على

---

(١) ومنها فى فرنسا: نقض فرنسى ١٩٥٦/١/١٧ دالوز، ١٩٥٦، ص٢٦٥.

(٢) مع ملاحظة أنها شخصية مؤقتة تزول بمجرد زوال جماعة الدائنين وإنهاء التفليسة، وكأنها شخصية محدودة بقدر متطلبات وحاجات التفليسة.

(٣) أيًا كان مصدر الدين - سواء كان عقداً أو تصرفاً بإرادة منفردة، أو نشأ عن القانون مباشرة، وسواء كان الدين مدنياً أو تجارياً.

([4]) الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ق، جلسة ٢٠٢٢/١/٣.

اختصاص الذين لم يستوفوا حقوقهم كلها أو بعضها من ثمن العقارات والمنقولات المحملة بالتأمين، أن يشتركوا فى قسمة الغرماء بالباقى لهم.

كذلك لا تشمل جماعة الدائنين إلا من كان دينه مؤكداً قبل صدور الحكم. ومن ثم لا يسرى هذا الوصف، وهو عضو فى جماعة الدائنين، على الدائنين الذين تقررت حقوقهم لدى المدين بعد صدور حكم شهر الإفلاس، باعتبار أن وقت انعقاد هذه الحقوق كانت يد المدين مغلولة عن إدارة أمواله، وعليه ما كان له أن يبرمها من الأصل. أما الحقوق التى تقررت بعد صدور الحكم مع أمين التفليسة، فيكون صاحبها دائناً لجماعة الدائنين ذاتها وليس داخلاً فيها[1].

آثار الحكم بشهر الإفلاس على الدائنين المذكورين:

أولاً: وقف دعاوى وإجراءات الدائنين الفردية:

لا يجوز للدائنين العاديين أو الدائنين أصحاب حقوق الامتياز العامة بعد صدور حكم شهر الإفلاس، إقامة دعاوى فردية على التفليسة أو اتخاذ أى إجراءات قضائية أخرى ضدها[2]. وهو ما مؤداه أن صار أمين التفليسة هو

---

(١) انظر د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٤٢٢؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٤٢. أما الديون التى نشأت عن أفعال المدين غير المشروعة التى اقترفها فى تاريخ سابق على حكم شهر الإفلاس، كتقليد علامة تجارية للغير، أو غصب الاسم التجارى لتاجر آخر، فإن صاحب الحق فى التعويض حال ثبوت الخطأ، يعتبر عضواً فى جماعة الدائنين حتى ولو صدر الحكم بالتعويض بعد حكم شهر الإفلاس. فحكم تقرير التعويض هو كاشف عن الحق فى التعويض الذى تقرر مع وقوع الفعل ذاته. نقض فرنسى ١٩٦٣/٢/٦ الفصلية للقانون التجارى، ١٩٦٤، ص١٧١؛ د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٤٥.

(٢) المادة (١٢٨) من القانون. وانظر في القضاء: الطعن رقم ٤٦٧١ لسنة ٨٠ ق، جلسة ٢٠٢٢/٢/٢٢ ، والطعن رقم ٢٥٤ لسنة ٧٣ق، جلسة ٢٠٠٧/٥/١٠.

المخول وصاحب الصفة فى تمثيل التفليسة، وممثل جماعة الدائنين، وذلك مراعاة من المشرع لحسن انتظام عمل التفليسة، ولضمان عدم التسابق بين الدائنين للتنفيذ على أموال المفلس، وهو أمر ولئن يسد الطريق أمامهم فى سلوك الدعاوى الفردية، إلا أنه لا يوقف تقادمها، فالأمر ببساطة هو أيلولة حق اتخاذ الإجراءات الانفرادية إلى أمين التفليسة، حيث تتركز فى يده جميع عمليات وإجراءات التفليسة تحقيقاً للغاية التي يتوخاها المشرع. وإذا كان الدائن قد بدأ فى هذه الإجراءات ثم لحقها حكم شهر الإفلاس قبل انتهاءها، تعين عدم الاستمرار فيها لتحقيق مبدأ المساواة بين الدائنين.

وسوف نتناول الدائنين الذين يشملهم هذا الحظر، ثم للدعاوى التى يشملها هذا الوقف، وذلك كما يلي:

١- الدائنون الخاضعون لقاعدة وقف الإجراءات الفردية:

بينت المادة (١٢٨) على النحو السابق، أن الدائنين الذين تسرى عليهم قاعدة وقف الإجراءات الفردية، هم الدائنون العاديون وأصحاب الامتيازات العامة، وهم أعضاء جماعة الدائنين، والذين رغب القانون فى حمايتهم ورعايتهم ومنع التسابق بينهم وقسمة أموال المدين بينهم قسمة غرماء.

أما الدائنون أصحاب التأمينات الخاصة، فلا خوف أو خشية من التسابق فيما بينهم، ومن ثم لا يسرى إجراء المنع على الدائنين أصحاب الرهون بالنسبة لحقوقهم المضمونة[1]، ويأخذ ذات الحكم، أصحاب حقوق الامتياز

---

(١) نقض مصرى بتاريخ ١٩٦٧/٣/٩، السنة ١٨، ص٦٠٧؛ الطعن رقم ٤٢٥ لسنة ٤٣ق، جلسة ١٩٧٧/٤/١٨، المكتب الفني، ٢٨، ص٩٧٤ . راجع أيضًا فى هذا الشأن د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٥٠؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٤٨.

الخاصة، وحقوق الاختصاص، وهو حكم مفهوم، إذ لديهم من الضمانات وتحت أيديهم من التأمينات ما يكفل لهم استيفاء حقوقهم. وقد أكدت هذه الأحكام كثيراً محكمة النقض المصرية، حيث سلمت بأن المنع لا يشمل إلا الدائنين العاديين وأصحاب حقوق الامتياز العامة دون غيرهم، حيث يجوز لمن عداهم رفع دعواهم ومباشرة إجراءات التنفيذ على الأموال المحملة بتأميناتهم، سواء أكان ذلك قبل صدور حكم شهر الإفلاس أم بعده[١].

٢- نطاق المنع بالنسبة للدعاوى والإجراءات الفردية:

هناك دعاوى وإجراءات يتناولها منع الدائنين من اتخاذها، وهناك ثمة إجراءات لا يشملها المنع، فيجوز للدائنين اتخاذها وهو ما نبينه.

[أ] الدعاوى والإجراءات التى يشملها المنع أو الوقف:

من المسلم به أن الدائنين لا يجوز لهم مباشرة الدعاوى المتعلقة بالمطالبة بثمة دين لهم. فلا يجوز لأحد الدائنين بعد صدور حكم شهر إفلاس المدين المفلس، للمطالبة بدين له، رفع دعوى أمام المحكمة[٢]. باعتبار أن الدين محل المطالبة لم يكن من ضمن الديون المؤيدة والمدرجة فى التفليسة، كما لا يصح توجيه المطالبة - إزاء هذا الفرض - لأمين التفليسة.وقد قضى بالتزام دائنى المفلس بالتقدم إلى التفليسة بديونهم، وأنه لا يجوز لهم اتخاذ أية إجراءات فردية للمطالبة بما لهم، مادامت التفليسة قائمة[٣].

---

(١) نقض بتاريخ ١٩٨٤/٥/١٤، المجموعة الرسمية، السنة ٣٥، ص١٢٨٨، نقض ١٩٩٢/٣/٣١، المجموعة الرسمية، السنة ٤٣، ص٥٣٧ وغيرها.

(٢) نقض مصرى بجلسة ١٩٩٨/٥/٢٦، المجموعة الرسمية، السنة ٤٩، ص٤٥٧.

(٣) نقض بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٨، الطعن رقم ٦٧٩ لسنة ٧٠ق، المستحدث أول أكتوبر ٢٠٠٤ حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٥، ص٢٧.

وإذا فرض جدلاً بأن أقام الدائن دعوى مطالبة بدينه ثم أفلس المدين قبيل صدور حكم فى هذا الشأن، فإنه يتعين عدم السير فى هذه الدعاوى، وما للدائنين إلا التقدم بدينه فى التفليسة مع جماعة الدائنين. كذلك لا يجوز للدائنين رفع دعوى للمطالبة بعدم نفاذ التصرفات التى وقعت من المدين خلال فترة التوقف عن الدفع، ويناط بها لأمين التفليسة[1] الذى يكون له وحده باعتباره ممثلاً لجماعة الدائنين.

مفاد ما تقدم أن الوقف أو المنع يمتد لكل دعوى قد يترتب على رفعها، أو يكون من شأنه، تحقيق ميزة لأحد الدائنين مما تخل بمبدأ المساواة بينهم، أو تلحق بجماعة الدائنين ضرراً ما.

[ب] الدعاوى والإجراءات التى لا يشملها المنع أو التوقف:

على نقيض ما تقدم، هناك دعاوى وإجراءات لا يمتد إليها المنع، ويجوز للدائنين اتخاذها والسير فيها، ومنها الدعاوى التى فى اتخاذها عدم الضرر بجماعة الدائنين، والإجراءات التى تهدف إلى المحافظة على أموال التفليسة كإجراءات تحفظية، والدعاوى المستمدة من نظام الإفلاس ذاته.

فأولاً: يجوز لأحد الدائنين رفع الدعاوى التى لا ضرر فيها على جماعة الدائنين، ومنها ورغم خلو قانون الإفلاس الجديد من نص مماثل للمادة (٢٢٠) من قانون التجارة لسنة ١٨٨٣. حيث كانت تجيز المادة المذكورة للدائن رفع دعوى غير مباشرة، مستعملاً دعاوى المدين، على أن يتحمل الدائن رافع الدعوى مصاريفها، وشريطة حضور أمين التفليسة، وهو ما كان يسمى قديماً، وكيل الدائنين. فإذا خسر الدائن الدعوى تحمل خسارتها، وإن صدر الحكم له،

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٤٦.

فإن مغانمها تعود على جماعة الدائنين[1].

وفى الحقيقة نرى أنه لا مانع من سلوك الدائن هذا الطريق، ولاسيما أنه لا يعود منه أى ضرر على جماعة الدائنين، ولا يقتص مالاً من التفليسة، بل على العكس إذا ربح الدعوى، فإن ما يعود منها يفيد الجميع. وأن عدم النص عليها، لا يقدح من اللجوء إليها وفقًا للقواعد العامة فى القانون المدنى.

ثانياً: ليس هناك ما يمنع من رجوع الدائن على شركاء المدين المفلس وكفلائه فى الدين. كما لو رفع الدائن دعوى على شريك المدين فى الدين والذى لم يشهر إفلاسه، أو كفيله. وهنا لا يوجد أى ضرر، فهم أشخاص ليس لجماعة الدائنين علاقة بهم. كما يجوز للدائن الطعن على حكم شهر الإفلاس وحكم تعيين تاريخ التوقف عن الدفع.

ثالثاً: يحق للدائنين اتخاذ أى إجراء قضائى للحفاظ على حقوق المفلس كإجراءات تحفظية مما يعود بالفائدة على الجميع. ومنها تحرير ورقة الاحتجاج حال الامتناع عن وفاء الدين الثابت فى الورقة التجارية ، وقطع التقادم إلى نحو ذلك.

ثانياً: سقوط آجال الديون:

من المعلوم أن عنصر الائتمان من أهم ما يقوم عليه القانون التجارى، فهو عماد التجارة[2] وأن قبول الدائنين منح مدينهم أجلاً للسداد، إنما يولونه ثقتهم مادام يتمتع بمركز مالى جيد. إلا أنه متى صدر حكم بشهر إفلاس

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٥٤؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٤٩-١٥٠.

(٢) د. خليل فيكتور: الأوراق التجارية وفقًا لقانون التجارة المصرى على ضوء أحكام القضاء المصرى والمقارن، دار النهضة العربية، ٢٠٢١، ص١.

المدين، فمؤدى ذلك انهيار المركز المالى للمدين، وسقوط الأساس الذى بناء عليه منحوه ائتمانهم.ولذا يكون من المنطقى إذا تم شهر إفلاس المدين، فتحل آجال استحقاق الديون، علاوة على أنه يترتب على شهر الإفلاس، تصفية أموال المفلس تصفية جماعية وقسمة صافى الأصول بين الدائنين قسمة غرماء، مما يلزم معه اشتراك أصحاب هذه الديون فى التفليسة، كى لا تضيع عليهم حقوقهم من جانب، ولا تتأخر التصفية ذاتها بانتظار حلول آجال ديونهم إذا ظلت هذه الديون لحين حلول مواعيدها من جانب آخر. وبذلك تتحقق المساواة بين الدائنين، سواء من حل أجل دينه منهم، أو من كان قد منحه ثقته، وبشهر إفلاسه انهارت هذه الثقة.

غنى عن البيان أن هذا الحكم يمتد لجميع الديون التى على المدين، أى سواء أكانت ديوناً مدنية أو تجارية، وسواء أكان الأجل اتفاقياً أم قضائياً أم قانونياً[1].وهذا كله ما قررته المادة (١٢٩) من القانون، إلا أنه من الملاحظ أن المادة المذكورة قد قصرت هذا السقوط على الديون النقدية التى على المفلس، دون ماله لدى الغير، وسواء أكانت عادية أم مضمونة بامتياز عام أو خاص. ويبدو حكم الفقرة الأخيرة منطقياً، فالسقوط يمتد للجميع من كان لهم ثمة حقوق لدى المفلس.

الموقف القانوني للحقوق التى للمدين قبل الغير:

قصر المشرع سقوط آجال الديون المؤجلة على ما على المفلس للغير، دون أن يشمل آجال الحقوق التى للمفلس نفسه لدى الغير، كما لو كان له دين مؤجل جراء توريد بضاعة لتاجر آخر، فلذا تظل آجال هذه الديون قائمة دون سقوط، إذ من غير الطبيعى أن يضار الغير من شهر إفلاس المدين، بحرمانه

---

(١) راجع: د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٥٣.

من الأجل المقرر له.

بيد أنه يجوز وكى يتمكن أمين التفليسة من سرعة إنهاء أعمال التفليسة بأسرع وقت وتوزيع فائض التصفية على الدائنين، أن يسعى للتفاوض مع مدينى المفلس للتنازل عن الأجل لقاء خصم جزء من الدين مقابل الوفاء الحال، حتى يتمكن أمين التفليسة من إدخال هذه الأموال فى التفليسة.

أثر سقوط آجال الديون على شركاء المفلس وكفلائه:

من المقرر أن سقوط آجال الديون بالنسبة للمدين لا يؤثر على بقاء الأجل قائماً تجاه شركاء المدين أو كفلاءه. فإذا تعدد المدينون المتضامنون وكان من بينهم المدين الذى أشهر إفلاسه. فإن هذا الإجراء الأخير حياله، لا يعدو إلا فقدان للثقة فيه وحده دون غيره من المتضامنين معه من شركائه، ومن ثم يظل الأجل قائماً تجاههم، فلا يلزمهم الوفاء إلا عند حلول آجل استحقاق الدين مادام لم تطله يد الإفلاس. وإزاء هذه الحالة يتعين على الدائن التقدم بما له من ديون فى تفليسة المدين المفلس([1]).

كما يكون للدائن الرجوع على المتضامنين الآخرين لاقتضاء الدين عند حلول أجله، وبعد ذلك يبدأ الموفى فى مباشرة الرجوع بما وفاه زيادة عما يخصه على بقية المتضامنين. كل منهم بقدر نصيبه فى الدين. ولا يوجد ما يمنع حسب رأينا من اعتباره دائناً للمفلس، ويجوز له الرجوع عليه بقدر ما وفى عنه. وذات الأمر يسرى على الكفيل، غير أن التساؤل الذى يثور إذا لم يتقدم الدائن فى تفليسة المدين لإدراج دينه وفضل الرجوع على الكفيل فى

([1]) الطعن رقم ١٢٩٠٤ لسنة ٨٢ ق، جلسة ٢٠١٦/٥/٢٦.

موعد استحقاق الدين؟ يرى الرأى الغالب فى الفقه[1]- وبحق - أنه من الطبيعى أن يتقدم الدائن بدينه فى تفليسة المدين إذا حل أجل الدين بعد شهر إفلاس المفلس المكفول. فإذا لم يتقدم، فإنه يعد حاملاً مهملاً، إذ يفضى عدم التقدم بدينه إلى إلحاق الضرر بالكفيل، بتفويته الفرصة للحصول على قدر من الدين من التفليسة، ولذا تبرأ ذمة الكفيل بقدر هذا الجزء الذى كان من الممكن أن يستوفيه من التفليسة[2].

وما تقدم كله هو ما أرسته المادة (١٣٣) من القانون[3]، إلا أن الوضع يختلف حال الدين الثابت فى ورقة تجارية، فيما إذا أفلس المدين الأصلى فى الورقة التجارية، كالساحب الذى لم يقدم مقابل الوفاء أو المسحوب عليه قابل الورقة أو المحرر فى السند الإذنى، فهنا يفضى إفلاس المدين الأصلى بالورقة التجارية إلى التزام باقى الموقعين، وجاز للمستفيد من الورقة الرجوع على الضامنين الآخرين، مما يعنى حرمانهم من الأجل الذى كان مقرراً، وهو كله تطبيقاً للمادة (٢/٤٣٨/ب، جـ) من قانون التجارة.

وعلى فرض أن تم شهر إفلاس جميع الموقعين المتضامنين فى الورقة التجارية، فيحق للدائن التقدم بحقه فى كل تفليسة من تفليسات هؤلاء

---

(١) د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٦٣؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٥٣.

(٢) وهو حل أرساه القضاء أيضًا انظر: نقض مصرى بتاريخ ١٩٧٧/١/١١، المجموعة الرسمية، السنة الثامنة والعشرون، ص١٩٤ وما بعدها. كما انظر الطعن رقم ١٨١٦ لسنة٧٨ق، جلسة ٢٠١٥/٤/٢٣.

(٣) بنصها «إذا وجد جملة ملتزمين بدين واحد وشهر إفلاس أحدهم، فلا يترتب على هذا الإفلاس أثر بالنسبة إلى الملتزمين الآخرين مالم ينص القانون على غير ذلك».

المتضامنين، شريطة إلا يحصل على أكثر من حقه. فإذا حدث ذلك، فإنه يتم تقسيم الدين بين التفليسات، أو يكون للتفليسة التى دفعت الزيادة الرجوع على غيرها[1].

الديون المعلقة على شرط:

لم يمنع المشرع أصحاب الديون المعلقة على شرط واقف أو فاسخ من الاشتراك فى تفليسة المدين بمقتضى المادة (١٣٢) من قانون الإفلاس.

فأولاً أجاز ذلك للدائن بدين معلق على شرط واقف، وهو دين لم ينشأ بعد وإن كان جائز الوجود متى تحقق الشرط، وقد يتحقق فى أى وقت خلال مدة التفليسة، فلذا كان من الطبيعى أن يؤخذ دينه فى الاعتبار. فقرر المشرع تجنيب نصيب الدائن به أثناء التوزيع، فإذا تحقق الشرط حصل على ما هو مجنب له. وإذا لم يتحقق الشرط، يتم توزيع هذا القدر على جماعة الدائنين، وكأن لم يجنب له قدر من الدين.أما الشرط الفاسخ، فهو يرتبط بدين موجود بالفعل، ولكنه قابل للزوال فى أى وقت إذا تحقق هذا الشرط، وهنا قررت المادة (١٣٢) وجوب تقديم كفيل يتعهد بالرد حال ما إذا تحقق الشرط، أى بما معناه أنه يحصل على دينه من التفليسة شأنه كأصحاب الديون الحالة[2]، مع مراعاة أنه على فرض تحقق الشرط الفاسخ، فيضمن الرد عن طريق تعهد الكفيل عنه بالرد، ويوزع ما تم رده على جماعة الدائنين.

أثر سقوط أجل الدين على قدر العائدة المستحق:

قررت المادة (١٣١) من القانون، أن لقاضى التفليسة أن يستنزل من

---

(١) راجع د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٦٤.

(٢) انظر د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٢٢٩-٢٣٠؛ د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص٣٦٧.

الدين الأجل الذى لم يشترط فيه عائد مبلغاً يعادل العائد المستحق عن المدة من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس إلى تاريخ استحقاق الدين.

مؤدى هذا النص، أنه ولما كان سقوط الأجل فيه ثمة فائدة للدائن عن طريق حلول آجال ديونه المؤجلة، فإنه يلزم التفرقة بين ما إذا كان الدين مؤجلاً، وكان العائد مشترطاً مع الدين، فإن دخول الدائن التفليسة لا يحرمه من العائد الذى استحق فعلاً قبل صدور حكم شهر الإفلاس.

أما إذا لم يذكر مقدار العائد مع الدين المؤجل، وبما أنه من الصعوبة تصور وجود الدين بدون عائد، فيفترض أن العائد قد ضم إلى أصل الدين. وهنا يكون لقاضى التفليسة أن يستنزل مبلغاً يعادل العائد المستحق عن الفترة ما بين تاريخ الحكم بشهر الإفلاس حتى تاريخ استحقاق الدين، وذلك من الدين نفسه.

ثالثاً: وقف سريان العوائد[1]:

من الثابت أن صدور حكم شهر إفلاس المدين، وما يتبعه من إجراءات، إنما يهدف إلى حصر ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزاماته، بغية استيفاء كل ذى حق حقه، وإرساء مبدأ المساواة بين الدائنين، وهو ما يلزم تثبيت أو تجميد وضع الديون وقت صدور حكم شهر الإفلاس. أما القول بغير ذلك، فيترتب عليه التمييز بين الدائنين الذى تقررت لهم عوائد على ديونهم، فيكون من مصلحتهم إطالة أمد التفليسة كى يسرى العائد لأطول فترة ممكنة، وبين الدائنين الذين لم يشترطوا أى عوائد على ديونهم، وهو ما يخل بمبدأ المساواة بينهم. لذا كله قررت المادة (١٣٠) من قانون الإفلاس، بأن الحكم

---

(١) راجع د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص٤١١. وانظر الطعن رقم ١٢٩٠٤ لسنة ٨٢ق، جلسة ٢٠١٦/٥/٢٦،كما راجع الطعن رقم١٤٥٩ لسنة٨٣ق،جلسة٢٠١٥/٤/٢٣،المكتب الفني، ٦٦،ص٦٠٩.

بشهر الإفلاس يوقف سريان عوائد الديون العادية بالنسبة إلى جماعة الدائنين فقط. وبالتالى يجوز للدائن أن يتقدم فقط بأصل الدين، علاوة على العوائد المستحقة له حتى تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس.

أما العوائد التى تستحق بعد تاريخ صدور الحكم المذكور، فلا يكون للدائن أن يطالب بها التفليسة لوقف سريانها منذ هذا التاريخ. وهذا ليس من مؤداه أن يفقدها الدائن، وإنما يحق له المطالبة بها بعد انتهاء التفليسة متى أمكنه الرجوع بها على المدين([1])، ولا يحق للمفلس أن يدفع هذه المطالبة بوقف سريان العوائد، إذ أن التمسك بهذا يكون لجماعة الدائنين وليس له. وعليه يجوز الرجوع عليه بها[2].على جانب آخر يظل جائزاً الرجوع بالعوائد على المتضامن مع المدين أو كفيله فى الديون محل المطالبة.

أما الدائنين أصحاب الحقوق المضمونة برهن أو امتياز وغيرها، فتستمر العوائد سارية حتى بعد صدور حكم شهر الإفلاس، وبالتالى يكون لهم التمسك بالعوائد التى لهم تجاه جماعة الدائنين. وأياً كان نوع العوائد، قانونية أو اتفاقية. إلا أنه لا يجوز لهم التنفيذ بهذه العوائد المستحقة بعد شهر الإفلاس إلا على الأموال التى ينصب عليها الرهن أو الامتياز أو بطبيعة الحال الاختصاص. بعبارة أخرى يجوز استيفاء العوائد المستحقة لاحقاً لحكم شهر الإفلاس من ثمن الأموال المثقلة بالضمان أو التأمين دون غيره، وهو ما

([1]) الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٨٣ ق، سالف الذكر.

(٢) نقض مصرى بتاريخ ٢٠١٥/٤/٢٣، الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٨٣.المكتب الفني السنة ٦٦، قاعدة٩٤، ص٦٠٩.

قررته محكمة النقض المصرية فى أحد أحكامها[1]، ويفهم من نص المادة (١٣٠) من قانون الإفلاس. على أن المادة المذكورة قد أضافت فقرة تواجه الحالة التى لم تكف فيها الأموال المحملة بالتأمين، لسداد أصل الديون وعوائده، سواء قبل شهر الإفلاس أو بعده[2]. فنصت على أنه يستنزل أصل الدين أولاً، فتكون له الأولوية، ثم العوائد المستحقة قبل صدور الحكم، وأخيراً العوائد المستحقة بعد صدور الحكم.

حكم خاص بأصحاب الامتيازات العامة من العاملين لدى المدين:

إذا كنا قد قررنا سلفاً، أنه تسرى ذات القواعد والأحكام التى تتعلق بالدائنين العاديين، على الدائنين أصحاب الامتيازات العامة، باعتبار أن حقوق امتيازهم لا تباشر على مال معين، كأصحاب الامتياز الخاصة، وإنما ترد على أموال المدين بصفة عامة. إلا أن المادة (١٣٨) من قانون الإفلاس، قد قررت أن على أمين التفليسة وبعد استئذان قاضى التفليسة، أن يدفع خلال الأيام العشرة التالية لصدور الحكم بشهر الإفلاس مما يكون تحت يده من نقود التفليسة، وبالرغم من وجود أى دين آخر، الأجور والمرتبات والمبالغ المستحقة قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس عن مدة ثلاثين يوماً للعاملين لدى المفلس، وذلك إمعاناً من المشرع فى حماية حقوق العاملين والأجراء لدى المفلس. فأعطاهم المشرع أولوية فى استيفاء ما لهم عن مدة ٣٠ يوماً السابقة على صدور الحكم. ومن ثم لا يمتد هذا الامتياز الاستثنائى لكل المبالغ

---

(١) نقض ١٩٨٠/٤/١٠، الطعنان رقما ٥١٠/٤٥٩ لسنة ٤٩ ق،المجموعة الرسمية، السنة ٣١، ص١٠٥٦. الطعن رقم ١٢٩٠٤ لسنة٨٢ ق، جلسة ٢٠١٦/٥/٢٦ راجع أيضًا د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، هامش ص٣٦٨.

(٢) انظر فى هذا الشأن د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٢٣١؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٥٦-١٥٧؛ راجع أيضًا د. محمد محمود : مرجع سابق، ص٥٣.

المستحقة لهم وإنما يقتصر فحسب على هذه المدة. إلا أن ذلك لا يعنى سقوط حقوقهم عن المدد الزائدة، وإنما يكون لهم المطالبة بها وفقاً للامتياز المقرر طبقاً للقواعد العامة[1]. وعلى فرض أنه لا يوجد لدى أمين التفليسة النقود اللازمة للوفاء بهذه الديون، وجب الوفاء من أول نقود تدخل التفليسة ولو وجدت ديون أخرى تسبقها فى مرتبة الامتياز.

ويلاحظ من الفقرة الأخيرة، أن المشرع قد تمادى فى حماية هذه الفئة مراعاة لظروف معيشتهم، ومنحهم الأفضلية فى الاستيفاء من أول نقود تدرج فى التفليسة، حتى لو كانت هناك ديوناً أخرى أسبق فى مرتبة الامتياز.

حدود امتياز المبالغ المقررة للحكومة:

على جانب آخر، وخروجاً على القواعد العامة فى نطاق حقوق الامتياز والمقررة وفقاً لأحكام القانون المدنى، للمبالغ المستحقة للخزانة العامة للدولة من ضرائب ورسوم وغيره، والتى تأتى بعد امتياز المصروفات القضائية[2]، قرر المشرع[3] أن لا يشمل الامتياز المقرر للحكومة بسبب الضرائب التى لها وعلى اختلاف أنواعها، إلا دين الضريبة المستحقة على المفلس عن فقط السنتين السابقتين على صدور الحكم بشهر الإفلاس. وهو ما مؤداه أنه تم تعطيل حقوق الامتياز المتعلقة بكافة الضرائب التى للدولة تجاه المدين المفلس إلا عن السنتين السابقتين على الحكم. وهو حكم يحسب للمشرع المصرى والذى راعى البعد الإنسانى للدائنين، وهم أيضًا أصحاب حقوق لدى المفلس،

---

(١) وهو ما تنص عليه (١٣٨) فى فقرتها الأخيرة بقولها «ويكون للمبالغ المستحقة للطوائف المذكورة والزائدة على ما تقدم مرتبة الامتياز المقررة قانوناً».

(٢) المادة (١١٣٨) مدنى وما بعدها.

(٣) المادة (١٤٠) من القانون.

فخشى أن تستغرق الديون الضريبية للدولة كل ما يرد للتفليسة من مال، وحينئذ لا يتبقى للدائنين العاديين شئ يستوفوه.

بيد أن المشرع - فى ذات الوقت - لم يضع على الدولة الضرائب الأخرى وعن المدد غير ما تقدم، بل تدخل بها فى التوزيعات بوصفها ديوناً عادية. ولذا يكون قد حقق التوازن بين مصلحة الدولة ومصلحة الدائنين.

الفرع الثانى
أثر حكم شهر الإفلاس على الدائنين الممتازين امتيازاً خاصاً وأصحاب الرهون

وهم أصحاب حقوق الامتياز([1])والرهون، وسواء أكانت واردة على عقار أم منقول، وهو ما تتعرض له.

١- أثر الحكم على أصحاب حقوق الامتياز والرهون التى تقع على منقول:

من الثابت وفقًا للمادة (١٣٦) من القانون، أن لا تدرج أسماء دائنى المفلس الحائزين بوجه قانونى على رهن أو امتياز خاص على منقول أو عقار فى جماعة الدائنين إلا على سبيل التذكرة. وهو حكم منطقى فلا معنى من إدراج أسمائهم فى هذه الجماعة ما دام لهم ضمانات خاصة بهم، يضمنون بها استيفاء حقوقهم دون مزاحمة أو اقتسام قسمة غرماء مع الدائنين العاديين.

ولذا يكون لهذه الفئة امتياز خاص، وهو ما قررته المادة (١٣٩) وبعد أن قررت أنه يكون للمؤجر حال إنهاء إيجار العقار الذى يباشر فيه المفلس التجارة، امتيازاً لضمان الأجرة المستحقة له عن السنة السابقة على صدور

([1]) وقد قضى بأن أتعاب المحامين وما يلحق بها من مصروفات تعد من الحقوق الممتازة المقررة بنص خاص، وهو لا يرد على جميع أموال المدين بل أن محل الإمتياز محدد بأموال معينة. الطعن رقم ٤٦٧١ لسنة ٨٠ق، جلسة ٢٠٢٢/٢/٢٢.

حكم شهر الإفلاس وعن السنة الجارية.

وإذا تم بيع المنقولات الموجودة فى العين المؤجرة أو تم نقلها، ظل المؤجر محتفظاً بحقه فى الامتياز عليها[1].

وفقًا للمادة (١٤١) من قانون الإفلاس، يجوز لقاضى التفليسة بناءً على اقتراح أمينها، أن يأمر عند الاقتضاء باستخدام أول نقود تدخل التفليسة فى الوفاء بحقوق الدائنين الذين لهم امتياز على منقولات المفلس، شريطة أن تكون أسماؤهم قد وردت بالقائمة النهائية للديون غير المتنازع فيها المشار إليها فى الفقرة الأولى من المادة (١٧١) من هذا القانون. وإذا تمت ثمة منازعة فى الامتياز، فلا يجوز الوفاء إلا بعد الفصل فيها بحكم نهائى.كذلك ومراعاة من المشرع لمصلحة جماعة الدائنين، قرر[2] لأمين التفليسة فى أى وقت، الحق فى دفع قيمة الدين المضمون برهن إلى الدائن واسترداد الأشياء المرهونة لصالح التفليسة، بعد الحصول على إذن من قاضى التفليسة.

ولا شك أن الأمر يؤول لأمين التفليسة، وتقديره فيما إذا كانت قيمة الأشياء المرهونة تزيد قيمتها على مبلغ الدين، فيكون هناك ثمة جدوى من دفع الدين واسترداد الشئ محل الرهن.

٢- أثر الحكم على أصحاب حقوق الامتياز والرهون التى تقع على عقار:

من المستقر عليه أنه لا أثر لحكم شهر الإفلاس على أصحاب هذه

---

(١) المادة (١٣٩) من القانون. ويمكن أن يضاف إلى ذلك، وطبقاً للقواعد العامة، امتياز المبالغ التى أنفقت فى سبيل حفظ المنقول وترميمه (م ١١٤٠) مدنى مصرى. وامتياز بائع المنقول على الشئ المبيع ضماناً لما قد يستحق له من الثمن وملحقاته (م ١١٤٥ مدنى).

(٢) المادة (١٣٧) من القانون.

الحقوق التى تنصب على عقار، إذا نشأت صحيحة، وبالتالى لا يسرى على أصحابها ما يسرى على الدائنين العاديين من أحكام، ولاسيما قسمة الغرماء.

وقد أورد المشرع نص المادة (٢٣٨) فى فصل التوزيعات، ما من شأنه المحافظة على حقوقهم، بأنه إذا حصل توزيع ثمن العقارات أو المنقولات، كان للدائنين المرتهنين أو الممتازين أو الحاصلين على اختصاص الذين لم يستوفوا حقوقهم كلها أو بعضها من ثمن العقارات والمنقولات المحملة بالتأمين، بأن يشتركوا فى قسمة الغرماء بالباقى لهم مع الدائنين العاديين فى توزيع الأموال التى يتعلق بها حق جماعة الدائنين، بشرط أن تكون ديونهم قد حققت طبقاً لأحكام هذا القانون.وإذا تبين عند التسوية النهائية أن ما حصل عليه أحدهم يزيد على مقدار دينه، وجب استنزال الجزء الزائد ورده إلى جماعة الدائنين.

الفرع الثالث

آثار حكم شهر الإفلاس على أصحاب الحقوق الأخرى

ويقصد بهم مجموعة من الدائنين لا تشملهم جماعة الدائنين، وهم لهم حقوق ليست مضمونة بامتياز خاص أو رهن، ومع ذلك تكون لهم الأولوية فى الحصول على حقوقهم ومواجهة جماعة الدائنين بها. ومنهم من يكون طرفاً فى عقد من العقود الملزمة للجانبين، كعقد إيجار العقار، وعقود العمل وغيرها.

أولاً: أثر الإفلاس على العقود الملزمة لجانبين الصحيحة والمبرمة قبل صدور حكم شهر الإفلاس:

تنص المادة (١٤٢) من قانون الإفلاس، على أنه لا يترتب على صدور الحكم بشهر الإفلاس، فسخ العقود الصحيحة الملزمة للجانبين التى يكون المفلس طرفاً فيها، إلا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية.

وبادئ ذى بدء، يعد الفسخ جزاءً لإخلال أحد المتعاقدين بتنفيذ تعهداته الناجمة عن العقد. والأصل أن شهر إفلاس المدين لا يعد مبرراً لفسخ العقود

المبرمة بينه وبين الغير، فالمدين المفلس ولئن غَلت يده عن إدارة أمواله والتصرف فيها، إلا أن أمين التفليسة يحل محل فى تنفيذها، ومن ثم لا يوجد ثمة مبرر لإنهائها. بيد أنه قد يتراءى للطرف الآخر فى العقد غير ذلك، فقد يتمسك بعدم التنفيذ جراء عدم تنفيذ المدين أو أمين التفليسة لما تعهدا به، كما يكون له طلب فسخ العقد إذا قدر عجز المدين عن تنفيذ التزاماته[1] ،أو كان العقد مبنياً على اعتبارات شخصية، وهو نوع من العقود تبنى على الثقة والمعرفة الشخصية بين المتعاقدين، والتى قد تنهار بصدور حكم شهر الإفلاس، ومن ثم ينقضى العقد بالأخير، باعتباره من أهم الأسباب المفضية لسقوط الثقة.ويتقرر هذا الفسخ بحكم القانون إعمالاً لنص المادة (١٤٢) آنفة الذكر، ويحق لأى من الطرفين أن يتمسك به، ويكون لكل ذى مصلحة ذات الحق.ومن أهم العقود التى تبنى على الاعتبارات الشخصية، عقود التمثيل التجاري، والوكالات التجارية، وعقود شركات الأشخاص، كالتضامن أو التوصية البسيطة، والعقود البنكية، كالقروض وعمليات الائتمان، وعمليات خطابات الضمان والاعتمادات المستندية وغيرها. وقد منحت الفقرة الثانية من المادة (١٤٢) للطرف الآخر فى العقد الملزم للجانبين، أن يعين لأمين التفليسة مهلة مناسبة لإيضاح موقفه من العقد. فإذا تقرر الفسخ، يكون للمتعاقد الاشتراك فى التفليسة كدائن عادى بالتعويض المترتب على الفسخ إلا إذا نص على احتفاظ التعويض بالامتياز المقرر له قانوناً[2].

---

(١) وهو ما قررته المادة (٢/١٤٢) بقولها «وإذا لم ينفذ أمين التفليسة العقد أو لم يستمر فى تنفيذه، جاز للطرف الآخر أن يطلب الفسخ وكل قرار يتخذه أمين التفليسة بشأن العقد، يجب أن يعرض على قاضى التفليسة ليأذن به».

(٢) المادة (٣/١٤٢) من القانون.

تطبيقات عملية على العقود الملزمة للجانبين وأثر شهر الإفلاس عليها:

١- عقد إيجار العقار الذى يمارس فيه النشاط:

توافقاً مع ما سبق وبيان أثر شهر الإفلاس على العقود الملزمة للجانبين، فإنه إذا كان المفلس المدين مستأجراً للعقار الذى يمارس فيه التجارة، فلا يترتب على صدور الحكم بشهر إفلاسه، إنهاء عقد الايجار أو حلول الأجرة عن المدة المتبقية لانقضائه. وبالتالى ليس ثمة ما يحول من استمرار العقد مادام يستمر أمين التفليسة فى سداد الأجرة المستحقة للمؤجر([1]). وكل شرط على خلاف يعتبر كأن لم يكن. وبذلك كفل المشرع ضمان استمرار تجارة المدين، كى يتمكن من إنهاء الأعمال الجارية عن طريق أمين التفليسة، وإدخال المزيد من الموارد المالية لجماعة الدائنين. أما إذا كان المؤجر قد بدأ فى التنفيذ على المنقولات الموجودة فى العقار الذى يمارس فيه التجارة المدين، ولم يكن التنفيذ قد تم عند صدور الحكم بشهر الإفلاس، فهنا أوجب وقف التنفيذ لمدة تسعين يوماً من تاريخ هذا الحكم مع عدم الإخلال بحق المؤجر فى اتخاذ الإجراءات التحفظية وفى طلب إخلاء العقار.

وإذا قرر أمين التفليسة الاستمرار فى الإجارة، تعين أن يدفع الأجرة المتأخرة إذا وجدت فعلاً، وأن يقدم ضماناً كافياً للوفاء بالأجرة المستقبلية. ويجوز للمؤجر أن يطلب من قاضى التفليسة، إنهاء الإجارة إذا كان الضمان غير كاف، وذلك خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ إخطاره برغبة أمين

([1]) الطعون أرقام ٩٥٦، ١١٥٣، ١٤٥١ لسنة ٥٩ق،جلسة ١٩٩٤/٥/٢٦، المكتب الفني، الجزء ١،السنة ٤٥، ص٨٧٦.

التفليسة فى الاستمرار فى الإجارة[1] .وأخيراً قررت الفقرة الأخيرة من المادة (١٤٣) أنه لأمين التفليسة بعد الحصول على إذن من قاضى التفليسة وبعد موافقة المؤجر، تأجير العقار من الباطن أو التنازل عن الإيجار وفقًا للأحكام المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر.

٢- مدى أثر شهر إفلاس المدين على عقود العاملين لديه:

تعرضت المادة (١٤٤) من قانون الإفلاس لهذا الفرض، ولكنها قد فرقت بين ثمة حالتين هما:

(أ) إذا كان عقد العمل غير محدد المدة، وإفلس رب العمل، جاز للعامل نفسه ولأمين التفليسة، إنهاء العقد مع مراعاة الأحكام المنصوص عليها فى قوانين العمل. ولا يجوز للعامل إزاء هذه الحالة مطالبة التفليسة بالتعويض إلا إذا كان الإنهاء تعسفياً أو تم بدون مراعاة مواعيد الإخطار اللازمة.

وهو ما مؤداه أنه لا يجوز للعامل المطالبة بأى تعويض إذا كان طلب إنهاء عقد العمل قد تم من جانبه، ولا يتقرر له الحق فى التعويض حتى لو تم الإنهاء من أمين التفليسة، إلا فى حالتين هما: إذا كان الإنهاء ينطوى على نوع من التعسف، كما لو كانت تجارة المدين مستمرة، أو إذا لم يتم إخطاره بالإنهاء وفقاً لقوانين العمل[2].

(ب) أما إذا كان عقد العمل محدد المدة، فلا يجوز إنهاؤه إلا إذا تقرر

---

(١) انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٧٦؛ د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٢٣٦.

(٢) وهى طبقاً للمادة (١١١) من قانون العمل رقم ١٢ لسنة ٢٠٠٣، شهرين إذا لم تزد مدة الخدمة المتصلة للعامل عن عشر سنوات، وثلاثة أشهر إذا زادت المدة، عن عشر سنوات كخدمة للعامل طرف رب العمل.

عدم الاستمرار فى التجارة. وهو حكم طبيعى، وهنا يجوز للعامل مطالبة التفليسة بتعويض يتقرر ويكون له الامتياز المقرر قانوناً.

وقد خلت المادة المذكورة مما قد يعين على كيفية تحديد التعويض، ولذا يترك الأمر لقاضى الموضوع على هدى كل نزاع وظروفه وملابساته، كما لو قرر له تعويضاً يعادل أجر مدة معينة.

ثانياً: أثر حكم شهر الإفلاس على حق الاسترداد:

تعرض المشرع لما يعرف بحق استرداد الأشياء التى بالتفليسة من قبل الغير، وذلك أن التفليسة قد يدرج بها أو يجد أمين التفليسة أن هناك أموالاً مملوكة للغير تحت يد المدين المفلس على سبيل الإعارة أو الإيجار أو الإيداع أو الرهن إلى نحو ذلك. وقد تكلفت المادة ١٤٥ وما بعدها لتفصيل هذا الحق.

١- حق مالك الأشياء فى الاسترداد:

لكل شخص أن يسترد من التفليسة الأشياء التى تثبت له ملكيتها أو حق استردادها وقت شهر الإفلاس[١]. وبطبيعة الحال يقع على طالب استرداد الشئ، عبء إثبات ملكيته لهذه الأموال، ويكون له ذلك بكافة طرق الإثبات.

والعبرة بثبوت الملكية من عدمها إنما بيوم صدور حكم شهر الإفلاس. فإذا كان مالكاً للشئ محل الاسترداد يوم شهر إفلاس المدين حائزه، فيكون له استرداده حتى ولو انقضت عنه لاحقاً[٢]. أما إذا لم يكن طالب الاسترداد مالكاً بأن زالت عنه فى ذلك التوقيت، فلم يعد له الحق فى الاسترداد، ولكن لا يقدح فى ذلك إذا كان صاحب حق شخصى، من الاشتراك فى التفليسة كدائن عادى.

---

(١) المادة (١٤٥) من القانون.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٨٠.

غنى عن البيان أن سريان ما سبق، إنما ينهض على فرض وجود الأموال المطلوب استردادها بعينها فى التفليسة.

ويكون لأمين التفليسة بعد أخذ رأى المراقب والحصول على إذن من قاضى التفليسة رد الشئ إلى مالكه أو صاحب الحق فى استرداده. وإذا رفض طلب الاسترداد، جاز لطالبه عرض النزاع على المحكمة. ويقصد هنا بها المحكمة التى أصدرت حكم شهر الإفلاس ذاته.

ويجوز استرداد الأشياء الموجودة فى حيازة المفلس على سبيل الوديعة أو كانت تحت يده من أجل بيعها لحساب مالكها أو لأجل تسليمها إليه، شريطة أن توجد فى التفليسة عيناً. كما لو كانت مودعة لدى المفلس، فتعد يده عليها هى ذاتها يد المودع لديه، فعليه ردها حال طلب المودع استردادها، أو كانت لديه كى يقوم ببيعها لحساب المالك، كما لو كان المدين المفلس وكيلاً تجارياً أو وكيلاً بالعمولة، وقد أودعت لديه هذه البضائع لكى يتولى بيعها لحساب الموكل.كما يجوز استرداد ثمن هذه البضائع إذا لم يكن قد تم الوفاء به نقداً أو بموجب ورقة تجارية أو بطريقة قيده فى حساب جار بين المفلس والمشترى[1].على جانب آخر، يتعين على المسترد أن يدفع لأمين التفليسة الحقوق المستحقة للمفلس، كمصاريف البيع أو مقابل إيداع هذه البضائع فى مستودع عام لحفظها لحين بيعها. وعلى فرض أن كان المدين المفلس قد أودع البضائع لدى الغير، جاز استردادها منه. أما إذا كان المفلس قد اقترض برهن البضائع التى تحت يده، وكان الدائن المرتهن لا يعلم وقت إنشاء الرهن بعدم ملكية المفلس لها، فلا يحق له استردادها إلا بعد وفاء الدين المضمون بالرهن.

---

(١) لأنه فى هذه الحالة ستكون الأموال قد اختلطت بأموال المفلس بل قد يستحيل استردادها.

٢- حق استرداد الأوراق التجارية:

أجاز المشرع استرداد الأوراق التجارية وغيرها من الأوراق ذات القيمة المسلمة إلى المفلس لتحصيلها أو لتخصيصها لوفاء معين. وهو ما مفاده أن تكون الأوراق التجارية، كالكمبيالات والشيكات والسندات الإذنية، وغيرها من الأوراق ذات القيمة، كالأسهم والسندات، وسندات الشحن وغيرها، قد آلت إلى المفلس إما على سبيل التوكيل للتحصيل، كما لو تم تظهير الورقة التجارية للمفلس على سبيل التوكيل للقبض، فيقال القيمة للتحصيل أو القبض. وهنا يجوز للغير استرداد هذه الأوراق[١].

بيد أنه يشترط لجواز هذا الاسترداد، أن تكون الأوراق المشار إليها موجودة عيناً فى التفليسة، ولم تكن قيمتها قد دُفعت، وهو يقع إثباته على طالب الاسترداد. على جانب آخر، لا يجوز استرداد أوراق النقد المودعة لدى المفلس، إلا إذا أثبت طالب الاسترداد ذاتيتها.

يفهم من ذلك أنه يتعين التفرقة بين ما إذا كانت هذه الأوراق موجودة أم صرفت قيمتها. فإذا كانت مازالت موجودة، حق استردادها. أما إذا كان المدين المفلس قد قام بتحصيل قيمتها قبل صدور حكم شهر إفلاسه[٢]، فلا يكون أمام مالك هذه الأوراق إلا الاشتراك فى التفليسة شأنه كالدائنين العاديين. مالم يستطع إثبات وجودها لدى المفلس بذاتيتها، كما لو نجح فى إقناع القاضى بأنها

---

(١) أما إذا كان الهدف منها، هو تسليم الورقة إلى المفلس على سبيل نقل الملكية، والحق الثابت فيها إلى المفلس، فإن هذه الأموال وهذا الحق يمتزج مع أموال المفلس الأخرى.

(٢) وبطبيعة الحال لم نقل بعد صدور الحكم، إذ بصدور الأخير تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها.

- أى الأموال - سلمت فى مظروف مغلق أو فى حرز مختوم[1]، ومازال كما هو لدى المفلس ووضع فى خزائنه لحساب صاحبه.

٣- حق استرداد البضاعة:

قرر المشرع أنه حال فسخ عقد البيع بحكم أو بمقتضى شرط فى العقد قبل صدور الحكم بشهر إفلاس المشترى، جاز للبائع استرداد البضائع كلها أو بعضها فى التفليسة بشرط أن توجد عيناً. وبذلك حافظ المشرع على حقوق البائع، وهو فرض يقوم على أن المشترى لم يؤد ثمن هذه البضاعة. كما يجوز الاسترداد ولو وقع الفسخ بعد صدور حكم شهر الإفلاس، شريطة أن تكون دعوى الاسترداد أو دعوى الفسخ قد رفعت قبل صدور هذا الحكم[2].

حق الاسترداد حال إفلاس المشترى قبل وفاء الثمن وقبل دخول البضاعة مخازنه:

إذا حدث وأفلس المشترى قبل دفع الثمن ومازالت البضاعة فى حوزة البائع، جاز لهذا الأخير حبسها عن المشترى[3]. كذلك إذا أفلس المشترى بعد إرسال البضائع إليه كما لو كانت فى الطريق، وقبل دخولها مخازنه أو مخازن وكيله المكلف ببيعها، جاز للبائع استرداد حيازتها. مادام لم تصل للمشترى أو لم تدخل مخازنه.

بيد أنه لا يجوز الاسترداد إذا فقدت البضائع ذاتيتها، أو تصرف فيها المفلس قبل وصولها، كما لو باعها للغير وهى فى الطريق، شريطة ألا يكون ذلك بغير تدليس، وبمقتضى وثائق الملكية أو النقل.وفى جميع الأحوال يجوز

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص١٨٤.

(٢) المادة (٢/١٤٨) من قانون الإفلاس.

(٣) المادة (٢/١٤٩) من قانون الإفلاس.

لأمين التفليسة بعد استئذان قاضى التفليسة، أن يطلب تسليم البضائع، بشرط أن يدفع للبائع الثمن المتفق عليه. وذلك - بطبيعة الحال - متى تراءي لأمين التفليسة احتمال بيعها بثمن عال مما يعود على التفليسة بنفع أكبر. أما إذا لم يطلب أمين التفليسة ذلك، جاز للبائع أن يتمسك بحقه فى الفسخ وطلب التعويض والاشتراك به فى التفليسة.

حق الاسترداد حال إفلاس المشترى قبل دفع الثمن وبعد دخول البضاعة مخازنه:

يقوم هذا الفرض على أن إفلاس المشترى قد تم قبل وفاء الثمن كالحالة السابقة، ولكن بعد دخول البضاعة مخازنه أو مخازن وكيلة المكلف ببيعها، فلا يجوز للبائع أن يطلب فسخ البيع أو استرداد البضائع. كما يسقط حقه فى الامتياز[1]. وليس أمامه سوى الدخول فى تفليسة المشترى شأنه كدائن عادى.

وكما نرى فإن هذا النص لا يسرى على بيع المحل التجارى، باعتبار أن النص يتكلم صراحة عن بيع البضاعة، والمحل التجارى يعد منقولاً معنوياً وليس بضاعة. علاوة على ذلك والقول بسريان حكم هذه المادة على المحل، يترتب عليه آثار ضارة، إذ سيتمسك البائع ببيع البضاعة وقبض ثمنها فوراً دون تأجيل، خشية شهر إفلاس المشترى خلال هذه الفترة، وربما المشترى قد لا يستطيع تدبير كل المبلغ مما يترتب عليه توقف حركة بيع المحال التجارية.

وكل شرط يكون من شأنه تمكين البائع من استرداد البضائع أو الاحتفاظ بامتيازه عليها، يعد كأن لم يكن لا يحتج به على جماعة الدائنين.

---

(١) م (١٥٠) من القانون، ومع عدم الإخلال بأحكام القانون رقم ١١٥ لسنة ٢٠١٥ بشأن تنظيم الضمانات المقبولة.

تقادم دعاوى الاسترداد:

تتقادم دعاوى الاسترداد التى توجه إلى أمين التفليسة فى الحالات المذكورة فى المواد من ١٤٥ إلى ١٤٩ من هذا القانون، بمضى سنة من تاريخ نشر حكم بشهر الإفلاس[١].

ويلاحظ - أولاً - على أن المقصود كل دعاوى الاسترداد المنصوص عليها فى المواد المذكورة. وثانياً أن مدة التقادم المقررة هى مدة قصيرة بغية ضرورة فض النزاع بشأنها بأسرع وقت، وضمان استقرار مركز الدائنين[٢]، كى لا يظل قلقاً دون تحديد.وقد قضي بأنه إذا كان المدلول اللغوي لإسترداد الحقوق والأموال من التفليسة أن تكون تلك الحقوق والأموال قد تم جردها ووضع الأختام عليها بإعتبارها من أموال التفليسة وكانت في حيازة المفلس، فإن لم يكن هذا الإجراء قد تم، فلا يبدأ ميعاد تقادم دعوى الإسترداد إلا بأبعد الأجلين وهما سنة من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس أو من تاريخ سلب الحق بإدخاله في التفليسة،فإذا أنقضت سنة من تاريخ نشر الحكم ولم تكن الأموال والحقوق محل الإسترداد قد دخلت التفليسة بجردها ووضع الإختام عليها، فإن الميعاد سالف البيان يرد على غير محل، فلا يبدأ ميعاد التقادم إلا من تاريخ توافر المحل، وهو دخول هذه الأموال وتلك الحقوق التفليسة[٣].

---

(١) المادة (١٥١) من القانون.

(٢) د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص٢٤٦.

(٣) الطعن رقم ١٦٧٩٣ لسنة٧٩ ق، جلسة ٢٠١٨/١٢/٢٧.

الفصل الثانى
أحكام التفليسة

تمهيد وتقسيم:

كما سبق وأن نوهنا أن صدور حكم بشهر إفلاس المدين ولئن كان يترتب عليه غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، إلا أن المشرع لم يقصيه عن تواجده فى التفليسة ، فالإفلاس لم يصر عقاباً للمفلس أو انتقاصاً من أهليته أو نزعاً لأمواله رغماً عنه من أجل دائنيه ، بل أضحى الإفلاس منظومة تحقق مصلحة جماعة الدائنين وقسمة أموال المفلس بينهم قسمة غرماء ، وبما لا يخل بمصلحة المفلس الذى من حقه أن يكون له دور يعتد به فى التفليسة حفاظاً على حقوقه ، بجانب الأشخاص المعينين لإدارة أمور التفليسة ، وإن كان دوراً لا يرقى إلى حد المشاركة الفعلية فيها كغيره من الاشخاص. ولذا قرر المشرع ضرورة تواجد كل من قاضى وأمين ومراقب للتفليسة ، ويكون لكل منهم دور يخول له ، وتتفاوت مكنات سلطاتهم فى إدارة أموال المفلس ، واتخاذ التدابير اللازمة للحفاظ عليها.وعلى جانب آخر ، فرض المشرع بعض الإجراءات ، لحسن إدارة التفليسة ، مراعاة لمصلحة الدائنين والمدين ذاته ، والأشخاص الآخرين كالعمال والمستخدمين ، والمتعاملين من الجمهور وغيرهم ، وهو ما يوجب حتمية الإسراع بإجراءات التفليسة وإنجازها على أكمل وجه ، لكى تحقق الغرض منها.

وعلى ضوء ما تقدم نقسم هذه الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: الأشخاص المنوطة بهم إدارة شئون التفليسة والمرتبطين بها.

المبحث الثانى: إجراءات إدارة شئون التفليسة.

المبحث الثالث: انتهاء التفليسة.

المبحث الأول
الأشخاص المنوطة بهم إدارة شئون التفليسة
والمرتبطين بها

تمهيد وتقسيم:

أوجبت المادة (٨٤) من قانون الإفلاس ، من المحكمة أن تضمن الحكم الصادر بشهر الإفلاس ، وكيلاً لإدارة شئون التفليسة يعرف بأمين التفليسة ، وأوردت فى المادة (١) من القانون تعريفه ، وحددت له اختصاصات ومهام معينة يناط له النهوض بها . كذا على المحكمة أن تختار أحد قضاتها ليكون قاضياً للتفليسة ، مع تخويله تعيين مراقب أو أكثر لها.على جانب آخر وكما ذكرنا سلفاً ، يكون للدائنين والمدين المفلس وبعض الأشخاص الآخرين دور وإن بدا محدوداً ، حفظاً لحقوقهم وضماناً لسير عمل التفليسة على أكمل وجه. وهو ما نتعرض له كما يلى.

المطلب الأول
أمين التفليسة

أمين التفليسة ، أو ما كان يعرف قديماً بوكيل الدائنين أو السنديك ، هو الممثل القانونى للتفليسة الذى تعينه المحكمة لإدارتها [1]، والذى يتولى عدة

---

(١) انظر المادة (١) من القانون والمخصصة للتعريفات العامة الواردة به. الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ق، جلسة ٢٠٢٢/١/٣، الطعن رقم ٦٨٩٥ لسنة ٧٨ق ، جلسة

مهام تكفل من شأنها المحافظة على أموال التفليسة كى يتولى بيعها وقسمة الناتج عنها قسمة غرماء بين الدائنين . كما أنه ينهض على رفع ومباشرة كافة الدعاوى والإجراءات والأعمال التى تلزم إدارة أعمال التفليسة.

أولاً: تعيين أمين التفليسة:

وفقًا للمادة (٨٤) من القانون، تعين المحكمة أميناً للتفليسة ، وهى الدائرة الابتدائية بالمحكمة الاقتصادية ، ويلزم - بطبيعة الحال - أن يكون اسمه واضحاً لا لبس فيه أو غموض ، محدداً بما لا يدع مجالًا للشك حول حقيقة شخصيته [١]،لكي يتسنى لقلم كتاب المحكمة إخطاره لتولى مهامه المكلف بها،وقد جرى الأمر على إخطاره بكتاب مسجل بعلم الوصول. ويعد القرار الصادر بتعيين أمين التفليسة من القرارات التى لا تقبل الطعن فيها بأى طريق[٢]. واذا لم يشتمل الحكم على اسمه، فإن ذلك يفضى إلى بطلان الحكم.|

ويقوم قلم كتاب المحكمة التى تولت إصدار الحكم بشهر الإفلاس ،

٢٠٠٩/٣/٢٤، المكتب الفني، ٦٠،قاعدة ٦٩، ص٤١٩، الطعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٧٤ق، جلسة٢٠١٠/١/١٢، مكتب فني،السنة ٦١،قاعدة ١٤، ص٧٨. الطعن رقم ٩٧٧٥ لسنة ٧٥ ق ،جلسة ٢٠١٠/٥/٢٥.

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ١٩٠. انظر الطعن رقم ٢٣ لسنة ٧٣ق، تجارى جلسة ٢٠٠٧/٤/١٠، كذلك نقض مصرى بتاريخ ٢٠١٨/٤/٢٤، الطعن رقم ٦٤٠٨ لسنة ٧٨ق. الطعن رقم٧٥١٩ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠١٨/٢/٢٢،الطعن رقم ٦٨٩٥ لسنة

٧٨ق، جلسة ٢٠٠٩/٣/٢٤، مكتب فني،٦٠،ص٤١٩.

(٢) المادة (١/٩٠) من القانون؛ وأيضًا للمزيد من التفصيل راجع د. محمد عبدالله محمود: مرجع سابق ، ص١٦٠ وما بعدها. كما انظر:الطعن رقم ٥٠١٢ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠٠٩/٤/٢٣، المكتب الفني، السنة ٦٠، قاعدة ٨٣، ص٥٠٠.

بإخطار أمين التفليسة فور صدور الحكم ، بكتاب مسجل مصحوباً بعلم الوصول لمباشرة أعمال التفليسة[1]. وهو فى الواقع لا يعد وكيلاً فحسب عن الدائنين ، بل وعن المفلس ذاته ، يباشر مهامه التى خولها له القانون.

ومن البديهى أن يتولى أمين التفليسة عمله منذ إخطاره بتعيينه لإدارة شئون التفليسة وحتى نهاية أعمالها. فإذا انتهت التفليسة بالصلح ، يعود المفلس إلى إدارة أمواله بنفسه ، وبذلك تنتهى مهام أمين التفليسة.

والغالب أن يكون للتفليسة أمين واحد يقوم على إدارة شئونها ، إلا أنه قد تتشعب أموالها أو تزيد مشاكلها ، مما قد يصعب على أمين واحد بمفرده إدارتها ، مما يقتضى تعيين أمين آخر يعاونه فى إنجاز أعمال التفليسة. ولذلك أجازت المادة (٩٤) فى كل وقت لقاضى التفليسة ، سواء من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المفلس أو المراقب ، الأمر بإضافة أمين أو أكثر ، شريطة ألا يزيد عددهم على ثلاثة[2]. وقد يقتضى الأمر تعيين أكثر من أمين تفليسة حال شهر إفلاس شركة من شركات الأشخاص ، كالتضامن أو شركة التوصية البسيطة ،والذى يستتبعه شهر إفلاس جميع الشركاء المتضامنين ، وتفتتح تفليسة خاصة بالشركة وأخرى لكل شريك متضامن بها[3].

ويلاحظ على هذا النص أنه بينما تطلب المشرع أن يكون تعيين الأمين

---

(١) المادة (١/٨٧) من القانون الجديد.

(٢) ويصدر بتنظيم مهنة أمناء التفليسة قرار من الوزير المختص. ولا شك أنه باقتضاء بعض الشروط فيما يزاولون هذه المهنة ، سيكون له أثر هام فى سرعة إنجاز مهامهم.

(٣) انظر نقض تجارى بتاريخ ٢٠٠٤/٦/٢٢ ، المستحدث لأحكام النقض ، ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ، ص١٩. الطعن رقم١٧٢٧٧ لسنة٧٥ق ،جلسة ٢٠١٢/٣/١٢،الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٧٠ق، جلسة ٢٠٠٦/٤/١١، مكتب فني، السنة ٥٧ق، ق٧٠، ص٣٤٠.

الأول من قبل المحكمة ذاتها ، ولا يجوز لها تفويض رئيسها فى ذلك ، وإلا بطل حكمها[١]، أكتفى - هنا - بتعيين الأمناء اللاحقين أو الإضافيين بقرار من قاضى التفليسة فقط وهو إجراء قصد منه التيسير وسرعة إنجاز العمل.

ثانياً: الشروط المتعين توفرها فى أمين التفليسة:

إمعاناً من المشرع للحفاظ على مقتضيات الحياد والأمانة فى عمل أمين التفليسة ، قررت المادة (٩٥) من القانون ، بأنه لا يجوز أن يعين أميناً للتفليسة من كان زوجاً للمفلس ، كما لو كانت الزوجة قد تم شهر إفلاسها ، وكان زوجها من بين من يمارسون هذه المهنة ، أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة أو من كان خلال السنتين السابقتين على شهر الإفلاس ، شريكاً له أو مستخدماً عنده أو محاسباً له أو وكيلاً عنه[٢]. وهو كله حكم طبيعى ، مراعاة وحرصاً على الحياد والموضوعية. أيضًا لا يجوز تعيينه أميناً للتفليسة ، من سبق الحكم عليه بالإدانة فى جناية أو فى جنحة ماسة بالشرف والأمانة، لما تقتضيه هذه المهنة من أمانة وصدق.

وكما نرى فإنه ليس هناك ما يمنع من أن يعين أمين التفليسة من بين الدائنين متى توفرت فيه الشروط اللازمة الصادرة من وزير العدل بتحديد مهامهم[٣]. يترتب على ذلك أنه إذا ثبت فى حقه أيًا مما ذكرته المادة السابقة ،

---

(١) نقض تجارى بتاريخ ٢٠٠٣/٦/١٢ ، المستحدث ٢٠٠٢-٢٠٠٣ ، ص١٩، نقض مصرى بتاريخ ٢٠١٨/٤/٢٤، الطعن رقم ٦٤٠٨ لسنة ٧٨ق. الطعن رقم ٧٥١٩ لسنة ٨٧ق، تجارى ، جلسة ٢٠١٨/٢/٢٢.

(٢) انظر د. محمد عبدالله محمود: مرجع سابق ، ص١٦٢.وكانت المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، تنص علاوة على ذلك، ألا يكون محاميا له.

(٣) ومنه قرار وزير العدل رقم ١٨٩٩ لسنة ٢٠١٨.

أو تبين فقده لأحد الشروط اللازم توفره فيه ، فإنه يجب تعيين أميناً آخر للتفليسة. وقد أضاف بعض الفقه [1]، سبباً آخر يحول ما بين الشخص كى يمارس هذه المهمة ، وهو إذا كان بينه وبين المدين المفلس خصومة أو عداوة.وهو شرط بديهي ومقبول، تحقيقا لذات الغاية سالفة الذكر.

ثالثاً: عزل أمين التفليسة:

أجازت المادة (٩٩) من القانون للمحكمة من تلقاء نفسها أو بناء على طلب قاضى التفليسة أو المفلس ذاته أو المراقب ، أن تقضى بعزل أمين التفليسة وتعيين غيره أو بإنقاص عدد الأمناء إذا تعددوا.

وهو ما مؤداه أن للمحكمة ، أياً كان بناء على طلب من يكون أو من تلقاء نفسها ، عزل أمين التفليسة ، وذلك - بطبيعة الحال - إذا صدر منه ما من شأنه أن يخل بالثقة المتعين توفرها فيه ، كما لو أخل بما يفرضه عليه قانون الإفلاس الجديد من واجبات ، أو لم يقم بما كلفه به القاضى من مهام ، أو رأت المحكمة أن فى هذا الإجراء نفعاً يعود على شئون التفليسة إلى نحو ذلك[2].

وقد أستقر قضاء النقض على ما تقدم[3]، مع إلزامه بإيداع الأموال التى تم تحصيلها لحساب التفليسة ، والمحكمة إزاء هذا الإجراء إنما تستخدم سلطتها

---

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٢٧٧.

(٢) وقد قضى بصحة عزله إذا تبين أنه قام بتأجير عقار مملوك للمفلس لزوجته مما عاد بالضرر على جماعة الدائنين. نقض ١٩٨٣/١/١٠ ، المجموعة ، السنة ٣٤ ، ص١٥١ .راجع أيضًا فى قرار عزله : نقض ١٩٦٣/١٢/٢٦ ، المجموعة ، السنة ١٤ ، ص١٢٠٢، الطعن رقم ٩٦٩ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠٣/٧/١،السنة ٥٤ص١٠٩٨.

(٣) نقض تجارى ١٩٨٥/١/٧، الطعن رقم١٤٢٦ لسنة٤٩ق ، المجموعة ، الجزء الأول، السنة ٣٦ ، ص٨١.

فى الإشراف والرقابة على إدارة شئون التفليسة.

حرى بالذكر أنه يفهم من المادة (٩٠) من ذات القانون ، أنه يجوز استبدال الأمين . ومن هنا يبين الفرق بين الحالتين. فالاستبدال قد يكون بناء على طلب قاضى التفليسة ، أو أمين التفليسة ذاته إذا تراءى له أنه لم يعد قادراً على ممارسة مهامه. أما العزل فمن البديهى أن يتقرر بناء على ما قررته المادة (٩٩) ولا يكون من أمين التفليسة نفسه ، ولسبب يعزو إليه لإهمال أو تقصير أو خيانة أمانة أو سرقة[١]. وفى المقابل يجوز لأمين التفليسة التنحى عن منصبه ، وهنا إزاء هذا الفرض ، يجب على المحكمة أن تعين غيره ، وإلا كان حكم شهر الإفلاس باطلاً. وأخيراً نرى أنه يجوز الطعن على الحكم الصادر بعزل أمين التفليسة ، استناداً إلى أن ما لم يجز فيه المشرع الطعن، هو ما ورد فى المادة (٩٠) وبالتالى ما عداها ، يجوز الطعن عليه ،ومنها قرار عزل أمين التفليسة ، وهو الإتجاه الذي يذهب إليه القضاء[٢].

رابعاً: صفة ومهام أمين التفليسة:

ولما كان أمين التفليسة وكيلاً عن كل من المفلس والدائنين [٣]، فإنه من

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٢٧٨؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ١٩٤؛ وفى القضاء نقض بتاريخ ٢٠١٣/١/١٤ ، الطعن رقم ٣٢٤٩ لسنة ٧٦ق الدائرة المدنية والتجارية. الطعن رقم ١٠١١٨ لسنة ٧٨ ق، جلسة ٢٠٠٩/١١/٢١.

(٢) الطعن رقم ٣٢٤٩ لسنة ٧٦ق ، جلسة ٢٠١٣/١/١٤ سالف الإشارة إليه.نقيض ذلك الطعن رقم ١٤٢٦ لسنة ٤٩ق، جلسة ١٩٨٥/١/٧ سالف الذكر.

(٣) نقض ١٩٨٣/١/٣١ ، المجموعة ، السنة ٣٤ ، ص٣٦١؛ ٢٠١٠/١/١٣ الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٦٨ق؛ والطعن رقم ٨٦٣٣ لسنة ٦٨ ، جلسة ٢٠٠٠/١٢/٢٥ ، نقض

البديهى أن يضع أمامه مصلحة كل من الطرفين. ولذا عهدت إليه المادة (٩٦) من القانون ، بأن يقوم بإدارة أموال التفليسة والمحافظة عليها وينوب عن المفلس فى جميع الدعاوى والأعمال التى تقتضيها هذه الإدارة. مع ملاحظة أنه لا يعتبر موظفاً عاماً إلا أنه يقوم بخدمة عامة([1]).وبذلك نرى- أولاً - أنه يعد ممثلاً عن جماعة الدائنين ، فهو مكلف باتخاذ كل ما من شأنه للمحافظة على حقوقهم ، ويمثلهم فى الدعاوى المرفوعة ، فله - مثلاً - أن يطالب الغير بما للمفلس لديهم ، وبإلغاء ما اكتسبه الغير من حقوق لم تكن من حقه وردها للتفليسة. ولذلك يتعين اختصام أمين التفليسة ومنذ صدور حكم شهر إفلاس المدين ، فى الدعاوى الموجهة للمفلس أو بالأحرى للتفليسة ، وإلا لم يجز الاحتجاج تجاه جماعة الدائنين بالحكم الصادر في هذه الدعاوى لعدم تمثيل أمين التفليسة فيها[٢].

بيد أن تخويله الحق فى رفع أو تمثيل الدائنين فى دعاوى التفليسة ، لا يتقرر إلا بالنسبة للدعاوى التى تعود بالنفع على جماعة الدائنين دون غيرها.

على جانب آخر يعد أمين التفليسة وكيلاً عن المفلس فى مباشرة الدعاوى وتحصيل الحقوق[٣]. ومن ثم ومنذ توليه لمهام عمله ، يعتبر صاحب

بتاريخ ١٩٨٧/٧/١٢ ، المجموعة ، السنة ٣٨ ، ص٥٠٩. الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ ق،جلسة٢٠٢٢/١/٣.

([1]) الطعن رقم ١٠١١٨ لسنة ٧٨ ق سالف الذكر.

(٢) الطعن رقم ١٥٩٦٠ لسنة ٨٣ق، تجارى، جلسة ٢٠١٦/٤/٢٨. الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة٨٤ق، جلسة ٢٠٢٢/١/٣.

(٣) نقض مصرى بتاريخ ٢٠١٢/١٢/٢٧ طعن رقم ٤٧٧٧ لسنة ٧٩ق. كما له الطعن على الأحكام: انظر نقض ٢٠٠٣/١٢/٢٣ ، المستحدث ٢٠٠٣-٢٠٠٤ ، ص٣٢، الطعن رقم ١٣٠٩،لسنة ٧٤، جلسة ٢٠١٠/١/١٢ سالف الذكر.

الصفة فى الإدارة والتقاضى كوكيل أو نائب عن المدين فى كل ما يتعلق بأموال التفليسة ، دون أن تمتد هذه الصفة إلى الدعاوى والأموال الشخصية ، كالمقررة للمدين ، أو التى لا يجوز الحجز عليها. على جانب آخر،يترتب على إلغاء حكم شهر الإفلاس،إنعدام صفته في الخصومة([1]).

أما عن مهام أمين التفليسة ، فيدون يوماً بيوم جميع الأعمال المتعلقة بإدارة التفليسة فى دفتر خاص ترقم صفحاته ويضع عليها قاضى التفليسة توقيعه أو ختمه ، ويؤشر فى نهاية الدفتر بما يفيد انتهاءه. ويجوز للمحكمة ولقاضى التفليسة وللمراقب، الإطلاع على هذا الدفتر فى كل وقت ، وللمفلس أيضًا الاطلاع عليه بإذن من قاضى التفليسة.ويلاحظ أن المشرع فى البداية لم يمنح هذا الحق للدائنين وقصره فحسب على الأشخاص المذكورين ، ولعل مرد هذا الحكم ، هو لكثرة الدائنين ، مما يجعل تدخلهم وتكرار طلبات الإطلاع ، مما يعوق أعمال التفليسة ، وقد منحه المشرع للمراقب الذى يكون من بين الدائنين الذين يرشحون أنفسهم لهذا الدور. إلا أن المشرع قد عدل عن هذا الاتجاه بإضافة فقرة جديدة بموجب القانون ١١ لسنة ٢٠٢١ ، وهى الفقرة الرابعة من المادة (٩٦) ، وقرر أنه «يجوز للدائنين المقبولة ديونهم الإطلاع على جميع المستندات المقدمة من التاجر المدين وقائمة الديون النهائية وتقارير الخبراء المقدمة فى الإجراءات ، وأية معلومات مالية متعلقة بتجارة المفلس» كما أجاز فى الفقرة الخامسة من ذات المادة ، لجهات التمويل حق الحصول على معلومات مالية خاصة بتجارة المدين بطلب يقدم إلى القاضى المختص.

خامساً: مهام ومسئولية الأمناء حال تعددهم:

كما أسلفنا القول بإنه يجوز تعيين أكثر من أمين للتفليسة شريطة ألا

([1]) الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٨٣ق، جلسة٢٠١٥/٤/٢٣، المكتب الفني ٦٦، ص٦٠٩.

يزيد العدد عن ثلاثة أمناء. وهنا تكلفت المادة (٩٧) بوضع الأحكام اللازمة لمهامهم ومسئوليتهم.

1-إذا تعدد أمناء التفليسة ، تعين أن يعملوا مجتمعين ، فيقومون بتسلم أموال التفليسة وإدارتها ، واتخاذ الإجراءات اللازمة لإنهاء التفليسة.

2-يجوز لقاضى التفليسة أن يقسم العمل بينهم أو أن يعهد إلى أحدهم بعمل معين ، وذلك لسرعة إنهاء الإجراءات ، وإزاء هذه الحالة ، لا يكون أمين التفليسة مسئولاً إلا عن العمل الذى يكلف به.

3-يجوز لأمناء التفليسة أن ينيبوا بعضهم البعض فى القيام بالأعمال المعهود بها إليهم[١]. غير أنه لا يجوز لهم إنابة الغير إلا بإذن من قاضى التفليسة ، وهنا يكون أمين التفليسة ونائبه مسئولين بالتضامن عن هذه الأعمال.

4-يسأل أمناء التفليسة بالتضامن فيما بينهم عن إدارتهم. وهو تضامن تجارى ، ومن ثم يجوز الرجوع على أحدهما بالتعويض عما سببه أو سببوه من ضرر لجماعة الدائنين ، ولمن تم الرجوع عليه بكل التعويض أن يسأل الباقين كل منهم بقدر نصيبه من الضرر.

سادساً: الاعتراض على أعمال أمين التفليسة:

يجوز للمفلس وللمراقب ، الاعتراض لدى قاضى التفليسة على أعمال أمينها قبل إتمامها[٢]. وهو ما ينهض على أن للاعتراض سبباً مبرراً ويقبله القاضى ، وأن يكون الاعتراض قبل إتمام العمل. ويترتب على الاعتراض ، وقف إجراء العمل المشكو منه ، ويتعين أن يفصل قاضى التفليسة فى

---

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٢٨٢.

(٢) المادة (٩٨) من القانون.

الاعتراض خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمه ، ويكون قرار قاضى التفليسة واجب النفاذ فوراً .

ويلاحظ أن المشرع قد قرر ثمة مدة قصيرة لإمكانية الاعتراض على أعمال أمين التفليسة ، وذلك لسرعة تقرير مصير العمل المقدم ضده الاعتراض ، لكى يتسنى تحديد ما إذا كان يتم اتخاذه والقيام به من عدمه.

سابعاً: تقدير أتعاب أمين التفليسة والطعن عليه:

من البديهى أن تتقرر أتعاب لأمين التفليسة ، يقدرها قاضى التفليسة بموجب قرار منه ، وكذلك المصروفات التى يكون قد أنفقها ، وذلك بعد أن يقدم الأمين تقريراً عن إدارته ، وتقدر أتعابه - بطبيعة الحال - على ضوء ما قام به من عمل وما توصل إليه من نتائج[1]. وليس ثمة ما يمنع ، وغالباً ما يتقرر ذلك بناء على طلب من أمين التفليسة ، أن يأمر قاضى التفليسة بصرف مبالغ لأمين التفليسة قبل تقديم التقرير المذكور فى الفقرة السابقة خصماً من أتعابه ، كما لو كان إعداد هذا التقرير سيستغرق وقتاً طويلاً لاتساع أعمال شئون التفليسة ، وكان الأمين فى حاجة ماسة لبعض الأموال. ويجوز لكل ذى شأن[2] الطعن أمام المحكمة فى قرار قاضى التفليسة الخاص بتقدير أتعاب

---

(١) المادة (١٠٠) من قانون الإفلاس. وقد قضى بأنه روعى بأن التفليسة ولما كان لم يوجد بها إلا دائن واحد ، ولبساطة إجراءاتها التى لم تتعد بيع المحل التجارى ، فقد رأت المحكمة أن مبلغ العشرين جنيها الذى تقرر أتعاباً لأمين التفليسة يتناسب مع المجهود الذى قام به فى هذه القضية ، استئناف القاهرة بتاريخ ١٩٥٢/١٢/١٨ مشار إليه فى مؤلف د. حسين الماحى: ص٢٨٣.

(٢) كالمفلس أو مراقب التفليسة ، أو يتم من قبل أحد الدائنين.وقد قضى في حكم قديم، بأن المعارضة التي أجازها القانون في الفقرة الثانية من المادة٢٤٩ من قانون التجارة

أمين التفليسة ومصاريفه.

ثامناً: مسئولية أمين التفليسة عن أخطائه:

يتعين على أمين التفليسة باعتباره وكيلاً مأجوراً بأجر ، أن يبذل عناية الرجل المعتاد فى أداء عمله وفقاً لما تقتضيه القواعد العامة[1]، وعليه إذا بدر منه ثمة خطأ أو تقصير ، فإنه يسأل عن خطئه تجاه المضرور ، سواء كان المفلس نفسه أو جماعة الدائنين ، أو الغير[2].فيسأل - أولاً - أمين التفليسة إذا صدر منه خطأ تجاه المفلس متى وقعت منه بمناسبة عمله. كما لو لم يقدم الحساب الختامى إلى المفلس ، أو رفض تسليم المفلس أمواله بعد تصديق قاضى التفليسة على الصلح[3] إلى نحو ذلك.وهنا يثور التساؤل هل يجوز للمفلس أثناء التفليسة رفع دعوى تعويض على أمين التفليسة عن الخطأ الذى وقع منه؟.

بطبيعة الحال لا يجوز استناداً إلى أن المفلس ولما كانت يده قد غلت عن إقامة الدعاوى واتخاذ الإجراءات المتعلقة بالتفليسة ، ولذا عليه الانتظار حتى تنتهى التفليسة ، ثم يبدأ فى اتخاذ إجراءات المطالبة القضائية بالتعويض وإثارة مسئوليته. ثانياً: يجوز إثارة مسئولية أمين التفليسة عن الأخطاء التى اقترفها تجاه جماعة الدائنين ، كما لو لم يقم بالمطالبة بحق للمفلس لدى أحد أقارب

القديم،في تقدير أتعاب وكيل الدائنين إنما هي قاصرة على الأسس التي يقوم عليها وتحديد مقداره. الطعن رقم ٤٣لسنة٢٣، بتاريخ١٩٥٦/١١/١٥،السنة ٧،ص٨٩٤.

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٢٨١؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٠٤.

(٢) وقد قضى بمسئوليته - مثلاً - إذا قام بتأجير مال من أموال المفلس بشروط ضارة بالدائنين ، نقض بتاريخ ١٩٨٣/١/١٠ ، المجموعة ، السنة ٣٤ ، ص١٥١.

(٣) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٠٤.

أمين التفليسة ، أو يشترى لنفسه مالاً من أموال التفليسة بثمن بخس إلى نحو ذلك ، مما يعود بالضرر على الدائنين[١].

وإن بدت المشكلة فى تحديد من يتولى رفع دعوى المسئولية عليه ، وما إذا كان يجوز لأحد الدائنين بمفرده أن يرفع الدعوى أم يتعين رفعها من قبل جميع الدائنين. من جانبنا نعتقد ، وحتى لا يفلت أمين التفليسة بفعله أو خطئه الذى وقع منه ، فإنه يجوز لأحد الدائنين رفع دعوى المسئولية تجاه أمين التفليسة ، على أن تكون باسم جماعة الدائنين ، ويدرج ما يعود منها فى أموال التفليسة. وعلاوة على ما تقدم ، قد يسأل أمين التفليسة جنائياً حال ما إذا اختلس مالاً أو أخذ شيئاً أثناء تأدية عمله ، وذلك بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين[٢]. بأن تمتد يده إلى مال من أموال التفليسة مستغلاً الثقة التى عول عليها ، المفلس والدائنون ، فى ممارسة عمله. غنى عن البيان ، أنه إذا لحق أمين التفليسة ما يوجب عدم استمراره فى عمله ، كعاهة مستديمة أو الوفاة إلى غير ذلك ، وتم تعيين أمين تفليسة جديد ، فلا يسأل الأخير عن أخطاء سلفه التى اقترفها أثناء قيامه بمهامه.

وأخيراً نشير إلى أنه إذا كانت النتيجة الحتمية لإنحلال جماعة الدائنين، هو زوال صفة أمين التفليسة، إلا أنه قضى بأنه إذا كانت هناك دعاوى لم يفصل فيها أو مسائل معلقة لم تنته قبل إنهاء الحل، فإنه يجوز الإذن له بالإستمرار في تمثيل الدائنين بها والإحتفاظ بصفته فيها([٣]).

---

(١) نقض بتاريخ ١٩٨٧/٣/٣٠ ، المجموعة ، السنة ٣٨ ، ص٥٠٩.

(٢) المادة (٢٥٨) من القانون.

([٣]) الطعن رقم ١٣٦ لسنة ٣٣، جلسة ١٩٦٧/٢/٢١،مكتب فني،١٨،ص٤١٨.

المطلب الثانى
قاضى التفليسة

كما سبق وأشرنا أنه يقوم على إدارة التفليسة بعض الأشخاص ، يناط بهم مهام محددة ويضطلعون بإدارة شئون التفليسة ، ومن بينهم قاضى التفليسة ، والذى تقوم محكمة الإفلاس باختيار أحد قضاتها ليكون قاضيا للتفليسة تؤول إليه مهمة الرقابة والإشراف على التفليسة نيابة عن المحكمة ذاتها الذى يستحيل عليها أن تنهض بكل مهام التفليسات المطروحة نزاعاتها أمامها . وسوف نعرض فيما يلى لقاضى التفليسة من ناحية تعيينه وإمكانية استبداله واختصاصاته وغيرها.

أولاً: تعيين قاضى التفليسة واستبداله:

عرفت المادة (١) من القانون والمخصصة للتعريفات ، قاضى التفليسة ، بأنه القاضى المعين لمباشرة إجراءات التفليسة. وتقوم المحكمة الابتدائية التى حكمت بشهر الإفلاس ، باختيار أحد قضاتها ليكون قاضياً للتفليسة[١]. وهو ما مفاده أنه لا يجوز اختيار غير القاضى لهذه المهمة ، ولذا يكون حكم معيب إذا قضى باختيار - مثلاً - موظف بالمحكمة أو أمين عام المحكمة لينهض بهذه المهمة[٢].ويتعين أن يراعى فى القاضى الذى آلت إليه هذه المهمة

---

(١) المادة (٨٤) من قانون الإفلاس. كما انظر حكم محكمة النقض في رام الله في الدعوى الحقوقية رقم ١٩٨ لسنة ٢٠٠٩ الصادر بتاريخ ٢٥ نيسان ٢٠١٠.

(٢) نقض ٢٠٠٣/٣/١٠ مشار إليه فى مؤلف د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢١٣؛ وقد جرت العادة على تخصيص أحد قضاة المحكمة عند توزيع العمل فى بدء السنة

، أن يكون مما يتمتع بالخبرة الكافية فى هذا المجال ، وهو ما يلزم بعض التفرغ للإلمام والإحاطة بإجراءات التفليسة ، وحسم المنازعات التى تثور إبان سير إجراءات التفليسة بسرعة. ويبقى قاضى التفليسة قائمًا على مراقبة ومباشرة إجراءاتها، إلا أن يستجد ما يوجب استبداله ، كتقديم طلب بإعفائه من هذه المهمة ، أو وفاته إلى غير ذلك ، وهنا إزاء هذه الحالة ، تملك المحكمة أن تستبدله بغيره من قضاتها ، لتؤول إليه إدارة التفليسة. كما للمحكمة أن تندب غيره فى حالة غيابه المؤقت [١]، كما لو أصيب بمرض مفاجئ ، أو تعرض لحادث حال ما بينه وبين أداء عمله مؤقتاً. وهى كلها قرارات غير قابلة للطعن عليها بأى طريق كان [٢]. وبذلك يكون المشرع قد قطع الطريق بشأنها لإمكانية النعى أو الطعن عليها.

ثانياً: اختصاصات وسلطات قاضى التفليسة:

إمعاناً من المشرع فى ضمان سير شئون التفليسة وسرعة إنجاز إجراءاتها ، عهد إلى قاضى التفليسة باعتباره من أهم القائمين على إدارتها ، ببعض الاختصاصات والمهام ، ومنها الأمر باتخاذ التدابير الضرورية للمحافظة على أموال التفليسة ، ودعوة الدائنين للاجتماع[٣]، وتقديم التقارير

القضائية ، ليكون قاضياً لجميع التفليسات التى تتم وتشهر خلال تلك السنة ، كى يتوفر لديه الخبرة والدراسة. راجع د. عبدالفضيل محمد أحمد: مرجع سابق ، ص٢٧٧.

(١) المادة (١٠٤) من قانون الإفلاس ، وراجع د. محمد عبدالله : مرجع سابق ، ص١٧٧.

(٢) المادة (١/٩٠) من قانون الإفلاس.الطعن رقم ٥٠١٢ لسنة ٧٨ق، جلسة ٢٠٠٩/٤/٢٣، المكتب الفني ، السنة ٦٠ ق، قاعدة ٨٣، ص٥٠٠.

(٣) المادة (١٠١) من القانون. وهى اختصاصات لم ترد على سبيل الحصر، الطعن رقم ٦٨٩١لسنة ٨٠ق، جلسة ٢٠١٨/١١/٢٢. الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة٨٠ ق،جلسة ٢٠١٨/١١/٢٢.

اللازمة إلى نحو ذلك.

[١] مراقبة إدارة التفليسة والأمر باتخاذ التدابير اللازمة للمحافظة على أموالها([1]) :

تعد من المهام الرئيسية التى ينهض عليها قاضى التفليسة ، هى مراقبة إدارة التفليسة والأمر باتخاذ كل ما يلزم من تدابير للمحافظة على أموالها ، ومن بين هذه الإجراءات ما يتخذها لضمان سير عمل التفليسة ، أو بالأشخاص الذين يشاركونه فى هذه المهمة ، أو يتخذها تجاه المفلس نفسه. وهو ما نبينه.

أ) الاختصاصات المتعلقة بسير التفليسة:

- الأمر بدفع الدين المضمون برهن واسترداد الأشياء المرهونة لحساب جماعة الدائنين[٢].

- الأمر لأمين التفليسة ، بأن يدفع خلال الأيام العشرة التالية لصدور الحكم بشهر الإفلاس مما يكون تحت يده من نقود التفليسة ، وبالرغم من وجود أى دين آخر ، الأجور والمرتبات والمبالغ المستحقة قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس عن مدة ثلاثين يوماً للعاملين لدى المفلس[٣].

-الإذن لأمين التفليسة وبعد موافقة المؤجر تأجير العقار من الباطن أو التنازل عنه وفقاً للأحكام المنظمة للعلاقة بين المالك والمستأجر[٤].

([1]) حكم محكمة النقض في رام الله، في الدعوى الحقوقية رقم ١٩٨ لسنة ٢٠٠٩، بتاريخ ٢٥/ نيسان/ ٢٠١٠. نقض مصري ، الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٨٠ق سالف الذكر.

(٢) المادة (١٣٧) من القانون كما راجع د. محمد عبدالله: مرجع سابق ، ص٢٣٥.

(٣) المادة (١٣٨) من القانون. راجع أيضًا د. محسن شفيق: القانون التجارى المصرى ، ص٨١٦.

(٤) المادة (٤/١٤٣) من القانون. وقد قضى بأن أدعاء الطاعنة أنها المالكة بعقد مسجل لحصة المدين، لا تعد من الدعاوى الناشئة عن التفليسة، كونها دعوى استحقاق تخضع

-الإذن لأمين التفليسة ، بأن يطالب الشركاء أو المساهمين بدفع الباقى من حصصهم أو باقى قيمة أسهمهم فى رأس المال ولو لم يحل ميعاد استحقاقه. وله أن يأمر بقصر هذه المطالبة على القدر اللازم لوفاء ديون الشركة[1].

-الإذن أو إصدار قرار ببيع موجودات التفليسة بمباشرة إجراءات البيع بطريق المزايدة العلنية[2].

-إصدار قرار بتعيين خبير من خبراء التقييم المقيدة أسماؤهم بجدول خبراء إدارة الإفلاس ، لتقييم قيمة المبيع عند شرائه ، وبيان القيمة السوقية وقت التقييم ، والتعديلات التى طرأت على المبيع إلى نحو ذلك مما تضمنته المادة (٢١٧) من القانون.

-لقاضى التفليسة الإذن لأمينها برد الشئ الذى يوجد فى التفليسة إلى مالكه أو صاحب الحق فى استرداده ، كرد الأوراق التجارية التى كانت فى عهدة المظهر إليه توكيلياً حال إفلاسه إلى المظهر (الموكل) الذى سبق وأن عهد إليه بتحصيلها[3].

لأحكام القانون المدني. الطعن رقم٢١١١لسنة ٨٢ق، جلسة٢٠١٣/١/١٦. ذات الاتجاه: الطعن رقم١٢٦٥٧ لسنة٧٩ق، جلسة ٢٠١١/٥/١٠.

(١) المادة (٢٠٠) من القانون. راجع أيضًا د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢١٦.

(٢) المادة (٢١٤) من القانون. وانظ في القضاء: الطعن رقم ٣١٢٥ لسنة ٥٨ق ، جلسة ١٩٩٦/٥/٦، المكتب الفني ،الجزء الأول،السنة ٤٧، ص٧٢٦.

(٣) المادة (١٤٥) من القانون. راجع مؤلفنا: الأوراق التجارية وفقاً لقانون التجارة ، المصرى على ضوء أحكام القضاء المصري و المقارن، ٢٠٢١ ، ص١٤٢.أو على العكس المطالبة بالغاء ما أكتسبه الغير من حقوق المدين حماية لحقوق الدائنين، ورد هذه الحقوق إلى اموال التفليسة: انظر: الطعن رقم ١٣٠٩ لسنة ٧٤قـ جلسة ٢٠١٠/١/١٢، المكتب الفني، السنة ٦١، قاعدة ١٤،ص٧٨.

-يجوز لقاضى التفليسة بعد أخذ رأى المراقب ، أن يأذن لأمين التفليسة ، بالصلح أو بقبول التحكيم فى كل نزاع يتعلق بالتفليسة ولو كان خاصاً بحقوق أو دعاوى عقارية[١] إلى غير ذلك .

ب) مراقبة الأشخاص المشاركين فى التفليسة: ومنهم المدين وكل من أمين التفليسة ومراقبها.

١- مراقبة المدين المفلس:

وردت عدة نصوص تخول قاضى التفليسة مراقبة المدين المفلس ، ومنها أن يطلب من المحكمة ، الأمر بمنعه من مغادرة البلاد لمدة لا تزيد على ستة أشهر قابلة للتجديد[٢] كذلك منعت المادة (١١٠) من القانون، المفلس ، أن يتغيب عن موطنه دون إخطار أمين التفليسة كتابة بمحل وجوده ، ولا أن يغير موطنه إلا بإذن من قاضى التفليسة[٣].من ناحية أخرى ، يقوم قاضى الإفلاس بوضع الأختام فور صدور الحكم بشهر إفلاس المدين ، على محاله ومكاتبه وخزائنه ودفاتره وأوراقه ومنقولاته منعا لتهريبها إضراراً بحقوق دائنيه[٤]. كما لقاضى التفليسة أن يأمر بعدم وضع الأختام أو برفعها على بعض الأشياء ، كالدفاتر التجارية ، والأوراق التجارية وغيرها[٥]. ويكون لقاضى التفليسة

---

(١) المادة (١٦٢) من القانون.

(٢) المادة (١٠٩) من القانون.

(٣) المادة (١١٠) من القانون.

(٤) المادة (١٥٢) من القانون، كما انظر الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٧٢ ق،جلسة ٢٠١٨/٢/٢٧.وقد قضى بعدم جواز وضع الأختام على المحال التي لا تخص المدين أو يشترك فيها مع آخرين، الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٧٠ق ،جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٢.

(٥) المادة (١٥٤) من القانون.

استدعاء المفلس نفسه أو ورثته من بعده أو مستخدميه أو وكلائه أو أى شخص آخر لسماع أقوالهم فى شئون التفليسة [1]، وله أن يقرر إعانة للمفلس أو يعدل مقدارها أو يقرر إلغائها، إلى نحو ذلك من مهام واختصاصات تجاه المدين المفلس.

٢- مراقبة كل من أمين التفليسة ومراقبها:

أقر المشرع لقاضى التفليسة حق مراقبة - أولاً - أمين التفليسة عن أعماله ، وله الإطلاع على الدفتر الذى يدون فيه أمين التفليسة أعمالها ، وهو دفتر خاص ترقم صفحاته ، ويضع على صفحاته قاضى التفليسة توقيعه أو ختمه ويؤشر فى نهاية الدفتر بما يفيد انتهاءه[٢]. كما ينظر قاضى التفليسة ، ووفقاً للمادة (٩٨) من القانون فى الاعتراض الذى قد يتقدم به المفلس أو مراقب التفليسة ، على أعمال أمينها قبل إتمامها. ويجب على القاضى أن يفصل فى الاعتراض خلال سبعة أيام من تاريخ تقديمه[٣]. أيضًا يجوز للمحكمة ، أياً كان بناء على طلب من قاضى التفليسة أو المفلس نفسه أو المراقب أو من تلقاء نفسها ، أن تقضى بعزل أمين التفليسة وتعيين غيره[٤].

وقد ألزم المشرع أمين التفليسة بأن يقدم إلى قاضيها خلال ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بتعيينه تقريراً عن أسباب الإفلاس وحالة التفليسة الظاهرة وظروفها. ويجوز مد الميعاد المحدد لتقديم هذا التقرير. كما يتعين على أمين

---

(١) المادة (٤/١٠١) من القانون.

(٢) المادة (٩٦) من القانون. انظر أيضًا د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢١٩.

(٣) المادة (٩٨) من القانون.

(٤) المادة (٩٩) من القانون. كما انظر الطعن رقم ٩٦٩ لسنة ٧١ق ، جلسة ٢٠٠٣/٧/١، المكتب الفني، السنة ٥٤ق، قاعدة ١٩٤، ص١٠٩٨.

التفليسة أن يقدم إلى قاضى التفليسة تقارير عن حالة التفليسة فى مواعيد دورية يحددها القاضى[١] . على جانب آخر - ثانياً - يؤول لقاضى التفليسة حق تعيين مراقب أو أكثر من بين الدائنين الذين يرشحون أنفسهم لذلك[٢].ويقوم المراقب ، علاوة على السلطات المقررة له بنصوص خاصة ، بفحص الميزانية والتقرير المقدمين من المدين وغير ذلك من المهام الذى يكلفه بها قاضى التفليسة في شأن الرقابة على أعمال أمينها ، ومعاونة قاضي التفليس في ذلك[٣].

[٢] دعوة الدائنين إلى الاجتماع فى الأحوال المبينة فى القانون ورئاسة الاجتماعات:

لقاضى التفليسة وبناء على طلب كل ذى مصلحة وفى أى مرحلة كانت عليها الإجراءات ، أن يباشر إجراءات الوساطة للوصول إلى الصلح ، وله فى سبيل ذلك ، أن يأمر قلم الكتاب بدعوة الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائياً أو مؤقتاً لحضور المداولة فى طلب الصلح. ويدعو قاضى التفليسة الدائنين إثر قيام حالة الاتحاد للمداولة فى شئون التفليسة ،والنظر فى إبقاء أمين التفليسة أو تغييره. وإذا ما قررت أغلبية الدائنين تغيير أمين التفليسة ، تعين على القاضى تعيين غيره فوراً ، وعلى أمين التفليسة السابق، أن يقدم إلى أمين الاتحاد فى الميعاد الذى يعينه قاضى التفليسة وبحضوره ، حساباً عن إدارته[٤]، حتى يتسنى له تكملة عمله.

---

(١) المادة (١٦٥) من القانون.

(٢) المادة (١٠٥) من القانون.

(٣) المادة (١٠٧) من القانون.

(٤) المادة (١٨٩) من القانون.

كذلك إذا انقضت ستة أشهر من تاريخ قيام حالة الاتحاد دون إنجاز التصفية ، وجب على أمين الاتحاد أن يقدم إلى قاضى التفليسة تقريراً عن حالة التصفية وأسباب التأخير فى إنجازها. ويرسل القاضى هذا التقرير إلى الدائنين مع دعوتهم للاجتماع لمناقشته[١]. كما يرسل القاضى (قاضى التفليسة) دعوة إلى اجتماع الدائنين ، بعد أن يقدم أمين الاتحاد وبعد الانتهاء من أعمال التصفية ، حساباً ختامياً إلى قاضى التفليسة ، ويكون اجتماع الدائنين لمناقشة هذا الحساب الختامى[٢].

[٣] تقديم تقرير للمحكمة كل ثلاثة أشهر عن حالة التفليسة:

أوجبت المادة (٣/١٠١) من القانون ، بأن يقدم قاضى التفليسة للمحكمة كل ثلاثة أشهر تقريراً عن حالة التفليسة ، كما يقدم لها تقريراً عن كل نزاع يتعلق بالتفليسة ويكون من اختصاصها الفصل فيه. ولذا قضى بأنه يتعين للحكم فى منازعات التفليسة ، تقديم قاضى التفليسة تقريراً بشأنها ، وأن مخالفة هذا الحكم ، يترتب عليه بطلان حكمها لتعلقه بالنظام العام[٣].

[٤] استدعاء المفلس أو ورثته أو وكلائه وغيرهم:

يكون لقاضى التفليسة أن يقوم باستدعاء المفلس أو ورثته أو وكلائه أو

---

(١) المادة (٢٠٥) من القانون.

(٢) المادة (٢٠٧) من القانون. انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٢١.

(٣) نقض مصرى بتاريخ ٢٠٠٤/٥/١١ ، الطعن رقم ٣٢٣ لسنة ٧٢ق المستحدث لأحكام النقض أكتوبر ٢٠٠٣ حتى آخر سبتمبر ٢٠٠٤ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٥٥ ، ص٥٠٧.

مستخدميه أو أى شخص آخر لسماع أقوالهم فى شئون التفليسة[1] ويكون هذا الإجراء إذا تراءى له أنه يعود بالنفع على التفليسة ، بالاستفسار أو الاستعلام عن أصل أو مال من أموال التفليسة.

ثالثاً: مدى إمكانية الطعن على قرارات قاضى التفليسة:

بحسب الأصل قررت المادة (١٠٣) من قانون الإفلاس ، أنه لا يجوز الطعن فى القرارات التى يصدرها قاضى التفليسة ما عدا فى حالتين هما[2]: (أ) إذا نص القانون على غير ذلك. (ب) أو كان القرار فيما يجاوز اختصاصه[3].وقد حدد المشرع كيفية تقديم الطعن فى هاتين الحالتين ، بأن يقدم يقدم الطعن خلال عشرة أيام من تاريخ إيداع القرار ، بصحيفة تودع لدى قلم

---

(١) المادة (٤/١٠١) من القانون. كما لو شك قاضى التفليسة بأن هناك أموالاً للمدين فى الخارج أو فى أحد المصارف المحلية ، أو وصل إلى علمه ثمة معلومات عن حالة المدين المالية، مما تعود بالنفع على التفليسة.

(٢) انظر د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص ٤٢٥١ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٢٧١. وقد قضت المحكمة الدستورية العليا بأن قصر التقاضى على درجة واحدة لا يتناقض مع المبادئ الدستورية ، متى كان ذلك فى بعض المسائل ، وإنما هو أمر متروك للمشروع. وكان قد طعن فى ظل قانون التجارة الحالى على المادتين ٥٦٧/ب ، ١/٥٨٠ ، وقضت المحكمة برفض الدعوى ، وقد استندت إلى أن هذا لا يعد إخلالاً بمبدأى المساواة وكفالة حق التقاضى كما استندت الدعوى. حكم الدستورية العليا فى ٢٠١٢/٥/٦ ، الدعوى رقم ٢٧٣ لسنة ٢٥ق. وقد استقر قضاء النقض على ذات المبادئ ، ومنها: نقض ١٩٧٤/١٢/٩ ، المجموعة السنة ٢٥ ، ص١٣٧٩.

(٣) راجع : نقض مصرى بتاريخ ٢٠١١/٥/٩ الطعن رقم ٩٤٥٧ لسنة ٧٥ق ، ونقض ٢٠٠٩/٤/٢٣ ، الطعن رقم ٥٠١٢ لسنة ٧٨ق ، نقض ١٩٩٤/٢/٧ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٤٥ ، ص٣١٢. الطعن رقم ٦٨٩١ لسنة ٨٠ق، جلسة ٢٠١٨/١١/٢٢.

كتاب المحكمة وتعلن لذوى الشأن وتنظره المحكمة فى أول جلسة. وقد اشترطت المادة آنفة الذكر ، ألا يشترك قاضى التفليسة المطعون فى قراره فى نظر هذا الطعن.

ويترتب على الطعن فى القرار ، وقف تنفيذ القرار حتى تفصل المحكمة فى أمره ، ما لم تر المحكمة الأمر باستمرار تنفيذه. أما إذا رفضت المحكمة الطعن ، جاز لها أن تحكم على الطاعن ، وكجزاء ، بغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز عشرين ألف جنيه ، إذا تبين لها أنه تعهد تعطيل تنفيذ قرار قاضى التفليسة. وبالتالى إذا اتضح للمحكمة أن هذا التعمد غير موجود ، فلها ألا تقضى بهذه الغرامة.

المطلب الثالث

مراقب التفليسة

عرفت المادة (١) من قانون الإفلاس ، المراقب ، بأنه الشخص الذى يختار لمراقبة أعمال التفليسة. وقد هدف المشرع من تعيينه ، وجود إشراف مستمر وفعال من الدائنين ، ليضمن المحافظة على حقوقهم ، وينهض المراقب ببعض الأعمال المتعلقة بالتفليسة.

أولاً: تعيين وعزل مراقب التفليسة:

يجوز لقاضى التفليسة تعيين مراقب أو أكثر من بين الدائنين الذين يرشحون أنفسهم لهذه المهمة[١]. على أن القانون قد خول المفلس وكل دائن ، الاعتراض على قرار قاضى التفليسة المتعلق بتعيين المراقب. غير أن هذا الاعتراض لا يترتب عليه وقف تنفيذ القرار الصادر بتعيين المراقب أو

---

(١) المادة (١٠٥) من قانون الإفلاس ، وراجع د. محمد عبدالله محمود : مرجع سابق ، ص١٦٥.

المراقبين. ويقدم الاعتراض المذكور إلى قاضى التفليسة نفسه ، ويتعين عليه أن يفصل فيه على وجه السرعة لضمان استقرار المراكز القانونية([1]).

ويفهم مما سبق ، أنه يتعين أن يكون المراقب من بين الدائنين ، على أنه يجب أن يرشح أو يرشحون أنفسهم لهذه المهمة. وبالتالى لا يجوز أن يكون المراقب من غير الدائنين ، كما لا يجوز أن تفرض عليه هذه المهمة من قبل قاضى التفليسة. يستوى بعد ذلك أن يكون الدائن المرشح من بين الدائنين العاديين أو من أصحاب حقوق الامتياز العامة أو الخاصة أو أصحاب التأمينات الأخرى ، فلا يهم مرتبته مادام يقوم بمهامه المكلف بها.

ويرى بعض الفقه[2] أنه لا يشترط أن يكون المراقب شخصاً طبيعياً ، فقد يكون معنوياً ، وإن كنا نميل إلى أنه يحبذ أن يكون شخصاً طبيعياً كى يتسنى له أداء المهمة التى خول لها بصفة مستمرة من أجل المحافظة على حقوق الدائنين ، وباعتباره سيكون أكثر حرصاً من نائب الشخص الاعتبارى المعين له ، على أداء عمله، وهو ما يفهم من نص المادة (١٠٦) وأنه لا يجوز أن يكون المراقب أو النائب عن الشخص الاعتبارى المعين مراقباً ، زوجاً للمفلس أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة. بيد أن هذا لا يمنع - قانوناً - من أن يكون المراقب نائباً عن الشخص المعنوى.

على جانب آخر ، قررت المادة (٢/١٠٨) عزل المراقب بقرار من قاضى التفليسة ، أى أنه ليس ثمة ما يقدح فى جواز عزله متى تراءى لقاضى

([1]) مع مراعاة ما تنص عليه المادة(٩٠) من القانون، وعدم جواز الطعن على القرارات الصادرة بتعيين مراقب التفليسة. كما انظر الطعن رقم٥٠١٢ لسنة ٨٧ ق ،جلسة ٢٠٠٩/٤/٢٣، السنة ٦٠، ص٥٠٠.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٠٩.

التفليسة حتمية ذلك ، كما لو لم يقم بعمله بل وقد أعاق سير شئون التفليسة ، أو صدر منه فعل أو خطأ يترتب عليه ضياع حقوق غيره من الدائنين، أو أعطى لنفسه ميزة تفضله على غيره.

ثانياً: اختصاصات ومهام مراقب التفليسة:

يكون للمراقب ، وعلاوة على السلطات المقررة له بنصوص خاصة ، فحص الميزانية والتقرير المقدمين من المدين [١]، وغير ذلك من المهام التى يكلفه بها قاضى التفليسة تفعيلاً لوظيفته فى الرقابة على أعمال أمين التفليسة.

وقد خولت المادة (٩٦) للمراقب - بالإضافة للمحكمة وقاضى التفليسة - الإطلاع على الدفتر الذى يديره أمين التفليسة والذى يدون فيه يوماً بيوم جميع الأعمال المتعلقة بإدارة التفليسة ، فى أى وقت. كذلك له، وفقاً للمادة (١٠٧) من القانون، أن يطلب من أمين التفليسة ، تقديم إيضاحات عن سير إجراءاتها وإيراداتها ومصروفاتها وحالة الدعاوى المتعلقة بها. ويجوز للمراقب أن يطلب من المحكمة ، عزل أمين التفليسة وتعيين غيره أو بإنقاص عدد الأمناء إذا تعددوا ، وإن كنا نرى أن عليه تسبيب طلبه تفادياً لتقديم طلبات من شأنها تعطيل أعمال التفليسة ، أو لوجود تضارب فى المصالح بينهما.

ويكون - ضمناً - وبالاستناد إلى المادة (٣/١٠٠) للمراقب الطعن أمام المحكمة فى قرار قاضى التفليسة الخاص بتقدير أتعاب أمين التفليسة ومصاريفه . كما يساعد المراقب أمين التفليسة فى عملية تحقيق الديون[٢].

---

(١) المادة (١٠٧) من قانون الإفلاس.

(٢) المادة (١/١٦٨) من قانون الإفلاس.

ثالثاً: آجر مراقب التفليسة:

بحسب الأصل ، لا يتقاضى المراقب أجراً نظير عمله [1]، أى يؤديه مجانياً. إلا أنه يجوز للمحكمة أن تقرر له مكافأة إجمالية على عمله متى بذل جهداً غير عادى ، وكانت الحالة المالية للتفليسة تسمح بذلك. ومن ثم إذا تبين للمحكمة أن ما بذله من جهد وعمل لا يرق إلى حد الجهد غير العادى ، أو إذا لم تسمح الحالة المالية للتفليسة بتقرير أجر له ، فلها أن لا تعطيه أى أجر عما قام به من عمل، ومن تم يبدو الأمر تقديرى للمحكمة.

رابعاً: مسئولية مراقب التفليسة:

من المسلم به ولما كان تعيين مراقب التفليسة ، يكون من بين الدائنين الذين يرشحون أنفسهم لأداء هذه المهمة ، وبإقرار أنه ليس للمراقب أن ينيب غيره من الدائنين لها ، فلذا يسأل عن الخطأ الذى يقع منه إبان أداء وتنفيذ مهامه الموكولة له ، شريطة أن يكون خطئاً جسيماً[2]. مما مفاده تجاوز المشرع عن الأخطاء اليسيرة التى يقترفها أثناء أداء عمله. كما يستوى أن تكون المسئولية عقدية ناشئة عن عقد ما،أو تقصيرية لوقوع ثمة خطا في عمله الذي عهد إليه به.

المطلب الرابع

أشخاص أخرى يناط بهم دور فى إدارة شئون التفليسة

بالإضافة إلى ما سبق ذكره من أشخاص وهم ، قاضى التفليسة ، وأمين

---

(١) المادة (١/١٠٨) من قانون الإفلاس. وهو حكم من جانب ، كى لا يثقل المشرع التفليسة بعبء أتعابه ، ومن جانب آخر، حتى لا يتسارع الدائنون فى تولى هذه المهمة طمعاً فى الحصول على أجر على هذا العمل.

(٢) المادة (٣/١٠٨) من القانون.

ومراقب التفليسة ، هناك أشخاص أخرى يتفاوت دورهم فى إدارة التفليسة ، ومنها المحكمة المختصة بشهر الإفلاس ، وقلم كتابها ، والنيابة العامة ، وجماعة الدائنين.

أولاً: محكمة الإفلاس وقلم كتابها:

سلمنا من قبل بأن محكمة الإفلاس هى التى تقوم بإصدار حكم شهر إفلاس المدين ، على أنه لا يقتصر دورها عند هذا الحد ، بل يتعداها لتشرف على إجراءات التفليسة وتراقب أمينها إلى نحو ذلك كما سنرى ، ونظر الدعاوى الناشئة عن التفليسة.

أ- يؤول إليها الحق فى اتخاذ الإجراءات والتدابير اللازمة والضرورية للحفاظ على أموال المدين وإدارتها لمدة ثلاثة أشهر ، ويمكن أن تجدد لمدة أخرى حتى يتم الفصل فى الدعوى. كما يجوز لها أن تتخذ من الإجراءات ما يمكنها من الإحاطة بحالة المدين المالية وأسباب توقفه عن الدفع[١].

ب-تختص هذه المحكمة بتحديد تاريخاً مؤقتاً للتوقف عن الدفع ، كما تقوم بتعيين أمينا للتفليسة واختيار أحد قضاتها ليكون قاضياً للتفليسة ، كما لها أن تأمر بوضع الأحكام على محل تجارة المدين لحين الانتهاء من الجرد[٢].

ج-تعين المحكمة فى حكم الإفلاس من جدول خبراء إدارة الإفلاس ، ممثلاً قانونياً لإدارة التفليسة[٣]. كما لها من تلقاء نفسها أو بناء على طلب قاضى

---

(١) المادة (٨٢) من القانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨. وراجع أيضًا فى هذا الشأن د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٢٦.

(٢) المادة (٨٤) من القانون. وانظر في القضاء: الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٧٠ق،جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٢.

(٣) المادة (٩٤). وفي القضاء: الطعن رقم ٢٣ لسنة٧٣ ق، جلسة ٢٠٠٧/٤/١٠.

التفليسة أو المفلس أو المراقب ، أن تحكم بعزل أمين التفليسة وتعيين غيره أو بإنقاص عدد الأمناء إذا تعددوا[١].

د-لمحكمة الإفلاس أن تقرر للمراقب مكافأة إجمالية على عمله إذا بذل جهداً غير عادى ، وكانت الحالة المالية للتفليسة تسمح بذلك[٢].

ه-يجوز للمحكمة أن تمنع المفلس من مغادرة البلاد حسب المدد الواردة بالمادة (١٠٩) من القانون الجديد.

و-تختص محكمة الإفلاس بنظر دعوى إبطال الصلح[٣]. إلى نحو ذلك من اختصاصات وسلطات منحتها نصوص القانون لمحكمة الإفلاس.

على جانب آخر ، عهد المشرع لقلم كتاب محكمة الإفلاس ، ببعض الاختصاصات ومنها ، إخطار النيابة العامة بطلب شهر الإفلاس ، إرسال ملخصاً من حكم شهر الإفلاس إليها فور صدوره[٤]. ويقوم قلم كتاب المحكمة بإعلان المدين بيوم جلسة نظر الدعوى ، إذا طلبت النيابة العامة شهر إفلاس التاجر أو رأت المحكمة ذلك من تلقاء نفسها[٥]. كذلك يخطر قلم كتاب محكمة الإفلاس ، أمين التفليسة فور صدور الحكم ، بموجب كتاب مسجل بعلم الوصول ، بمباشرة أعمال التفليسة[٦].

---

(١) المادة (٩٩) من القانون.

(٢) المادة (١٠٨) من القانون.

(٣) المادة (١٨٣) من القانون

(٤) المادتان (٨١ ، ٨٤) من قانون الإفلاس.

(٥) المادة (٨٠) من قانون الإفلاس.

(٦) المادة (١/٨٧) من القانون.

ثانياً: النيابة العامة:

على الرغم من أن النيابة العامة لها دور فى إدارة أمور وشئون التفليسة ، إلا أنه دور محدود ، يتمثل فى مراقبة الظروف الواقعية التى تمر بها التفليسة. ويكون لها تحريك الدعوى تجاه المدين المفلس إذا استظهرت توفر جنحة إفلاس بالتقصير أو جناية إفلاس التدليس[١].فلها وفقاً للمادة (٨٦) أن تطلب من المحكمة ، تعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع وذلك حتى تاريخ إيداع قائمة الديون. كذلك لها أن تطلب من المحكمة منع المفلس من مغادرة البلاد لمدة لا تجاوز ستة أشهر قابلة للتجديد[٢].

ويكون للنيابة العامة ، أن تطلب من المحكمة حال بدء التحقيق مع المفلس فى جريمة الإفلاس بالتدليس بعد التصديق على الصلح أو إذا أقيمت عليه الدعوى الجنائية فى هذه الجريمة بعد التصديق على الصلح ، بأن تأمر باتخاذ ما تراه من تدابير للمحافظة على أموال المدين[٣].

وعلى نقيض ما كان سائداً فى ظل قانون التجارة القديم [٤]، والتى كانت كانت تلزم تدخل النيابة العامة فى دعوى الإفلاس بالحضور ، قررت المادة (٨١) من القانون الجديد ، أن حضور النيابة العامة فى دعاوى الإفلاس وإبداء

---

(١) والفرق بينهما ، أنه حال الإفلاس بالتقصير ، يكون التوقف عن الدفع مرده إهمال ورعونة وسوء تصرف من قبل المدين. أما الإفلاس بالتدليس ، فمرجعه سوء نية المدين واقترافه أفعالاً تنطوى على بعض الغش والإضرار بالدائنين.

(٢) المادة (١٠٩) من القانون.

(٣) المادة (١٨٤) من القانون.

(٤) المادة (١٩٦) منه ، وهو ما قررته محكمة النقض ، ورتبت جزاء البطلان حال عدم حضور النيابة العامة فى دعوى الإفلاس ، نقض ١٩٩٨/١/٦ ، المستحدث ، ١٩٩٧-١٩٩٨ ، ص٩؛ ١٩٩٧/٥/١٥ المستحدث ١٩٩٦-١٩٩٧ ، ص١٩.

رأيها ، هو أمر غير واجب ، ومن ثم لا يترتب أى جزاء كالبطلان ، على عدم حضورها لدعوى الإفلاس[1]. وهو اتجاه حسن ، لأنه من غير الطبيعى وصم قرار المحكمة بالبطلان لعدم حضور النيابة العامة ، وهى طرف غير أساسى فى هذه الدعوى ، وأن حضورها - فى الغالب - كان لا يضيف جديداً.

المبحث الثانى
إجراءات إدارة شئون التفليسة

تمهيد وتقسيم:

أرسى المشرع مجموعة من الإجراءات عقب صدور حكم شهر الإفلاس ، تتمثل فى اتخاذ بعض الإجراءات التحفظية بغية منع المدين المفلس من تهريب أمواله ، ثم يتم حصر وقسمة هذه الأموال التى يتملكها وتسليمها إلى أمين التفليسة كى يتولى إدارتها حتى يتم توزيع وقسمة فائضها قسمة غرماء على الدائنين إن جاز هذا الإجراء ، أو يلجأ إلى إجراء آخر كما سنرى.

وسوف نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: اتخاذ التدابير التحفظية والمحافظة على موجودات التفليسة وإدارتها.

المطلب الثانى: تقديم وتحقيق الديون وإجراء التوزيعات.

المطلب الثالث: الإجراءات المختصرة وقفل التفليسة لعدم كفاية الأموال.

---

(١) نقض تجارى ٢٠١٦/١٢/٢٣ ، الطعن رقم ١٤٣٨ لسنة ٧٨ق. الطعن رقم ٧٢٠ لسنة ٧٠ق، جلسة٢٠٠٦/٤/١١، مكتب فني، السنة ٥٧، ٧٠، ص٣٤٠.

المطلب الأول
اتخاذ التدابير التحفظية والمحافظة على
موجودات التفليسة وإدارتها

وهى إجراءات تمهيدية ، يقصد منها حصر أموال المفلس وكل ما له ، للمحافظة عليها وإدارتها ، كإجراء وضع الأختام على متاجر المفلس ومخازنه ودفاتره ، ثم يليها إجراء رفع الأختام من أجل جردها وتسليمها لأمين التفليسة كى يحافظ عليها ويقوم على إدارتها إلى نحو ذلك من إجراءات كما سنرى.

أولاً: اتحاد الإجراءات والتدابير التحفظية:

خول المشرع المحكمة بأن تأمر قاضى التفليسة باتخاذ عدة تدابير ضرورية ، تتمثل فى وضع الأختام وإجراء عملية جرد لأموال المدين وغيرها.وهو ما بينه كما يلي:

١- وضع الأختام على محال المفلس ومكاتبه وخزائنه وغيرها:

فى الحكم الصادر بشهر الإفلاس ، تأمر المحكمة بوضع الأختام على محال المفلس ومكاتبه وخزائنه ودفاتره وأوراقه ومنقولاته [١]، وترجع العلة من هذا الإجراء ، فى غلق الطريق على المدين لتهريب أمواله للإضرار بدائنيه ، فتصبح هذه الأموال وكأنها مجمدة لم يعد للمدين ممارسة أى حق على محاله ومكاتبه وغيرها مما ورد ذكره سلفاً ، لكى يتمكن أمين التفليسة من جردها وإدارتها حتى يتحدد مصيرها.

ويجب على قاضى التفليسة أن يقوم بإبلاغ رئيس كل محكمة يوجد فى دائرتها ثمة مال للمفلس كمتاجره وعقاراته ، لكى يقوم بندب من يقوم بوضع

---

(١) المادة (١/١٥٢) من قانون الإفلاس. كما انظر في القضاء: الطعن رقم٧١٢ لسنة ٧٣ق ،جلسة ٢٠٠٥/١/٢٥، الطعن رقم ٢٣٠ لسنة ٧٢ ق،جلسة ٢٠١٨/٢/٢٧.

الأختام على هذا المال الذى يوجد فى دائرته. ويفهم مما تقدم ، أنه لا يجوز وضع الأختام على المتاجر التى لا يملكها المدين المفلس ، باعتبارها لا تدرج فى أموال التفليسة [١]، ما لم يثبت أنه تم بيعها بيعاً صورياً منه للغير بغية إخراجها من ملكيته ومن وضع الأختام عليها ، وهو ما يتم - عملاً - ببيع بعض العقارات لزوجته أو أحد أولاده ، أو لشخص من الغير بعد الحصول على ورقة ضد منه ، كى يضمن استرداد هذه الأشياء المباعة بعد انتهاء التفليسة. كما استقر القضاء على عدم إمكانية وضع الأختام على المحال التى يشترك فى ملكيتها المفلس مع أشخاص آخرين[٢]، منعاً لتعطيل استغلالها.

ووفقاً للفقرة الثالثة من المادة (١٥٢) ، إذا تبين لقاضى التفليسة إمكانية جرد أموال المفلس فى يوم واحد ، كما لو كانت أموالاً قليلة ، جاز له أو لمن يندبه ، البدء فى الجرد فوراً دون حاجة إلى وضع الأختام [٣]، باعتباره إجراءً سيكون عديم الجدوى. وعلى فرض أن لم يتمكن قاضى التفليسة من إتمام عملية الجرد فى يوم واحد ، فإن عدم التمكن من وضع الأختام على الأموال التى تجرد ، لا يفضى إلى البطلان. ويحرر محضر بوضع الأختام أو بالجرد يوقعه من قام بهذا الإجراء ، ويسلم المحضر لقاضى التفليسة[٤].

---

(١) نقض بتاريخ ٢٠١٠/١١/٢٣ ، الطعن رقم ٢٠٣٩٨ لسنة ٧٧ق ، الطعن رقم ٧١٢ لسنة ٧٣ق سالف الذكر، الطعن رقم ٩٠٠ لسنة ٧٠ ق،جلسة ٢٠٠٨/١٢/٢٢.

(٢) نقض ٢٠٠٨/١٢/٢٢ طعن رقم ٩٠٠ لسنة ٧٠ق.

(٣) انظر نقض بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٢٥ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٥٤ ، ص٥٦١ ، نقض بتاريخ ٢٠٠٥/٦/٢٣ ، الطعن رقم ٧٤٣ لسنة ٦٩ق.

(٤) المادة (٤/١٥٢) من القانون.

حالات وجوبيه لا يجوز فيها وضع الأختام:

لا يجوز وضع الأختام على الملابس والمنقولات الضرورية للمفلس ولمن يعولهم [1]، كأولاده وزوجته ووالديه، وقد قصر المشرع هذا الأمر على الملابس والمنقولات الضرورية دون غيرها. ويعين قاضى التفليسة هذه الأشياء وتسلم إلى المفلس بقائمة يوقعها كل من قاضى التفليسة والمفلس . وكما نرى يسرى ذات الحكم ، على المنقولات التى لا يجوز توقيع الحجز عليها من الناحية القانونية.

حالات جوازية لعدم وضع الأختام:

يجوز لقاضى التفليسة أن يأمر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين التفليسة ، بعدم وضع الأختام أو برفعها عن الأشياء التالية إذا كان قد تم.

أ- الدفاتر التجارية: وقد يرجع ذلك أن عدم وضع الأختام على الدفاتر ، أنه من الطبيعى أنها تحكمها قواعد معينة لانتظامها ، فتحوز الحجية فى الإثبات إذا توفرت هذه القواعد ، فلا يخشى التلاعب فيها ، لأنه حينئذ ستفقد تلك الحجية. أو رفع الأختام عنها إذا تمت ، لأنه قد تم قفلها من قبل قاضى التفليسة ، فيكون من غير الممكن إضافة أية بيانات إليها أو الحذف منها.

ب-الأوراق التجارية وغيرها من الأوراق التى تستحق الوفاء فى ميعاد قريب: أو التى تحتاج إلى إجراءات للمحافظة على الحقوق الثابتة فيها. لأن إجراء وضع الأختام سيكون عديم الجدوى ، فى أوراق يحل آجل استحقاقها قريباً ، فيكون الأجدى ليس وضع الأختام عليها ، بل المطالبة بقيمتها. أو من أجل اتخاذ الإجراءات اللازمة للحفاظ على الحقوق الثابتة فيها ، كتحرير ورقة الاحتجاج لعدم القبول أو عدم الوفاء ، أو تقديم الورقة للقبول إلى نحو ذلك.

---

(١) المادة (١٥٣) من القانون.

ج-النقود اللازمة للصرف على الشئون العاجلة للتفليسة: كى يتمكن أمين التفليسة من النهوض بها دون انتظار رفع الأختام حال وضعها. وقد قصر المشرع ذلك على صرفها للشئون العاجلة والملحة للتفليسة.

د-الأشياء القابلة للتلف السريع[1]: أو لنقص عاجل فى القيمة ،كالمنقولات التي تتغير أسعارها بصورة سريعة،أو التى تقتضى صيانتها مصاريف باهظة[2]. وقد كان يهدف المشرع من ذلك ، إلى أنه أولى من وضع الأختام عليها ، أن يتم بيعها بسرعة إما لتلفها أو لنقص قيمتها أو أن صيانتها والمحافظة عليها يقتضى مصاريف باهظة مما لا يتماشى مع إجراء وضع الأختام عليها.

ه -الأشياء اللازمة لتشغيل المتجر إذا تقرر الاستمرار فى تشغيله.

ويتم جرد هذه الأشياء كلها بحضور قاضى التفليسة أو من يندبه لذلك ، وتسلم لأمين التفليسة بقائمة يوقعها.

٢- جرد الأموال:

بعد إتمام عملية وضع الأختام ، يأمر قاضى التفليسة بناء على طلب أمينها ، برفع الأختام للبدء فى عملية جرد أموال المفلس. ويتعين أن يبدأ رفع الأختام والجرد خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس[3].

---

(١) ومنها الأغذية كالمأكولات واللحوم وغيرها من البضائع التي يتعامل بها التاجر والتى تتلف بسرعة.

(٢) كالآلات والمعدات مثل أجهزة التصوير.

(٣) المادة (١٥٥) من القانون. انظر في القضاء : الطعن رقم٨٧٢ لسنة ٧١ق، جلسة ٢٠٠٣/٣/٢٥، المكتب الفني، السنة ٥٤،الجزء١،ص٥٦١.

على أن يكون الجرد بحضور قاضى التفليسة أو من يندبه لذلك وأمين التفليسة ومنهم كاتب المحكمة. ويجب أن يخطر به المفلس ، ويجوز للأخير الحضور[١].وتحرر قائمة جرد من نسختين يوقعهما قاضى التفليسة أو من ندبه لذلك وأمين التفليسة وكاتب المحكمة. وتودع إحدى هذه النسخ قلم كتاب المحكمة وتظل الأخرى لدى أمين التفليسة (٢/١٥٦).وبطبيعة الحال تذكر فى القائمة الأموال التى لم توضع عليها الأختام أو التى رفعت عنها. على جانب آخر ، ونظراً لصعوبة تقييم بعض الأصول ، يجوز الاستعانة بخبير فى إجراء الجرد وتقويم الأموال [٢]، كالعقارات ضخمة الثمن، أو الآلات والمعدات المستعملة، كماكينات التصوير.

وقد واجهت المادة (١٥٧) من القانون ثمة فرضاً ، يقوم على أنه يتم شهر إفلاس المدين بعد وفاته ، ولم تحرر قائمة جرد بشأن الوفاة ، أو يتوفى التاجر بعد شهر إفلاسه وقبل البدء فى تحرير قائمة الجرد أو قبل إتمامها.

وهنا ألزمت المادة المذكورة ، تحرير القائمة فوراً أو الاستمرار فى تحريرها بالكيفية المبينة فى المادة ١٥٦ ، ويتعين أن يخطر به الورثة ويجوز لهم الحضور للعلم أو للاعتراض . وبعد أن يتم إجراء عملية الجرد ، يتسلم أمين التفليسة أموال المدين المفلس ودفاتره وأوراقه ، وعليه أن يوقع فى نهاية قائمة الجرد بما يفيد ذلك [٣]، كى يتولى إدارتها والمحافظة عليها حتى يتحدد مصيرها.

---

(١) المادة (١/١٥٦) من القانون.

(٢) المادة (٤/١٥٦) من القانون.

(٣) المادة (١٥٨) من القانون. راجع د. سميحة القليوبى: مرجع سابق، ص ٢٦٢.

ثانياً: الحفاظ على أموال التفليسة وإدارتها:

يقوم أمين التفليسة بجل الأعمال اللازمة والضرورية للمحافظة على حقوق المفلس تجاه الغير ، ويطلب بها ويستوفيها إلى نحو ذلك من أعمال.

١- المحافظة على أموال وأصول التفليسة:

من الطبيعى أن يسعى أمين التفليسة ، ومن أجل صيانة والمحافظة على أصول وموجودات التفليسة ، وحتى يتحدد مصيرها ، إلى اتخاذ كل الإجراءات اللازمة بما يحافظ على حقوق المفلس لدى الغير [١]. ومنها اتخاذ إجراءات قطع التقادم السارى ضد المفلس ، توقيع حجز ما للمفلس لدى الغير ، عمل احتجاج (البروتستو) عدم الوفاء فى موعده حال إذا لم يقم المدين بالوفاء [٢]، كذلك يتعين عليه أن يقيد ما للمفلس من حقوق عينية على عقارات مدينيه ، إذا لم يكن المفلس نفسه قد أتم عملية القيد ، وعليه أن يراعى تجديد هذا القيد حال اقتضائه قبل فوات مواعيده.على جانب آخر ، ولما كان من آثار حكم شهر الإفلاس ، أن تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، فإنه ليس له أن يقوم بنفسه بتحصيل ما له من حقوق طرف الغير ، بل يؤول هذا الحق لأمين التفليسة باعتباره وكيلاً عنه فى المطالبة بها. ولذا ولما كان لا يملك الوكيل أكثر مما للموكل ، فإنه يكون للغير أن يتمسك فى مواجهة أمين التفليسة بكل ما كان له أن يتمسك به تجاه المفلس ، من دفوع كالتمسك بالتقادم، أو بالإبراء وغير ذلك.

غنى عن البيان أنه ولما كان هذا الالتزام الذى يقع على عاتق أمين

---

(١) المادة (١٦١) من القانون.

(٢) راجع : د. حسين الماحى: مرجع سابق ، ص٣٠١-٣٠٢ ، د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٤٣. وفي القضاء: الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ق، جلسة ٢٠٢٢/١/٣.

التفليسة ، يعد وجوباً وليس جوازاً ، فإنه حال إهماله أو تراخيه فى إتمام أى إجراء من هذه الإجراءات ، فإنه يعد مقصراً ، ويجوز الرجوع عليه بالتعويض عن الأضَرار الناجمة عن خطئه.

٢- إتمام الصلح والتحكيم بشروط محددة:

من الثابت أن أمين التفليسة يمثل المدين المفلس أمام القضاء [١]، فيما كان يتعين أن يرفع منه أو عليه ، حفظاً لحقوقه ودفاعاً عنه أمام القضاء. ولذا يكون له مباشرة ورفع الدعاوى القضائية للمطالبة بحقوقه ، وحق الطعن فى الأحكام الصادرة ضده قبيل شهر إفلاسه ، كما يمثله فى الطعون والأحكام الصادرة لصالحه إلى غير ذلك. وقد خولت المادة (١٦٢) من القانون ، لقاضى التفليسة بعد أخذ رأى المراقب وسماع أقوال المفلس أو إخطاره ، أن يأذن لأمين التفليسة بالصلح أو بقبول التحكيم فى كل نزاع يتعلق بالتفليسة ولو كان خاصاً بحقوق أو دعاوى عقارية.

بيد أن المشرع قد قيده فى عمليتى إنهاء النزاع صلحاً أو قبول التحكيم بعدة شروط تتمثل فى:

أ-استئذان قاضى التفليسة فى الترخيص له بذلك . ومن ثم فإن الأمر جوازى للقاضى ، الذى له أخذ رأى المراقب وسماع أقوال المفلس أو إخطاره.

ب-أن يكون النزاع المثار موضوع الصلح أو التحكيم متعلقاً بالتفليسة.

ج-إذا كان النزاع غير معين القيمة أو كانت قيمته تزيد على عشرين ألف جنيه

---

(١) نقض بتاريخ ٢٠١٠/١/١٣ ، الطعن رقم ١٨٠ لسنة ٦٨ق ، وبتاريخ ٢٠٠٠/١٢/٢٥ الطعن رقم ٨٦٣٣ لسنة ٦٨ق ، و١٩٩٠/٧/١٢ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٤١ ، ص٤٢٦.

، فلا يكون الصلح ولا قبول التحكيم نافذاً إلا بعد تصديق قاضى التفليسة على شروطه. وهنا إزاء هذه الحالة ، يدعى المفلس إلى الحضور عند التصديق ، ويسمع قاضى التفليسة أقواله إذا حضر، على أن لا يكون لاعتراضه أى أثر. ويجوز الطعن فى قرار قاضى التفليسة أمام المحكمة ، إذا صدر برفض التصديق على شروط الصلح والتحكيم.وعلى أية حال ، لا يجوز لأمين التفليسة النزول عن حق للمفلس أو الإقرار بحق للغير عليه إلا بالإجراءات المبينة فى هذه المادة [1]، تلافياً لحدوث تواطؤ بين الأمين والغير.

٣- بيع أموال التفليسة فى بعض الحالات:

من الثابت أنه لا يجوز - كأصل عام - بيع أموال التفليسة إبان مرحلة الإجراءات التمهيدية. إلا أنه قد تواجه أمين التفليسة أثناء تسيير شئون التفليسة ، ظروفاً استثنائية قد تضطره ومراعاة لمصلحة التفليسة ، فى بيع بعض أموالها. وهو فرض تعرضت له المادة (٢١١) من القانون الجديد ، وحددت ذلك فى حالات محددة:

١- بيع الأشياء القابلة لتلف سريع أو تتعرض لنقص عاجل فى القيمة ، أو التى تقتضى صيانتها مصاريف باهظة. كالمواد الغذائية والآلات والمعدات وغيرها مما يسرى عليها أى فرض من الفروض المذكورة. لأن الإبقاء عليها يترتب عليه التقليل من قيمتها أو زيادة الديون ، وهو أمر ليس فيه مصلحة لا للمفلس ولا للدائنين.

٢- إذا كان بيع بعض الأموال أمر حتمياً ولازماً للحصول على نقود

---

(١) المادة (١٦٢) من القانون ، راجع أيضًا د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٣٠٣؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٤٤-٢٤٥.

للصرف على شئون التفليسة ، كبيع بعض البضائع والمهمات التى لم يعد لها ثمة فائدة.

٣- إذا كان البيع يحقق نفعًا مؤكداً للدائنين أو للمفلس. ولا يجوز الإذن بالبيع فى هذه الحالة إلا بعد إخطار المفلس بالبيع وسماع أقواله.

وقد أجازت المادة (٢١٢) من القانون ، الطعن أمام المحكمة فى القرار الصادر من قاضى التفليسة ببيع أموال المفلس أثناء فترة الإجراءات التمهيدية خلال عشرة أيام من تاريخ صدور قرار البدء فى اتخاذ إجراءات البيع.

ويجرى بيع موجودات التفليسة بإذن أو قرار من قاضى التفليسة بمباشرة إجراءات البيع بطريقة المزايدة العلنية بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين بحسب الأحوال ، قلم كتاب المحكمة المختصة[١].

٤- إيداع الأموال التى تم تحصيلها لحساب التفليسة:

بعد أن يقوم أمين التفليسة بجل الأعمال الضرورية للحفاظ على حقوق المفلس لدى الغير ، ويطالب بهذه الحقوق ويتم تحصيلها ، أو يقوم ببيع بعض أموال التفليسة كما رأينا ، أو يتم الاستمرار فى تجارة المفلس إذا كان ذلك لمصلحة الجميع [٢]، فقد خشى المشرع من أن تظل هذه المبالغ تحت يد أمين التفليسة ، لذا أقتضى منه المبادرة بإيداع تلك الأموال لحساب التفليسة خزانة

---

(١) المادة (٢١٤) من القانون. وقد فصلت المادة ٢١٥ وما بعدها إجراءات بيع العقار فإليها نحيل.

(٢) ووفقاً للمادة (١٦٣) لقاضى التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمينها أو طلب المفلس ، أن يندب لجنة إعادة الهيكلة لوضع خطة لاستمرار تجارة المفلس بما يشمل تشغيل المتجر إذا اقتضت ذلك المصلحة العامة أو مصلحة المفلس أو الدائنين.

المحكمة أو أى بنك يعينه قاضى التفليسة([1]) ، وذلك فى يوم التحصيل أو فى يوم العمل التالى له على الأكثر. فإذا تأخر أمين التفليسة ، يلتزم بتعويض يقدره القاضى. وهو أمر متروك لسلطة قاضى التفليسة ، ويكون ذلك - بطبيعة الحال - على ضوء ما أصاب التفليسة من ضرر وما فاتها من كسب متوقع ، وذلك كله ، كى لا يستغل هذه الأموال لحسابه الخاص ، وأن إيداعها يكون أكثر ضماناً من أن تظل لديه ، فتكون عرضة للسرقة أو الضياع ، أو يتوفى ويصعب الحصول عليها من ورثته.

وعلى أمين التفليسة أن يقدم إلى القاضى بياناً بالمبالغ المذكورة خلال مدة أسبوع من تاريخ إتمام الإيداع، ولا يجوز سحب تلك المبالغ أو غيرها مما يودعه الغير حساب التفليسة إلا بمقتضى أمر من قاضى التفليسة[2]. وبذلك حال المشرع مما بين أمين التفليسة باعتباره قائماً على شئونها من سحب بعض من هذه الأموال دون أمر القاضى.

ويرى بعض الفقه أن إخلال أمين التفليسة بهذا الالتزام ، يعد بمثابة خطأ يبرر عزله[3]. وإن كنا نرى أنه يتعين التفرقة ما بين الخطأ البسيط والذى لا يبرر معه هذا الجزاء ، وما بين الخطأ الجسيم أو الغش ، وهنا يكون عزله مبرراً.

([1]) الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٦٠ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٤، مكتب فني،السنة ٤٤، قاعدة ٢١٨، ص٥٠٠.

(٢) المادة (٢٣٤) من القانون.

(٣) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٤٧.

المطلب الثانى

تقديم وتحقيق الديون وإجراءات التوزيعات

من الطبيعى ، وحتى يتسنى اتخاذ القرار المناسب فى شأن التفليسة ، وبعد استيفاء أو تحديد ما له من حقوق ، أن يتحدد ما عليه من التزامات ، وذلك بعد التحقق من صحتها ومدى جديتها. ولم يعتمد القانون فى سبيل ذلك ، على ما يذكره المفلس نفسه ، إذ قد يخطئ أو يتعمد ذكر بيانات غير صحيحة بغية إثقال التفليسة بديون مصطنعة أو وهمية أو مغال فيها. لذا قد عهد القانون لأمين التفليسة بمساعدة المراقب ، من التحقق من صحة الديون ، كما أوجب على كل دائن تقديم دينه ، لكى يتم بعد ذلك التحقق منه لإقراره أو المنازعة فى وجوده أو فى مقداره. وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين ، نخصص الأول لتقديم الديون ، بينما نتطرق فى الفرع الثانى لما يعرف بتحقيق الديون.

الفرع الأول

تقديم الديون

ماهية تقديم الديون:

يقصد بتقديم الديون التعريف بها ، توطئة لإدراجها ضمن خصوم التفليسة[1]. وهو التزام يقع على عاتق كل دائنى المفلس ، ويعد بمثابة مطالبة خاصة بديونهم. ويعد طريق تقديم الديون هو الطريق الطبيعى لإثبات الدائنين حقوقهم والمطالبة بها ، ولذا إذا تراءى لأحد الدائنين عدم جدواه ، وقام برفع دعوى بمقتضى الإجراءات العادية على أمين التفليسة للمطالبة لما له لدى

---

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٣١٠. د. عبدالفضيل محمد: مرجع سابق ، ص١٦٥.ويتم بموجب دعوة للدائنين من القاضي في الحكم الصادر بشهر الإفلاس: الطعن رقم ٦٨٩٥ لسنة٧٨ق،جلسة ٢٠٠٩/٣/٢٤،مكتب فني،٦٠، ص٤١٩.

المفلس ، فإنه يقضى بعدم قبول الدعوى المرفوعة لسلوك رافعها غير الطريق المحدد لتقديم الديون[١].

الديون محل التقديم:

يشمل التزام الدائنين بتقديم ديونهم ، كافة الدائنين ولو كانت مصحوبة ديونهم بتأمينات خاصة ، مادام كانت ثابتة فى ذمة المفلس قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس. ويستوى أن يكون الدين ثابتاً فى محرر رسمى أو عرفى ، وأياً كان طبيعة الدين تجارية أكانت أم مدنية ، مستحق الأداء أم كان مؤجلاً ، محدد المقدار أو كان غير معين قدره، بل يجوز تقديمه ولو كان غير محقق الوجود[٢]. أما إذا كان الدين معلقاً على شرط ، فيتعين التفرقة بين ما إذا كان الشرط واقفاً ، وهنا يتعين تجنيب نصيب الدين فى التوزيعات حتى يتبين مصير الشرط. أما إذا كان شرطاً فاسخاً ، فيلتزم الدائن بتقديم كفيل إزاء هذه الحالة[٣].وقد يحدث ألا يكون بيد أحد الدائنين سنداً يثبت دينه ، وهذا لا يقدح فى إمكانية التقدم به فى التفليسة ، وإن كان الدائن - فى هذا الفرض - يتحمل مخاطر عدم قبول الدين لعدم ثبوته، فيكون قبوله إجراءً مؤقتاً.وقد يستبعد قاضي التفليسة الدين من قائمة الديون لعدم تقديم الدائن لأصل سند المديونية([٤]).

---

(١) نقض مصرى ٢٠١٠/١٢/١٤ ، الطعن رقم ٨٧٧ لسنة ٧٤ق. فكما تقول محكمة النقض الفرنسية تقديم الديون يعادل المطالبة القضائية: نقض فرنسى بتاريخ ١٩٩٣/١٢/١٤ ، الفصلية للقانون التجارى ، ١٩٩٤ تعليق مارتن سرف.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٥٠؛ راجع أيضًا فى القضاء : نقض مصرى بتاريخ ١٩٩٥/١/١٦ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٤٦ ، ص١٧٦.

(٣) المادة (١٣٢) من القانون.

([٤])الطعن رقم ١٧٩٥٥ لسنة ٨٥ ق،جلسة ٢٠١٧/٤/١٣.

بيد أن هناك بعض الديون لا تخضع لواجب التقديم ، ومنها الديون التى تتقرر وتنشأ فى ذمة المدين المفلس بعد صدور حكم شهر الإفلاس ، باعتبارها غير نافذة تجاه جماعة الدائنين ، ولا يكون لأصحابها أن يتقدموا بها. كذلك الديون التى تنشا فى ذمة جماعة الدائنين نفسها ، فصاحب هذا الدين هو دائن للجماعة وليس دائناً فى الجماعة ، ومنها أجر أمين التفليسة ، ونفقات حفظ أموال التفليسة ، أو الديون المترتبة على الاستمرار فى تجارة المفلس[1] إلى نحو ذلك. فهى ديون يتعين الوفاء بها قبل إجراء أى توزيع فى أموال التفليسة. وأخيراً ديون الأجور والمرتبات المستحقة للعاملين ، حيث إن المادة (١٣٨) قد ألزمت أمين التفليسة وبعد استئذان القاضى بأن يدفع خلال العشرة أيام التالية لصدور الحكم بشهر الإفلاس ، مما يكون تحت يده من نقود التفليسة ، الأجور والمرتبات والمبالغ المستحقة للعاملين قبل صدور الحكم. وبالتالى لا تخضع هذه الديون لواجب التقديم ، وحتى إذا لم تتوافر تحت يد أمين التفليسة النقود الكافية لوفاء هذه الديون ، فيتعين وفاؤها من أول نقود تدخل التفليسة[2].

وقت التقديم بالديون والجزاء المترتب على مخالفته:

أوجبت المادة (١٦٦) من القانون ، من جميع الدائنين ، أن يسلموا أمين التفليسة عقب صدور الحكم بشهر الإفلاس ، أصول مستندات ديونهم مصحوبة ببيان بهذه الديون والتأمينات المصاحبة لها حال وجودها ، ومقدارها. ويكون أمين التفليس مسئولاً عن المستندات لمدة سنة من تاريخ انتهاء التفليسة ويعيدها

---

(١) نقض مصرى بتاريخ ١٩٧٨/١٠/٢٥ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٢٩ ، ص١٦٢١.

(٢) وعلاوة على ذلك ، من حق الملاك أصحاب الأشياء التى مازالت قائمة بذاتها فى التفليسة أن يطلبوا استردادها ، ومن ثم لا يخضعوا لواجب التقديم . وكما نرى من ضمنها الأوراق التجارية التى تحت يده والمظهرة إليه تظهيراً توكيلياً لاستيفاء قيمتها وردها للموكل المظهر أو استرداد عقار لا يدخل فى اختصاص المحكمة.

إلى الدائنين بعد قفل التفليسة إذ لم يعد فى حاجة إليها ، وقد تبدو لها فائدة للدائنين فيما بعد. وإذا لم يقدم جميع الدائنين المقيدة أسماؤهم فى الميزانية أصول مستندات ديونهم مصحوبة ببيان الديون ، خلال مدة الثلاثين يوماً التالية لنشر الحكم بشهر الإفلاس ودعوة الدائنين للتقدم بديونهم. فهنا إزاء هذا الفرض ، يتعين على أمين التفليسة النشر فوراً فى الصحيفة اليومية التى نشر فيها حكم الإفلاس ، وللقاضى تحديد وسيلة نشر أخرى يقوم بها أمين التفليسة ، علاوة على النشر فى الصحف. ووفقاً للفقرة الثانية من المادة (١٦٧) على أمين التفليسة خلال الثلاثين يوماً المحددة ، إخطار الدائنين الواردة أسماؤهم بالميزانية المعتمدة للمفلس فى حالة وجودها بالحكم والتقدم فى التفليسة ، وكذا إخطار كافة الجهات الحكومية. وبطبيعة الحال يعد النشر دليلاً على علم الكافة للدعوة للتقديم.ويجب على الدائنين تقديم أصول مستندات ديونهم مصحوبة بالبيان المذكور ، خلال ثلاثين يوماً من تاريخ النشر الثانى فى الصحف.

وقد رتبت الفقرة الأخيرة الجزاء المترتب على مخالفة ما تقدم ، وهو سقوط حق الدائنين فى الدخول فى التفليسة ، أو سقوط حق المتقاعس منهم ، ولذا لم يعد له الحق فى التمسك بدينه تجاه جماعة الدائنين ، وما أصبح أمامه إلا الرجوع على المفلس وفقاً للقواعد العامة بعد انتهاء التفليسة ذاتها.

طريقة تقديم الديون والأثر المترتب على ذلك:

لم يقتض المشرع شكلاً معيناً للتقديم بالديون، كل ما هناك أن يسلم الدائنون المستندات المثبتة لديونهم لأمين التفليسة ، كسندات ومحررات الدين ، والعقود محل التعاقد ، وصور الأحكام القضائية الصادرة والتى تثبت المديونية ، وغيرها من المستندات الدالة على ثبوت المديونية . وإن كان البعض[١] قد

---

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق ، ص٣١٠.

أبدى تخوفه من هذا الإجراء ، لاحتمال تعرضها للفقد أو التلف ، وأنه كان أولى بالمشرع أن يستعيض عنها بإقرار الدائن. ويجوز أن يكون تقديم الدين عن طريق وكيل ، فلا يلزم حضور الدائن بنفسه.وقد استقر الرأى الفقهى[1] على أن حق الدائن فى التقدم بدينه ليس من الحقوق الشخصية ، ومن ثم حال إهماله فى هذا الإجراء ، لدائنه استعمال حقه والتقدم بالدين باسمه ، باعتباره صاحب مصلحة فى القيام بهذا الإجراء. ويجب أن يرفق الدائنون بالمستندات السابقة ، بياناً يذكر فيه مقدار الدين ونوعه ، أى ما إذا كان ديناً عادياً أو مضموناً. كما يستوى أن يقدم الدائن هذه المستندات والبيان اللازم بنفسه أو عن طريق وكيل عنه.

على جانب آخر ، ولما كان تقديم الدائن بالدين يعد بمثابة مطالبة قضائية ذات نوع خاص ، فإنه تسرى عليه كل الآثار القانونية المترتبة على رفع دعوى مطالبة بالدين[2]، كقطع التقادم ، وسريان الفوائد تجاه المفلس ، والذى يكون له ، أى للدائن ، حق المطالبة بها بعد انتهاء التفليسة ، أو إذا تبق مال بعد سداد الديون ، كما يصير للدائن حق الاشتراك فى التصويت على الصلح ، والاشتراك فى التوزيعات إلى غير ذلك.

---

(١) د. عبدالفضيل محمد أحمد: مرجع سابق ، ص٢٩٥؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق ، ص٢٥٥؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق ، ص٣١٠ وغيرهم.

(٢) راجع فى القضاء: نقض مصرى بتاريخ ١٩٨٠/٥/٢٧ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة ٣١ ، ص١٥١٠ ، راجع د. حسين الماحى ، ص٣١٢.

الفرع الثانى
تحقيق الديون

ماهية تحقيق الديون:

هو إجراء يتم بمقتضاه التحقق من الدين تمهيداً لقبوله أو رفضه ، وهو يتم بعد انقضاء المواعيد المحددة لتقديم الديون. وقد اختصر المشرع بموجبه وقتاً طويلاً كان من الممكن أن يتقرر إذا كان يؤول للقضاء هذه المهمة ، مما كان يترتب عليه تعطيل إجراءات التفليسة[١].

الديون التى لا تخضع للتحقيق:

بحسب الأصل ولئن كانت تخضع جميع الديون المقدمة للتحقيق ، أيًا كانت طبيعتها ، تجارية كانت أم مدنية ، عادية أو مضمونة ، حالة الأداء أو مؤجلة ، إلا أن هناك بعض الديون ، ولحكمة ما ، لا تخضع لإجراءات التحقيق والمنازعة فيها وهى:

١-الديون المستحقة والواجبة السداد للحكومة بسبب الرسوم والضرائب على اختلاف أنواعها[٢].

٢-وفقاً للمادة (٢٠١) من القانون ، لا تخضع سندات القرض أو صكوك التمويل التى أصدرتها الشركة لإجراءات تحقيق الديون. ويتعين أن تقبل هذه السندات أو الصكوك بقيمتها الأسمية بعد استنزال ما تكون الشركة قد دفعته

---

(١) وكان فى ظل قانون التجارة لسنة ١٨٨٣ ، يتم تحقيق الديون عن طريق جمعية تعرف بهذا الاسم ، وكان مقصد المشرع آنذاك ، أن يكون الدائنون رقباء على بعضهم البعض ، وترك لهم مهمة قبول الدين أو رفضه. د. حسين الماحى: مرجع سابق ، ص٣١٥.

(٢) المادة (٣/١٦٨) من القانون.

منها[1]. وفى حال ما إذا اشترط أداء مكافأة ، كالسندات بمكافأة[2]، عند الوفاء بسند القرض ، وجب قبول السند بقيمته الأسمية مضافاً إليها الجزء الذى استحق من تلك المكافأة حتى صدور الحكم بشهر الإفلاس.وعلاوة على ذلك ، كل الديون التى لم تخضع لإجراء التقديم ، فهى أيضًا لا تخضع للتحقيق على نحو ما ذكرنا سلفاً ، كديون الأجور والمرتبات المستحقة للعاملين بالقدر الذى حددته المادة (١٣٨)، والديون التى تتقرر فى ذمة المفلس بعد صدور حكم شهر الإفلاس ، والديون التى تنشأ فى ذمة جماعة الدائنين نفسها.

الوقت الذى يتعين فيه إجراء تحقيق الديون وكيفيته:

بعد مضى مدة الثلاثين يوماً التالية لنشر حكم شهر الإفلاس ، ودعوة الدائنين لتقديم ديونهم للمرة الثانية فى الصحيفة التى سبق وأن نشر فيها حكم الإفلاس ، يبدأ أمين التفليسة فى عملية تحقيق الديون التى تقدم دائنوها ، وذلك بمعاونة مراقب التفليسة ، وحضور المفلس نفسه أو بعد إخطاره بالحضور ، مما يعنى أنه ليس من الضرورى حضوره.ومن البديهى أن يجرى تحقيق كل دين على حده واستناداً لما قدمه الدائن من مستندات والبيان الذى يتعلق به ، وذلك على ضوء ملاحظات المدين ومراقب التفليسة.

وإذا نازع أمين التفليسة أو المراقب أو المفلس فى صحة أحد الديون أو فى مقداره أو فى ضماناته ، يتعين على أمين التفليسة إخطار الدائن فوراً بذلك. على أن يكون للدائن تقديم إيضاحات كتابية أو شفوية خلال عشرة أيام من

---

(١) كما لو قامت الشركة باستهلاك جزءاً منها حال حياة الشركة.

(٢) وهى سندات تصدر بقيمة اسمية معينة ، غير أنه يحصل المكتب فيها على مكافأة فى وقت استردادها ، وذلك كله لقاء أن الفائدة عليها تكون أقل من فوائد (عوائد) السندات العادية.

تاريخ تسلم الإخطار[1] حول الدين محل المنازعة. وفقًا للمادة (١٦٩) ، يودع أمين التفليسة قلم كتاب المحكمة بعد الانتهاء من عملية تحقيق الديون ، قائمة بها تشتمل على بيان بمستنداتها وأسباب المنازعة فيها إن وجدت ، وما يراه بشأن قبولها أو رفضها.كما يودع كشفاً بأسماء الدائنين الذين يدعون أن لهم تأمينات خاصة على أموال المفلس مبيناً مقدار ديونهم ونوع تأميناتهم والأموال المقررة عليها.على أنه يجب أن يتم هذا الإيداع خلال أربعين يوماً على الأكثر من تاريخ النشر لدعوة الدائنين للتقدم بديونهم. وعلى أمين التفليسة خلال مدة ستة أيام من تاريخ الإيداع أن ينشر فى صحيفة يومية بياناً بحصوله.

ولكل ذى مصلحة الإطلاع على القائمة والكشف المودعين بقلم كتاب المحكمة[2].

- المنازعة فى الديون محل التحقيق:

أ- من له حق المنازعة: لم يغلق المشرع الباب فى شأن المنازعة فى بعض الديون محل التقديم ، فالرغبة فى سرعة إنجاز التفليسة ، لا ينبغى أن تكون على حساب الدائنين ، فيكون لمن له مصلحة فى المنازعة فى أحد الديون متى كان واضحاً إمكانية عدم تحقيقها ، أن ينازع فيها. لذا أجاز المشرع للمفلس نفسه ولكل دائن ورد اسمه فى قائمة الديون ، أن ينازع فى صحة الديون المدرجة فى القائمة ، أو فى مقدراها المحدد لها ، أو فى التأمينات التى تضمنها ، وذلك خلال عشرة أيام من تاريخ النشر فى الصحف عن حصول الإيداع. وتسلم المنازعة إلى قلم كتاب المحكمة أو ترسل إليه

---

(١) المادة (١٦٨) من القانون.

(٢) المادة (٤/١٦٩) من القانون؛ وراجع د. على سيد قاسم: مرجع سابق ، ص٢٥٨؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٣١٨.

بكتاب مسجل مصحوباً بعلم الوصول،وعلى قلم الكتاب عرضها فوراً على قاضى التفليسة. وقد حظر المشرع إضافة ميعاد مسافة إلى هذا الميعاد[١].

بيد أنه يجوز لقاضى التفليسة أن يعتبر الدين محل نزاع ولو لم تقدم بشأنه أى منازعة ، ومن غير أن يتقيد بالموعد السابق ذكره[٢].

ب- إجراءات المنازعة والفصل فيها:

من الثابت أنه تطرح المنازعة فى الميعاد المحدد لتسليمها ، على قلم كتاب المحكمة التى قضت بشهر الإفلاس ، أو يتم إرسالها إليه بموجب كتاب مسجل مصحوب بعلم الوصول ، وهنا يتعين على قلم الكتاب عرضها فوراً على قاضى التفليسة[٣].

أما فيما يتعلق بالفصل فى هذه المنازعة ، فبعد مضى ميعاد المنازعة ، وهو عشرة أيام من تاريخ النشر فى صحيفة يومية بحصول الإيداع ، وفى خلال ثلاثين يوماً من تاريخ انقضاء ميعاد المنازعة ، يضع قاضى التفليسة قائمة نهائية بالديون التى ليست محل نزاع ، ويقوم أمين التفليسة بالتأشير على البيان المقدم والمصحوب لمستندات الديون المقدمة ، بما يفيد قبولها ، وكذلك مقدار ما قبل من كل دين منها[٤].

ويقوم قاضى التفليسة بالفصل فى الديون محل النزاع إما تباعاً واحداً تلو الآخر أو جملة معاً ، وذلك خلال الثلاثين يوماً التالية لانتهاء ميعاد المنازعة. ويجب على قلم كتاب المحكمة إخطار ذوى الشأن بميعاد الجلسة

---

(١) المادة (١٧٠) من القانون.

(٢) راجع المادة (١٧١) من القانون.

(٣) المادة (١٧٠) من القانون.

(٤) راجع المادة (١٧١) من قانون الإفلاس.

المحددة لنظر النزاع قبل انعقادها بثلاثة أيام على الأقل.وفى النهاية لا يعدو قرار قاضى التفليسة أن يخرج عن ، إما قبول الدين أو رفضه. ويجوز الطعن أمام المحكمة فى القرار الصادر من قاضى التفليسة خلال عشرة أيام من تاريخ صدوره.

غير أنه لا يترتب على الطعن المذكور وقف إجراءات التفليسة([1]) ، وهو حكم طبيعى مالم تأمر المحكمة بوقفها ، متى قدرت المحكمة أن الدين على جانب كبير من الأهمية ، وأنه يتوقف على الفصل فيه معالم التفليسة (م١٧٢).ويكون للمحكمة التى تنظر الطعن ، أن تقضى قبل الفصل فيه بقبول الدين مؤقتاً بمبلغ تقرره[٢]. أما إذا كان الطعن فى الدين متعلقاً بتأميناته ، تعين قبوله مؤقتاً كدين عادى ، حتى يتضح مصير التأمين الذى يضمن الدين.ولا يجوز الطعن فى حكم المحكمة برفض الدين نهائياً أو بقبوله. وأيضًا لا يشترك الدائن الذى لم يقبل دينه نهائياً أو مؤقتاً فى إجراءات التفليسة[٣].

قبول الدين:

بناء على ما تقدم كله ، يعد الدين مقبولاً فى بعض الحالات وهى ، إذا أصدر قاضى التفليسة عند نظر المنازعة فى الدين قراراً بقبوله ، أو إذا أدرج الدين فى القائمة النهائية المتضمنة للديون التى ليست محل نزاع ، والتى يقوم قاضى التفليسة باعتمادها بعد انتهاء ميعاد المنازعة. وهنا - من البديهى - يؤشر أمين التفليسة على البيان الذى يصحب مستندات الدين ، بما يفيد قبوله

([1]) الطعن رقم ٥٦٤ لسنة ٣٤ق، جلسة ١٩٦٩/٤/٢٩، المكتب الفني،السنة ٢٠، ص٦٩٩.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٦٠-٢٦١.

(٣) المادة (١٧٢) من القانون الجديد.

وقدر ما قبل منه. وأخيراً إذا تم الطعن فى قرار قاضى التفليسة الذى رفض قبول الدين ، بينما قضت المحكمة بإلغاء قراره واعتماد وقبول الدين ، باعتباره أنه لا يجوز الطعن فى حكم المحكمة الصادر برفض الدين أو بقبوله على نحو ما أسلفنا[1].

إجراءات التوزيعات الأولية:

ولما كان شهر الإفلاس ، يهدف إلى تمكين الدائنين من حصولهم على حقوقهم ، عن طريق بيع أموال المفلس وتحصيل ما له ، ويقدم أمين التفليسة إلى قاضيها ، تقارير فى مواعيد دورية عن حالتها ، ويودع المبالغ التى تم تحصيلها لحساب التفليسة ، خزانة المحكمة أو بنك يعينه قاضى التفليسة فى يوم التحصيل أو فى يوم العمل التالى له على الأكثر[2]، حتى تتم تصفية كل أموال المفلس.

بيد أن الصعوبة قد تبدو حال ما إذا استمرت أعمال التصفية وقتاً طويلاً لمبررات تخرج عن إرادة أمين التفليسة ، أو لتشعب أموال المدين ، ومن هنا وبدلاً من يحرم الدائنون من الأموال التى تم تحصيلها ، فقد أجاز القانون[3]، لقاضى التفليسة ، وفى أى مرحلة كانت عليها التفليسة ، أن يأمر بإجراء

---

(١) حرى بالذكر أن بعض القضاء الفرنسى قد اتجه إلى تكييف قبول الدين على أنه عقد قضائى ، طرفاً هذا العقد كل من الدائن بشخصه وجماعة الدائنين عن طريق جمعية تتم بحضور أمين التفليسة (مأمور التفليسة) ومنه نقض فرنسى ١٩٤٧/٧/٣١ ، دالوز ١٩٤٨ ، ٤١. فى حين يتجه القضاء الحديث إلى أنه بمثابة حكم حائز لقوة الأمر المقضى حال انتهاء مواعيد الطعن فيه ، ومنه نقض ٢٠٠٣/٢/١٨. د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٦٤.

(٢) المادة (٢٣٤) من القانون.

(٣) المادة (٢٣٦) من القانون.

توزيعات على الدائنين الذين تم تحقيق ديونهم.وقد راعى المشرع من هذا الحكم ، أن تأخير التوزيع لا يصب فى مصلحة أحد من اطراف التفليسة ، فهو ليس فى مصلحة المدين ، كى لا يحمله بعبء عوائد الديون حال إذا ما تأخر سداد الديون جراء تأخير التوزيع. كما أن التأخير يضر بالدائنين أيضًا، فالضرر لهم ليس فحسب في عدم إستيفاء الدين كلياً أو جزئياً، وإنما في التأخير في الحصول عليه .

على أن يتم التوزيع الأولى بموجب قائمة تعد من قبل أمين التفليسة ، ويعتمدها قاضى التفليسة بإجراء التوزيع ، وتودع لدى قلم كتاب المحكمة. وتأكيداً على عملية السداد الذى تم ، يؤشر أمين التفليسة أو أمين الاتحاد على سند الدين بالمبالغ التى تم دفعها . ويجب على الدائن الذى شارك فى التوزيع أن يعطى مخالصة على قائمة التوزيع.

المطلب الثالث

الإجراءات المختصرة وقفل التفليسة لعدم كفاية الأموال

أولاً: ماهية الإجراءات المختصرة وحالاتها وقواعدها:

هي إجراءات تقع بطريقة أسرع وأيسر. حيث إن إجراءات التفليسة - كما هو معتاد - قد تستغرق وقتاً طويلاً ربما يمتد لعدة أعوام ، ومعها تستهلك هذه المدة معظم أموال التفليسة ، وهو ما يعود بالضرر على الجميع وهم المدين والدائنين أصحاب الديون. لذا أجاز القانون الجديد[1]، وعلى غرار ما كان منصوصاً عليه فى قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩[2]، لقاضى التفليسة أن يأمر من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين التفليسة أو أحد الدائنين

---

(١) المادة (٢٠٩) من القانون الجديد.

(٢) المادة (٦٩٧) الملغية من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

، بإخضاع التفليسة لإجراءات بسيطة ومختصرة وسريعة. وقد قرر المشرع هذه الإجراءات ، إذ تبين بعد جرد أموال المدين أن قيمتها لا تجاوز خمسمائة ألف جنيه[1]، وهنا يجوز لقاضى التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب أمين التفليسة أو أحد الدائنين باعتباره صاحب مصلحة ، أن يأمر باتخاذ وتطبيق هذا النظام. أما الإجراءات المذكورة ، فتقوم على تخفيض بعض المواعيد إلى النصف فى بعض الحالات وإلغاء بعض الإجراءات من ناحية أخرى.

١- تخفيض بعض المواعيد:

وفقاً للمادة (٢٠٩) من القانون الجديد ، تخفض إلى النصف المواعيد المنصوص عليها فى بعض الحالات[2] وهى:

١- تنص المادة (١/١٦٥) على أنه إذا كان الأصل أن يلتزم أمين التفليسة بأن يقدم إلى قاضى التفليسة تقريراً عن حالة التفليسة والأسباب التى أفضت إلى الإفلاس إبان ثلاثين يوماً من تاريخ إخطاره بالتعيين ، إلا أن هذه المدة تخفض إلى خمسة عشر يوماً حال الإجراءات المختصرة.

٢-بمقتضى المادة (١٦٧) من القانون الجديد، إذا كانت قد أوجبت من دائنى المفلس المقيدة أسماؤهم فى الميزانية تقديم مستندات ديونهم خلال ثلاثين يوماً من تاريخ نشر حكم الإفلاس ، إلا أن هذا الموعد يخفض إلى خمسة عشر يوماً حال الإجراءات المختصرة.

---

(١) وكانت هذه القيمة فى القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ هى خمسين ألف جنيه ، راجع د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٣٢٥.

(٢) الفقرة الأولى من المادة (١٦٥) والمادة (١٦٧) ، والفقرة الثنية من المادة (١٦٨) والفقرة الثانية من المادة (١٦٩) ، والمادة (١٧٠) ، والفقرة الثالثة من المادة (١٧١).

٣-المادة (٢/١٦٨): حيث أوجبت المادة آنفة الذكر على الدائن أن يقدم إيضاحات كتابية أو شفوية خلال عشرة أيام من تاريخ تسلم الإخطار بالمنازعة فى صحة الدين أو مقداره أو الضمانات التى ستتعلق به. إلا أنه حال الإجراءات المختصرة ، تصير المدة خمسة أيام فحسب.

٤-المادة (٢/١٦٩): فقد أوصت هذه المادة من أمين التفليسة أن يودع قلم كتاب المحكمة بعد الانتهاء من تحقيق الديون ، قائمة بها تشتمل على بيان بمستنداتها وأسباب المنازعة فيها إن وجدت ، وذلك خلال أربعين يوماً على الأكثر من تاريخ النشر الثانى لدعوة الدائنين لتقديم ديونهم. وتخفض هذه المدة إلى عشرين يوماً فى الإجراءات المختصرة.

٥-المادة (١٧٠) من القانون: حيث تنص على أنه يحق للمفلس ولكل دائن ورد اسمه بقائمة الديون المودعة ، أن ينازع فى الديون المدرجة بها خلال عشرة أيام من تاريخ النشر فى الصحف عند حصول الإيداع ، وهنا يصير الميعاد فى حالة الإجراءات المختصرة ، خمسة أيام فقط.

٦-المادة (٣/١٧١) وأخيراً تخفض المواعيد الواردة بالمادة المذكورة إلى النصف ، وذلك حال ما إذا قام قاضى التفليسة بالفصل فى الديون المتنازع فيها خلال مدة ثلاثين يوماً من تاريخ انقضاء ميعاد المنازعة[1].

٢- إلغاء بعض الإجراءات:

على جانب آخر ، قرر المشرع إلغاء بعض الإجراءات ، ومنها ما تنص عليه المادة (٢٠٩) من القانون ، وأنه تكون جميع قرارات قاضى التفليسة غير

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٣٢٦ ؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٦٧.

قابلة للطعن فيها ، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك ، أو كان القرار فيما يجاوز اختصاصه لا يعين مراقب للتفليسة ، ولا يغير أمين التفليسة عند قيام حالة الاتحاد ، ولا يجرى إلا توزيع واحد على الدائنين بعد الانتهاء من بيع أموال التفليسة، ويتم التصويت وفقاً للأغلبية المطلقة للدائنين.

وقد أضاف المشرع الفقرة (ب) فى المادة (٢٠٩) بموجب تعديل منه بموجب القانون رقم ١١ لسنة٢٠٢١، وقرر أنه إذا زادت قيمة أموال المفلس على خمسمائة ألف جنيه ، جاز لقاضى التفليسة من تلقاء نفسه او بناء على طلب أمين اتحاد الدائنين أو أى من الدائنين ، أن يجعل التصويت بالأغلبية المطلقة للدائنين ، إذا كان نوع أو طبيعة الديون المقبولة أو عدد الدائنين أو الفئات، لا يسمح بالتصويت بالفئات.

ثانياً: قفل التفليسة لعدم كفاية الأموال:

فى بعض الأحيان ، قد لا تكفى أموال التفليسة لأن تفى بنفقات الإجراءات التمهيدية والأولية ، وهنا أجازت المادة (١٧٣) بشروط محددة ، قفل التفليسة وهو ما تتعرض له:

[أ] ماهية هذا الإجراء:

متى تبين بعد صدور حكم شهر الإفلاس ، أنه لا توجد أموال حالة وكافية لأداء النفقات الضرورية لمرحلة الإجراءات التمهيدية على الأقل ، كمصاريف عمليتى الجرد والميزانية ، وأتعاب الخبراء ورفع الدعاوى وغيرها ، فيجوز لقاضى التفليسة الأمر بقفل التفليسة لعدم كفاية أموالها[1].

---

(١) راجع د. د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص ٣٨٦ وما بعدها. وفي القضاء انظر: الطعن رقم ٦٥١٠ لسنة٧٦ق ، جلسة ٢٠١١/١٢/٢٢. الطعن رقم ١٨١٦ لسنة

ويتخذ هذا الإجراء فى أى وقت منذ شهر الإفلاس وحتى يتم التصديق على الصلح أو يصير الدائنون متحدين . وذلك لأن عدم توفر أموال لكى توزع عليهم ، بعد حصول الاتحاد لا يستلزم قفل التفليسة [1]، فقد تأتى أموال جديدة تعين على سداد الديون ، ولذا يكون قفل التفليسة - فحسب - حال ما إذا لم توجد الأموال اللازمة للإنفاق على إجراءاتها حتى يقرر الدائنون مصيرها.

[ب] شروط قفل التفليسة لعدم كفاية الأموال:

يلزم توفر ثمة شرطين كى يتسنى قفل التفيسة وهما :

١- صدور قرار من قاضى التفليسة ، سواء من تلقاء نفسه ، أو بناء على تقرير من أمين التفليسة أو أمين الاتحاد بحسب الأموال ، وذلك بموجب قرار مسبب. مما يعنى أنه لا يجوز للقاضى اتخاذ هذا القرار بناء على طلب من غير المذكورين فى المادة (١٧٣) كالمدين أو الدائنين أنفسهم ؛ كما يتعين أن يكون القرار مسبباً ومبرراً بأسباب صدوره ، وأنه لا توجد أية فائدة من استمرار التفليسة مع انعدام أو عدم وجود أية موارد تعين على زيادة أموالها أو على الاستمرار فيها.

٢- أن يكون سبب القفل هو عدم كفاية الأموال لسير إجراءاتها. ومن ثم لا يجوز للقاضى اتخاذ قرار القفل حال ما إذا كانت أموال التفليسة توفي بمتطلباتها وكافية للاستمرار فى إجراءات التفليسة ، و ويكون قد أستند لسبب

٧٨ق، جلسة ٢٠١/٤/٢٣، الطعن رقم ٥٠لسنة ٢٦ق،جلسة ١٩٦٢/١/٢٥، مكتب فني،١٣،ص٩٠.

(١) لذا استقر الفقه على أن حكم قفل التفليسة ليس حكماً منهياً لحالة الإفلاس. انظر د. سمير الشرقاوى: مرجع سابق ، ص١٥٥ ؛ د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص ٣٨٩.

آخر خلاف ذلك.

وهنا يثور التساؤل ، هل يملك قاضى التفليسة اتخاذ هذا الإجراء حتى ولو كان على يقين بأن الدائنين لن يحصلوا إلا على جزء قليل من ديونهم؟.

فى الحقيقة نرى ذلك ، لأن قرار قفل التفليسة إنما كان مرده هو عدم كفاية الأموال لاتخاذ الإجراءات التمهيدية وليس لعدم سداد الديون. كذلك ليس من الجدوى بشئ ، أن يتخذ قاضى التفليسة هذا الإجراء ، إذا كانت هناك أموال على وشك أن تدرج فى التفليسة ، أو لم تكن هناك أموال نقدية سائلة ولكن هناك من الأصول ما يمكن بيعها وتحويلها إلى نقود سريعة.

طلب إلغاء قرار القفل:

يجوز للمفلس ولكل ذى مصلحة ، كالدائنين ، ولأمين التفليسة ، أن يطلبوا من قاضى التفليسة ، إلغاء قرار القفل خلال ثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار بقفلها، وذلك شريطة إثبات وجود مال كاف لمواجهة مصاريف استكمال أعمال التفليسة ، أو حال ما إذا أودع مبلغاً كافياً لذلك يقدره قاضى التفليسة . ويتضح من ذلك ، أن المشرع قد أجاز إلغاء القرار السابق صدوره بقفل التفليسة ، إذا توفرت إحدى الحالتين من الحالات السابق ذكرهما.

وعلى النقيض ، إذا أنقضت المدة المنصوص عليها سلفاً دون أن يتقدم أحد بطلب لقاضى التفليسة لإلغاء قرار القفل ، اعتبرت التفليسة منتهية بقوة القانون[1].

التظلم من قرارى قفل التفليسة أو رفض إلغائها:

أجاز المشرع التظلم من كل من قرار قفل التفليسة ورفض إلغائه خلال

---

(١) المادة (٣/١٧٣) من القانون.

مدة عشرة أيام من تاريخ صدوره. بيد أنه لا يترتب على التظلم وقف تنفيذ القرار أو قطع المدة المشار إليها بالفقرة الثانية فى المادة ١٧٣ من القانون ، وهى مدة الثلاثة أشهر من تاريخ صدور القرار بالقفل[١].

أثر القرار الصادر بقفل التفليسة:

من الثابت أن إصدار قاضى التفليسة أمر القفل لعدم كفاية الأموال ، لا ينهى حالة الإفلاس ولا يفضى إلى إزالة ومحو آثار شهر الإفلاس ، بل تظل كل آثار الحكم قائمة ، ويبقى أمين التفليسة قائماً على التفليسة لحماية مصالح جماعة الدائنين ، فهو بمثابة قفل مؤقت، أو بالأحرى إجراء وقتى يوقف أعمال التفليسة إلى حين ما ، فيجوز للقاضى أن يأمر بإعادة فتح التفليسة والاستمرار فى إجراءاتها لاحقاً . ويترتب على ذلك.

١- عودة الحق إلى الدائنين فى اتخاذ الإجراءات ومباشرة الدعاوى الانفرادية تجاه المفلس[٢]، ولكن مع بقاء آثار حكم شهر الإفلاس قائمة ، من حيث غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، ولا يكون له حق التقاضى بنفسه ، وتبقى جماعة الدائنين قائمة إلى غير ذلك.

بيد أنه لا يتعين اختصام أمين التفليسة فى هذه الدعاوى الانفرادية ، وإن جاز له التدخل فيها للدفاع عن مصلحة الدائنين.

٢- إذا كان دين الدائن قد ثبت نهائياً فى التفليسة ، جاز له التنفيذ على أموال المفلس بناء على شهادة من قاضى التفليسة بمقدار دينه ، تعد بمثابة حكم نهائى فيما يتعلق بهذا التنفيذ ، ويؤشر على سند الدين بما يفيد استلام الدائن

---

(١) المادة (١٧٤) من القانون.

(٢) المادة (١/١٧٥) من القانون. كما أنظر في القضاء: الطعن رقم ٦٥١٠ لسنة ٧٦ق، جلسة ٢٠١١/١٢/٢٢.

للشهادة. وفى جميع الأحوال ، يتعين أن تدفع بالأولوية ، مصاريف الإجراءات التى تمت فى أعمال التفليسة[1].مع ملاحظة أن تخويل كل دائن الحق فى استعادة إقامة الدعاوى واتخاذ الإجراءات بصفة فردية على النحو السابق ، لا يعنى أنه يستأثر بما قد يحصل عليه من أموال بمفرده ، وذلك حتى لا يقضى التسابق بينهم إلى الإخلال بمبدأ المساواة. ولذا يلزم كل دائن حصل على مال من دعواه ، بأن يرده إلى التفليسة ، ليقتسمه الجميع قسمة غرماء ، مع حقه فى استرداد ما أنفقه من مصروفات أولاً قبل إجراء أى توزيع.

المبحث الثالث

انتهاء التفليسة

تمهيد وتقسيم:

بحسب الأصل تنتهى التفليسة إذا استطاع المدين المفلس وفاء جل الديون التى تم قبولها ، أو تم إيداع الأموال اللازمة لأدائها. أو حسب ما أوردته المادة (١٧٦) من القانون ، أو تم تحقيق الديون وأسفرت عن عدم وجود ديون مقبولة فى التفليسة ، أو وجود ديون متمثلة فى غرامات جنائية أو ضرائب ورسوم أو تأمينات اجتماعية ، حيث سبق القول إن هذه الديون لا يجوز طلب شهر الإفلاس عنها[2]، أو وجود دائن واحد فقط ، أو اجتمعت الديون فى يد دائن واحد. بيد أن هناك حالتين تنتهى بهما التفليسة ، علاوة على ما سبق ، وهما الصلح مع المدين المفلس ، أو تصفية جميع أموال المفلس والتصديق على الحساب الختامى ،وتنتهى التفليسة بصدور قرار قاضى

---

(١) المادة (٣/١٧٥) من القانون. راجع كذلك: د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٣٣٠-٣٣١ ؛ د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٧٢.

(٢) المادة (٧٩) من القانون الجديد.

التفليسة بإنهائها ويستعيد - حينئذ - المفلس جميع حقوقه[1].

وبناء على ذلك نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب على النحو التالى:

المطلب الأول: انتهاء التفليسة بزوال مصلحة الدائنين.

المطلب الثانى: انتهاء التفليسة بالصلح.

المطلب الثالث: انتهاء التفليسة باتحاد الدائنين.

المطلب الأول

انتهاء التفليسة بزوال مصلحة الدائنين

أجاز المشرع لقاضي التفليسة أن يصدر قراراً بانتهاء التفليسة فى بعض الحالات التى مردها زوال مصلحة الدائنين ، وعدم جدوى التفليسة[2]. وذلك: إذا تم القيام بعملية تحقيق الديون بعد التقدم بها ، وأسفرت فى أى من مراحلها عن عدم وجود ديون مقبولة فى التفليسة ، كما لو ثبت أنها ديون وهمية لا أساس لها ، أو ديون لم تستوف الشرائط القانونية لقبولها والتحقق منها. أو وجود ديون عبارة عن غرامات جنائية أو ضرائب ورسوم على اختلاف أنواعها أو تأمينات اجتماعية ، وهى ديون حظر المشرع طلب شهر إفلاس المدين بسببها. أو وجود دائن واحد فحسب ، أو تم اجتماع الديون كلها فى يد دائن واحد ، كما لو أوفى للآخرين ديونهم او أكتفوا بجزء منها. أو أثبت المدين أنه أوفى جميع ديون الدائنين ، أو عدم وجود أموال للمفلس صالحة للتنفيذ عليها، أو تم الصلح مع المدين المفلس، أو رفض الدائنون لكل من خطة

---

(١) المادة (٢/١٧٧) من القانون الجديد. كما انظر الطعن رقم ٤٦٩٨ لسنة ٨٤ق ، جلسة ٢٠٢٢/١/٢٢.

(٢) انظر فى ذلك د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٤٤٠.

إعادة الهيكلة وبيع أموال المفلس.

ففي جميع هذه الحالات لم تعد هناك ثمة مصلحة فى استمرار التفليسة لزوال أى فائدة منها للدائنين ، إما بسداد الديون أو باستحالة وفاءها ، أو بوجود دائن واحد، ومن الطبيعى أن قاضى التفليسة لا يأمر بإنهاء التفليسة إلا بعد الإطلاع على تقرير من أمين التفليسة[1] الذى يبين فيه إما تمام سداد كل الديون المحققة مع تقديم ما يؤيد ذلك من مستندات ، أو بتقديم ما يثبت إيداع المبالغ لدى أمين التفليسة.

المطلب الثاني

انتهاء التفليسة بالصلح القضائى

وهو يعرف بالصلح القضائى ، والذى يبرم بين المفلس ذاته وجماعة الدائنين ، وبموجبه يعود المفلس إلى إدارة أمواله والتصرف فيها بعد توفر ثمة شروط معينة ، وبمقتضى عدة إجراءات محددة. كما تترتب عليه بعض الآثار.

أولاً: تعريف الصلح القضائى :

هو عبارة عن صلح يتم بين المفلس وجماعة الدائنين[2]، يترتب عليه استعادة المفلس حريته فى إدارة أمواله والتصرف فيها ، مع تعهده بأداء كل أو بعض مما فى ذمته من ديون فى آجال محددة.

---

(١) المادة (١/١٧٧) من القانون. كما انظر د. سميحة القليوبى: مرجع سابق ، ص٢٨٢ ؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٤٤٠.

(٢) انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٧٨ ؛ د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص ٣٩٥. ويكمن الفرق بين الصلح القضائى والصلح الواقى ، فى أنه بينما يبرم الأخير لتوقى شهر إفلاس المدين ، يتقرر الأول بعد حالة شهر الإفلاس ، وبه تنتهى حالة الإفلاس انظر. حكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ١٩٤٩/٧/٧ ، المحاماة ، السنة ١٣١ ، ص١٢٠.

ويفهم من ذلك أنه يتعين موافقة جميع الدائنين أعضاء الجماعة ، لأن الصلح يتضمن منح المفلس أجلاً للوفاء أو الإبراء من جزء من ديونه ، أو يتضمن الأمرين معا، وهو ما يستوجب موافقة كافة الدائنين. على جانب آخر ، قد يتم الصلح بتخلى المفلس عن كل أو جزء من أمواله كى يتم بيعها وتوزيع ما ينتج عنها على الدائنين([1]).

ثانياً: شروط الصلح:

علاوة على الأركان العامة لانعقاد العقد ، وهى كل من التراضى والمحل والسبب ، ولما كان عقد الصلح القضائى هو بمثابة عقد معاوضة ، فإنه يتعين أن يتمتع الدائنون بأهلية التصرف ، باعتبار أنه قد يسفر الصلح عن تنازل أو إبراء ، جزء من الدين ، مما يحتم معه ضرورة توفر أهلية التصرف ، وكذلك يلزم توفر شروط خاصة، ويجوز إتمام الصلح عن طريق وكيل عن أحد الدائنين ، شريطة أن تكون وكالته خاصة بالصلح ؛ وهذه الشروط هى:

١- ألا يكون الإفلاس إفلاساً بالتدليس:

حظرت المادة (١/١٨١) من قانون الإفلاس ، عقد الصلح القضائي مع المفلس الذى حكم عليه بعقوبة الإفلاس بالتدليس[٢]. وهو حكم بديهى بحسبان أن الصلح ينهض على مدين حسن النية يوليه الدائنون قدراً من الثقة ولديهم استعداد للتخلى عن جزء من ديونهم ، وهو ما لا يتماشى مع من حكم عليه بالإفلاس بالتدليس ، فالأخير هو تاجر سئ النية وليس سئ الحظ. بل يرى البعض[٣] أن هذا الحكم يسرى ولو كان الحكم مشمولاً بوقف التنفيذ.

([1]) الطعن رقم ١١٣ لسنة ١٣ق، جلسة ١٩٤٤/١٢/٢١، مجموعة عمر، ع٤، ص٤٩٤.

(٢) المادة (١٨١) من قانون الإفلاس.

(٣) د. محسن شفيق : مشار إليه فى مؤلف د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٨٠.

على جانب آخر ، قررت ذات المادة آنفة الذكر ، أنه إذا بدأ التحقيق مع المفلس فى جريمة الإفلاس بالتدليس ، وجب تأجيل النظر فى الصلح ، حتى يتضح موقفه بثبوت هذه الجريمة من عدمه[1]. فإذا برأت ذمته منها، يتم التصديق عليه. أما إذا صدر الحكم بإدانته ، لم يعد للصلح محل ، وإذا كان قد صدر الحكم بعد التصديق عليه ، فإنه يستتبع بطلان الصلح واعتباره كأن لم يكن. غنى عن البيان أن إفلاس المدين بالتقصير ، لم يعد يحول بين المفلس وإتمام الصلح مع الدائنين ، باعتبار أن النص السابق لم يورد سوى الإفلاس بالتدليس فقط كحائل أمام طلب الصلح القضائى.

٢- موافقة جميع الدائنين:

تنص المادة (٣/١٧٨) من قانون الإفلاس ، على أنه لا يقع الصلح إلا بموافقة جميع الدائنين ، وهو ما يترتب عليه أن لا يجوز عقد الصلح إذا اعترض بعض الدائنين عليه ،وهو شرط - نعتقد - محل نقد ، فالحصول على إجماع الدائنين أمر صعب المنال ، علاوة على ذلك ، قد يظل التساؤل قائماً فيما لو تغيب بعض الدائنين عن عملية التصويت، خاصة إذا كان ذلك بعذر ، هل يحول ذلك دون انعقاد الصلح ، أم أن العبرة بإجماع الحاضرين؟.

ثالثاً: إجراءات الصلح القضائى:

يمر الصلح القضائى بعدة مراحل وإجراءات ، تبدأ بانعقاد جمعية الصلح ، والتصويت عليه ، ثم مرحلة التصديق عليه ، وهو ما نتعرض له.

١- انعقاد جمعية الصلح:

---

(١) انظر : د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٤٤٨ ؛ د. محمود مختار بريرى: مرجع سابق، ص ٤٠١.

لقاضى التفليسة بناء على طلب كل ذى مصلحة ، وفى أى مرحلة كانت عليها الإجراءات أن يباشر إجراءات الوساطة للوصول إلى الصلح[١]. وهو ما مفاده أنه يجوز لكل ذى شأن وصاحب مصلحة ، أن يطلب من قاضى التفليسة ، ومنهم المدين نفسه والدائنين ، إبرام الصلح القضائى. وهنا يكون لقاضى التفليسة أن يبدأ بمباشرة إجراءات الوساطة للوصول إلى الصلح. وللقاضى فى سبيل ذلك ، أن يأمر قلم الكتاب بدعوة الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائياً أو مؤقتاً لحضور المداولة فى طلب الصلح ، كما يحضر المفلس أيضًا.

ويقدم أمين التفليسة ، تقريراً فى الاجتماع الذى حُدد زمانه ومكانه من قبل قاضى التفليسة ، إلى جماعة الدائنين ، ويشتمل على حالة التفليسة وما تم بشأنها من إجراءات ، ومقترحات المفلس فى موضوع الصلح ورأيه فيها[٢].

وبعد الانتهاء ، يوقع محضر الصلح فى الجلسة التى تم فيها التصديق عليها ، ويقوم القاضى بالتصديق عليه ، ويتم نشره بإحدى الصحف اليومية[٣].

٢- التصويت على الصلح[٤]:

كما قلنا إن من حق جميع الدائنين ممن قبلت ديونهم بصفة نهائية أو مؤقتة ، حضور الاجتماع والاشتراك فى مداولات الصلح والتصويت عليه.

حرى بالذكر أن المادة (١٧٩) من القانون قبل إلغاءها، كانت تحظر على الدائنين أصحاب التأمينات العينية المقررة على أموال المفلس الاشتراك

---

(١) المادة (١٧٨) من القانون.

(٢) المادة (٢/١٧٨) من القانون.

(٣) المادة (١٨٠) من القانون.

(٤) راجع فى التصويت على الصلح: د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٤٤٨.

فى التصويت على الصلح بديونهم المضمونة بالتأمينات السابقة ما لم ينزلوا عن هذه التأمينات مقدماً. ويدخل ضمن أصحاب هذه التأمينات ، الدائنون المرتهنون ، وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة ، وغيرهم ممن يعد فى حكمهم.

ولعل كان مرد استبعاد أرباب هذه الحقوق من عملية التصويت على الصلح ، هو وجود تأمينات ضامنة لحقوقهم ، إلا إذا ترأى لهم خلاف ذلك وتكون لديهم الرغبة فى الاشتراك فى الصلح ، وهنا كان يلزم التنازل مسبقًا عن هذه التأمينات . وكنا نرى مع رأى البعض[1]. وهو ذات الحل الذى كان منصوصاً عليه فى قانون التجارة، بأن قيام هؤلاء الدائنون بالصلح دون التصريح بالتنازل عن التامين المقرر لهم ، كلياً أو جزئياً ، يعدون متنازلين عن تأمينهم كلياً ، أياً كان يقصد التنازل أم لا.

ومن ناحية أخرى ، قد يقوم الدائن صاحب التأمينات الخاصة بالتنفيذ على المال الواقع عليه الضمان والمحمل بالتأمين قبل حدوث عملية التصويت على الصلح ، ويجد أن الثمن المترتب عليه غير كاف للوفاء بدينه ، وفى هذه الحالة، يكون له الاشتراك فى عملية التصويت على الصلح بما سيتبقى له ، ولكن كدائن عادى وليس كدائن صاحب تأمين.

وبذات الاتجاه ، قد يكون للدائن دينان ، أحدهما عادياً والثانى ديناً مضموناً بتأمين خاص ، وفى هذه الحالة ، يجوز له الاشتراك فى التصويت على الصلح القضائى بمقتضى الدين العادى مع بقاء حقه قائمة فى الضمان. ولذا حسناً ما فعل المشرع بإلغاء المادة (١٧٩) بتعديل القانون ذاته بموجب القانون رقم ١١لسنة ٢٠٢١.وتقرير أحقية جميع الدائنين أيا كان نوع الدين،

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٨٣.

في الإشتراك في التصويت على الصلح.

- مصير الاتفاقات التى تقرر مزايا خاصة:

واجه المشرع الفرض الذى يحاول فيه المدين منح بعض الدائنين مزايا خاصة ، أو يستغل ويضغط بعض الدائنين على المدين من أجل ذات الهدف. وهو فرض ليس نادراً ، بل قد يحدث بأن يحاول المفلس التفاوض أو المساومة مع بعض الدائنين على أن يمنحوه أصواتهم فى جلسة التصويت على الصلح ، مقابل مزايا خاصة بهم ، كحصولهم على الأجزاء من الدين التى قبل الدائنون الآخرون التنازل عنها. أو تأتى المساومة من قبل بعض الدائنين بالضغط على المدين بمنحهم مزايا أكثر من غيرهم ، مقابل التصويت على الصلح.

وقد اعتبرت المادة (٢٥٤) من القانون أنه يعد إفلاساً بالتقصير ، التاجر الذى حصل على الصلح بطريق التدليس. ووفقاً للمادة (٢٥٧) يعاقب المتفالس بالتقصير بغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائتى ألف جنيه.

كما يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز خمسمائة ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين ، من يشترط من الدائنين مزايا خاصة في نظير إعطاء صوتهم فى مداولات الصلح أو يعقد مشارطة خصوصية لنفعهم وإضراراً بباقى الدائنين[1].

٣- التصديق على الصلح:

يوقع محضر الصلح فى الجلسة التى تم فيها التصويت عليه ، وهو ما يفهم منه أنه لا يجوز انعقاد جلسة الصلح فى وقت ويتم تأجيل التصويت عليه واتخاذ القرار بشأنه إلى جلسة أخرى. ويقوم القاضى بالتصديق عليه ، ويتم

---

(١) المادة (٢٥٨) من قانون الإفلاس.

نشره بإحدى الصحف اليومية[1].

رابعاً: صورة الصلح القضائى المنصوص عليها فى قانون الإفلاس:

على نقيض المادة (٦٧١) من قانون التجارة ، لم تورد المادة (١٨٨) من قانون الإفلاس إلا صورة واحدة للصلح ، وهى تخلى المدين عن أمواله كلها أو بعضها لبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين. على أن ذلك لا يحول دون إمكانية اتفاق المدين والدائنين على صورة أخرى للصلح ، كمنحه أجلاً أو أجالاً للسداد ، أو إبراءه من جزء من الدين أو الأمرين معاً. فالأمر يعدو فى النهاية لاتفاق طرفى الصلح[2].

ويترتب على تخلى المدين عن بعض أو كل أمواله لدائنيه، أن يظل ممنوعاً من التصرف وإدارة أمواله التى قام بالتخلى عنها رغم أنها مازالت على ملكه. على أن تباع الأموال التى تم التخلى عنها ، ويوزع ثمنها طبقاً للقواعد المقررة لبيع وتوزيع أموال المفلس فى حالة الاتحاد.

وعلى فرض أن كان الثمن الناتج عن بيع الأموال التى تخلى عنها المدين يزيد على الديون محل الطلب ، فهنا يتعين رد المقدار الزائد إليه. وهو حكم طبيعى ، لأنه لا يجوز أن يكون الصلح مصدراً للإثراء والحصول على قدر أزيد من المستحق لهم. على النقيض إذا لم تكف الأموال التى تم التخلى عنها من المدين ، لوفاء الديون كلياً ، تبرأ ذمة المفلس من القدر الذى لم يوف

---

(١) المادة (١٨٠) من قانون الإفلاس.

(٢) والتى ألغيت بصدور قانون الإفلاس الجديد ، والتى كانت تنص على أنه يجوز أن يتضمن الصلح منح المدين أجلاً لوفاء الديون. كما يجوز أن يتضمن إبراءه من جزء من الدين ويجوز أن يعقد الصلح بشرط الوفاء إذا أيسر المدين خلال مدة تعين فى عقد الصلح...".

به. وإن - كما يرى البعض [1]- بقى فى ذمته كدين طبيعى لا يجبر على إدائه.

خامساً: آثار الصلح القضائى:

يترتب على التصديق على الصلح القضائى ، بعض الآثار القانونية تجاه كل من الدائنين والمفلس ، وأيضاً إزاء من يلتزم بالوفاء مع المدين . وهو ما نتعرض له.

[١] آثار الصلح بالنسبة للدائنين:

يترتب - أولاً - على إتمام الصلح ، زوال التفليسة ومعها جماعة الدائنين ، إذ تنتهى مهمة أمين التفليسة ، وعليه يسترد الدائنون حقوقهم فى إقامة الدعاوى واتخاذ الإجراءات الانفرادية على أموال المفلس إذا كان قد تبقى لهم مال فى ذمته. بيد أن نفاذ الصلح لا يكون تجاه جميع الدائنين ، بل يسرى فحسب على الدائنين الذين تم قبول ديونهم بصفة نهائية أو مؤقتة.

كذلك لا تسرى آثار وشروط الصلح ، على كل من الدائنين الذين صار لهم تعامل مع أمين التفليسة بعد صدور حكم شهر الإفلاس ، لأنهم يعدون دائنين لجماعة الدائنين أنفسها وليس أعضاء فيها ، والدائنين المتعاملين مع المفلس بعد صدور ذات الحكم ، باعتبار أنه لا يحتج بديونهم تجاه جماعة الدائنين ذاتها.

وقد أضاف بعض الفقه [2]، علاوة على ما تقدم ، أن الصلح يقتصر على تعديل مقدار الديون أو مواعيد استحقاقها أو كل من الأمرين معًا ، ولكن

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٨٧.

(٢) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٩٣-٢٩٤ ؛ كما أنظر حكم محكمة مصر الأهلية الجزئية بتاريخ ١٩٤٠/١١/١٢ ، مجلة المحاماة ، السنة ٢١ ، ص٣٧٢.

لا يجدد الدين ، فلا ينال الصلح من جوهر أو طبيعة الحقوق ، ليظل كل دين محتفظاً بطبيعته التى كانت له قبل الصلح ، فيبقى الدين محتفظاً بطبيعته التجارية وخاضعاً لتقادمه ، وإذا كان ثابتاً فى ورقة تجارية فيظل خاضعاً للتقادم الصرفى إلى نحو ذلك.

[٢] آثار الصلح بالنسبة للمفلس:

يترتب على التصديق على الصلح ، زوال التفليسة وانتهاء مهمة أمين التفليسة والذى عليه أن يقدم حساباً ختامياً إلى المفلس ، ومعه جميع دفاتره وأوراقه وأمواله وذلك بإيصال ، ويثبت ذلك فى محضر - يحرره قاضى التفليسة[١]. غير أنه لا يسأل أمين التفليسة عن هذه الأشياء إذا لم يتسلمها المفلس خلال مدة سنة من تاريخ إقرار الحساب الختامى.

أما من ناحية المفلس ، فيسترد حريته ويعود إلى إدارة أمواله [٢]، مما مفاده زوال غل اليد الذى كان سبق وأن تقرر بحكم شهر الإفلاس. ويكون منذ ذلك الحين مسئولاً عن تصرفاته فيما يجريه من معاملات.

كذلك يعود للمفلس حقه فى التقاضى ، برفع دعاوى جديدة ، أو الاستمرار فى الدعاوى المرفوعة والتى لم يفصل فيها حتى إتمام الصلح القضائى ، كما يكون له استئناف الأحكام الصادرة ضده إلى نحو ذلك.

[٣] آثار الصلح القضائى على الملتزمين مع المفلس:

---

(١) المادة (٣/١٨٢) من القانون.

(٢) وقد قضى بأن يستمر أمين التفليسة فى وظيفته حتى تنتهى التفليسة بالصلح ، وهنا يستعيد المفلس إدارة أمواله: نقض ١٩٦٣/١٢/٢٦ ، المجموعة الرسمية ، السنة ١٤ ، ص١٢٠٢.

من أهم القواعد التى تقوم عليها الكفالة في القانون المدنى ، أنها تدور مع الدين المكفول وجوداً وعدماً ، بمعنى أن تبرأ ذمة الكفيل ببراءة ذمة المدين المكفول. وأنه إذا حدث تصالح بين الدائنين وأحد المدينين المتضامنين ، فإنه يستفيد الباقون منه حال ما إذا نص الصلح على الإبراء من الدين مثلاً. فما يسرى على المدين من تيسير،يسرى - كذلك - على المتضامنين معه كالكفلاء.

بيد أن المادة (١٣٣) من القانون ، قد جاءت بحكم مغاير لما سبق ، بقولها أنه إذا تم الصلح مع الملتزم الذى أفلس ، فلا تسرى شروطه على الملتزمين الآخرين ، وهو ما مؤداه أنه إذا استفاد المفلس والملتزم مع غيره بدين ما ، من شكل أو صورة من صور الصلح حسب ما اتفق عليه ، كمنحه أجلاً للسداد ، فإن الملتزمين معه ، كالكفلاء ، لا يستفيدون من هذا التيسير . ومن ثم قد يفاجأ الكفيل أو الملتزم مع المدين بالرجوع عليه بكل الدين.

ولذا يرى بعض الفقه [١]، أن أمام الدائن ، إما أن ينتظر حتى يتسنى له الحصول على النصيب المحدد له فى الصلح ، ثم يرجع على الكفيل أو الملتزمين الآخرين بما تبقى. وهنا لا يحق للكفيل الرجوع على المدين الأصلى بما أداه ، أو يكون للدائن أن يطالب الكفيل مباشرة بكل الدين ، وإزاء هذا الفرض يحل الكفيل محل الدائن فيما له من حقوق تجاه المفلس ، فلا يستطيع مطالبة المدين المكفول إلا بقدر ما للدائن لديه.

وترجع العلة من وراء إقرار هذه القاعدة وبالمخالفة للقواعد العامة ، لكى لا تضيع الفائدة المرجوة من الصلح ، فالكفيل يدرك جيداً مدى الخطر الذى يتعرض له حال كفالة غيره منذ البداية ، ولاسيما حال إفلاس المكفول.

---

(١) د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٩٥.

سادساً: بطلان أو فسح الصلح القضائى والآثار المترتبة عليهما:

قد يتعرض الصلح القضائى للبطلان أو الفسخ باعتباره عقداً ، وكان من البديهى أن يخضع للقواعد العامة فى العقود ، إلا أن المشرع قد خرج على ذلك فى بطلان الصلح وهو ما نعرض له.

[أ] بطلان الصلح القضائى:

لم يقر المشرع ، وخروجاً على القواعد العامة فى بطلان العقود ، بطلان الصلح القضائى إلا فى ثمة حالتين ، وهما :الحكم على المفلس بعقوبة الإفلاس بالتدليس ، وظهور غش منه بعد التصديق على الصلح القضائى.

١- الحكم على المدين المفلس بعقوبة الإفلاس بالتدليس:

قرر المشرع فى المادة (١٨٣) من القانون الجديد، أنه إذا تقرر الحكم على المفلس فى إحدى جرائم الإفلاس بالتدليس المنصوص عليها فى المادة (٢٥٢) من القانون ، وذلك بعد إتمام الصلح بين المفلس والدائنين وتصديق قاضى التفليسة عليه ، فإنه يترتب على ذلك بطلان الصلح. وهو حكم بديهى باعتبار أن المفلس المتصالح ما استطاع أن يحصل على الصلح إذا كان الحكم بالإفلاس بالتدليس قد صدر قبل الصلح.

ووفقًا للمادة (١٨٤) من القانون ، إذا بدأ التحقيق مع المفلس فى جريمة الإفلاس بالتدليس بعد التصديق على الصلح ، أو إذا أقيمت عليه الدعوى الجنائية فى هذه الجريمة بعد التصديق عليه ، فهنا - إزاء هذا الفرض - يجوز للمحكمة التى أصدرت حكم شهر الإفلاس ، بناء على طلب النيابة العامة أو كل ذى مصلحة ، أن تأمر باتخاذ ما تراه من تدابير للمحافظة على أموال المدين.

وتلغى هذه التدابير بحكم القانون ، إذا تقرر حفظ التحقيق ، أو صدر

قرار بأن لا وجه لإقامة الدعوى ، أو حكم ببراءة المفلس.

٢- تدليس المفلس المتصالح بإخفاء موجوداته أو المبالغة فى ديونه:

تقوم هذه الحالة على ظهور غش من قبل المفلس بعد إتمام الصلح والتصديق عليه ، ويتخذ ذلك أحد شكلين ، إما أن يقوم المفلس المتصالح بإخفاء موجوداته أو المبالغة فى ديونه التى عليه ، كما لو قام بتهريب جزء من أمواله مادياً ، أو أن يلجأ إلى اصطناع ديون من أجل المبالغة فيما عليه[١].

دعوى البطلان:

يترتب بقوة القانون على القضاء بعقوبة الإفلاس بالتدليس على المفلس المتصالح ، بطلان الصلح ، ويصير الدائنون فى حالة اتحاد[٢]، كما لم يعد الكفيل ضامناً لتنفيذ شروط الصلح ، حيث تبرأ ذمته فى هذه الحالة[٣].

بيد أنه يتعين وفقاً للمادة (٢/١٨٣) ، تقديم طلب البطلان ، خلال ستة أشهر من يوم ظهور التدليس وإلا كان الطلب غير مقبول. وفى جميع الأحوال ، لا يكون طلب إبطال الصلح مقبولاً إذا قدم بعد انقضاء سنتين من تاريخ التصديق على الصلح[٤].

[ب] فسخ الصلح القضائى:

تنص المادة (١٨٥) من القانون ، على أنه إذا لم يقم المفلس بتنفيذ شروط الصلح ، جاز فسخه من المحكمة التى أصدرت حكم شهر الإفلاس .

---

(١) راجع د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٢٩٧.

(٢) د. عبدالفضيل محمد أحمد : مرجع سابق ، رقم ١٩٧.

(٣) المادة (٣/١٨٣) من القانون.

(٤) المادة (٤/١٨٣) من القانون.

ويكون طلب الفسخ قائماً لكل دائن دون أمين التفليسة والذى من المسلم به أن مهمته قد انتهت بالتصديق على الصلح.

على أن تقدم أحد الدائنين بطلب فسخ الصلح ، ليس من مقتضاه التزام المحكمة بالقضاء له بما تقدم به ، فالأمر يخضع للسلطة التقديرية لها ، والتى لها أن تستجيب لطلب الفسخ إذا تراءى لها عدم تنفيذ المتصالح المفلس لشروط الصلح ، أو ترفض الطلب إذا تبين لها غير ما تقدم ، أو أن ما لم يوف به المفلس كان جزءاً بسيطاً لا يستوجب الفسخ. وعلى نقيض بطلان الصلح ، لا يترتب على فسخ الصلح براءة ذمة الكفيل الذى يضمن تنفيذ شروطه ، ويتعين تكليف الكفيل بحضور الجلسة التى تنظر فيها طلب فسخ الصلح.

الآثار القانونية المترتبة على فسخ أو إبطال الصلح:

يزول الصلح بمجرد صدور حكم بإبطاله أو فسخه ، وذلك بالنسبة لجميع الدائنين ، بعض النظر عما إذا قد تم البطلان أو الفسخ بناء على طلب أحد الدائنين أو جميعهم. ويعقب ذلك إعادة فتح التفليسة مرة أخرى لتبدأ من حيث انتهت قبل إبرام الصلح. أى بما مؤداه أن تعود التفليسة وتستأنف إجراءاتها ، فيعود إلى الدائنين كامل ديونهم بالنسبة إلى المفلس فقط [1]، كما يشترك هؤلاء الدائنون فى جماعة الدائنين بديونهم الأصلية كاملة إذا لم يكونوا قد قبضوا شيئاً من القدر الذى تقرر لهم فى الصلح ، وإلا وجب تخفيض ديونهم الأصلية بنسبة ما حصلوا عليه من القدر المذكور.

أى أذا حصل وفاء لبعض الديون كاملاً ، فإنها تستبعد من التفليسة ، أما الديون التى حصل لها وفاءً جزئياً ، فإنهم لا يشتركون إلا بالمتبقى منها.

---

(١) المادة (١٨٧) من القانون.كما راجع د. بهجت قايد، عمليات البنوك والافلاس، مرجع سابق،ص٤٤٨.

بيد أن المشرع قد خرج على القواعد السابقة ، والتى تقضى بزوال كل ما ترتب خلال الفترة التى كانت قبل فسخ أو بطلان الصلح ، ووجوب اعتبار الصلح كأن لم يكن ، وقرر فى المادة (١٨٦) من القانون، بأن التصرفات الحاصلة من المدين بعد التصديق على الصلح وقبل إبطاله أو فسخه ، تكون نافذة فى حق الدائنين ، ولا يجوز لهم طلب عدم نفاذها فى حقهم إلا وفقًا لأحكام المادة (٢٣٧) مدنى، ومقتضى قواعد الدعوى البوليصية.

ولعل مرد ما قرره المشرع فى هذه المادة ، هو مراعاة لاستقرار المعاملات التجارية وعدم إلحاق ضرر بالغير الذى لم يكن على علم بذلك. فلذا أقر بصحة التصرفات الصادرة من المتصالح المفلس بعد التصديق على الصلح وقبل القضاء بإبطاله أو فسخه. وإذا رغب الدائنون فى عدم نفاذها تجاههم ، فلا يكون ذلك إلا بمقتضى الدعوى البوليصية ، وهى دعوى عدم النفاذ .على أن تسقط دعوى عدم النفاذ المذكورة بمضى سنتين من تاريخ إبطال الصلح أو فسخه.

يترتب على ذلك ، ظهور طائفة جديدة من الدائنين ، تعرف بالدائنين الجدد ، وهم الذين نشأت ديونهم بعد التصديق على الصلح وقبل إبطاله أو فسخه ، والذين لا يعدون طرفاً فى الصلح ، نقيض الدائنين القدامى الذين تسرى عليهم شروط الصلح.

المطلب الثالث

انتهاء التفليسة باتحاد الدائنين

تمهيد وتقسيم:

يصير الدائنون بقوة القانون فى حالة اتحاد فى حالة توفر أحد الأسباب القانونية، أو حالة من الحالات التى يضحى معها لازماً وجوب اتحاد الدائنين

واتجاه عزمهم ووقوفهم أمام المدين وبيع أمواله وتوزيع ثمنها عليهم. ويتأتى ذلك حال ما إذا لم يطلب المدين المفلس الصلح بعد عملية تحقيق الديون ، أو قام بطلب الصلح ورفض طلبه ، أو حصل المدين بالفعل على الصلح ولكنه تعرض للبطلان أو الفسخ.

مؤدى ذلك أن الاتحاد ليس مؤداه وحسب اللفظ المادى له، أن يتحد الدائنون معاً ووجود اتفاق بينهم ، بل هو حالة قانونية تعبر عن اتجاه الدائنين للوقوف أمام المدين والمطالبة بحقوقهم دون تنازل أو تخلى عن جزء من الأموال ، أو تهاون ، بعد أن صار لا أمل معه فى صلح أو هدنة[1]. وعليه تستمر إجراءات التفليسة حتى يتم تصفية أصول التفليسة ويوزع ما تبقى منها على الدائنين . وبناء على ذلك نقسم هذا المطلب إلى فرعين:

الفرع الأول

أحكام اتحاد الدائنين

أولاً: حالات اتحاد الدائنين:

١-حال ما إذا لم يطلب أى من أصحاب المصلحة ، كالمفلس أو ورثته ، من قاضى التفليسة إجراء الوساطة بهدف الوصول إلى الصلح. وهنا لا مناص من اتحاد الدائنين.

٢-إذا تقدم المدين بطلب الصلح ولكنه رفض من قبل الدائنين لعدم جدواه أو لشكهم فى قدرة المدين على تنفيذه ، أو رفض قاضى التفليسة التصديق عليه.

---

(١) راجع فى هذا الشأن: د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٤٨٣ ؛ د. على قاسم: مرجع سابق، ص ٣٠٥ ؛ وفى القضاء: حكم محكمة الإسكندرية الأهلية بتاريخ ١٩٤١/٣/٢٢ ، مجلة المحاماة المصرية ، السنة ٢٢ ، ص٣٩٠. استئناف القاهرة بتاريخ ١٩٥٦/٥/٢٢ ، موسوعة عبدالمعين لطفى ، ص٤٩٤.

٣-أخيراً إذا تمكن المدين - كما أسلفنا القول - من الحصول على صلح ولكن أبطل ، لأن فى هذه الحالة لا يجوز له أن يحصل على صلح آخر بعد بطلان الصلح الأول ، مما يحتم اتحاد الدائنين. على النقيض فسخ الصلح ، لا ينال من جواز منح المدين صلحاً آخر ، فإذا لم يتقدم المدين بالأخير ، فلا مناص من اتحاد الدائنين.

ثانياً: ما يترتب على قيام حالة اتحاد الدائنين:

من الطبيعى بعد توفر إحدى الأسباب أو الحالات الموجبة لقيام اتحاد الدائنين ، أن يدعو قاضى التفليسة الدائنين ، للمداولة فى شئون التفليسة ، ومدى الإبقاء على أمين التفليسة أو تغييره. بيد أنه يطلق على الأمين فى هذه المرحلة ، مسمى أمين اتحاد الدائنين.

فإذا قرر الدائنون الإبقاء عليه ، فإنه يظل يباشر مهامه حتى انتهاء التفليسة ، أما إذا قررت أغلبية الدائنين الحضور فى اجتماع المداولة ، تغييره ، تعين على قاضى التفليسة تعيين غيره فوراً. على أنه إذا أجمع الدائنون على تعيين أمين ، بخلاف أمين التفليسة ، فعلى قاضى التفليسة الاستجابة لهم ، كما لو أصر الدائنون على تعيين أمين اتحاد من ذوى الخبرة ، كى يتسنى له إنجاز أعمال التفليسة بسرعة ويسر. ولا يقتصر حضور هذه المداولات للتفليسة ، على الدائنين العاديين أو أصحاب الامتيازات العامة ، بل يكون كذلك للدائنين أصحاب التأمينات العينية المقررة على أموال المفلس ، غير أن اشتراكهم لا يفضى إلى سقوط تأميناتهم[1].وعلى أمين التفليسة الذى أعفى من مهامه ، أن يقدم إلى أمين الاتحاد فى الميعاد الذى يضربه قاضى التفليسة وبحضوره ،

---

(١) المادة (١/١٨٩) من القانون باعتبارهم أصحاب مصلحة ، فلهم حضوره هذه المداولات.

حساباً عن إدارته ، ويخطر المدين بميعاد تقديم الحساب[1]. ولا يسأل أمين الاتحاد عن الأخطاء التى يكون قد اقترفها أمين التفليسة أثناء قيامه بعمله. ويجوز للمحكمة المختصة بناء على طلب قاضى التفليسة ، تغيير أمين اتحاد الدائنين إذا أخل بواجباته [2]، كما لو لم يسرع فى بيع أموال التفليسة ، أو لم يتخذ إجراءً من الإجراءات المحددة لبيع العقارات إلى نحو ذلك ، فمسئوليته ثابتة حال قيامها.

ثالثاً: مدى أحقية الاتحاد فى تقرير إعانة للمفلس:

يؤخذ رأى الدائنين فى اجتماع المداولة ، فى أمر تقرير إعانة من أموال التفليسة للمفلس أو لمن يعولهم[3]، بعد أن توقفت بقيام حالة الاتحاد.

فإذا وافقت أغلبية الدائنين الحاضرين على تقرير الإعانة للمفلس أو لمن يعولهم، تعين على قاضى التفليسة بعد أخذ رأى أمين الاتحاد ورأى المراقب ، تعيين مقدار الإعانة. وهنا تبدو سلطة القاضى محدودة ، لأن المشرع قد أوجب عليه أخذ رأى كل من أمين الاتحاد والمراقب.

ويجوز لأمين الاتحاد وكذا المفلس ومن يعولهم ، الطعن أمام المحكمة فى قرار قاضى التفليسة فى مقدار الإعانة ، كما لو تضرروا من ضألتها ، وهنا إزاء هذه الحالة ، يصرف نصف الإعانة لمن تقررت له إلى حين الفصل

---

(١) المادة (٣/١٨٩) من القانون.وقد قضى بأن لجماعة الدائنين وحدها متى بلغت التفليسة مرحلة الإتحاد، فحص حسابات وكيل الإتحاد المؤقتة منها والنهائية، الطعن رقم ٢٥٠ لسنة ٣٩ق، بتاريخ ١٩٧٤/١٢/٩ ،مكتب فني ٢٥،ص١٣٧٩.

(٢) المادة (٤/١٨٩) من القانون.

(٣) المادة (١٩٠) من القانون.

فى الطعن ذاته[1].

رابعاً: التشدد فى الاستمرار فى تجارة المفلس:

إذا كان الأصل أنه لا يتوافق مع حالة الاتحاد ، استمرار تجارة المفلس ، إذ يقتضى الأمر تصفية أموال المفلس وتوزيع ثمنها على الدائنين. إلا أن المادة (١٩١) وبعد تعديلها بمقتضى القانون رقم ١١ لسنة ٢٠٢١، قد نصت على أنه في حالة تشغيل تجارة المفلس وفقاً لحكم المادة(١٦٣)، يؤخذ راي الدائنين في الإستمرار في خطة التشغيل خلال الإجتماع المنصوص عليه في المادة(١٨٩) من القانون، أي أنه يجوز لأمين الاتحاد الاستمرار فى تجارة المفلس ، مراعاة لمصلحة الدائنين ، وقد يستغرق إجراء التصفية وقتاً طويلاً وأن تصريف البضاعة الموجودة بالمخازن فى الوقت الراهن ، يصيب التفليسة بضرر بالغ. لذا أجاز المشرع لأمين الاتحاد مواصلة الاستمرار فى التجارة، فإن رفض الدائنون أو في حالة عدم تشغيل تجارة المفلس، يتم التصويت على ندب لجنة إعادة الهيكلة لوضع خطة إعادة الهيكلة المنصوص عليها بالمادة(١٨) من هذا القانون. وإذا رفض الدائنون التصويت على ندب لجنة إعادة الهيكلة، يؤخذ رأيهم في البدء في إجراءات بيع موجودات التفليسة كمنشأة عاملة على أن يستمر التشغيل لحين إتمام البيع، فإن رفضوا يتم التصويت على تصفية الأصول الأساسية لمباشرة تجارة المفلس وغيرها من موجودات التفليسة،وفي جميع الأحوال،يكون إتخاذ القرارات بموافقة أغلبية الدائنين.

---

(١) المادة (٣/١٩٠) من القانون ؛ راجع : د. سميحة القليوبى: مرجع سابق ، ص٢٩١.

الفرع الثانى
بيع أموال التفليسة وتوزيع ثمنها على الدائنين

نظم المشرع إجراءات بيع أموال التفليسة ، سواء كانت عقارات أومنقولات ، وفقاً لإجراءات محددة ، وقد خلا القانون الجديد من أى نص يتيح بيع أموال التفليسة مرة واحدة ، كما كانت تسمح بذلك المادة ٣/٦٨٩[١] بعد استئذان قاضى التفليسة. ومن ثم على من يقوم على إدارة شئون التفليسة ، أيًا كان أمين التفليسة حال بقائه أو أمين الاتحاد حال تعيينه ، اتباع عدة خطوات فى هذا الشأن.

أولاً: إجراءات البيع:

يسرى بيع موجودات التفليسة بإذن أو قرار من قاضى التفليسة بمباشرة إجراءات البيع بطريق المزايدة العلنية ، بناء على قائمة شروط البيع التى يودعها أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين قلم كتاب المحكمة المختصة.

وإذا كان عقار المفلس مسجلاً ، فحينئذ يقوم أمين الاتحاد بإعلان القرار الصادر من قاضى التفليسة باتخاذ إجراءات البيع إلى مكتب الشهر العقارى أو إلى مكتب السجل العينى المختص للتأشير به بغير رسوم أبان مدة لا تجاوز أسبوعاً من تاريخ إعلانهما على هامش سند ملكية المدين المفلس للعقار ، أو بصحيفة الوحدة العقارية مباشرة بحسب الأحوال وإعلان ذلك إلى جميع الدائنين المقيدة حقوقهم على العقار إلى حائزه الفعلى[٢].

١- تعيين خبير من خبراء التقييم:

يصدر قاضى التفليسة قراراً بتعين خبير من خبراء التقييم المقيدة

---

(١) راجع المادة (٣/٦٨٩) من قانون التجارة.

(٢) المادة (٢١٥) من قانون الإفلاس.

أسماؤهم بجدول خبراء إدارة الإفلاس ، ويجوز - عند الاقتضاء - تعيين خبير آخر ، وذلك كى يتم تقييم المبيع على ضوء قيمة المبيع عند شرائه ، والتعديلات التى طرأت عليه ، وأثر معدلات التضخم على المبيع ، والقيمة السوقية وقت إتمام التقييم والقيمة الإيجارية للمبيع فى ذلك الوقت.

٢- وضع قائمة شروط البيع بالمزاد العلنى:

أسند المشرع لأى من أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين ، بوضع قائمة بشروط البيع بالمزاد العلنى ، ويقوم بإيداعها قلم كتاب المحكمة المختصة بعد اعتمادها من قاضى التفليسة خلال ثلاثين يوماً من تاريخ صدور قرار القاضى بمباشرة إجراءات البيع ، على أنه يلزم أن تتضمن هذه القائمة ما يلي.

١--تعيين الشئ المبيع مع تحديد البيانات التى تفيد فى بيان أوصافه ، مع تحديد مساحته وموقعه وحدوده فى حالة بيع العقار.

٢-تاريخ إذن أو قرار قاضي التفليسة بمباشرة إجراءات البيع.

٣- تاريخ وساعة ومكان إجراءات البيع.

٤-شروط البيع والثمن الأساسى لبدء المزايدة وتحديد مقادير التدرج في العروض.

٥-تجزئه المبيع إلى صفقات إذا كان لذلك محل مع ذكر الثمن الأساسى لكل صفقة.

٦-مقدار تأمين الاشتراك فى المزاد على ألا يقل عن واحد فى المائة ولا يجاوز خمسة فى المائة من الثمن الأساسى للمبيع ، وذلك نقداً أو بموجب شيك مقبول الدفع.

٧-قيمة إيجار القاعة التى تتم فيها إجراءات البيع ، سواء بالمحكمة أو خارجها.

٨-تحديد النسبة المئوية التى يتحملها الراسى عليه المزاد والتي تحصل لحساب إجراءات التفليسة.

٩-إلزام الراسى عليه المزاد بسداد كافة الرسوم القضائية المقررة على بيع العقارات والمنقولات قبل استلام المبيع.

١٠-تحديد تاريخ الجلسة المحددة للنظر فيما يحتمل تقديمه من الاعتراضات على القائمة أو الملاحظات عليها قبل الجلسة المحددة لإتمام عملية البيع بأسبوعين على الأكثر.

وأخيراً تختص المحكمة التى أصدرت حكم شهر الإفلاس ، بنظر جميع الدعاوى التى تنشأ عن البيع في هذه الحالة[١].

٣- إجراء النشر:

يقوم أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين بحسب الأحوال بالنشر عن إيداع قائمة شروط البيع فى إحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار أو بأية وسيلة أخرى يحددها قاضى التفليسة ، وفي حالة بيع عقار المفلس ، يتم لصق الإعلانات على العقار ذاته[٢].

٤- الاعتراض على قائمة شروط البيع:

أجازت المادة (٢٢٠) من القانون ، لكل ذى مصلحة الاعتراض على قائمة شروط البيع ، وذلك عن طريق التقرير به فى قلم كتاب المحكمة المختصة قبل الجلسة المحددة لنظر الاعتراضات بثلاثة أيام على الأقل.

وقد رتب القانون جزاء السقوط إذا لم يتم الاعتراض خلال المدة

---

(١) المادة (٢١٨) من القانون . وراجع د. سميحة القليوبى: مرجع سابق ، ص٣٣٤.

(٢) المادة (٢١٩) من القانون ؛ انظر أيضًا د. سميحة القليوبى: مرجع سابق ، ص٣٣٤.

المذكورة. تقضى المحكمة فى الاعتراض بمقتضى حكم لا يجوز الطعن عليه ، وذلك قبل الجلسة المحددة للبيع.

٥- إجراء المزايدة ورسو المزاد:

يتولى أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين ، وفى حضور قاضى التفليسة ، إجراء المزايدة فى اليوم المحدد للبيع. وتبدأ المزايدة بالنداء على الثمن الأساسى ، أى الذى يبدأ به سعر الأساس ، وبعد ذلك ينتهى الأمر باعتماد قاضى التفليسة البيع على من تقدم بأكبر عرض[١].

ويعتبر العرض الذى لم يزايد عليه خلال ثلاث دقائق منهياً للمزايدة. أى بمعنى أنه إبان النداء ظل الحاضرون دون زيادة على آخر سعر ، فهنا يعد آخر سعر هو المنهى للمزايدة.وعلى فرض أن كان العرض المقدم أقل من الثمن الأساسى أو لم يتقدم أحد الدائنين أو المتزايدين للمزاد ، هنا يجوز لقاضى التفليسة تأجيل المزاد إلى يوم آخر خلال الستين يوماً التالية.

وفى سبيل إنجاح المزاد ، للقاضى أن ينقص عشر الثمن الأساسى مرة بعد مرة كلما اقتضى الحال ذلك بما لا يجاوز مرتين، يقوم بعدها قاضى التفليسة بإيقاف إجراءات البيع لحين تسويق الشئ محل المبيع بالطريقة التى يحددها القاضى المذكور ، ويقوم بعرض الأمر على جماعة الدائنين. وعلى أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين ، الإعلان عن الجلسة المؤجل لها المزاد بذات الإجراءات الواردة بالمادة (٢١٤) من القانون.

أما إذا رسي المزاد أيًا كان المرحلة التى كان فيها ، فيجب على من يعتمد قاضى التفليسة عطاءه ، أن يودع حال انعقاد جلسة المزاد ،كامل الثمن

---

(١) المادة (٢٢٢) من القانون.

الذى اعتمد والمصاريف ورسوم إجراء المزاد.

ولقاضى التفليسة إعطاؤه مهلة لاستكمال السداد بعد استقطاع مبلغ التأمين بما لا يجاوز ثلاثة أشهر من تاريخ جلسة المزاد. فإذا لم يودع الراسى عليه المزاد الثمن كاملاً خلال المدة المحددة ، يسقط حقه فى استرداد مبلغ التأمين ، وتعاد إجراءات المزاد بالشروط السابقة وفقاً لآخر ثمن محدد[١].

وقد واجه المشرع فرضًا وهو إذا كان المتزايد الذى رسى عليه المزاد ، دائناً وكان مقدار دينه ومرتبته يبرران إعفاءه من إيداع باقى الثمن ، لقاضى التفليسة إعفائه، مع استنزال تلك القيمة من مقدار دينه المقبول عند إجراء التوزيعات[٢].

٦- قرار القاضى بتسليم العقارات والمنقولات غير المسجلة:

بعد ذلك ، يصدر قاضى التفليسة قراره بتسليم المنقولات والعقارات غير المسجلة المباعة للراسى عليه المزاد بعد سداد كامل الثمن وتقديمه ما يفيد سداد الرسوم المستحقة على المزاد.على أنه يترتب على صدور القرار بالتسليم ، تطهير العقارات والمنقولات من كافة الديون والحقوق المترتبة عليها[٣].

٧- حكم إيقاع البيع فى حالة العقارات المسجلة:

يصدر قاضى التفليسة حكماً بإيقاع البيع فى حالة بيع العقارات المسجلة دون غيرها بناء على ما تم من إجراءات ، وبعد سداد كامل الثمن. على أن يتضمن الحكم قائمة شروط البيع وما اتبع من إجراءات يوم البيع. ويتعين أن

---

(١) المادة (٢٢٤) من القانون.

(٢) المادة (٢٢٥) من القانون.

(٣) المادة (٢٢٦) من القانون. راجع أيضًا د. سميحة القليوبى : مرجع سابق ، ص٣٣٧.

يتضمن منطوق الحكم ، الأمر بتسليم العقار لمن حكم بإيقاع البيع عليه ، وذلك بعد تقديمه ما يفيد سداد الرسوم القضائية المستحقة على المزاد.

وقد قرر المشرع فى المادة (٢٢٨) من القانون، بأنه لا يجوز الطعن بأى شكل فى حكم إيقاع البيع إلا لعيب فى إجراءات المزايدة ، أو فى شكل الحكم. ويرفع الطعن بالإجراءات المعتادة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدور الحكم. ويكون لمن حكم بإيقاع البيع عليه أن يشهر الحكم مالم يطعن عليه ، على أن يتحمل مصاريف شهر الحكم. ويترتب على هذا الشهر ، تطهير العقار من حقوق الامتياز والاختصاص والرهون الرسمية والحيازية وجميع الحقوق العينية التبعية ، وحينئذ يكون الحكم المشهر سنداً بملكية من أوقع البيع عليه ، على ألا ينقل سوى ما كان للمدين المفلس من حقوق على العقار المبيع[١].

ثانياً: إيداع المبالغ الناجمة عن البيع وتوزيعها:

١- إيداع المبالغ:

بعد إتمام عملية البيع وفقاً لما تقدم ، على أمين التفليسة أو أمين اتحاد الدائنين بحسب الأحوال ، إيداع المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس خزانة المحكمة أو بنكاً يعينه قاضى التفليسة [٢]، وذلك فى يوم العمل التالى للتحصيل بالأكثر، كى لا تظل هذه الأموال فى عهدته دون فائدة.

ولذا إلزامه المشرع بتعويض يقدره قاضى التفليسة ، إذا تأخر فى الإيداع ، وللقاضى السلطة التقديرية حيال هذا الفرض ، على أننا نرى أن

---

(١) المادة (٢٢٩) من القانون.

(٢) انظر د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٣١٤؛ د. سميحة القليوبى ، مرجع سابق، ص٣٤١ ؛ وراجع أيضًا المادة (٢٣٤) من القانون.

القاضي يقدر هذا التعويض استناداً للمبالغ التى تأخر فى إيداعها والمدة المتأخر عنها ، حتى لا يقوم الملتزم بالإيداع باستغلال هذه الأموال لحسابه الخاص. وعلى الملتزم ، وهو أمين التفليسة أو أمين الاتحاد ، أن يقدم إلى قاضى التفليسة بياناً بالمبالغ المذكورة خلال أسبوع من تاريخ الإيداع. ولا يجوز سحب تلك المبالغ أو غيرها مما يودعه الغير حساب التفليسة إلا بأمر من القاضى المذكور.

٢- إجراء التوزيعات:

أ- المبالغ المتعين استنزالها أولاً قبل التوزيع:

أوجبت المادة (٢٣٥) من القانون ، استنزال بعض البنود من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس ، وهى الرسوم ومصاريف إدارة التفليسة ، والديون المستحقة على التفليسة ذاتها ، والإعانات المقررة للمفلس ولمن يعولهم ، والمبالغ المستحقة للدائنين الممتازين[١]. ونرى أنه يتم خصم هذه المبالغ بالترتيب المذكور أولاً ثم الذى يليه. ويوزع الباقى بين الدائنين بنسبة ديونهم المحققة قسمة غرماء ، على أن تجنب حصة الديون المتنازع فيها ، والديون التى قبلت بصفة مؤقتة ، وتحفظ حتى يتم الفصل فيها.

وظل المشرع صامتاً فى الحالة الأخيرة عن مكان حفظ هذه الأموال ، وإن كنا نرى وجوب إيداعها خزانة المحكمة أو أحد المصارف ، ولا سيما إذا طال أمد النزاع حولها ، كى لا يستغلها أمين التفليسة أو أمين الاتحاد لحسابه الخاص ، وفى ذات الوقت تكون فى مكان أمين حتى يتسنى تحديد مصيرها.

ب- إجراء التوزيع على الدائنين:

---

(١) د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٤٨٩.

يجوز لقاضى التفليسة فى أية مرحلة كانت عليها التفليسة ، أن يأمر بإجراء توزيعات على الدائنين الذين حققت ديونهم ، على أن يتم تعيين مقدار المبلغ الذى يوزع. ويكون التوزيع بموجب قائمة يتم إعدادها من قبل أمين التفليسة حال وجوده أو أمين الاتحاد حال تعيينه. وتعتمد هذه القائمة من قاضى التفليسة ، بتوزيع المبالغ. وله عند الاقتضاء أن يأمر بنشر قرار التوزيع فى صحيفة يومية[1].

ونعتقد من الصيغة آنفة الذكر ، أنه توزيع أولى للديون المحققة. وما يدل على ذلك ، أنه أجاز فى الفقرة الثانية من المادة (٢٣٦) للمفلس ولكل ذى مصلحة ، الطعن أمام المحكمة المختصة فى قرار قاضى التفليسة الخاص بإجراءات توزيعات على الدائنين ، وذلك خلال عشرة أيام تبدأ من تاريخ إيداع القائمة قلم الكتاب . ويؤشر أمين اتحاد الدائنين على سند الدين بالمبالغ التى دفعت ، وفى جميع الأحوال ، يجب أن يعطى الدائن مخالصة على قائمة التوزيع[2]. وأخيراً نصت المادة (٢٣٨) على أنه إذا حصل توزيع لثمن العقارات أو المنقولات ، كان للدائنين المرتهنين أو الممتازين أو الحاصلين على اختصاص والذين لم يستوفوا حقوقهم كلياً أو جزئياً من ثمن العقارات والمنقولات المحملة بالتأمين ، أن يشتركوا فى قسمة الغرماء بالباقى لهم مع الدائنين العاديين فى توزيع الأموال التى يتعلق بها حق جماعة الدائنين .

---

(١) المادة (١/٢٣٦) من القانون.وقد قضى بأن حجية الأمر المقضي التي تلحق قائمة التوزيع قبل الممثلين، هى حجية مقصورة على ما بينته هذه القائمة في حدود ما أعدت له قانوناً من تقدير ديون الدائنين.الطعن رقم ١٩٦ لسنة ١٧ ق، بتاريخ ١٩٥٠/٢/٢٣ ، مكتب فني ١، ص٢٦٠.

(٢) المادة (٢٣٧) من القانون.

شريطة أن تكون ديونهم قد حققت، فإذا تبين عند التسوية النهائية أن ما حصل عليه أحدهما يزيد عن مقدر دينه ، وجب استنزال الجزء الزائد ورده إلى جماعة الدائنين.

ثالثاً: تقديم الحساب الختامى وانتهاء الاتحاد:

بعد الانتهاء من أعمال التفليسة على النحو السابق ، يقدم أمين الاتحاد ، حساباً ختاميًا إلى قاضى التفليسة ، ويرسل القاضى هذا الحساب إلى الدائنين أنفسهم مع دعوتهم للاجتماع لمناقشته[1]. ويُخطر - ضرورة - المفلس بهذا الاجتماع ، وله حضوره بنفسه ، وله أن يوكل أحداً فى حضوره.

وينحل الاتحاد وتعتبر التفليسة منتهية بحكم القانون بعد المصادقة على الحساب الختامى، ويكون أمين الاتحاد مسئولاً لمدة سنة من تاريخ انتهاء التفليسة عن الدفاتر والمستندات والأوراق المسلمة إليه.

ويترتب على حل الاتحاد ، انحلال جماعة الدائنين ، ويعود الحق إلى كل دائن من الدائنين فى اتخاذ الإجراءات الفردية وتتبع المدين للتنفيذ على ما يستجد له من أموال فيما تبقى له لديه. كما يصير المفلس أهلاً للتصرف واتخاذ الإجراءات القضائية فيما لا يتعلق بأصول التفليسة.

وقد اعتبر المشرع أن قبول الدين فى التفليسة هو بمثابة حكم نهائى فيما يتعلق بهذا التنفيذ[2].والتساؤل الذى يثور هو كيف يتسنى للدائنين الذين اقتسموا قسمة غرماء أن يستوفوا باقى مالهم لدى المدين ، هل يجوز لهم طلب شهر إفلاسه مرة أخرى؟ .من المعتاد أن تنتهى التفليسة بقسمة أموال المفلس قسمة

---

(١) المادة (٢٠٧) من القانون.

(٢) المادة (٢٠٨) من القانون.

غرماء بين الدائنين ، وحينئذ يحصل كل دائن على جزء من دينه ، ويظل له جزء آخر لم يوف بعد. وإعمالاً لقاعدة أنه لا ترد تفليسة على تفليسة ، لا يجوز لهؤلاء الدائنون طلب شهر إفلاس المدين مرة أخرى عن ذات الدين . كل ما فى الأمر إما لهم ملاحقته بعد أن تستجد له أموال ، أو فى حالة قيام دائنين جدد نشأت ديونهم بعد زوال الاتحاد ، بطلب شهر إفلاسه ، أن يشتركوا معهم فى التفليسة الجديدة ، فيشترك الدائنون القدامى بما تبقى لهم من قدر الدين الذى لم يوف ، مع الدائنين الجدد فى ذات التفليسة.

مدى جواز إعادة فتح التفليسة:

فى بعض الأحيان ، قد تظهر للمفلس بعد انتهاء حالة الاتحاد ، أموال كانت له ، ولكنها لم تدرج فى عناصر التفليسة، إما لإخفائها وتهريبها من وجه دائنيه ، أو بخطأ من قبل أمين التفليسة. وهنا يثور التساؤل هل يجوز إعادة فتح التفليسة من جديد لإعادة توزيعها على الدائنين كل منهم بقدر دينه؟.

فى الواقع لا توجد إجابة قاطعة على هذا التساؤل ، فهناك من يرى[1] جواز إعادة فتح التفليسة من جديد بالقدر اللازم لتصفية الأموال الجديدة ، وذلك كله رعاية لمصلحة الدائنين ، حتى لا يضروا من إهمال أو غش المفلس أو أمين التفليسة. وهو ما مؤداه أنه يتم إعادة فتح التفليسة ، وغل يد المفلس عن التصرف فى الأموال التى تعلقت بها حقوق دائنى التفليسة التى قفلت ، ويقوم قاضى التفليسة وأمينها، على تصفية الأموال التى ظهرت وتوزيع ما

---

(١) د. محسن شفيق ، د. على يونس وغيرهم ، مشار إليه فى مؤلف د. على سيد قاسم وهو رأى أخذ به القضاء. استئناف مصر ١٩٤٠/٢/١٤ ، موسوعة جمعة ، ص٤٩٢.

عاد منها على الدائنين القدامى ، إلا أن هناك رأياً آخر[1]، لا يجيز فتح التفليسة مرة أخرى ، فهو يضر بحقوق الغير حسن النية ، والذى اكتسب حقوقاً على هذه الأموال التى تظهر فى وقتها ، وقد اعتقد أن المدين قد استرد حريته فى التعامل ، فليس من المنطق أن يفاجئ بأن هذه التصرفات غير نافذة تجاهه ، وهو من شأنه أن يقلق المراكز القانونية التى استقرت. ولذا ينتهى إلى أنه لا يصح فتح التفليسة مرة أخرى ، فهى تنتهى بقوة القانون ، كل ما فى الأمر أنه إذا ظهرت أموال أخرى بعد غلق التفليسة ، يكون لكل دائن الحق فى التنفيذ على أموال المدين للحصول على متبقى له من دين لدى المفلس.

وهناك من يرى[2] أنه لو اجيز فتح التفليسة من جديد ، فإنه يتعين أن تقتصر التصفية على الأموال الموجودة أو التى مازالت بالفعل لديه ، حتى يتسنى توزيعها على الدائنين ، دون أن يشمل ذلك الأموال التى تصرف فيها إلى الغير حسن النية ، ونزيد على ذلك أن هذا الحكم لا يشمل الشخص سئ النية الذى كان يعلم بأنها أموال - مثلاً - مهربة من التفليسة أو لم تدرج فيها بإهمال أو سوء نية. علاوة على ذلك ، يجوز الرجوع على المهمل بالتعويض حال ثبوت ذلك ، كأمين الاتحاد الذى أهمل تدوين هذه الحقوق.

---

(١) ومن هذا الرأى د. على سيد قاسم: مرجع سابق، ص ٣٢١ ؛ د. حسين الماحى: مرجع سابق، ص ٤٩٢.

(٢) د. على البارودى: مرجع سابق ، ص٢٧٧.

الكتاب الثاني: عمليات البنوك

شرح عمليات البنــوك في ضوء قانون التجارة المصري مدعماً بأحدث أحكام القضاء المصري والمقارن

مقدمــة

أهمية دور البنوك :

تلعب البنوك على مستوى العالم دوراً هاماً فى مجال النشاط الاقتصادى، إذ لا شك فى أهمية ما تضطلع به فى الوقت الحاضر فى كافة المجالات الاقتصادية والإجتماعية، فهى مؤسسات مالية تتعامل فى أموال المودعين والعملاء، علاوة على راس مالها، تتلقى أموال المدخرين مقابل عائد يحصلون عليه، وتقوم باستخدامها فى العديد من الأنشطة، سواء فى منح القروض للتجار ومن هم فى حاجة إلى هذه الأموال لقاء الحصول على فائدة معينة، غالباً ما تكون بنسبة أعلى من تلك التى منحتها أثناء تلقيها أموال المدخرين، أو باستثمارها فى أنشطة تمويل المشروعات التجارية والصناعية والزراعية والخدمية، ومن ثم أصبحت تتحكم البنوك فى حركة التبادل التجارى. وتعتمد البنوك فى سبيل نهوضها بهذه العمليات على الثقة التى يوليها لها العملاء، وما تتمتع به لدى جمهور المدخرين، سواء كانوا أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين، إذ أن البنك يحظى بثقة أصحاب رؤوس الأموال فى حسن استغلاله لأموالهم وإدارتها إدارة رشيدة تحقق لهم أكبر عائد ممكن.

وتقوم البنوك بالعديد من العمليات المصرفية المتنوعة التى تزداد دائماً بشكل مضطرد، وهى ما تسمى بعمليات البنوك، ومنها تلقى الودائع، وإصدار خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، وفتح الحسابات الجارية، وتأجير الخزائن الحديدية، وإصدار بطاقات الاعتماد، والقيام بعمليات التأجير التمويلي، ومنح القروض خاصة القروض العقارية والإستهلاكية إلى نحو ذلك من أنشطة. وفى الواقع إن عمليات البنوك في مهد نشأتها كانت وليدة العادات والأعراف المصرفية[1] ، ومازالت أشبه ما تكون عمليات عرفية فى بعض

---

(١) د. محمد السيد الفقى، القانون التجارى- الإفلاس – العقود التجارية – عمليات البنوك، منشورات الحلبى الحقوقية، دون تاريخ، ص٣٢٤.

التشريعات التى لم تقنن أحكامها بعد في قوانين التجارة المطبقة لديها، أو أدرجت بعضها مما يغلب فيه التعامل المصرفي، فى حين أن ثمة بعض الدول كمصر[1] وعمان والكويت وغيرهما، قامت حديثاً بتقنين أحكام عمليات البنوك المنتشرة عرفياً، والتى كانت تتعامل بها البنوك.

تجارية عمليات البنوك:

تنص المادة ٥ /و من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على تجارية عمليات البنوك والصرافة باعتبارهما من الأعمال التجارية بطريق الاحتراف، والتى تستوجب تكرار العمل وإتيانه على نحو مستمر، بحيث يشكل مصدراً للرزق وعملاً يتم بصفة مضطردة[2]. مؤدى هذا النص أن جميع عمليات البنوك وأعمال الصرافة التى تقوم بها المصارف، أي البنوك، تعد تجارية بطريق الاحتراف، أى ضرورة إتيانها على سبيل التكرار، فتتخذ شكل المشروع المنظم الذي يقصد من ممارسته تحقيق الربح. مع ملاحظة أنه فى ظل قانون التجارة الملغى كانت تعد عمليات البنوك من الأعمال التجارية المنفردة، والتى كان يكفى ممارستها ولو مرة واحدة لتعد تجارية، وهو أمر كان يبدو غريباً، إذ كيف تعد عمليات البنوك، ومنها إصدار خطابات الضمان والاعتمادات المستندية ومنح القروض، أعمالاً تجارية منفردة، مع أنها تتسم بالتكرار والاستمرارية، ويتم مزاولتها من قبل بنوك كبيرة يقدر رأسمالها بمليارات

---

(١) وذلك بموجب قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

٢) راجع مؤلفنا شرح قانون التجارة المصري،٢٠٢٢،ص٩١.د.أسامة عدس.الوسيط في شرح القانون التجاري المصري،الطبعة الأولى،٢٠٢١،ص١٩٧. كما راجع في قضاء النقض، الطعن رقم ١٥٦٩٠ ، ١٥٧٣١ لسنة ٨٨، بتاريخ ٢٠٢٣/٥/١١.

الجنيهات أو الدولارات، تحترف هذا النشاط[1]. لذا عدل المشرع عن رأيه متجهاً صوب الرأى الصحيح ومتماشياً مع الاتجاهات الحديثة فى التشريعات المقارنة، وأسبغ الصفة التجارية على عمليات البنوك متى تمت على وجه الاحتراف والإستمرار[2]. ويعد العمل تجارياً بالنسبة للبنك الذى يباشر هذه العمليات، أما بالنسبة للعميل الطرف الذى يتعامل مع البنك، فإن العملية له تكون مدنية، ما لم يثبت أن الأمر يتعلق بتجارته، فتثبت الصفة التجارية – أيضاً – للعمل بالنسبة للعميل. كما لو اقترض أحد التجار مبلغاً من المال لاستثماره فى نشاط تجارى،أو قام بفتح إعتماداً مستندياً لدفع قيمة بضاعة أستوردها من الخارج، أو قام بفتح خطاب ضمان بإعتباره مقاولاً لمصلحة رب العمل.وقد تكون العلاقة أو المنازعة ما بين البنك نفسه وأحد مساهميه،فهنا تعد علاقة عادية غير مصرفية،لكونها ما بينه وبين أحد مساهميه[3].

بيد أن نص المادة (٣٠٠) من قانون التجارة قد أثار بعض الخلاف، إذ ينص على أن «تسرى أحكام هذا الباب على العمليات التى تعقدها البنوك مع

---

(١) تطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية فى ١٩٨٣/٣/٢٨ بأن جميع أعمال البنوك أعمالاً تجارية طبقاً للفقرتين ٤، ٥ من المادة الثانية من قانون التجارة، ولو تمت بصفة منفردة ولصالح شخص غير تاجر. طعن رقم ٦٩٢ لسنة ٤٩ق، مجموعة النقض ١٩٨٣، السنة ٣٤، الجزء الأول، ص٨٢٥، ٨٢٦. وقد أكدت محكمة النقض حديثا ذلك بقولها(إن البنوك هي شركات مساهمة تباشر عملها على سبيل الإحتراف) نقض مصري بتاريخ ٢٠١٣/١١/١٩ دائرة تجارية ،الطعن رقم ٨٩٦٦ لسنة ٧٥ق.

(٢) راجع مؤلفنا. الوجيز فى القانون التجارى. دار النهضة العربية، ٢٠٠٦، ص٨٠.كما راجع في القضاء: الطعن رقم ٧٢٨٤ لسنة ٧٥ق،جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٥، الطعن رقم ٨٩٦٦لسنة ٧٥ق،جلسة ٢٠١٣/١١/١٩.

(٣) القرار رقم١٤١٦/١٦١ من مبادىء تسوية المنازعات في المملكة العربية السعودية،المنازعات المصرفية،٢٠٠٩، ص٦٧.

عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار، أيا كانت طبيعة هذه العمليات» فهل مؤدى ذلك سريان نصوص قانون التجارة التى تنظم عمليات البنوك بشكل مطلق، ودون تفرقة بين ما إذا كانت العملية تجارية أم مدنية للعميل، أو لكونه تاجراً أو غير تاجر، أم أن هناك مفهوماً آخر لهذا النص يقصده المشرع ؟.

أيد بعض الشراح[١] تجارية أعمال البنوك بشكل مطلق، سواء بالنسبة للبنك أو العميل، غير أن هذا القول يتعارض مع نص المادة (٥٠) من قانون التجارة، والتى لا تعتبر قروض التاجر تجارية إلا إذا عقدها لشئون تجارته، والقروض هى إحدى عمليات البنوك. وقد أسبغت محكمة النقض الصفة التجارية المطلقة على القروض، سواء بالنسبة للبنك أو العميل، وبصرف النظر عن صفة المقترض،وأيا كان غرضه منه[٢]. ومن جانبنا نرى ضرورة التفرقة بين ما إذا كان العمل المعول عليه، عملاً مدنياً أم تجارياً بالنسبة للعميل، وإسباغ صفة العمل بناء على هذا الوصف، وأن ما يعنيه نص المادة (٣٠٠) تجارة، هو فحسب سريان أحكام هذا القانون على عمليات البنوك التى تعقدها الأخيرة، ودون تفرقة بين ما إذا كان العميل تاجراً أو غير تاجر، أو طبيعة العملية مدنية كانت أو تجارية، ولكن لا يعنى تجارية العملية بالنسبة للعميل.وأعتبار العمل حا ل ما إذا كان العميل مدنياً ويتعلق العمل بحياته

---

(١) من هذا الرأى د. فايز نعيم- د. نادية معوض. الوجيز فى القانون التجارى وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص٧١، د. على جمال الدين. القانون التجارى. دار النهضة العربية، دون تاريخ، ص٤٨.

(٢) الطعن رقم ٥٢٢٤ لسنة ٨٦ ق، الدائرة التجارية، جلسة ٢٠١٧/٥/٢٥،الطعن رقم ٧٢٨٤ لسنة ٧٥ ق، دائرة تجارية، جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٥ نقض تجارى فى ١٩٦٧/٦/٢٧، مجموعة النقض المصرية، السنة ١٨، ص٩٣٦، نقض ١٩٦٨/٣/٥، طعن رقم ٢٧٩ لسنة ٣٣ق، مجموعة النقض، السنة ١٩، ص٤٩٣، نقض ١٩٨٣/٣/٣١، السنة ٣٤، عدد ١، ص٨٦٦.

الشخصية،كفتح حساب جار ليوضع فيه راتبه الشهري،عملا مختلطاً ،تجارياً بالنسبة للبنك ومدنياً للعميل.ما عدا القروض ،فلا ينظر فيها للغرض من القرض أو صفة المقترض([1]) حيث تعد تجارية دائما بالنسبة لكل من الطرفين، وهو أمر مبرر كما سنري في حينه.

خصائص عمليات البنوك:

إنه من الصعوبة بشئ وضع تعريف لعمليات البنوك أو ما تسمي بعمليات المصارف، إذ هى عبارة فضفاضة ومرنة تتسع لكل صور التعامل التى يكون البنك طرفاً فيها، كما أن نشاط البنوك متعدد ومتطور ويفرز كل يوم المزيد من الأنشطة،ولا سيما في مشاركتها في حركة التنمية والبناء وعمليات منح القروض في مجال العقارات. وقد يتخذ العمل فى بعض الأحيان أشكالاً مركبة ليتضمن التعامل أكثر من عمل. وسوف نبرز أهم خصائص هذه العمليات التى تنهض بها البنوك.

أولاً: تقوم عمليات البنوك على الاعتبار الشخصى:

تنهض عمليات البنوك على الاعتبار الشخصى القائم على الثقة المتبادلة بين العميل والبنك وتخضع لمبدأ سلطان الإرادة[2]، تلك الثقة التى تلعب دوراً هاماً فى العلاقة بينهما، وهذا الاعتبار يؤثر فى مضمون العمل وفى بقائه

([1]) حيث قضى بأن القروض التي تعقدها البنوك تعتبر عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقترض، وأيا كان الغرض الذي خصص من أجله. الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٨٣، جلسة ٢٠١٥/٤/٢٣.ذات الإتجاه: الطعن رقم ٧٢٨٤لسنة٧٥ق، جلسة ٢٠١٢/١٢/٢٥.

(٢) د. عبد الحكم محمد عثمان. أصول قانون المعاملات التجارية رقم١٨ لسنة ١٩٩٣، العقود وعمليات المصارف التجارية، ١٩٩٤، ص٢٠٦، د. محمد السيد الفقى، مرجع سابق، ص٣٢٤. الطعن رقم ٣٣١٣ لسنة ٨٩ق ،جلسة٢٠٢٠/٢/٢٣، مكتب فني ٧١،ق٢٣،ص١٧٧، الطعن رقم٣٦٢٥ لسنة ٨٦ق ، جلسة ٢٠١٨/٢/٢٢.

واستمراره[1]، ولاسيما من جانب البنك ونظرته للعميل، إذ قبل أن يتعامل مع أحد العملاء يقوم بإجراء عملية الإستعلام عنه واضعاً في إعتباره مدى إمكانية وقوع الخطر أو إخلال العميل بالتزاماته. فهى الثقة التى يمنح على أساسها البنك القروض للعميل ربما بشروط غير مغال فيها، وهى ذاتها التى يقوم البنك – بناء عليها – بفتح اعتماد مستندى أو خطاب ضمان بدون غطاء أو بموجب غطاء غير كامل لمصلحة العميل، وذلك اعتماداً على ثقته بالعميل. أما البنك فلكونه مصرفاً وشخصاً مؤتمناً، فإن العميل يضع فيه كل ثقته فى حسن استثمار وإدارة أمواله. ومن المعتاد أن يقوم البنك بإجراء دراسات مستفيضة عن العميل فى العمليات التى تنطوى على قدر من الخطورة، أو تتضمن بعض الائتمان كإصدار خطاب ضمان أو منح العميل قرضاً على المكشوف أو بغطاء جزئى.

ثانياً: الطابع الدولى لعمليات البنوك:

إن العمليات البنكية هى وليدة العادات والأعراف التى جرت عليها المصارف فى التعامل فيما بينها أو بينها وبين العملاء، وأصبحت تحظى باهتمام بالغ وبقبول عام من جانب المتعاملين فى كافة أنحاء العالم، وأضحى القانون البنكى وكأنه قانوناً منظماً على مستوى الدول. فنجد قواعد إصدار الاعتمادات المستندية أو خطابات الضمان أو الحسابات الجارية وغيرها تكاد تكون واحدة، ثم ما تلبث وأن تقنن سواء فى التشريعات الداخلية لكل دولة، أو فى شكل اتفاقية دولية، كما هو الحال فى مجال خطابات الضمان، إذ قامت لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية «الانسترال» بإصدار اتفاقية الأمم

---

(١) د. على جمال الدين. عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص١٤.

المتحدة للضمانات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة لسنة ١٩٩٥[١]، كذلك لعبت غرفة التجارة الدولية «cci» دوراً هاماً فى تقنين عمليات الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان[٢]، بعد أن كانت عمليات عرفية منتشرة فى العمل، إذ يساعد تقنينها على فهم معناها وتحديد أحكامها والتزامات أطرافها. لذا تتميز عمليات البنوك بطابع دولى، ولاسيما فى الوقت المعاصر مع ازدهار التجارة الدولية، سواء بانتشارها على مستوى الدول كقواعد عرفية، أو بإدراجها فى شكل قواعد مقننة تشريعياً.

ثالثاً: الطابع النمطى الموحد:

تتسم عمليات البنوك بصفة عامة، ولاسيما الاعتمادات المستندية وخطابات الضمان وأوامر التحويل المصرفى وغيرهم، بالطابع النمطى الموحد[٣]، فكثير منها يتم بطريقة وبأسلوب موحد لكل عملية، فى شكل قواعد معدة مسبقاً من قبل البنوك يتفق عليها فيما بينها، وتكون معدة فى شكل نماذج، وهو ما يشبه العقود النموذجية فى مجال التجارة الدولية، حتى دفع ذلك الشراح الفرنسيين إلى وصف كثير من عمليات البنوك بعقود الإذعان، إذ يتعذر على العملاء مناقشة الكثير من الشروط التى تتضمنها تلك العقود.وهو أمر يتضمن قدراً كبيراً من

---

(١) انظر رسالتنا للدكتوراه بعنوان «مبدأ الاستقلال فى خطاب ا لضمان الدولى وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥ ، حقوق القاهرة، ٢٠٠٤، ص٢٦ وما بعدها.

(٢) ومنها قواعد الاعتمادات المستندية لسنة ١٩٩٤ ،و ٢٠٠٤ والتى عدلت أكثر من مرة منذ نشأتها سنة ١٩٣٣، وقواعد الضمانات تحت الطلب لسنة ١٩٩٢، والضمانات والتعهدات المشروطة لسنة ١٩٨٦، وقواعد الضمانات المستندية لسنة ١٩٧٨، وغيرها من الأعمال الأخرى والتى قننتها الغرفة فى مجال عمليات المصارف وتقوم بتحديثها بصفة مستمرة إستجابة لضرورات العمل المصرفي.

(٣) د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢٠٧، د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٣٢٥.

الصحة،فالعميل ما عليه إلا توقيع المعاملة المعد شروطها سلفا. والمعتاد أن تكون لدى البنوك نماذج مطبوعة، دائماً ما تحتوى على الأحكام التفصيلية لكل عملية من العمليات التى تباشرها[1]، فثمة نموذج لخطابات الضمان، وآخر للاعتمادات المستندية، وثالث للحسابات الجارية،وذات الأمر للقروض وتأجير الخزائن الحديدية إلى نحو ذلك. وقد جرى العرف والممارسات العملية على أن تفسير البنوك تعليمات العملاء على نحو معين وعدم إعتراض الأخيرين ،يعد بمثابة قبول ضمني منهم وتسليم بما سلكه البنك من تعامل[2].حتى حين ترسل البنوك كشف حساب للعملاء على موطنهم وعدم اعتراضهم عليه، يفسر على أنه تسليم بما ورد فيه إذا لم يصل للبنك إعتراض خلال المدة المحددة.إلا أنه مصادقة العميل على الحساب البنكي، أي موافقته على مركزه، تعد إقراراً غير قضائي يخضع لتقدير القاضي الذي له تجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر[3]. علاوة على ما تقدم، لا يغفل أن التعهدات البنكية لا يجوز العدول عنها أو الإمتناع عن الوفاء بها طالما صدرت صحيحة وسليمة وبتوقيعات معتمدة ، وذلك كله ترسيخا للأعراف المصرفية السارية[4].

مصادر قانون عمليات البنوك:

تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ من النصوص ما يساعد على تحديد المقصود بعمليات البنوك والمصادر التي يتعين الرجوع إليها، علاوة على العادات المصرفية، والفقه والقضاء باعتبارهما مصدرين مكملين لهما.

---

(١) د. محمود مختار بريرى. قاد ون المعاملات التجارية. عمليات البنوك – الإفلاس – الجزء الثانى. مكتبة النصر، ١٩٩١، ص١٦.

(٢) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية رقم ١٤١٠/١٤١ ،مرجع سابق،ص١١٨.

(٣)الطعن رقم ١١٧٧٨ لسنة ٨٨ بتاريخ ٢٠٢٣/٢/٢٦.

(٤) الطعن رقم ٩٨٠٦ لسنة ٨١ ق،بتاريخ ٢٠٢٣/٥/١٤..

أ- التشريع :

تضمن قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فى المواد من ٣٠٠ إلى ٣٧٧ منه أحكام عمليات البنوك وذلك فى الباب الثالث، وقد تعرض المشرع لعشرة عمليات مصرفية أساسية، هى وديعة النقود فى المواد من ٣٠١ إلى ٣٠٩، ووديعة الصكوك فى المواد من ٣١٠ إلى ٣١٥، وتأجير الخزائن فى المواد من ٣١٦ إلى ٣٢٣، ورهن الأوراق المالية وذلك فى المواد من ٣٢٤ إلى ٣٢٨، والنقل المصرفى فى المواد من ٣٢٩ إلى ٣٣٧، والاعتماد العادى فى المواد من ٣٣٨ إلى ٣٤٠، والاعتماد المستندى فى المواد من ٣٤١ إلى ٣٥٠، والخصم فى المواد من ٣٥١ إلى ٣٥٤، وخطاب الضمان فى المواد من ٣٥٥ إلى ٣٦٠، وأخيراً الحساب الجارى فى المواد ٣٦١ إلى ٣٧٧. وتعد هذه المواد بمثابة مصدر من مصادر عمليات البنوك والتى تعين الأطراف، وهما البنوك و العملاء، على تحديد مضمون وأحكام العملية المعقودة فيما بينهما ،كي يتسنى لكل طرف منهما معرفة ما له من حقوق وما عليه من التزامات.كما لاننس قانون البنك المركزي المصري رقم ١٩٤ لسنة٢٠٢٠، وهو ما يعرف بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي.

ب- العادات والأعراف المصرفية :

إن عمليات البنوك بوصفها نشاطاً تجارياً، لم تنشأ بمقتضى قانون أو بموجب عمل دولى كاتفاقية، وإنما هى عادات وأعراف وممارسات أفرزها العمل المصرفى[1] ، وجرى التعامل عليها حتى استقرت فى أذهان المتعاملين، وكأنها

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١١ ، د. محمود مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٤ .وقد قضى بجريان العادة في مجال الإئتمان العقاري على حساب الفائدة على متجمد الفوائد وتجاوز مجموعها لاصل القرض. الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٨٣ق،جلسة

ملزمـة، مـا دام لـم يسـتبعدوها. وقـد تشـكلت قواعـدها وتبلـورت أحكامهـا تبعـاً للمقاصد التى يبتغيا كل من البنك والعميل تحقيقها، وأضحى لكل نوع أو عملية مـن عمليـات البنـوك قواعـدها التـى تحكمهـا. غيـر أن هـذه العـادات المصـرفية تستمد قوتها الإلزامية من الاتفاق على تطبيقها، سواء صراحة أو ضمناً بعدم الاعتراض عليها. ويشترط لاعتبار العادات المصرفية مصدراً من مصادر القانون البنكى، أن تكون مستقرة وعامة ومتواترة بين ذوى الشأن، وهما البنوك والعملاء. ترتيباً على ما تقدم لا وجود للعادات المصرفية إذ كانت عبارة عن سلوك جرى عليه تعامل بعض البنوك فيما بينهما، أو كانت مجرد عمل يعبر عـن إرادة البنـك وحـده، ويحـاول مـن جانبـه أن يفرضـه علـى العميـل. فهـذه السلوكيات لا تلزم العملاء ما لم يثبت قبولهم لها، بما حاصله أن العادات المصرفية لا يفترض علم العميل بها، وإنما من المتعين ثبوت علمه بها.وهو ما تفرضـه قواعـد الحوكمـة، مـن التـزام موظـف البنـك بتبصـير العميـل وتقديم كافـة المعلومات له عن العقد أو العملية المزمع إجراؤها.

حـرى بالـذكر أنـه لا يجـوز أن تتعـارض العـادات المصـرفية مـع قاعـدة تشريعية آمرة، مما ورد ذكرها فى قانون التجارة والقوانين الأخرى المكملة لـه، ولاسيما قانون البنك المركزي رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠.

ج- قواعد المهنة[١] :

٢٠١٥/٤/٢٣. الطعـــــن رقـــــم ٥٥٠ لســـــنة ٥٣ق ، جلســـــة ١٩٩٦/٣/٢١،س٤٧،ص٥١٤.كما قضى بان التحقق من قيام العرف هو أمر متروك لقاضـي الموضـوع: الطعـن رقـم ٥٧٨ لسـنة ٣٥ق، جلسـة ١٩٧٢/٤/٢٢، السـنة ٢٣،العدد ٢، ص٧٤٧.

(١) كما يسميها أستاذنا الدكتور على جمال الدين. مرجع سابق، ص٨.

ومفادها أنها قواعد ولوائح مهنية، تتعلق بتنظيم المصارف وسيرها، وهى لا تلزم إلا أعضاء المهنة التابعين للجهة التى أصدرتها، ومن ثم فلا محل لافتراض قبول العملاء لها.وحرصاً من البنوك على علم عملائها بما تنشره من تعليمات دورية، فإنها دائما ما تحرص على نشر هذه المنشورات والتعليمات على أوسع نطاق، سواء فى الصحف، أو فى البنوك ذاتها، أو بأية طريقة أخرى يتوافر بها للعملاء العلم الكافى بهذه المنشورات.

د- القضاء والفقه :

لا ريب فى الدور الخلاق للقضاء فى إرساء الكثير من المبادئ فى ظل قانون التجارة القديم، إذ أرسى القضاء دعائم أساسية بشأن بعض عمليات البنوك، لعل من أبرزها خطابات الضمان والاعتمادات المستندية، فبفضل القضاء ودوره الكبير ، أستقرت بعض القواعد الخاصة بعمليات البنوك، منها مبدأ استقلال التزام البنك فى خطاب الضمان عن العلاقات الأخرى[1]. وذات المبدأ في الاعتماد المستندى[2] واستقلاله عن العلاقات الأخرى التى قد تكون

---

(١) نقض مصري جلسة ٢٠٠٤/١/١٣ ، الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٧٢ ق.الطعن رقم ١١٨٩٣ لسنة ٨٥ق، دائرة تجارية جلسة ٢٠١٨/١٢/١١: حكم محكمة استئناف القاهرة فى ١٩٦٣/٢/١٩، الطعن رقم ٧٨٥ لسنة ٧٩ق، المجموعة الرسمية، السنة ٦١، العدد الأول، ١٩٦٤، ص١١٢ ، نقض مصرى فى ١٩٥٤/٤/١٥، طعن رقم ٤١٤ لسنة ٢١ق، مجموعة النقض المصرية ص٢٢٠، جنوب القاهرة الابتدائية فى ١٩٧٨/٣/١٩، طعن رقم ٣٣٩ لسنة ٧٧ق، مجلة هيئة قضايا الدولة، العدد الأول، ١٩٧٩، ص٢٣٨ ، نقض مصرى فى ١٩٩٤/٦/٢٧، طعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق، مجموعة النقض، ١٩٩٦، العدد الثانى، ص١١٢٦.

(٢) نقض فى ١٩٦٦/٥/٣١، طعن رقم ٤٣٣ لسنة٣١ق، مجموعة النقض، السنة١٧، ١٩٦٦ العدد الثالث، رقم ١٧٥، نقض فى ١٩٨٩/٦/١٩، طعن رقم ١٦٨٥ لسنة ٥٨ق، مجموعة النقض، السنة ٤٠، الجزء الثانى، ١٩٩٤، ص٦٠٦.

أساساً لها، أو أن العبرة بالمستندات وليست بالبضائع فى الاعتماد المستندى، وضرورة التطابق الحرفى والتام بين المستندات وشروط الاعتماد[1] إلى نحو من قواعد نشأت واستقرت بفضل القضاء.

وأخيراً لا نتغافل دور الفقه فى بلورة وتأصيل القواعد القانونية، بل ووضع بعض الأحكام التى تناسها التشريع. فمثلا استقر الفقه على أنه من المتعين تراجع مبدأ الاستقلال فى خطاب الضمان والاعتماد المستندى أمام الغش الواضح من المستفيد فى طلب أيهما، رغماً عن أن التشريع – حتى بعد صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩– لم ينوه إلى أية إشارة لحكم الغش، وهو ما سار على منواله القضاء، الذى وعلى حد علمنا لم يصدر من القضاء المصرى بجميع درجاته حكم واحد يتصل بفكرة الغش فى مجال خطابات الضمان والاعتمادات المستندية.ومازال للفقه دور أساسي في إرساء المزيد من القواعد والمبادىء الحاكمة لعمليات البنوك.

خطة الدارسة :

نقسم خطة دراستنا لعمليات البنوك إلى أربعة أبواب على النحو التالى:

الباب الأول : الوادئع المصرفية .

الباب الثانى : الائتمان المصرفى.

الباب الثالث : الحساب الجارى.

الباب الرابع: الخدمات المصرفية.

---

(١) نقض فى ١٩٧٦/١/٢٦، طعن رقم ١٩٨ لسنة ٣٩ق، السنة ٢٧، ص٢٩٢.

الباب الأول
الودائع المصرفية

تمهيد وتقسيم :

تعد الودائع المصرفية من أقدم وأهم الأنشطة التى تمارسها البنوك[١]، إذ عن طريق ما يتلقاه البنك من ودائع، يستطيع النهوض بكافة الأنشطة التى يكون له بها استغلال هذه الودائع. وفى الواقع إن مقاصد المودعين تختلف من عمليات الإيداع[٢]، فقد يلجأ البعض منهم إلى إيداع أمواله النقدية، بهدف تجنب مخاطر السرقة أو الضياع، إذ يحفظها فى مكان أمين، علاوة على الفائدة التى تعود عليه من استغلالها. وقد يطلب العميل عمل شهادات لمدد معينة بقيمة ما أودعه من أموال ، يعود منها عائد شهري أو ربع سنوي يودع في حسابه ،وتتغير نسبة العائد من حين لآخر حسب ارتفاع الفائدة أو إنخفاضها وزيادة أو انخفاض التضخم الإقتصادي. وقد يكون هدف البعض الآخر من إيداع صكوكه المالية، المحافظة عليها وتحصيل أرباحها وفوائدها عن طريق البنك لقاء عمولة يتقاضاها، فيطمئن العميل بذلك إلى حسن إدارتها وتحصيل وإتمام

---

(١) د. محمد بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٩.

(٢) د. الياس ناصيف . الكامل فى قانون التجارة. عمليات المصارف – الجزء الثالث، منشورات عويدات، ١٩٩٦، ص٣٥٠.

العمليات المرتبطة بها. وهذه الوديعة تنصب على الأسهم والسندات وغيرها من الصكوك المالية. وأخيراً، ثمة ودائع للأشياء الثمينة كالمجوهرات والأوراق والمستندات الهامة، فيستأجر العميل خزينة حديدية خاصة توضع تحت تصرفه وحده وتوجدبالبنك، ويكون له فى أى وقت أن يستعملها، وذلك بغية المحافظة على هذه الأشياء من السرقة أو الضياع، وذلك بموجب عقد إيجار للخزينة يبرم بينه وبين البنك. وعلى هدى ذلك نقسم دراستنا لهذا الباب إلى ثلاثة فصول،نخصص الفصل الأول للودائع النقدية.أماالفصل الثانى فنعرض فيه لودائع الصكوك والأوراق المالية،وللودائع فى الخزائن الحديدية في الثالث.

الفصل الأول
الودائع النقدية

تمهيد وتقسيم:

نهدف من دراسة هذا الفصل إلى إلقاء الضوء على ماهية الودائع النقدية وكونها من أبرز وأهم الودائع التى تتلقاها البنوك، وأنه بموجبها تستطيع البنوك القيام بالعديد من الأنشطة الاقتصادية والاستثمارية، إذ يتسلم البنك النقود مع التزامه برد مثلها للمودع،وهو ما يقتضي الإلمام بفكرة الوديعة النقدية، وأن البنك يلتزم برد مثلها وليس هى ذاتها، وإن البنك عادة ما يقوم باستثمار هذه الودائع فى عمليات أخرى، كإقراضها لعملاء آخرين، أو فى شكل فتح اعتمادات أو خطابات لهم. كما يقتضي الحال تحديد التزامات كل من الطرفين، البنك والعميل، وأنه يقع على عاتق كل منهما عدة التزامات. كما نتعرض لأنواع الودائع النقدية المختلفة، إذ توجد أنواع متعددة للودائع، منها الودائع تحت الطلب، والودائع لأجل، والودائع النقدية بشرط الإخطار السابق، كما أن هناك تقسيماً آخر للودائع، وهى الودائع النقدية العادية، والودائع المخصصة لغرض معين، وحساب الودائع.

المبحث الأول
تعريف الوديعة النقدية وأنواعها

تعريف الوديعة النقدية :

يعرف عقد الوديعة النقدية بأنه عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهنى مع التزامه برد مثلها للمودع[1]. مؤدى هذا التعريف أن عقد الوديعة هو عبارة عن عقد، ينطبق عليه ما ينطبق على كافة أنواع العقود من ضرورة توافر أركانه الأساسية،وهي التراضي والمحل والسبب والأهلية، يخول البنك ملكية النقود المودعة لديه، فيكون له حق التصرف فيها فى أنشطته المعتاد التعامل فيها، مع التزامه برد مثلها وليس هى ذاتها للمودع، وبذات نوع العملة المودعة. ويترتب على ذلك أن عقد الوديعة النقدية ينعقد بين طرفين هما البنك والعميل، وأياً كان صفة العميل، سواء كان شخصاً طبيعياً أو معنوياً كشركة أو مؤسسة، تنتقل فيه ملكية هذه العقود إلى البنك لاستثمارها بما يتفق ونشاطه[2]. بيد أن الوديعة النقدية لا تقتصر على هذه النقود التى قد يسلمها العميل للبنك، بل تشمل كل ما يكون للعميل من

---

(١) وقد عرفتها المادة (٣٠١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأنها «عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها للمودع طبقاً لشروط العقد» وراجع فى تعريف عقد الوديعة النقدية، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٥، د. محمد بهجت قايد. مرجع سابق، ص٢٠، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٢٨، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٣٥٣، د. أحمد زيادات. د. إبراهيم العموش. الوجيز فى التشريعات التجارية الأردنية ١٩٩٦، ص٣٣٩.وفي القضاء :الطعنان رقما٧٨٥٧،٨٧٣٤ لسنة٥٦ق، جلسة ٢٠٠٨/٣/٢٥.

(٢) راجع د. مصطفى كمال طه، و د. على البارودى. القانون التجارى. منشورات الحلبى الحقوقية، بيروت – لبنان، ص٦٣٣ وما بعدها، د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢١٢ وما بعدها، د. أكرم ياملكى. الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية، ص٣٠٥.

نقود فى ذمة البنك.

وفى الواقع، إن هذه العملية هى الوسيلة المعتادة التى تعارف عليها جمهور العملاء لإيداع أموالهم المملوكة لهم لدى البنوك والحصول على فائدة(عائد). كما أنها من أهم مصادر نشاط البنك، إذ تعتمد عليها البنوك إعتماداً أساسياً فى إدارة ومباشرة أعمالها وأنشطتها. والغالب أن تقوم البنوك بتجهيز نماذج مطبوعة، بما حاصله أنه لا يكون أمام العميل سوى كتابة البيانات الخاصة به وقبول الشروط المدرجة فيها وإيراد توقيعه عليها.

الصفة التجارية لعقد الوديعة النقدية :

يعد عقد الوديعة النقدية عملاً تجارياً دائماً بالنسبة للبنك، إذ تعد جميع أعمال البنوك من الأعمال التجارية. أما بالنسبة للعميل، فلا يعد العقد تجارياً إلا إذا كان تاجراً وعقده لحاجات تجارية[1] . وفيما عدا ذلك يعد عملاً مدنياً. ويترتب على تجارية عقد الوديعة النقد ية، جواز إثباته بكافة طرق الإثبات فى مواجهة البنك، وإن جرت العادة على استلام العميل إيصالاً بالإيداع يسلم إليه من قبل البنك، يمكن للعميل بموجبه من إثبات الوديعة بمقتضى هذا الإيصال وموقعاً من موظف البنك ومختوماً.وإن كان قد جري عرف البنوك حديثاً وبعد التطور التكنولوجي الحديث، على إرسال رسالة على الهاتف المحمول للعميل تفيد بإيداع المبالغ في حسابه. ويكون للعميل التأكد من خلال التطبيق الإلكتروني الذي تم وضعه عل هاتفه المحمول بناء على طلب منه لأدارة البنك، فيحصل علي بسورد للدخول إليه. أما إثبات العقد تجاه العميل ، فيكون بوسائل الإثبات المدنية، ما لم يكن العقد تجارياً بالنسبة للعميل، وفى هذه الحالة يكون بكافة طرق الإثبات.

---

(١) د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٣٨٠. د. أحمد زيادات و د. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٤١.

التكييف القانونى لعقد الوديعة النقدية :

بالتفسير الحرفى لنص المادة (٣٠١) من قانون التجارة، قد يستوحى تكييف عقد الوديعة النقدية بأنه عقد إيداع، أى وديعة، غير أن تحديد طبيعة وديعة النقود ليست بمثل هذه البساطة، إذ طرأت عدة آراء فى هذا الصدد لتفسير طبيعة الوديعة، تتأرجح ما بين اعتبارها وديعة بالمعنى الدقيق والمتعارف عليه، أو وديعة ناقصة، أو الميل إلى فكرة القرض. وبادئ ذى بدء تنص المادة ٧١٨ مدنى على أن «الوديعة عقد يلتزم به شخص أن يتسلم شيئاً من آخر على أن يتولى حفظ هذا الشئ، وعلى أن يرده عينا»، ومن ثم تقوم فكرة الوديعة على المحافظة على الشئ المودع ورده عيناً، غير أن البنك كمودع لديه يكتسب ملكية النقود المودعة لديه ويتمتع بحرية التصرف فيها بأى وجه كان، مع التزامه برد مبلغ مساو للمبلغ المودع، وهو ما يتنافى مع فكرة الوديعة. ومن ثم يبدو الخلاف بين الوديعة النقدية المصرفية وعقد الوديعة، فى أن وديعة النقود تخول البنك حرية التصرف فى إدارة الأموال المودعة، إذا تنتقل ملكية الأموال إليه، فيكون له استغلالها كيفما يشاء، على نقيض الوديعة التى تقتصر مهمة المودع لديه على حفظها فحسب ورد ها عيناً كما هى.ولذا لا يعد البنك خائناً للأمانة إذا رد مثل النقود وليس هي ذاتها بذات أرقامها.

لذا اتجه رأى آخر إلى اعتبارها وديعة ناقصة أو شاذة، يمتلك فيها المودع لديه المال المودع ويلتزم فحسب برد مثله. غير أنه – أيضاً – قد يتضح قصور هذا الرأى عن تفسير طبيعة عقد الإيداع النقدى، وذلك من جهة، أنه يؤدى إلى عدم جواز تطبيق المقاصة بين المبالغ المودعة لدى البنك والمبالغ المستحقة له قبل العميل[١]. ومن جهة أخرى يترتب على هذا الرأى، أنه يتعين

---

(١) د. محمد بهجت قايد. مرجع سابق، ص٢١، د. محمود مختار بريرى. مرجع سابق ، ص٢٩.

على البنك المودع لديه الاحتفاظ فى خزانته بمبالغ مساوية لمبالغ الوديعة تحسباً لطلب الودائع بطريقة فجائية، وهو أمر يندر حدوثه، إذ يمتلك البنك مبالغ هذه الودائع، ويقوم باستغلالها بما يتفق ونشاطه المهنى، ولا يحتفظ إلا بجزء فقط منها لتلبية بعض طلبات الاسترداد المقدمة من المودعين ،ولا سيما أيام الأعياد والمناسبات الإجتماعية. ويترتب على ذلك أن الوديعة المصرفية النقدية لا تعد وديعة ناقصة إلا فى حالة واحدة، وهى إذا كانت الوديعة مخصصة لغرض محدد أو هدف معين. بيد أن أغلبية الفقه[1] قد مال إلى ترجيح فكرة القرض وكونها السمة البارزة فى عقد الإيداع النقدى، إذ يمتلك البنك النقود ويستعملها فى أوجه النشاط المتاحة له، وذلك لقاء عائد يحصل عليه المقترض، إذ يقرض المودع البنك مبالغ معينة يتسلمها منه، ويكون له أن يستغلها فى أنشطته المختلفة وذلك مقابل فائدة معينة يتفق عليها وقد تتغير حسب تعليمات البنك المركزي. وقد أخذ القانون المدنى بهذا التكييف، إذ تنص المادة ٧٢٦ منه على أنه «إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أى شئ آخر مما يهلك بالاستعمال وكان المودع عنده مأذونا فى استعماله ،اعتبر العقد قرضاً». وقد اعتنقت محكمة النقض المصرية هذا التكييف، وقضت بأنه وفقاً لما جرى عليه قضاء هذه المحكمة، أن علاقة البنك بالعميل الذى يقوم بإيداع مبالغ فى حسابه لدى البنك هى علاقة وديعة ناقصة، وبمقتضى المادة ٧٢٦

---

(١) انظر د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٩ – ٣٠، د. مصطفى كمال طه و د. على البارودى مرجع سابق، ص٦٣٨، د. أكرم ياملكى. مرجع سابق، ص٣٠٨، د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٣٨١. د. أحمد زيادات و د. إبراهيم العموش. مرجع سابق ص٣٤٠.

مدنى يعد قرضاً[1].

ومن جانبنا نرى مع بعض الفقه[2] أنه من المستحب النظر إلى شروط عقد الإيداع النقدى، إذ يصعب تكييف العقد بأنه قرض حال ما إذا سعى العميل إلى حفظ نقوده فحسب مع أحقيته فى طلبها فى أى وقت ودون فائدة،كمن يحتفظ بنقوده في حساب جار، إذ فى هذه الحالة، نكون بمثابة وديعة عادية. أما إذا كانت الوديعة تستحق بعد أجل ولقاء عائد يحصل عليه المودع، فنكون بصدد ثمة عقد قرض. وعلى أية حال، فإن استخلاص هذا التكييف هو أمر متروك لمحكمة الموضوع، بناء وعلى هدى وقائع الدعوى وأهمها عقد الإيداع وإرادة المتعاقدين، ويخضع في ذلك لرقابة محكمة النقض.

أنواع الودائع النقدية :

تنقسم الودائع النقدية إلى عدة أنواع بحسب موعد استردادها، أو مدى حرية البنك فى التصرف أو التعامل فيها.

أولاً: أنواع الودائع النقدية بحسب موعد استردادها :

أ- الودائع تحت الطلب :

وهى من أهم أنواع الودائع، وتكون الجزء الأكبر من موارد البنوك، وفيها

---

(١) نقض مصرى فى ٢٠١٠/٥/٢٠ الطعن رقم ٧٥٠٠ لسنة ٧٩ ق، السنة ٦١، ص٦١٤، نقض بتاريخ ١٩٨٤/٣/٢٠، الطعن رقم ١٨٤٩ لسنة ٤٩، السنة ٣٥، ص٧٥٢، أيضاً ذات الاتجاه نقض بجلسة ١٩٧٣/١٠/٣١، طعن رقم ١١٣ لسنة ٣٦ق، السنة ٢٤، ص١٠٣٥، الطعن رقم ٤٢٩٨ لسنة ٨٦ق، جلسة ٢٠١٧/٣/١٥.وقد قررت هيئة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية في القرار رقم١٤١٥/٧٤هـ انها ليست وديعة عادية .محمود عبدالكريم الخطيب.من مباديء تسوية المنازعات،دار الخطيب للنشر والتوزيع،١٤٢٠هـ،ص٨٦

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٣٠، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٢٣.

يتفق العميل والبنك المودع لديه الأموال والودائع على أحقية العميل فى استرداد الوديعة فى أى وقت[1]، وهو ما يقتضى احتفاظ البنك ببعض الأموال الكافية لتلبية طلب ورغبة العملاء الذين يرغبون فى الاسترداد فى الحال[2] .كما تكون هناك أحقية للبنوك في إشتراط حداً أعلى للسحب اليومي،بناء على تعليمات البنك المركزي.كما هو الآن بتحديد خمسين ألف جنيه للسحب اليومي للعميل.

وقد يتم الاتفاق على دفع فائدة على الوديعة النقدية أو بدون فائدة، غير أنه انطلاقاً من أن المصرف يلتزم بالرد الفورى لدى الطلب، واحتفاظه فى خزانته ببعض المبالغ الكافية لرد الودائع، مما يعطله عن استغلالها، فإنه لا يدفع عنها فائدة أو بموجب فائدة ضئيلة. وعادة ما يفضل بعض العملاء هذا النوع من الودائع، إذ يعطيهم الحق فى استرداد أموالهم بطرق مختلفة، سواء عن طريق سحب شيكات على هذا الحساب أو بموجب أمر تحويل مصرفى عادي أو الكتروني بمبالغ كبيرة إلى نحو ذلك من وسائل متاحة.

ب- الودائع لأجل :

وهى الودائع التى يتفق على عدم الحق فى استردادها إلا بعد أجل معين، بما مؤداه أنه لا يحق للمودع المطالبة بالاسترداد قبل أجل محدد، ومن ثم لا

---

(١) وهو ما تقضى به المادة (٣٠٥) من قانون التجارة بقولها «ترد الوديعة بمجرد الطلب ما لم يتفق على غير ذلك، وللمودع حق التصرف فى رصيده الدائن أو فى جزء منه .....».

(٢) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٦ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٣١، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٣٦٢، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٢٤، د. أحمد زيادات و د. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٤١.

يلتزم البنك بالرد إلا عند حلول الأجل المعين لها[1]. ونظراً لكون هذا النوع من الودائع مما يؤدى إلى منفعة للبنك أكثر من الوديعة لدى الطلب، باعتبار أن المصرف يستطيع استعمال المبالغ المودعة لديه بحرية وفي أغراض عديدة، لحين حلول أجل الاستحقاق، حيث يكون على علم مسبق بهذا التاريخ، فإن الفائدة – عادة – ما تكون مرتفعة نسبياً عن الوديعة تحت الطلب.وهي تتغير من حين لآخر وفقاً لمعطيات عديدة. ولا يخفى مدى الفائدة التى يحققها هذا النوع من الودائع، إذ تفيد البنك حيث تعطيه حرية التصرف فى الأموال واستثمارها فى العديد من المشروعات الاستثمارية طويلة الأجل كالعقارات ، كما تفيد العميل أيضا، إذ يحصل على فائدة لقاء تخليه عن هذه الأموال للبنك.وقد كيفتها محكمة النقض بأنها وديعة ناقصة تعد بمثابة قرض من العميل للبنك ،وله حق المطالبة بقيمة ما له، وهذا حق شخصي يسقط كسائر الحقوق الشخصية بمضي خمس عشرة سنة من تاريخ الإلتزام بالرد([2]).

ج- الودائع النقدية بشرط الإخطار السابق :

وهى ودائع غير قابلة الاسترداد إلا بعد إخطار البنك ومضى مدة معينة، وذلك لمنح البنك مهلة لتجهيز المبالغ اللازمة للرد. وقد جرى العرف على منح البنك مهلة تتراوح ما بين ٢٤ ساعة إلى يومين، حتى يتسنى للبنك تجهيز

---

(١) الطعن رقم ٨٤٧٩ لسنة ٨٢ ق، جلسه ٢٠١٤/٤/٨، وفي الفقه: د. مصطفى كمال طه و د. على البارودى. مرجع سابق، ص٦٣٤، د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٣٨١، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٦، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٣١. د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٢٤، د. الياس ناصيف. مرجع سابق ص٣٦٤، د. أحمد زيادات و د. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٤١.

(٢)الطعن رقم٧٥٠٠لسنة٧٩، جلسة ٢٠١٠/٥/٢، السنة٦١،ص٦١٤، الطعن رقم ٨٤٧٩ لسنة ٨٢ق ،جلسة ٢٠١٤/٤/٨.

الأموال المراد استردادها. ولذا فإن هذا النوع يعطى فائدة للعميل على الوديعة أعلى من الفائدة على الوديعة تحت الطلب وأقل من الوديعة لأجل.

١٣- ثانياً: أنواع الودائع بحسب حرية البنك فى استخدامها :

أ- الوديعة النقدية العادية :

وهى الوديعة التى يبرم فيها العميل مع البنك عقداً بغرض إيداع بعض المبالغ لدى البنك، يستثمرها الأخير لقاء عائد – فائدة، دون أن يحدد لها هدفاً أو غرضاً من هذا الإيداع، وفيها يمتلك البنك المبلغ المودع، ويكون له أن يتصرف فيه ويستغله فى كافة أوجه النشاط المعتاد، على أن يرد قدراً يماثل الوديعة. ولا يلتزم البنك بأى قيد بصدد هذه الوديعة سوى عدم تعريض أموال العملاء للضياع أو للخطر بإعتباره التزاماً بديهياً يثقل كاهله.

ب- الودائع المخصصة لغرض معين :

وهى من أنواع الودائع التى تسلم للبنك مع تخصيصها لغرض معين[١]. فالعميل فى هذا النوع من الودائع لا ينهض على إيداع النقود لدى المصرف بغية الإيداع وأخذ الفائدة، وإنما لتخصيص الوديعة لغرض معين. وهذا الغرض لا يقتصر فحسب لصالح طرف دون الآخر، فقد يكون الغرض من الإيداع، لمصلحة العميل المودع نفسه، كحال الشركة التى تقوم بإيداع مبالغ محددة للوفاء بأرباح الأسهم أو فوائد السندات. وقد يكون التخصيص لمصلحة البنك لتقديم وديعة لضمان قرض أو تخصيص حساب لضمان حساب آخر. وأخيراً قد يكون التخصيص لمصلحة الغير، كإيداع مبالغ معينة للوفاء بقيمة شيك

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٧، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٣٦٥ ، ويسميها بعض الفقه بالوديعة المقيدة انظر د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٣٢.

بنكي مسحوب لحساب الغير، ويجمد بصفة مؤقتة لصالحه. والأهم فى هذا الصدد أنه لا يجوز للمودع أن يطلب استرداد المبالغ المخصصة إلا بعد انتهاء غرض التخصيص.فمثلا لا يجوز للعميل التصرف في مقابل وفاء الشيك بعد إصداره وإعتماده من قبل البنك.([1]).

ج- ودائع التوفير أو الودائع الادخارية :

وهى نوع خاص من الودائع الادخارية، تتم بإيداع مبلغ من النقود لدى البنك عن طريق القيد فى دفتر خاص، يسلمه البنك للعميل، يكون بمثابة سند له يثبت فيه عمليات الإيداع والسحب، وهو دفتر شخصى غير قابل للتنازل عنه بأى طريق من طرق التداول، سواء عن طريق التظهير، لأنه ليس ورقة تجارية، أو عن طريق حوالة الحق. ومن ثم لا يجوز لغير صاحب الدفتر أو ورثته أو وكيله بموجب توكيل خاص، السحب من المبالغ المودعة. والمعتاد أن يتم قيد المبالغ النقدية المسحوبة أو المودعة بموجب الدفتر، إذ تدون فيه جميع عمليات السحب والإيداع.وإن كان لم يعد لهذه الدفاتر وجود في الوقت الراهن ،حيث صارت كل تعاملات البنوك الكترونياً وبمقتضي رسائل نصية ترسل للعميل تفيد عمليتي السحب والإيداع. وتقضى المادة (٣٠٣) من قانون التجارة، بأنه لا يترتب على عقد وديعة النقود حق للمودع فى سحب مبالغ من حساب الوديعة إذا لم يكن رصيد هذا الحساب دائناً. وإذا أجرى عمليات لحساب المودع ترتب عليها أن رصيد حساب الوديعة مديناً، وجب على البنك إخطار المودع فوراً لتسوية مركزه.وإن كان يصعب تصور هذه الفرض، حيث نظام البنوك لا يسمح بذلك إلا إذا كان هناك اتفاق صريح بين طرفي التعامل

([1]) انظر مؤلفنا:الأوراق التجارية وفقا لقانون التجارة المصري على ضوء أحكام القضاء المصري والمقارن، ٢٠٢١- ٢٠٢٢، ص٤٠٩.

على جواز مديونية الحساب وبفائدة من يوم صيرورة الحساب مديناً.

حرى بالذكر أنه قد يفتح حساب الودائع لغير التجار حماية لمدخراتهم وتمكنهم من سداد ديونهم بإصدار أمر تحويل مصرفى أو بسحب شيكات على ذلك الحساب، شريطة أن يكون فى حدود المبالغ النقدية المودعة.

تعدد حسابات الشخص لدى مصرف واحد والحسابات المشتركة :

تقضى المادة (٣٠٧) من قانون التجارة بأنه «إذا تعددت حسابات المودع فى بنك واحد أو فى فروعه، اعتبر كل حساب منها مستقلاً عن الحسابات الأخرى». ومؤدى هذا النص أنه يكون للعميل أكثر من حساب لدى المصرف أو أحد فروعه، ويعد – فى هذه الحالة – كل حساب مستقلاً عن الحسابات الأخرى في فتحه وفي قواعد سيره والعمليات التي تقيد فيه وفي تسويته لدى البنك ([1]). وبادئ ذى بدء لا مشكلة إذا تعددت حسابات المودع لدى عدة بنوك، وهو أمر طبيعى بالنسبة للتاجر أو حتى للشخص الطبيعى، فقد يفتح حساباً لتسوية ديونه عن طريق سحب الشيكات[٢]، أو يفتح حساباً جارياً لغرض آخر إلى نحو ذلك، أو يقوم بفتح حسابا بالدولار الأمريكي لدى بنك، ويفتح لدى آخر حساباً بالجنيه المصري، ومن ثم يعد كل حساب مستقلاً عن الآخر، سواء كانت الحسابات لنفس العميل لدى ذات البنك أو عدة بنوك، فكل حساب يخضع لأحكام العقد الذى يربط العميل بالمصرف ووفقاً لشروطه المبينة فيه. بيد أن مكمن المشكلة قد يبدو حال الفرض الذى تعجز فيه أحد حسابات العميل عن سداد مديونية معينة، كوفاء قيمة شيك مسحوب على البنك، فى حين أن حسابات

([1])نقض مصري الطعن رقم ٤٢٩٨ لسنة ٨٦ق، دائرة تجارية، جلسة ٢٠١٧/٣/١٥، قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالسعودية رقم ١٤٠٩/٤٠، مرجع سابق،١٠٩. والقرار رقم ١٤١٢/٦هـ، ص١٢٧.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٢٤.

العميل الأخرى دائنة وقد تغطى الوفاء بقيمة الشيك[1].

وفقاً لنص المادة (٣٠٧) المذكور آنفاً، يعد العميل مرتكباً لجريمة إصدار شيك بدون رصيد ، على الرغم من دائنية حساباته الأخرى، بما حاصله أنه لا يملك البنك-كأصل عام- تعويض النقص أو انعدام الرصيد فى الحساب المعنى من حساب آخر ، وإذا عجز العميل عن السداد، فإنه يجوز شهر إفلاسه إذا كان تاجراً وتوقف عن سداد ديونه التجارية، وهو حل يترتب عليه نتائج وخيمة بالنسبة للعميل. لذا حسنا ما فعلت بعض التشريعات العربية عندما أضافت عبارة «ما لم يتفق على غير ذلك[2]» لكى يتسنى تفادى ما قد يقع من مشاكل عملية عديدة من جراء انفصال واستقلال الحسابات، ولذا نؤيد الرأى الفقهى[3] الذى يذهب إلى ضرورة دمج الحسابات، متى اتفق العميل والبنك على ذلك،وثبت من قصدهما إيجاد رابطة بين الحسابات.وهو ما تلجا إليه البنوك وضماناً لإستيفاء حقوقها لدى العملاء،إذ عادة ما تقوم بالاتفاق مع العملاء على المقاصة بين أرصدة الحسابات المختلفة أو الإتفاق على إدماجها أو وحدتها أو رهن رصيد أحدهما لضمان رصيد حساب آخر إلى غير ذلك من أساليب الضمان التي قد يبتدعها العمل المصرفي تفادياً للنتائج التي يؤدي إليها إستقلال الحسابات[4].وهو من جانب آخر ، يفيد العميل الذي قد يقع في مشاكل من قصور أحد الحسابات عن الوفاء بتعهداته، ليتم تسويتها من حساب آخر.

---

(١) حرى بالذكر أن هذا الفرض هو ما يفترض أن للعميل أكثر من حساب لدى نفس البنك، أما إذا تعددت حساباته لدى أكثر من بنك، فلا مشكلة ويعد فى هذه الحالة مرتكباً لجريمة إصدار شيك بدون رصيد.

(٢) ومنها المادة ٣٤٦ تجارة عمانى، والمادة ٣٣٦ تجارة كويتى.

(٣) ومن هذا الرأى د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٢٥.

(٤) نقض مصري الطعن رقم ٤٢٩٨ لسنة ٨٦ ق سالف الذكر.

من جهة أخرى ووفقاً لمنطوق المادة (٣٠٨) [١]، يجوز أن يفتح البنك حساباً مشتركاً بين شخصين أو أكثر بالتساوى فيما بينهم ما لم يتفق على غير ذلك واختلاف النسب، ويكون لكل منهم حق إيداع النقود أو سحبها. كما لو اتفق زوجان على فتح حساب مشترك يخول لهما حق الإيداع والسحب منه حسب إرادتهما.

بيد أنه يتعين مراعاة بعض القواعد الخاصة بهذا النوع من الحسابات، والتي تضمن حسن التعامل عليه . وتتلخص فيما يلى:

١- يفتح الحساب المشترك بناء على طلب أصحابه جميعاً ولا يجوز السحب من هذا الحساب إلا بموافقتهم جميعاً، ما لم يتفق على خلاف ذلك[٢].

مؤ دى ذلك أن فتح هذا الحساب أو السحب منه لا يكون إلا بموافقتهم جميعاً، ما لم يتفق على توكيل أحدهم فى الفتح أو السحب منه دون إقتضاء موافقة الآخرين. والأصل أن الحساب يكون مشتركاً بالتساوى بين المشتركين فيما بينهم، ما لم يتفق على غير ذلك ، كما لو اتفق الأطراف، كالزوج، على أن تكون نسبته أكبر من الطرف الآخر، وهي الزوجة الطرف الثاني.

٢- إذا قام أحد أصحاب الحساب المشترك بإخطار البنك كتابة بوجود خلاف

---

(١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، وراجع بشأن الحساب المشترك د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢١٦ – ٢١٧ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٢٦، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٣٣ .

(٢) وقد تقرر أن التعامل على الحساب المشترك مدة طويلة دون إعتراض من الشركاء ،يعد إقرارا ضمنيا منهم بصحة ما تم عليه من عمليات دائنة أو مدينة. انظر :قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالسعودية، رقم ١٤٢٦/٩٥ ،ص١٣١ . كما انظر في القضاء المصري: الطعنان رقما٨٧٣٤،٧٨٥٧ لسنة ٥٦ق ، جلسة ٢٠٠٨/٣/٢٥. كما انظر حديثا الطعن رقم ٣٠٠٩ لسنة ٨٧ ق، بتاريخ٢٠٢٢/١١/٢٢.

بينهم، وجب على البنك تجميد الحساب حتى تتم تسوية الخلاف بينهم رضاء أو قضاء.منعاً لقيام أحد طرفي الحساب بإجراء معاملة تضر بالطرف الآخر.

٣- إذا وقع حجز على رصيد أحد أصحاب الحساب المشترك من قبل الغير، فإنه يسرى الحجز على حصة المحجوز عليه من رصيد الحساب يوم إبلاغ البنك بالحجز. وعلى البنك وقف السحب من الحساب المشترك بما يساوى الحصة المحجوز عليها وإخطار أصحابه أو من يمثلهم بالحجز خلال مدة لا تجاوز خمسة أيام.

٤- إذا توفى أحد أصحاب الحساب المشترك أو فقد الأهلية القانونية، وجب على الباقين إخطار البنك بذلك وبرغبتهم فى استمرار الحساب، وذلك خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقدان الأهلية، وعلى البنك وقف السحب من الحساب المشترك حتى يتم تحديد الورثة أو تعيين القيم على من فقد أهليته القانونية. ما لم يتفق جميع الورثة على قفل الحساب.

ومن جانبنا نرى أنه يتعين على البنك التشدد حيال هذا الفرض،وإقتضاء وبمجرد علمه بالوفاة، ضرورة اتفاق الورثة، ومنع السحب من الحساب كي لا يقوم أحد طرفيه بسحب كل ما بالحساب من أموال إضراراً بالورثة الآخرين.

المبحث الثانى
آثار عقد الوديعة النقدية

تتولد عن عقد الوديعة النقدية عدة آثار، تتمثل فى تحديد كل من حقوق والتزامات طرفي العقد.

أولاً : حقوق البنك والتزاماته :

انطلاقاً من أن الوديعة النقدية المصرفية،وحسب ما أستقر عليه الفقه في معظمه، هى بمثابة قرض من العميل إلى البنك، فإنه يترتب على ذلك ملكية

البنك للنقود المودعة، والذى يكون من حقه أن يتصرف فيها ويستغلها فى أوجه النشاط المعتادة، سواء فى منح القروض للعملاء الآخرين، أو باستغلالها فى أنشطة تجارية أو بتخصيصها كاحتياطى لخطابات الضمان لمصلحة الغير إلى نحو ذلك من أنشطة متعددة ومتجددة. أما أهم ما يقع على عاتق البنك من التزامات، فهو التزامه برد مبلغ يساوى المبلغ المودع لديه، ودون النظر إلى قيمة هذا المبلغ عند رده، أو لما قد يحدث من تغيير فى قيمة العملة، فهو يرد مثل ما اقترض لا قيمة ما اقترض[1]،ولا سيما مع تغير سعر العملات النقدية متأثرة بعوامل عدة، وهو ما نشهده الآن من ارتفاع سعر الدولار وغيره من العملات الأجنبية

وعلى فرض أن فقدت النقود المودعة كل قيمتها بسبب قانونى كإلغائها، كما حدث فى دول الاتحاد الأوربى وحلول اليورو كعملة موحدة محل العملات المحلية، فإن يكون على البنك أن يرد نقوداً جديدة، وذلك وقت تنفيذ الالتزام بالرد، بذات قيمة النقود المودعة. أما إذا كانت الوديعة بعملة أجنبية كالدولار أو اليورو أو الإسترلينى، فإن البنك يلتزم برد القرض بذات العملة وبعدد مماثل لما هو مودع[2]. ما لم يقبل العميل إستردادها بقيمة عملة محلية بعد تحويلها بسعر الصرف في يوم الإسترداد.وهو ما حدث في بعض الأوقات وقت شح الدولار بعد عام ٢٠١١.

---

(١) إذ تقضى المادة ١٣٤ مدنى بأنه إذا كان محل الالتزام نقوداً التزم المدين بقدر عددها المذكور فى العقد دون أن يكون لارتفاع قيمة هذه النقود أو لانخفاضها وقت الوفاء أى أثر.

(٢) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٧، د. أحمد زيادات ود. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٤٣. وفي القضاء انظر:الطعن رقم ٤٣٩٨ لسنة ٨٦ق ، جلسة ٢٠١٧/٣/١٥.

وبطبيعة الحال فإن الرد عادة ما يكون إلى المودع نفسه أو وكيله المخول فى ذلك. ولكى يطمئن البنك إلى تنفيذ التزامه بالرد إلى شخص المودع، فإنه يقتضى منه عند الإيداع نموذجاً من توقيعه أو من توقيع وكيله، ليضاهيه بتوقيع المستلم، ويسأل البنك إذا قصر فى هذا الالتزام ولم يقم بهذه المضاهاة، ويكون للعميل أن يرجع عليه بالتعويض حال أرتكابه خطا حيال هذا الفرض.

ويتعين أن يكون رد المبالغ المودعة لدى البنك بالطريقة وفى الميعاد المتفق عليه مع العميل، فقد يكون الموعد محدد مسبقاً، وقد يكون متروكاً للمودع بعد مدة معينة من الطلب. وتقضى المادة (٣٠٦) من قانون التجارة، بأن يكون التعامل فى فرع البنك الذى فتح فيه الحساب، ما لم يتفق على غير ذلك. وبذلك لا يكون للعميل أن يطلب من البنك استرداد وديعته من فرع آخر غير المودع لديه، إلا إذا اتفق على خلاف ذلك العميل مع البنك.ونؤيد ما نقول به إستنادا للمادة(٣٠٦) من قانون التجارة، والتي أجازت أن يكون التعامل مع غير الفرع الذي فتح فيه الحساب، وهو ما شأنه التيسير على العملاء أثناء تعاملاتهم وسرعة إنجازها.وهو ما جري عليه التعامل عملاً لتسهيل الأمر على العملاء وعدم تكبد مشقة الذهاب إلى ذات الفرع الذي فتح فيه الحساب،خاصة مع تغيير محل الأقامة.

والأمر الحرى بالذكر أنه لا أثر للقوة القاهرة على التزام البنك بالرد[1]، لأننا حسب ما انتهينا، ليست وديعة بالمعنى المقصود وإنما قرض يجوز بموجبه للبنك التصرف فى الأموال المودعة، ومن ثم إذا هلكت الأموال بقوة

---

(١) كما لو تم الاستيلاء عليها بفعل غزو أجنبى أو الحرب أو تمت مصادرتها، فيظل من حق المودع أن يسترد المبلغ مع الفائدة المستحقة راجع د. الياس ناصيف. مرجع سابق ، ص٣٥٩، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٤١.

قاهرة،كأستيلاء جيش دولة معتدية على أموال البنوك في الدولة التي غزتها، فإنها لا تؤثر على التزام البنوك برد مثلها، ولا تبرأ ذمتها بهلاكها.

أيضاً يلتزم البنك بدفع الفوائد عن الوديعة، وإن كان الأمر يتوقف على نوع الوديعة، فلا التزام على البنك بدفع فوائد عن الودائع تحت الطلب إلا إذا اتفق على نقيض ذلك. أما الودائع لأجل، فهى ونظراً لأنها تتيح للبنك أن يتصرف فيها بحرية، إذ لا يلتزم بردها إلا عند حلول الأجل، فإنها يستحق عنها فوائد تتناسب مع فترة بقاء أو صيرورة الأموال تحت تصرفه. ومن المقرر أن تسرى الفائدة بحسب الاتفاق بين البنك والعميل، فقد تحسب الفائدة من يوم الإيداع أو من اليوم التالى له أو من أول الشهر التالى لشهر الإيداع كما فى دفاتر التوفير، وينتهى سريان الفوائد من اليوم الذى ينقضى فيه التزام البنك وذلك برد الوديعة[1].

ثانياً: حقوق العميل والتزاماته :

يتمثل الحق الأساسى للمودع فى استرداد قيمة الوديعة النقدية المودعة لدى البنك مع الفائدة المستحقة، وذلك وفقاً لشروط العقد المبرم بين الطرفين.

وهذا الاسترداد قد يكون استرداداً نقدياً أو عن طريق الشيكات، إذ يقوم البنك المودع لديه بتسليم العميل دفتر شيكات خاص به، يكون له بموجبه أن يسترد الوديعة أو جزءا منها عن طريق سحب شيك على البنك. وعلى البنك أن يتأكد من توقيع العميل على الشيك ومطابقته بالتوقيع المدون لديه فى الكشوف وعلى جهاز الكمبيوتر، لكى يعد الصرف صحيحاً،وإلا سأل البنك حال المخالفة. وقد يكون الاسترداد بموجب أمر تحويل مصرفى عادي أو الكتروني، أو يجرى

---

(١) راجع د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٢٨، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٤١، د. أحمد زيادات ود. إبراهيم العموش_ مرجع سابق. ص٣٤٤.

العميل مقاصة بين الوديعة وبين الديون التى تستحق عليه للبنك إلى نحو ذلك.

أما ما يقع على عاتق العميل من عبء، فهو التزامه بتسليم الوديعة النقدية للبنك، ويترتب على عدم قيام العميل بتنفيذ هذا الالتزام، أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه لعدم تقديم المبالغ محل العقد[1].وأن كان هذا الأمر هو مجرد فرض ،حيث لا يقوم موظف البنك بفتح الحساب وإتخاذ إجراءاته إلا بعد التيقن من وجود الأموال بحوزة العميل وتقديمها لموظف البنك كي يبدأ في إتخاذ إجراءات فتح الحساب.

انقضاء عقد الوديعة النقدية.

يقفل الحساب المودع فيه الأموال لدى البنك بانتهاء عقد الوديعة، إما باستردادها من قبل العميل أو وفاته. إلا أن بعض التشريعات – منها التشريع المصرى فى المادة (٣٠٥) من قانون التجارة – قد اتجهت إلى استمرار عقد الوديعة قائماً وفقاً لشروط العقد، ما لم يطلب الورثة استردادها قبل حلول أجله[2]. وينقضى عقد الوديعة – أيضاً – بانقضاء شخصية العميل، كما لو كان الأخير شخصاً معنوياً وانقضى لسبب ما كشركة تم حلها وتصفيتها ،ومن ثم تنقضي شخصيتها الإعتبارية، فيترتب على ذلك انتهاء عقد الوديعة وقفل الحساب. وفي جميع الأحوال تنتهي كل الحسابات بإنقضاء البنك وتصفيته.

المبحث الثالث

أمر النقل المصرفى

تعريف أمر النقل المصرفي:

تعرف المادة (٣٢٩) من قانون التجارة النقل المصرفى، بأنه عملية يقيد البنك

---

(١) د. أكرم ياملكى. مرجع سابق، ص٣١٠.

(٢) الطعن رقم ٨٤٧٩ لسنه ٨٢ ق، جلسة ٢٠١٤/٤/٨.

بمقتضاها مبلغاً معيناً فى الجانب المدين من حساب الآمر بالنقل بناء على أمر كتابى منه وفى الجانب الدائن من حساب آخر. مفاد هذا التعريف أن النقل المصرفى عملية تتم بموجبها تقييد مبلغ معين فى الجانب المدين من حساب العميل الآمر (مصدر أمر التحويل أو النقل) بمقتضى أمر كتابى منه، وفى الجانب الدائن من حساب آخر[1]. فعملية النقل المصرفى تفترض وجود حسابين مصرفين، سواء كانا الحسابان فى مصرف واحد لنفس العميل، أو لعميلين مختلفين، أو كانا الحسابان فى مصرفين مختلفين، لنفس العميل أو لعميلين مختلفين.

مؤدى ذلك أن التحويل أو النقل المصرفى هو وسيلة يستخدمها العميل المودع للحصول على ودائعه لدى البنك، وذلك بما حاصله أن يصدر أمر تحويل للبنك المودع لديه بنقل مبلغ معين من حسابه إلى حساب آخر.

ولا يخفى مدى الفائدة التى تعود على العميل الذى يصدر أمر النقل المصرفى والمستفيد من النقل، إذ بدلاً من أن يقوم المدين الآمر بإصدار النقل بسحب مبلغ الدين من حسابه مع ما يترتب على ذلك من مخاطر السرقة والضياع،خاصة إ ذا كان المبلغ كبيراً، ويقوم بوفائه لدائنه نقداً، يقوم بموجب أمر النقل، بتحويل المبلغ عن طريق القيد فى الحساب فحسب. أيضاً قد يصدر

---

(١) راجع فى أمر النقل المصرفى د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٣٧، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٣٥، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٣٥، كتابنا. عمليات البنوك. مرجع سابق، ص٣٠.كما انظر في ذات التعريف، قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية، رقم١٤٠٨/١١ هـ، مرجع سابق ، ١١٧. وفي مصر: الطعن رقم٨٦٩٥ لسنة ٦٥ق،جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤،مكتب فني، السنة ٥٩ق،قاعدة ٢٥،ص١٣٩ . وفي القضاء الإماراتي ، الطعن رق ١١ لسنة ١ق، جلسة ٢٠٠٧/٣/٢٥ مدني، محكمة تمييز رأس الخيمة.

العميل أمر النقل المصرفي بشأن حسابين له، عن طريق نقل مبلغ معين من حساب له وليكن حساباً جارياً لا ينتج أي عائد إلى حساب آخر كحساب وديعة، بدلاً من أن يقوم بسحب المبلغ المراد من الحساب الأول ونقله إلى الثاني، وهي العملية التي توفر الكثير من الوقت والنفقات، ولا تكلف العميل مصاريف أو عمولة السحب.

حرى الذكر أنه ينظم الاتفاق بين البنك والآمر بالنقل شروط إصدار الأمر، ومع ذلك لا يجوز أن يكون أمر النقل لحامله[1].

١الفرق بين أمر النقل المصرفي وسحب الشيكات.

قد يتشابه أمر التحويل أو النقل المصرفي مع الشيك في عدة وجوه في كون كلاهما يؤديان إلى نقل حق حال من شخص إلى آخر، واعتبارهما أداة وفاء بالدين، غير أنه يظل الخلاف بينهما قائماً سواء من حيث طريقة تنفيذ ووفاء الدين أو شروط التنفيذ، أو وقت براءة ذمة المدين.

فمن جهة أولى، تتم عملية أمر النقل المصرفي بقيد قيمة أمر النقل في حساب المستفيد، وهو ما أفصحت عنه المادة (٣٣٢) من قانون التجارة بقولها «يتملك المستفيد القيمة محل النقل المصرفي من وقت قيدها في الجانب الدائن من حسابه، ويجوز للآمر الرجوع في أمر النقل إلى أن يتم هذا القيد». ومن ثم فإن براءة ذمة الآمر تكون بقيد المبلغ في حساب المستفيد من أمر النقل، على نقيض الشيك،الذي لا تبرأ ذمة المدين الساحب فيه إلا بوفاء قيمة الشيك واستيفاء المستفيد منه لها. ويرتبط بهذا الفارق أنه لا يترتب على صدور أمر التحويل، انتقال ملكية المبلغ إلى ذمة المستفيد من الآمر، وإنما كما قلنا بإتمام عملية القيد. أما المستفيد من الشيك، فيتملك مقابل وفائه منذ تاريخ إصدار

---

(١) المادة ٢/٣٢٩ من قانون التجارة.

الشيك. **من جهة أخرى**، لا يشترط ثمة أية بيانات فى أمر التحويل إلا إجراءات معينة، أما فى الشيك فإنه يشترط بعض البيانات الإلزامية نصت عليها المادة (٤٧٣) من قانون التجارة، ويترتب على تخلف بعض هذه البيانات عدم اعتباره شيكاً. **ومن جهة ثالثة**، إن من أهم شروط صحة الشيك هو كفاية رصيد الساحب لدى المسحوب عليه، أما فى أمر التحويل المصرفى، فلا يشترط أن يكون قيمة حساب الآمر مما يغطى قيمة أمر التحويل[١]، بيد أن المادة (٣٣٥) تقضى بأنه إذا كان مقابل الوفاء بأمر النقل أقل من القيمة المذكورة فى هذا الأمر، وكان الأمر موجهاً من الآمر بالنقل، جاز للبنك أن يرفض تنفيذ الأمر على أن يخطر الآمر بذلك دون إبطاء.

رابعاً : الأصل فى أمر النقل المصرفى أنه شخصى بالآمر غير قابل للنقل أو التنازل عنه، على نقيض الشيك ولكونه من الأوراق التجارية، فإنه قابل للتداول بالطرق التجارية عن طريق التظهير[٢].

خامساً : لا يترتب على إصدار أمر نقل مصرفى دون رصيد فى حساب الآمر، تعرضه للعقوبة التى قد يتعرض لها الساحب فى الشيك، عند إصدار شيك بدون رصيد[٣].

الطبيعة القانونية لأمر النقل المصرفى :

لم يكن من السهل على الفقه المقارن تكييف عملية أمر النقل المصرفى، نظراً لصعوبة إدراجها تحت مسمى معين للعمليات السائدة قانوناً، وهو مما دفع

---

(١) راجع مؤلفنا الأوراق التجارية سالف الإشارة إليه، كما انظر د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٣٧.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٣٨.وراجع في تداول الشيك مؤلفنا الأوراق التجارية وفقاً لقانون التجارة المصري على ضوء أحكام القضاء المصري والمقارن،٢٠٢٢.

(٣) د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٣٦.

الشراح إلى محاولة إيجاد تفسير أو تكييف مقبول لمضمون أمر النقل المصرفى.

فثمة رأى ذهب إلى تكييف أمر النقل المصرفى بأنه حالة إنابة كاملة، إذ يقوم الآمر بالتحويل وهو العميل الآمر بإصدار أمر تحويل ويعد فى مركز المنيب، أما المستفيد فهو المناب لديه الصادر أمر النقل لمصلحته، والمصرف البنك، فهو بمثابة المناب.

ومن أهم الآثار المترتبة على هذا التكييف، هو تجديد الدين بتغيير المدين، إذ يحل المصرف محل الآمر .ولا يخفى مدى ضعف وقصور هذا التكييف، وذلك من جهة أولى، أنه لا يفسر الوضع حال ما إذا كان الآمر بالتحويل غير مدين للمستفيد، كما لو أصدر زوج أمر تحويل لزوجته على سبيل الهبة أو أصدر العميل الآمر أمر تحويل على سبيل التبرع لمستشفى أو ملجأ أو لمصلحة منكوبى كارثة طبيعية معينة إلى غير ذلك. ومن جهة أخرى ما هو الحل إذا كان التحويل بين حسابين للآمر العميل نفسه، ومن ثم لا يوجد شخص المستفيد المناب لديه.لذا بدا قصور هذا التكييف، وهو ما دفع فريق آخر من الشراح إلى إسباغ فكرة الوكالة على أمر التحويل، إذ يعد بنك المستفيد وكيلاً عن بنك الآمر فى تنفيذ آمر التحويل. وهذا الرأى أيضاً قد تناسى أن أمر التحويل قد يقع بين حسابين فى نفس البنك[1].

ولذا فإن محاولة إدخال وإقحام أمر النقل المصرفى فى مسمى قالب معين من مسميات العقود المدنية، هو أمر غير مجد، والأجدى هو اعتباره عملية مصرفية نشأت عن طريق العرف المصرفى الذى دائماً ما يفرز المزيد من

---

(١) راجع هذا الخلاف د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٣٨- ٣٩، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٦١ وما بعدها. كما ظهرت نظريات أخرى كحوالة الحق، أو هو عملية تتضمن مراحل ثلاث وغير ذلك.

العقود والعمليات التى تستعصى على تكييفها قانوناً فى إطار القوالب المدنية.

صور أمر التحويل المصرفى :

تنص المادة (٣٢٩) على أنه يجوز بهذه العملية إجراء ما يأتى :

أ- نقل مبلغ معين من شخص إلى آخر لكل منهما حساب لدى البنك ذاته أو لدى بنكين مختلفين.

ب- نقل مبلغ معين من حساب إلى آخر كلاهما مفتوح باسم الآمر بالنقل لدى البنك ذاته أو لدى بنكين مختلفين.

يتضح من ذلك، أن لأمر النقل المصرفى عدة صور نحددها فيما يلى :

أولاً : أمر النقل المصرفى بين حسابين لنفس العميل فى ذات البنك.

وهو الصورة الأكثر بساطة وأقل وقوعاً، إذ يصدر العميل الآمر أمر تحويل أو نقل مصرفى بنقل مبلغ معين من حساب معين له إلى حساب آخر فى نفس البنك[١] . كما لو أصدر أمراً بنقل مبلغ ما من حسابه الجارى إلى حساب الوديعة بنفس البنك، أو بنقل مبلغ من حسابه الشخصى إلى حساب آخر مخصص لمعاملاته التجارية، أو النقل من حساب عادى إلى حساب آخر مضمون بتأمين، أو النقل من حساب فى فرع معين إلى حساب فى فرع آخر صار قريب منه لنقل مسكنه إلى نحو ذلك. وفى هذه الحالات وبمجرد أن يتلقى البنك أمر النقل المصرفى، يقوم بالتحقق من صدور التوقيع على الآمر من الشخص المفتوح باسمه الحساب أو ممن له سلطة تشغيله[٢]،وكذلك من وجود

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٤٥، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٣٧.

(٢) نقض مصري الطعن رقم٨٦٩٥ لسنة ٦٥ ق، الدائرة التجارية، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤، السنة ٥٩، قاعدة ٢٥، ص١٣٩.

الرصيد فى الحساب المطلوب تنفيذ الأمر منه، ليقيده فى الحساب الآخر المراد النقل إليه.ولا تستغرق العملية سوى بضع دقائق.

ثانياً: أمر النقل المصرفى بين حسابين مختلفين فى نفس البنك :

وتفترض هذه الصورة أن يتم إجراء أمر النقل المصرفى بين حسابين مختلفين فى نفس البنك لعميلين مختلفين، وفى هذا الفرض يجرى نقل المبلغ المراد تحويله من الحساب المدين لشخص الآمر إلى حساب شخص آخر فى نفس البنك وهو المستفيد. ويتم قيد المبلغ المنقول فى الجانب المدين للآمر وفى الجانب الدائن للمستفيد، وذلك لتسوية دين بين الطرفين. وطبقا لنص المادة (٣٣١) تجارة، يجوز أن يرد أمر النقل على مبالغ مقيدة فعلاً فى حساب الآمر بالنقل أو على مبالغ يتفق مع البنك على قيدها فى حسابه خلال مدة معينة.

ثالثاً: أمر النقل المصرفى بين حسابين مختلفين فى بنكين مختلفين :

ومؤدى هذا الفرض أن يكون أمر النقل المصرفى بين حسابين مختلفين فى بنكين مختلفين، وذلك بأن يصدر العميل الآمر أمراً لبنكه بإجراء أمر نقل مصرفى من حساب معين له بمبلغ محدد إلى حساب آخر سواء له أو لشخص آخر وهو المستفيد، لدى بنك ثان، فيقوم البنك الأول وهو بنك العميل الآمر بقيد المبلغ فى الجانب المدين له، ثم يخطر به البنك الآخر لإجراء قيد المبلغ فى الجانب الدائن لحساب المستفيد أو العميل نفسه إذا كان له أكثر من حساب لدى عدة بنوك. وعادة ما تسوى العلاقة بين البنكين إما بطريق المقاصة التي تجريها البنوك فيما بينها في مدد متقاربة، وإما بإعطاء شيك إذا كان بينهما حساب[1].

وقت إجراء أمر النقل المصرفى .

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٤٦.

تقضى المادة (٣٣٢) من قانون التجارة بأن «يتملك المستفيد القيمة محل النقل المصرفى من وقت قيدها فى الجانب الدائن من حسابه، ويجوز للآمر الرجوع فى أمر النقل إلى أن يتم هذا القيد».

مؤدى هذا النص أن يتملك المستفيد قيمة أمر النقل المصرفى من وقت قيدها فى الجانب الدائن من حسابه، وليس منذ وقت إصدار الأمر من قبل الآمر العميل، إذ قد يرجع الأخير فى قراره، لسبب ما كما لو أكتشف بعد أصداره الأمر بأنه لم يصبح دائناً للمستفيد،أو لم يتفق على بنود العقد الذي كان يجرى التحويل تسوية له ومن ثم لا ينشأ للمستفيد أى حق إلا منذ قيد المبلغ فى حسابه. أما فى المرحلة بين صدور الأمر وحتى تمام تنفيذه، يكون العميل الآمر مديناً، ويكون له أن يعدل عن طلب التحويل، ويظل المستفيد دائناً ويحق له الرجوع عليه.

ويسرى هذا النص سواء كان أمر النقل المصرفى بين نفس البنك أو بين بنكين مختلفين. وتبدو أهمية تحديد تاريخ النقل المصرفى، إذ يجوز للآمر الرجوع فى أمر النقل إلى أن يتم هذا القيد، على أنه إذا اتفق على أن يتقدم المستفيد بنفسه بأمر النقل إلى البنك، فلا يجوز للآمر الرجوع فى الأمر[١].

بيد أنه يتعين مراعاة مع ما تقضى به المادة (٣٣٧) من قانون التجارة، بأنه إذا اشهر إفلاس المستفيد، جاز للعميل الآمر أن يعترض على تنفيذ أمر النقل ولو تسلمه المستفيد بنفسه[٢] . كما لا يحول شهر إفلاس الآمر دون تنفيذ أوامر النقل التى أصدرها إذا قدمت إلى البنك قبل تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس وخلال فترة الريبة مادام لم تخضع لأحكام عدم النفاذ.

---

(١) المادة ٢/٣٣٢ من قانون التجارة.

(٢) وذلك على فرض أن لم تقدم أوامر التنفيذ بعد إلى البنك، أو لم يقم الأخير بقيدها فى حساب المستفيد.

حالة عدم كفاية الرصيد :

لم تشترط نصوص قانون التجارة كفاية رصيد الآمر بالتحويل لتنفيذ أمر النقل المصرفى، غير أن المادة (٣٣٥) تقضى بأنه إذا كان مقابل الوفاء بأمر النقل أقل من القيمة المذكورة فى هذا الأمر، أى كان غير كاف، وكان الأمر موجهاً من الآمر بالنقل إلى البنك، جاز للأخير أن يرفض تنفيذ الأمر، وعليه أن يخطر الآمر بذلك دون إبطاء.

أما إذا كان أمر النقل مقدماً من المستفيد مباشرة، وهو أمر جائز إعمالاً لنص المادة ٣/٣٢٩ تجارة[١]، فإن البنك يقوم بقيد المبلغ الناقص لحسابه، ما لم يرفض المستفيد ذلك. وفى هذه الحالة على البنك أن يؤشر على أمر النقل بقيد المقابل الناقص أو بالرفض الصادر من المستفيد بقبول المقابل غير الكامل.

ويبقى للآمر بالنقل حق التصرف فى المقابل الناقص إذا رفض البنك تنفيذ الأمر،أو رفض المستفيد قيد المقابل الناقص لحسابه.

وقد أضافت بعض التشريعات العربية نصاً[٢] من الجائز أن يقع فى الحياة العملية، وهو إذا تقدم أكثر من مستفيد إلى البنك فى آن واحد وكانت قيمة أوامر النقل التى يحملونها تجاوز رصيد الآمر، كان من حقهم طلب توزيع هذا الرصيد الناقص بينهم بنسبة حقوقهم، وهو ما يعرف بقسمة الغرماء.

منازعة الغير فى أمر النقل المصرفى .

قد ينازع الغير فى أمر النقل المصرفى الصادر من العميل الآمر إلى البنك

---

(١) بقولها « يجوز الاتفاق على أن يتقدم المستفيد بنفسه بأمر النقل إلى البنك بدلاً من تبليغه إليه من الآمر بالنقل».

(٢) ومنه المادة (٣٧٢) من قانون التجارة العمانى، والمادة (٣٦١) من قانون التجارة الكويتى.

لحساب المستفيد،كما لو كان من دائنيه، وفى هذه الحالة يتعين أن يتم الاعتراض بشأن هذا النقل فى الفرع أو البنك الذى يوجد به حساب المستفيد[1]، وليس الفرع أو البنك الذى يوجد به حساب العميل، إذ أن هذا الفرع أو البنك الذى به حساب المستفيد، هو الذى يتم فيه قيد المبلغ، ومن ثم يكون هو الأجدى فعالية في عمل هذا الإجراء.

آثار النقل المصرفى :

تترتب على النقل المصرفى عدة آثار قانونية هامة، سواء فى العلاقة بين الآمر بالنقل والمستفيد، أو بين الآمر العميل بالنقل والبنك، أو فى العلاقة بين البنك والمستفيد .

أولاً: علاقة الآمر بالمستفيد :

يختلف القصد أو السبب فى العلاقة بين الآمر العميل والمستفيد، إذ قد يكون المستفيد دائناً للعميل، أو يرغب العميل فى هبة بعض أمواله للمستفيد[2] إلى نحو ذلك من أسباب. وفى جميع الأحوال يترتب على النقل المصرفى براءة ذمة العميل الآمر وانقضاء الدين العالق فى ذمته، وذلك بمجرد قيد المبلغ فى حساب المستفيد. فهذا القيد هو بمثابة وفاء نقدى للدين، فيترتب عليه نقص رصيد العميل الآمر وزيادة حساب المستفيد.

ويتعين مراعاة حكم المادة (٣٣٣) من قانون التجارة والتى تقضى ببقاء الدين الذى صدر أمر النقل وفاء له قائماً بتأميناته وملحقاته إلى أن تقيد القيمة فعلاً فى الجانب الدائن من حساب المستفيد، وذلك رغبة من المشرع فى تأمين تحصيل الدين، وأنه على فرض وأن لم ينفذ أمر التحويل بسبب ما، فإن

---

(١) مادة (٣٣٠) من قانون التجارة المصري.

(٢) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٥١.

تأمينات الدين تظل قائمة لا تنقضى إلا بعد تمام تقييد المبلغ فى حساب المستفيد، فلا يكون إجراء النقل المصرفى ضاراً بالأخير. والتساؤل الذى يثور هنا، هل يجوز للعميل الآمر الرجوع فى أمر التحويل المصرفى ؟.

حسب ما أشرنا إليه آنفاً،أنه يظل للعميل الآمر الحق فى رجوعه فى أمر التحويل إلا أن يقيد المبلغ المنقول فى حساب المستفيد، على أنه إذا اتفق على أن يتقدم المستفيد بنفسه بأمر النقل إلى البنك، فإنه لا يجوز للآمر الرجوع فيه، مع مراعاة ما تقضى به المادة ٣٣٧ بشأن إفلاس المستفيد.

ثانياً: علاقة الآمر بالنقل بالبنك :

يتعين الإشارة بداية، أنه يتعين على البنك أن ينفذ تعليمات العميل بعد التحقق من صدور التوقيع على الآمر من الشخص المفتوح باسمه الحساب أو ممن له سلطة تشغيله ما دام للآمر مقابل وفاء لدي البنك([1]).

ويعد النقل المصرفى الذى يجريه البنك لحساب المستفيد كما لو كان وفاء نقدياً، ويترتب عليه نقص رصيد الآمر بقدر المبلغ الذى تم تحويله، ويقيد فى الجانب المدين لحسابه بإعتبارها أموالاً خرجت من ذمته المالية.

وإذا قام البنك بتنفيذ أمر التحويل دون أن يكون فى حساب الآمر رصيد كاف، فإن البنك يكون بمثابة مقرض للعميل، ويكون له أن يستوفى منه المبلغ الذى قام بنقله. على أن المشكلة قد تبدو حال ما إذا تعذر على البنك استرداد ما له من أموال لدى العميل، والأمر المجمع عليه[2]، أنه لا يجوز للبنك إبطال عملية النقل المصرفى واسترداد أمواله، إذ الفرض أنه

([1]) الطعن رقم ٨٦٩٥لسنة ٦٥ ق، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤، مكتب فني،السنة ٥٩، ص١٣٩، الطعن رقم ١٨٥٥ لسنة ٦٠ ق جلسة ١٩٩٣/٥/٢٤، السنة ٤٤، ص٥٠٠.

(٢) د، على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٤٨ – ١٤٩ ، د. مختار بريرى . مرجع سابق، ص٧٧، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٤١.

بتمام إجراء القيد فى حساب المستفيد، ينشأ للأخير حق مستقل عن سبب العلاقة، يعطيه الحق المباشر قبل البنك والمستقل عن علاقة البنك بالآمر وما يشوبها من دفوع أو حجج.كما تبرأ ذمة البنك تجاه الآمر بمجرد تمام التحويل إلى المحول له بعد صدور آمر التحويل إليه.

ثالثاً: علاقة المستفيد بالبنك :

يترتب على قيد المبلغ محل النقل المصرفى فى حساب المستفيد، أن يصير دائناً للبنك، وينشأ له حق مباشر قبله، مستقل عن العلاقة بين البنك والعميل الآمر. ومن مقتضى هذه العلاقة، أن لا يجوز للبنك أن يحتج على المستفيد بأى دفع مستمد من علاقته بالعميل الآمر – أى الدفوع التى كان يجوز للبنك أن يتمسك بها فى مواجهة الآمر، كالدفع بالمقاصة، أو صدور أمر بوقف التحويل بعد قيده فى حساب المستفيد، أو الدفع ببطلان العملية التى كانت السبب فى النقل المصرفى والتى تربط العميل بالمستفيد([1])، إلى نحو ذلك من أسباب ودفوع. ويترتب على ذلك أن هذا الحق المستقل للمستفيد لا ينشأ إلا منذ لحظة تمام إجراء القيد فى حسابه، مع مراعاة أنه يجوز الاتفاق على أرجاء تنفيذ أوامر النقل الصادرة من الآمر أو المقدمة من المستفيد مباشرة إلى آخر اليوم لتنفيذها مع غيرها من الأوامر التى من نوعها والصادرة فى ذات اليوم[2].

وتقضى المادة (٣٣٦) من قانون التجارة بأنه إذا لم ينفذ البنك أمر النقل فى أول يوم عمل تال ليوم تقديمه، اعتبر الأمر فى حدود المقدار الذى لم ينفذ كأن لم يكن ويجب رده إلى من قدمه مقابل إيصال. وإذا اتفق على مدة أطول من ذلك ، وجب أن يضاف أمر النقل الذى لم ينفذ إلى الأوامر التى تقدم فى الأيام

([1]) الطعن رقم ١٨٥٥لسنة ٦٠ق ، جلسة ١٩٩٣/٥/٢٤، السنة ٤٤، ص٥٠٠.

(٢) مادة (٣٣٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

التالية خلال تلك المدة.

مسئولية البنك عن تنفيذ أمر النقل المصرفى :

قلنا فى موضع سابق، أنه إذا نفذ البنك أمر التحويل أو النقل المصرفى ولم يكن برصيد الآمر ما يكفى لتغطية الأمر، كان للبنك أن يرجع على العميل ويستوفى منه المبلغ الذى قام بوفائه، وأنه لا يجوز للبنك إبطال عملية النقل المصرفى بعد قيدها، إذ ينشأ للمستفيد حق مباشر مستقل عن علاقة البنك بالعميل.

بيد أن البنك قد يقوم بالنقل عن طريق الغلط أو يقوم به متأخراً، وفى هذه الحالة قد يسأل عن الضرر الذي يصيب العميل من جراء هذه التصرفات، وذلك على النحو التالى :

أولاً: مسئولية البنك حال النقل بطريق الغلط[1] :

إذ نفذ البنك أمر النقل المصرفى بطريق الغلط، دون أن يكون قد تلقى أى أمر من العميل بشأن ذلك، أو أجرى نقلاً بمبلغ زائد عن المبلغ الصادر به الأمر، فإن له أن يقوم أو يطلب إبطال القيد للغلط، وليس للمستفيد أن يعترض على ذلك، إذ الفرض أنه حصل على ما ليس من حقه وبدون سبب. ويكون الاسترداد وإبطال القيد، بإجراء قيد عكسى فى الجانب المدين لحساب المستفيد بالمبلغ الذى قيد بطريق الخطأ فى حسابه، وإذا كان المستفيد قد أسرع تحسباً لهذا الإجراء وقام بسحب المبلغ من حسابه، فإنه يظل حق البنك قائماً فى مطالبته بالرد، ويعد ديناً عليه. أما حال الفرض الذى قام فيه البنك بتنفيذ أمر

---

(١) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٥٢. كما راجع قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية ، رقم٦٥/١٤١٦هـ ،مرجع سابق، ص١١٧.

النقل المصرفى، ولم يكن بحساب العميل الآمر ما يكفى لتنفيذ الأمر، ومع ذلك قام بتنفيذه، فإنه – من وجهة نظرنا – يتعين التفرقة بين ما إذا إن كان قد قام بهذا التنفيذ عن غلط، وفى هذه الحالة يحق له الاسترداد، إذ الغلط وكونه عيباً من عيوب الإرادة يؤدى إلى إبطال القيد، ولا محل للتمسك باستقلال حق المستفيد، وأنه بمجرد قيد المبلغ فى حسابه ينشأ له حق مباشر قبل البنك، أما حال الفرض الذى تم فيه القيد بخطأ من جانب البنك أو إهمال فى فحص الطلب، فإنه لا يجوز له إبطال عملية القيد[1]، ويتحمل البنك مسئولية ذلك، إذا فشل فى استرداد ما دفعه من زيادة فى تنفيذ أمر النقل المصرفى، وذلك على فرض أنه لم يصدر من جانب العميل أى خطأ فى هذا الصد، وإلا كان للبنك أن يرجع عليه بالتعويض.

ثانياً: مسئولية البنك عن التأخير فى تنفيذ أمر النقل:

يتعين على البنك تنفيذ أمر النقل المصرفى حال وروده إليه، وليس للبنك أن يرفض تنفيذه، دون سبب مبرر أو مشروع، إذ أنه يلتزم بأن ينفذ أوامر النقل متى توافرت شروطها وكان برصيد العميل الآمر ما يكفى لتلبية الأمر.

ولا يعد تأخيراً من البنك فى التنفيذ ،حال ما إذا تم الاتفاق على أرجاء تنفيذ أوامر النقل الصادرة من الآمر أو المقدمة من المستفيد إلى آخر اليوم الذي جرى فيه التحويل لتنفيذها مع غيرها من الأوامر التى من نوعها والصادرة فى ذات اليوم. ويترتب على ذلك أن يسأل البنك حالة ما إذا تأخر عن التنفيذ ولم يقيد المبلغ فى حساب المستفيد، ويقضى عليه بالتعويض متى سبب ذلك التأخير ضرراً بالعميل أو بالمستفيد[2]. وقد يتصور ذلك الضرر للعميل من

---

(١) قريب من هذا الرأى د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٥٣.

(٢) نقض مصري الطعن رقم ٨٦٩٥ لسنة ٦٥ ق، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤، سالف الذكر.

رجوع المستفيد عليه حال ما إذا لم يقيد المبلغ فى حسابه، أو الضرر الذى يصيب المستفيد فى حالة ما إذا أصدر شيكاً لحساب شخص من الغير على حسابه، معتمداً على أنه سيكون بحسابه المبالغ الكافية التي تغطى قيمة الشيك.

الفصل الثانى

ودائع الصكوك والأوراق المالية

تمهيد وتقسيم:

من ضمن ما يعهد للبنوك بإدراته والمحافظة عليه، الصكوك والأوراق المالية،وهى ما تعرف بودائع الصكوك أو بودائع الأوراق المالية، والفرق بينها وبين الودائع النقدية، والذى يتمثل فى أنه فى الودائع النقدية تنتقل ملكية الودائع والأموال إلى البنك الذى يعد بمثابة المالك لهذا الأموال، فيكون له حرية التصرف فيها بكافة أوجه النشاط المعتاد، كما لا يلتزم البنك برد الأموال ذاتها وإنما برد مثلها، فهو يرد مثل ما اقترض لا قيمة ما اقترض ولا ذاته. أما فى وديعة الصكوك، فيقتصر التزام البنك على إدارتها والمحافظة عليها، وأن يردها هى ذاتها. وسوف نقسم هذا الفصل على النحو التالي.

المبحث الأول

تعريف العقد وطبيعته القانونية

تعريف عقد وديعة الصكوك :

لم يعرف المشرع المصرى عقد وديعة الصكوك على نقيض ما فعل بشأن وديعة النقود[1] ، وإن كان قد يبدو ذلك منطقياً، إذ أن وديعة الصكوك أو الأوراق المالية حسب ما استخدمته بعض التشريعات، تختلف من حالة لأخرى، فهى ترد على الأوراق المالية كالأسهم والسندات والصكوك وغيرها، غير أنه لا يقتصر الأمر فحسب عليها، بل يشمل أيضاً الصكوك الأخرى التى قد تنتج عائداً كشهادات الاستثمار، وشهادات الإيداع . ويكون الغرض الأساسى من

---

(١) وهو ذات المسلك الذى اتبعه المشرع العمانى فى قانون التجارة. في حين عرفته المادة(٣٥٢) من قانون التجارة القطري رقم٢٧ لسنة ٢٠٠٦، بأنه عقد يتم بمقتضاه إيداع أوراق مالية لدى بنك أو مؤسسة مالية مرخص لها بذلك لحفظها ومباشرة الحقوق الناشئة عنها لحساب المودع، وذلك مقابل أجر أو بدون أجر.

هذا الإيداع ،هو حفظها وإدارتها وتحصيل أرباحها وفوائدها[1]. ولما كان قد خلا القانون من تعريفه، فيمكن تعريف عقد وديعة الصكوك بأنه عقد يتسلم فيه البنك بعض الأوراق المالية، ويتعهد بمقتضاه بالمحافظة على الصكوك المودعة لديه من العميل، وذلك بحفظها وتحصيل الحقوق المرتبطة بها، وبردها لقاء أجر أو عمولة تحدد اتفاقاً أو عرفاً[2].

ومن المقرر أن عقد إيداع الصكوك هو عقد رضائى وليس شكلياُ، يتم بموجب اتفاق بين البنك والعميل دون حاجة إلى إتباع أى إجراء آخر.

ويتعين أن تتوافر فيه الشروط العامة لصحة العقود، وهى التراضى السليم الخالى من العيوب، وأهلية المودع، وهى أهلية الالتزام والتصرف،على الرغم من أن الإيداع يقصد به الحفظ فحسب، وذلك لأن المودع يلتزم بدفع الأجرة مما يقتضي تمتعه بها، كما يكون له إبرام التصرفات على الصكوك المودعة كالبيع، وهو ما لا يتأتى إلا من شخص تتوافر لديه أهلية التصرف، علاوة على المحل الممكن والمشروع. وعادة ما يجرى الإيداع من قبل مالك الصكوك، إلا أنه لا يلتزم البنك بالتحقق من ملكية المودع لها.

وبعد إبرام العقد بين البنك والعميل، يقوم المودع بتسليم البنك قائمة بالصكوك التى يرغب فى إيداعها تشمل عددها وأنوعها وأرقامها، ويقوم البنك بتسليم المودع إيصالاً باستلام الصكوك متضمناً كافة البيانات الخاصة بها. ويعد هذا الإيصال بمثابة وسيلة لإثبات استلام البنك للصكوك، ويكون بموجبه

---

(١) راجع د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢٢٨، د. بهجت قايد. مرجع سابق ص٤٤، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٣٩٩، د. أحمد زيادات و د. إبراهيم العموش. الوجيز فى التشريعات التجارية الأردنية، ١٩٩٦، ص٣٤٤.

(٢) انظر فى تعريف وديعة الصكوك د. بهجت قايد . مرجع سابق، ص٤٤، د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص٣٩٩.

للعميل أن يثبت ملكيته لها.

غنى عن البيان أن هذا الإيصال لا يمثل الأوراق ولا يقوم مقامها، وإنما هو فحسب أداة إثبات العقد المبرم بين الطرفين.

الصفة التجارية لعقد إيداع الصكوك :

يعتبر هذا العقد تجارياً بالنسبة للبنك، عملاً بأحكام المادة ٥/و من قانون التجارة، والتى أسبغت الصفة التجارية على جميع أعمال البنوك إذا تمت مزاولتها على وجه الاحتراف، ولذا يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات قبل البنك[١] . أما من ناحية المودع، فلا يكون العقد تجارياً إلا إذا كان القائم بالإيداع تاجراً وكان الإيداع لأغراض تجارية وهذا هو الغالب، والإ كان مدنيا.

الطبيعة القانونية للعقد :

يتضمن عقد وديعة الصكوك الـتزاماً جوهرياً، وهو حفظ الصكوك المودعة، والتزامات أخرى تبعية تتمثل فى استيفاء أنصبة الأرباح والفوائد وغيرها، ولذا يذهب الفقه[٢] إلى أنه ليس عملاً بسيطاً بل هو عقد ذو طبيعة مركبه، يتضمن عقدين مختلفين هما عقد الوديعة، إذ يلتزم البنك بحفظ الصكوك المودعة لديه، وعقد وكالة، حيث يقوم البنك بتحصيل كوبونات الأسهم والسندات أو تحصيل عائد الصكوك المودعة، أو بيع بعضها بناء على طلب ورغبة العميل في التصرف فيها إلى نحو ذلك من تصرفات تتقرر له.

وقد يكون عقد الوديعة هو العقد الرئيسى، أما عقد الوكالة فهو التابع له، والذ قيض صحيح، وذلك إذا تغلبت غاية الوكالة على أمر الحفظ، بحيث يكون

---

(١) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٠٠، د. بهجت قايد. مرجع سابق. هامش ص٤٥.

(٢) د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٤٦، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٠٠.

الأخير هدفاً تابعاً لا أصيلاً.وتظل مهمة القاضى هى دراسة العقد للتحقق من التزامات الطرفين، لكى يتسنى له تحديد أى العقدين هو الرئيسى والآخر هو التابع، وذلك من أجل تطبيق الأحكام القانونية المتعلقة بالوكالة أو الوديعة.

المبحث الثانى
آثار عقد وديعة الصكوك

ينتج عن عقد وديعة الصكوك ثمة حقوق والتزامات تتولد أو تقع على عاتق كل من الطرفين ، وهما البنك والعميل، نحددها على النحو التالى :

أولاً: التزامات البنك وحقوقه :

١- التزامات البنك :

يلتزم البنك بعدة التزامات تتمثل فى التزامه بالحفظ ورد وديعة الصكوك، علاوة على بعض الالتزامات الأخرى كما سنرى.

أ- الالتزام بالمحافظة على الصكوك :

يلتزم البنك وفقاً للمادة (٣١١) تجارة، بأن يبذل فى المحافظة على الصكوك المودعة عناية المودع لديه بأجر، ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك.

مؤدى ذلك أن البنك يلتزم بحفظ الأشياء المودعة لديه، والمحافظة عليها، ويبذل فى سبيل ذلك عناية المودع لديه، أى عناية الرجل المعتاد[١]، ويسأل عن كل هلاك أو تلف أصاب الوديعة أو كان من الممكن تلافيه، ويبطل كل اتفاق يعفى البنك من بذل هذه العناية المطلوبة.إذ لا يجوز أن يحصن البنك نفسه من الحد الأدني من واجبه بمقتضى الحرص والحذر اللازمين. بيد أنه لا

---

(١) مادة ٢/٧٢٠ مدنى، انظر د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٠٢، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٤٦ . كما انظر في القضاء: نقض مصري: الطعن رقم٨٦٩٥ لسنة ٦٥ ق، جلسة ٢٠٠٨/١/٢٤، مكتب فني، السنة ٥٩، قاعدة ٢٥، ص١٣٩.

يسأل البنك عن هلاك الأشياء المودعة لديه إذا كان ذلك ناشئاً عن قوة قاهرة، لا يد له فيها، والناشئة عن حادث غير متوقع وغير ممكن دفعه، كالسطو عليها من قبل عدو أجنبي . إلا أنه – كما نرى– لا يجوز للبنك أن يحتج بالقوة القاهرة إذا كان العميل قد سبق وأنذر البنك بالرد فلم يستجب الأخير وظلت فى حيازته إلى أن هلكت بفعل هذه القوة[1]. كما لا يسأل البنك عن هلاك أو تلف الوديعة إذا نجم عن ماهية الشئ المودع أو فعل المودع نفسه. وعلى البنك أن يثبت الأسباب التى يحتج بموجبها بعدم المسئولية.

كذلك لا شأن للبنك إذا انخفضت قيمة الصكوك المودعة على أثر انخفاض أسعارها لأسباب سوقية أو اقتصادية، إذ أن التزامه يقتصر فحسب على حفظ الصكوك لا على المحافظة على قيمتها. على أن ذلك لا يعفى البنك من المسئولية إذا كان السبب فى انخفاض قيمة الصكوك يعزو إلى عدم قيامه وإهماله فى أداء التزاماته المتفرعة عن التزامه الأساسى وهو الحفظ، والتى منها.

١– لا يجوز للبنك أن يستعمل الحقوق الناشئة عن الصكوك المودعة لديه ما لم يتفق على غير ذلك[2]، ومن ثم لا يجوز أن يبيعها أو يرهنها أو أن يتخذ أى إجراء آخر بشأنها إلا بموجب اتفاق بينه وبين المودع. أما إذا استعمل البنك الصكوك المودعة بدون اتفاق مع المودع، وتعذر عليه ردها للأخير، جاز ملاحقته استناداً إلى جريمة خيانة الأمانة، علاوة على حق المودع فى التعويض، وهو برد صكوك مماثلة إن أمكن، أو بالتعويض النقدى العادل.كما

---

(١) انظر كتابنا عمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة العمانى رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠. مذكرات غير منشورة، ص١٧.

(٢) مادة ٣١٠ من قانون التجارة.

إذا باع البنك هذه الصكوك في وقت معين من أجل تحقيق الربح لأرتفاع قيمتها في السوق معتمداً على إمكانية ردها للعميل بشراء أوراق أخرى من السوق بعدما يستقر سعرها.

٢- لا يجوز للبنك أن يتخلى عن حيازة الصكوك المودعة إلا بسبب يستلزم ذلك[١]. وينشأ هذا الالتزام استناداً إلى أن البنك يلتزم بالمحافظة على الصكوك المودعة بنفسه، إذ هو التزام أساسى يثقل كاهله، فلا يجوز له أن يحل غيره محله أو أن ينيبه فى حفظ الوديعة، ما لم يكن ذلك بإذن من المودع صراحة، أو قضت بذلك ضرورة ماسة وملحة،كتصفية البنك وإنتهاء أعماله. وإذا حدث وأن فقد البنك حيازة الأوراق المالية بسبب خارج عن إرادته، كان له الحق فى استردادها فى مواجهة من يحوزها[٢].

٣- يلتزم البنك بقبض عائد الصك أو أرباحه وقيمته إذا استحق أو استهلك وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصك، ما لم يتفق على غير ذلك. وتقيد هذه المبالغ فى حساب المودع[٣]. وهو ما يعرف بالتزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه، وعلى البنك القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك التى يتقرر منحها له دون مقابل، كتقديمه للاستبدال أو لوضع الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليه[٤].

أيضا يلتزم البنك بأن يخطر المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالصك ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره. فإذا لم تصل تعليمات المودع

---

(١) انظر المادة ٧٢١ مدنى، والمادة ٢/٣١١ تجارة مصرى وكتابنا عمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة العمانى رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٠، ص١٧ – ١٨.

(٢) د . عبد الحكيم محمد عثمان . مرجع سابق ، ص٢٣٠ .

(٣) مادة ٢/٣١٢ من قانون التجارة. وانظر د. بهجت قايد . مرجع سابق ، ص٤٨ .

(٤) مادة ٢/٣١٢ من قانون التجارة .

فى الوقت المناسب وجب على البنك أن يتصرف فى الحق بما يعود بالنفع على المودع. ويتحمل المودع المصاريف فضلاً عن العمولة العادية. ويسأل البنك إذا قصر فى أداء أحد هذه الالتزامات، مما ينشأ حق للعميل بالتعويض.

وأحياناً ما يحتاط البنك فى مثل هذه الحالات، ويدرج شرطاً يعفى نفسه من المسئولية فى حالة صدور خطأ من جانبه أثناء أداء مهمته بإدارة الصكوك المودعة، واستناداً إلى القواعد العامة فى القانون المدنى، والمادة (٣١٠) من قانون التجارة، نرى أن هذا الشرط لا يعفى البنك سوى من الأخطاء البسيطة التى يرتكبها دون الأخطاء الجسيمة والتى قد تصل إلى حد الغش العمدى. ويرى بعض الفقه[١] أن هذا الشرط يؤدى إلى نقل عبء إثبات الخطأ إلى العميل، ويقلب التزام البنك من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية.

ب- الالتزام برد الصكوك المودعة :

يلتزم البنك برد الصكوك المودعة بمجرد أن يطلب منه المودع ذلك مع مراعاة الوقت الذى يقتضيه إعداد الصكوك للرد، ولو لم يكن الموعد المحدد لردها قد حل بعد. بيد أنه لا يجوز للبنك أن يلزم المودع باسترداد الوديعة قبل حلول الأجل المتفق عليه إلا لسبب مقبول. ويتعين على البنك أن يرد الصكوك فى المكان الذى تم فيه الإيداع، ويلتزم البنك برد الصكوك ذاتها، ما لم يتفق أو يقضى القانون برد صكوك من جنسها أو صكوك أخرى[٢]. ويكون الرد لمودع الصكوك ذاته أو لخلفائه أو لمن يعينه هؤلاء الأشخاص ولو تضمنت ما يفيد ملكيتها للغير، ومن ثم على البنك أن يقوم برد الصكوك للعميل المودع شخصياً أو إلى من ينيبه من أشخاص قرباء له أو غرباء عنه،

---

(١) د. محسن شفيق. مشار إليه فى مؤلف د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٤٨.

(٢) المادة (٣١٤) من قانون التجارة .

بعد التحقق من شخصيته ومن سند نيابته. وإذا فرض وأن توفى العميل، فيكون الرد للوارث، وإذا تعدد الورثة، جاز للبنك أن يختار أحد حلين: إما أن يرد إلى كل وارث ما يعادل نصيبه، وفى هذه الحالة يظل مسئولاً عن هذا الإجراء.

وإذا كانت الوديعة غير قابلة للتجزئة، وجب على الورثة أن يتفقوا فيما بينهم حتى يتسنى لهم استردادها واستلامها. وإذا لم يتفق الورثة أو لم يحصلوا على إذن القاضى حال إذا ما وجد بينهم قصر أو غائبون، فتبرأ ذمة البنك بإيداع الصكوك وفقاً لأحكام الإيداع. أما إذا كانت التركة مديونة أو كان هناك أشخاص موصى لهم، وجب على البنك أن يرفع الأمر إلى القضاء لاتخاذ القرار المناسب. وعلى البنك ولكونه شخصاً حذراً حريصاً أن يتحقق من شخصية الأشخاص الذين يتقدمون لتسلم الصكوك، وأنهم أصحاب حقوق عليها، وإلا صار البنك مسئولاً عن عدم صحة هذا التسليم لأشخاص ليست لهم صفة أو حق فيها. وعلى فرض أن فقد المودع أهليته القانونية،لثمة جنون أو عته، فإنه لا يجوز رد الوديعة إلا لمن يمثله قانوناً[1]، كالولي أو الوصي،متى كان هذا الحدث الموجب لفقد الأهلية ، قد تم بعد عملية الإيداع. من جهة أخرى إذا ادعى شخص استحقاق الصك المودع، وجب على البنك إخطار المودع مباشرة والامتناع عن رد الصك إليه حتى ينتهى النزاع بشأنه رضاء أو قضاء[2] ، وعلى مدعى استحقاق الصك إقامة دعواه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الإدعاء وإلا اعتبر الإدعاء كأن لم يكن.

مؤدى ما تقدم أن الالتزام برد الصكوك المودعة من أهم ما يقع على عاتق

---

(١) وقد قضت بهذه القاعدة المادة (٧٠٦) موجبات وعقود لبنانى. انظر د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٠٤.

(٢) مادة (٣١٥) من قانون التجارة .

البنك المودع لديه، ولا تبرأ ذمته إلا فى حالة هلاكها أو فقدها جراء قوة قاهرة. بيد أنه يجوز للبنك أن يمتنع عن رد الصكوك المودعة – فى غير هذه الحالات – وذلك حال توقيع الحجز على الوديعة من قبل دائن المودع، أو فى حالة إقامة دعوى استحقاق بشأنها[1]،أو بشأن استعمال البنك حقه فى الحبس من أجل استيفاء دين ناشئ عنها[2].

٢- حقوق البنك :

كما يقع على عاتق البنك عدة التزامات، تنشأ له ثمة حقوق، تتمثل فى حقه فى استيفاء الأجر المحدد له لقاء الحفظ والإدارة، وحقه فى استيفاء نفقات الحفظ وحبس الصكوك المودعة لديه فمن جهة أولى، يحق للبنك أن يستوفى أجرة لقاء حفظ الصكوك المودعة لديه من المودع، وتحدد هذه الأجرة إما اتفاقاً أو وفقاً لما جرى عليه العرف السائد في ذلك البلد. وذلك على أساس أن الوديعة ليست عملاً تبرعياً أو مجانياً بالنسبة للبنك، وإنما تعد عملاً تجارياً وفقاً لحكم المادة ٥/و من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩. كذلك يكون للبنك أن يستوفى من المودع نفقات الحفظ والتعويض عن كافة الخسائر التى أصابته بسبب الإيداع.أيضاً، وكما ذكرنا آنفاً، أن البنك قد ينهض ببعض الأعمال التبعية، وفى هذه الحالة يكون له أن يستوفى أجراً عنها. وأخيراً من حق البنك حبس الصكوك المودعة لديه إلى أن يستوفى كل ما وجب له بسبب الإيداع ،كما لو رفض العميل سداد المستحقات المالية للبنك والتي نتجت عن إدارته

---

(١) كما لو عارض شخص فى تسليمها للمودع استناداً إلى ملكيتها له. راجع د. على البارودى، ود. مصطفى كمال طه. مرجع سابق ص٦٨٣ – ٦٨٥.

(٢) انظر د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٤٩، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٠٣.

لها[1].

ثانياً: التزامات العميل وحقوقه :

١- التزامات العميل المودع :

ينتج عن إبرام عقد وديعة الصكوك، التزام العميل بتسليم وإيداع الصكوك محل عقد الوديعة إلى البنك، وذلك لكى يتسنى للأخير تنفيذ التزامه بحفظها، ومن ثم حقه فى الأجرة والعمولة وسائر ما هو مستحق له قبل المودع. أما أهم ما يقع على عاتق العميل من التزامات، فهو دفع الأجر والعمولة المستحقين للبنك لقاء قيامه بالحفظ والإدارة، وسائر الخدمات التى يقوم بها لصالح المودع، وتتعلق فى مجملها بإدارة الأوراق المالية المودعة.

٢- حقوق العميل المودع :

يحق للعميل أن يطالب البنك باسترداد الصكوك المودعة فى أى وقت يتقدم فيه بطلب إلى المودع لديه البنك، ومن ثم يكون له ذلك حتى ولو تضمن العقد أجلاً لم يحل بعد للاسترداد، ذلك إذ أن الأجل مقرر لمصلحة المودع، إلا أنه يتعين مراعاة الوقت الذى يقتضيه إعداد الصكوك للرد.كما لو كان الفرع الذي عهد إليه بإدراتها قد أودعها لدى المركز الرئيسي للبنك، ومن ثم يكون بحاجة لأيام لكي يتسنى له طلبها منه وتسليمها للعميل. كما يكون للعميل أن يطلب بأرباح أوفوائد الصكوك المودعة، والتى يكون البنك قد حصلها لحسابه. وإذا اضطر المودع إلى إقامة الدعوى أمام القضاء جراء امتناع البنك عن الوفاء بحقوق العميل المودع، فإن له أن يلجأ إلى استعمال إحدى الدعويين – كما يرى البعض[2] – الأولى دعوى شخصية ناجمة عن عقد الوديعة ذاته، يطالب على

---

(١) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٠٦.

(٢) المرجع السابق، ص٤٠٧.

أساسها البنك بالاسترداد. والثانية دعوى الاسترداد، وتستند إلى ملكية المودع للصكوك لدى البنك. ويفضل المودع استعمال الدعوى الأخيرة حال امتناع البنك عن الدفع وتصفيته، لكى يتسنى له أن يسترد وديعته، لأنها لا تدخل فى ملكية البنك بل تظل على ملكية المودع بأعتبارها معينة بذاتها.

الفصل الثالث
الودائع فى خزائن حديدية
(عقد إيجار الخزائن الحديدية)

تمهيد وتقسيم :

درجت البنوك على تصميم خزائن حديدية بمواصفات معينة ووضعها تحت تصرف العملاء كي يودعوا فيها مقتنياتهم من مستندات وأوراق شخصية ووثائق ملكية وغيرها،وهو ما يعرف بتأجير الخزائن الحديدية، وتعد هذه العملية من أقدم العمليات التى عرفت فى القديم، إذ كان يلجأ إليها الأثرياء من الطبقات النبيلة، وذلك لحفظ مقتنياتهم من الذهب والفضة والنقود أحيانا، فى خزينة لدى البنك. وسوف نلقى الضوء على حدود هذا العقد، ومدى التزام العميل المستأجر للخزينة بعدم إيداع أية أشياء قد تهدد سلامة البنك، والإمتناع عن وضع محتويات غير مشروعة. والسؤال الذي يثور ونتكفل بالإجابة عليه،هل يتعين أن يكون البنك على علم بمحتويات الخزينة، وكيف يكون للعميل استعمال الخزينة، وهل مفتاح الخزينة يكون لدى البنك فحسب أم يكون للعميل أن يحصل على نسخة منه، وهل يشترط حضور موظف البنك مع العميل أثناء فتح الخزينة؟. كما نبين مسألة الحجز على محتويات الخزينة إلى نحو ذلك.

وعلى هدى هذا التمهيد، نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى ثلاثة مباحث :

المبحث الأول: مفهوم العقد وطبيعته القانونية.

المبحث الثانى: آثار عقد إيجار الخزائن الحديدية.

المبحث الثالث: الحجز على محتويات الخزينة.

المبحث الأول
مفهوم العقد وطبيعته القانونية

تعريف العقد :

تعرف المادة (٣١٦) من قانون التجارة ،عقد تأجير الخزائن بأنه عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقابل أجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة[١].

مؤدى هذا التعريف أن عقد تأجير الخزانة، يتعهد فيه البنك بوضع خزينة حديدية تحت تصرف العميل المستأجر، وذلك للانتفاع به لقاء أجر. وهى خزائن تتفاوت فى حجمها، وتوجد فى غرفة مؤمنة فى البنك،في الغالب في الدور تحت الأرضي(البدروم) ويحفظ بها العملاء ممتلكاتهم الثمينة كالمجوهرات والمستندات الهامة وغيرها مما تسع الخزينة له، أو قطع أثرية، أو عقود زواج عرفي، أو صور غرامية، وذلك لقاء أجر يحصل عليه البنك المؤجر، يختلف حسب سعة الخزينة ومدة الإيجار.

وتوجب المادة (٣١٧) من قانون التجارة أن يسلم مفتاح الخزانة إلى

---

(١) راجع بشأن هذا العقد. د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٧٥، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٥٤ وما بعدها، د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢٣٤، د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٣٩٦، د. إلياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤١١.وفي الفقه الفرنسي:
Jean Francois Riffard.contrat de coffre-Fort.J.C-BANOUE-credit-bourse.25-9-2006.n.1.p.4.

المستأجر، ويحتفظ البنك بمفتاح آخر، وفيما عدا المستأجر والبنك، لا يجوز تسليم نسخة من المفتاح لأى شخص آخر، ومن ثم لا يمكن فتح الخزينة إلا بالمفتاحين معا، وهو ما يقتضى حضور موظف البنك المسئول عند فتح الخزينة عند البوابة الخارجية لمدخل الخزائن كي يتمكن العميل من فتح الخزينة. ويتعين أن يسجل فى دفتر الحضور تاريخ حضور العميل ووقته.

بيد أن هذا الإجراء لا ينفى سرية محتويات الحزينة، وعلم العميل المستأجر بها دون البنك، إذ أن مهمة موظف البنك تقتصر فحسب على حضوره مع العميل لفتح الخزينة، ومساعدته فى غلقها دون إقتضاء علمه بما بها.

ولا يخفى مدى الفائدة التى تعود على كل من العميل والبنك، فالعميل بتأجير هذه الحزينة يمكنه من حفظ ما يرغب حفظه من مقتنيات ثمينة فى سرية تامة ومكان مؤمن. أما البنك فيحصل على أجرة لقاء ذلك. غير أن هذا الأجر وإن كان لا يتلاءم مع ما يتكلفه البنك من نفقات بناء وتصميم للخزائن والتزامه بالمحافظة عليها، إلا أن البنوك تقوم بهذه الخدمة لجذب العملاء، والذين قد يكون لهم تعاملات أخرى مع البنك. ومن المقرر أن عقد إيجار الخزائن الحديدية، شأنه كافة أنواع العقود[1]، يخضع للقواعد العامة باعتباره من العقود الرضائية الملزمة للجانبين، من حيث وجوب توافر الأهلية والرضا الصحيح الخالى من العيوب ومشروعية كل من المحل والسبب. ويتم التوقيع على نماذج مطبوعة تتضمن بيانات خاصة بالعميل وشروط الخزانة وأجرة البنك، وعلى أساسها تتحدد حقوق والتزامات الطرفين.

---

(١) را جع د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٧٦، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٥٤ د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤١٢، كتابنا عمليات البنوك. مرجع سابق، ص٢١. د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١٠.كما راجع د.حسين سلوم إجارة الخزائن الحديدية. منشور على موقع: droitarabic.com

والأمـ ر الحرى بالذكر، أن عقد إيجار الخزينة من العمليات التجارية دائماً للبنك. أما بالنسبة للعميل فهو عمل مدنى، إذ الغالب ما يتم وضع أشياء تتعلق بحياته الشخصية كأوراق ملكية وغيرها، ما لم يكن العميل تاجراً وتم الإيجار لحاجات تجارته،كإيداع الأوراق المالية والتجارية الخاصة به فيها.

الطبيعة القانونية لعقد إيجار الخزائن الحديدية :

ثار خلاف بين الفقه حول تحديد التكييف القانونى لعقد الخزينة الحديدية المبرم بين البنك والعميل. ومرد هذا الخلاف هو أنه يستعصى وصفه بعقد إيجار محض، أو أنه عقد وديعة، وإنما السائد هو أنه عقد مزيج يجمع بين طياته حقوق والتزامات على عاتق الطرفين،مما يستلزم تحديد تكييفه الصحيح. وقد تشعبت الآراء إلى ثلاثة اتجاهات على النحو التالى :

١- الرأى الأول: عقد وديعة :

يذهب أنصار هذا الرأى إلى أسباغ فكرة الوديعة على عقد الخزانة الحديدية[١]، وذلك إذ أن المقصد الأساسى من العقد هو حفظ الأشياء المودعة من السرقة أو الهلاك والمحافظة على سرية حيازتها. فضلاً عن أن العميل لا يكون باستطاعته أن ينتفع بالخزانة من إيداع وسحب الأشياء المودعة إلا بموجب تدخل من قبل البنك المودع لديه، وفى الأوقات المحددة، وهو ما يقرب عقد الخزينة من عقد الوديعة. وهو الأمر الذى يتنافى مع وصف عقد الخزانة بعقد الإيجار، والذى من منطق الأخير حرية المستأجر فى الانتفاع بالعين أو بالشئ المستأجر دون تدخل من قبل المؤجر ولا ينال من هذا الرأى، جهل وعدم علم المودع لديه بمحتويات الخزانة، إذ أن العلم بها ليس من أساسيات عقد

---

(١) وهو رأى نادى به بعض الفقه الفرنسى ومنهم

Ripert et Roblot . Traité de droit commencial , Tome 11, 13 éd, 1992, N. 2477 – 2478 .

الوديعة.كما أن ليس من شأن الأخير أن ينقل حيازة االأشياء إليه،كما هو الحال في الفنادق. وهو رأي قد جانبه الصواب، في تنافي أحكام هذا التعاقد مع أساسيات عقد الوديعة، وأهمها التزام المودع لديه برد ما أودع طرفه، وهو في هذا الفرض لم يستلم البنك شيئا كي يرده، فالعميل وضع ما يشاء في خزينة وضعها البنك تحت تصرفه فحسب.

٢- الرأى الثانى: عقد الخزينة الحديدية هو عقد حراسةgarde :

ثمة رأى آخر[١] ذهب إلى اعتبار عقد الخزينة الحديدية بمثابة عقد حراسة، إذ أن التزام البنك الأساسى هو حراسة الخزينة والأشياء الموجودة بها، ولا يؤثر فى ذلك عدم علم البنك بالأشياء التى يقوم على حراستها.

ومما قد يؤيد هذا الرأى نص المادة (٣٥٦) من قانون التجارة العمانى بقولها« ويكون البنك مسئولاً عن سلامة الخزانة وحراستها وصلاحيتها للاستعمال»[٢].

٣- الرأى الثالث: عقد الخزينة الحديدية هو عقد إيجارlocation :

ويقوم هذا الرأى، وهو من يعتبر أن عقد الخزانة هو بمثابة عقد إيجار، على أساس أن البنك يلتزم بتمكين المستأجر من الانتفاع بالخزانة المؤجرة، وأن للعميل نوعا من الحيازة الخاصة لها، إذ يحوز مفتاحها ويعلم وحده بما تتضمنه من محتويات، ولا يمكن للبنك فتحها إلا بعلمه وحضوره. كما دعم أصحاب هذا

---

(١) من أصحاب هذا الرأى ، د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٣٩٧ – ٣٩٨.كما راجع بالتفصيل:د.فائق محمود الشماع. الطبيعة القانونية لإجارة الخزائن المصرفية. ص١ وما بعدها:

(٢) ومثلها المادة ٣٤٦ من قانون التجارة الكويتى.ومن ذات الرأي الفقيه tune،مشار إليه في مقال د.حسين سلوم.سالف الإشارة إليه.

الاتجاه رأيهم، بأن البنك لا يتسلم الأشياء المودعة فى الخزانة، ولا يتعهد بردها إلى العميل، إذ الفرض أنه لا يعلم عنها شئ، بل هو يضع الخزانة تحت تصرف العميل ينتفع بها لمدة معينة، ولا يقدح في وصف العقد بالإيجار، أن يكون هدفه هو تحقيق الأمان والسرية للعميل. كما أن تقييد حق العميل فى استعمال الخزانة، وذلك بتحديد أوقات معينة للدخول إليها ، وضرورة اتباع إجراءات معينة، لا يحول دون بقاء وصف عقد الإيجار قائماً[1].

ومن جانبنا نؤيد هذا الرأى مع اعتبار أنه عقد إيجار ذو طبيعة خاصة، إذ تستعصى بعض أحكام عقد الإيجار عن التطبيق على عقد إيجار الخزانة الحديدية، فهو عقد إيجار محله خزانة حديدية لدى البنك، ولا محل للاعتراض على ذلك ببقاء الشئ أو المحل المؤجر فى حيازة المؤجر، فذلك ليس من أساسيات العقد، كمن يستأجر مكاناً فى معرض يخصصه لعرض سلعته أو منتجاته ،فالمكان ما زال لدى المؤجر، كما أنه يتقيد بالمواعيد المحدد للدخول إليه. كما أن البنك يلتزم فى مواجهة المستأجر بالمحافظة على الخزانة وما بها من محتويات، وهو التزام تابع لعقد الإيجار، وذلك لبقاء الشئ المؤجر وهى الخزانة فى حيازة البنك.

ومما يؤيد هذا الرأى ما اتجه إليه المشرع المصرى فى قانون التجارة ومنه ما أورده بشأن هذه العملية تحت مسمى «تأجير الخزائن» وما جاء بالمادة (٣١٦) من قانون التجارة «وتأجير الخزائن»، والمادة (٣١٧) «يسلم مفتاح الخزانة إلى المستأجر ..، ولا يجوز للبنك أن يأذن لغير المستأجر ...»، والمادة (٣١٨) «ولا

---

(١) ومن أنصار هذا الرأى د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١٧، وراجع فى هذا الخلاف د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٨٠، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤١٣ – ٤١٤ . وقد ظهرت آراء أخرى ترى أنه عقد غير مسمى.

يجوز للمستأجر أن يضع فى الخزانة ...» وغير ذلك مما ورد ذكره من ألفاظ تعبر عن محتوى عقد الإيجار.

وفى الواقع، إن هذا السرد لتكييف عقد الخزانة الحديدية ليس سرداً نظرياً يخلو من الفائدة، وإنما تبدو أهميته حال توقيع الحجز على محتويات الخزانة، إذ أنه لو اعتبر عقد وديعة، فإن الحجز على محتويات الخزانة يعد حجزاً ما للمدين لدى للغير، إذ يتم تحت يد المصرف. أما إذا كان عقد إيجار، فإن الحجز على ما بالخزانة يكون بطريق الحجز التحفظى أو التنفيذى، وهو ما اتجه إليه المشرع فى المادة ٣٢١ من قانون التجارة.

المبحث الثانى
آثار عقد إيجار الخزانة الحديدية

تتولد عن عقد إيجار الخزانة الحديدية بعض الحقوق، وتترتب جملة من الالتزامات على عاتق كل من البنك والعميل.

أولاً: التزامات البنك وحقوقه :

التزامات البنك :يلتزم البنك بعدة التزامات لضمان حسن تنفيذ العقد،ومنها:

أ- تمكين العميل من استخدام الخزانة :

يلتزم البنك بموجب عقد إيجار الخزانة الحديدية بتمكين العميل من استخدام والانتفاع بها وفقاً لما تم الاتفاق عليه، وعلى البنك لأجل ذلك، أن يسلمه مفتاح الخزانة، وأن يتيح للعميل حرية استخدام الخزانة، وأن يوفر له العامل الأساسى وهو عنصر الأمان.

وقد نظمت المادة (٣١٧) تجارة أحكام هذا التمكين، وهو علاوة على ما سبق، يبقى المفتاح الذى يسلم للمستأجر ملكاً للبنك، ويجب رده عند انتهاء الإجارة. كما لا يجوز للبنك أن يأذن لغير المستأجر أو وكيله الخاص فى

استعمال الخزانة[1] . ومن ثم مثلا لا يجوز للزوجة إذا لم تكن وكيلاً عن زوجها، فتح الخزينة حتي في حالة وفاته إلا بعد إتباع الطرق القانونية.

ويتعين أن تكون الخزانة المخصصة لحفظ ممتلكات ومقتنيات العميل آمنة ومصممة بطريقة فنية تضمن حفظ هذه الأشياء، وبالتالي يضمن البنك أية عيوب يثبت وجودها فى الخزينة وتضر بمودعات العميل.

وأحيانا ما تقتضى أعمال الصيانة القيام ببعض الإصلاحات أو تزويد الخزائن بأجهزة إنذار أو بتكنولوجيا متقدمة تكشف عما يكون بالخزانة من أشياء خطرة، وفى هذه الحالة على البنك توفير خزانة أخرى على نفقته،

ويتصل بالتزام البنك بتمكين العميل من استخدام الخزانة ووضعها تحت تصرفه، أن عليه أن يتأكد من شخصية المودع قبل السماح له بدخول مكان الخزانة[2]. سواء كان هو العميل ذاته أو وكيله الخاص. غير أن المشكلة قد تبدو حال ما إذا استأجر شخص الخزانة باسم مستعار، كما لو زور أحد الأشخاص بطاقته الشخصية أو غير أسمه وقام باستئجار خزانة باسم شخص آخر، حقيقى أو وهمى، فهل يحق منعه من الدخول للخزانة، رغماً عن أنه هو نفسه الذى تعاقد مع البنك وكان الأخير على علم به ؟ .

يرى أستاذنا الدكتور على جمال الدين[3]، أنه بغض النظر عن الهدف المقصود من هذا الأمر، وسواء كان يبغى التهرب من الضرائب، أو كان موشكاً على الإفلاس، لا يجوز للبنك أن يمتنع عن تمكين العميل من استخدام الخزانة، مادام هو الشخص الذى تعاقد معه بذاته، وذلك استناداً لقول بعض

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١٣.

(٢) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤١٦.

(٣) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١٤

الفقه الأجنبى، وأنه مادام يجوز اشتراط الشخص لصالح غيره، فيجوز لصالح نفسه تحت اسم مستعار .ومن جانبنا نرى نقيض ذلك، وأن من حق البنك حال اكتشافه هذا الأمر ،أن يمنع العميل من فتح الخزينة أو إستعمالها، كي لا يقع تحت المسؤلية ،ولا سيما إذا كان الهدف من وراء ما قام به غير مشروع،كعمليات غسيل الأموال،أو لأخفاء توقفه عن وفاء ديونه وتهريبها من وجه دائنيه.

ويجوز للبنك أن يمتنع عن تمكين العميل من استخدام الخزانة، وذلك إذا لم يدفع المستأجر أجرة الخزانة فى مواعيد استحقاقها، وفى هذه الحالة يكون له بعد انقضاء ثلاثين يوما من إخطاره بالدفع، أن يعتبر العقد منتهياً من تلقاء نفسه، ويسترد البنك الخزانة بعد إخطار المستأجر بالحضور لفتحها وإفراغ محتوياتها[1].

وإذا كانت الخزانة مؤجرة لعدة مستأجرين معا كان لكل منهم الحق فى استخدامها واستعمالها منفرداً، ما لم يتفق على غير ذلك[2]. كما لو استأجر زوج وزوجته، أو أب وابنه خزينة، فيكون لكل منهم أن يستعملها منفرداً، إلا إذا وجد اتفاق يقضى بغير ذلك، وأهم ما يشوب هذا الوضع أنه قد تتلف أو تهلك أو تسرق محتويات الخزانة أو بعضها، ويدعى البنك أن الضرر حدث بفعل أحد المستأجرين[3].كما قد يقوم أحدهما بتفريغ محتويات الخزينة حال وفاة الطرف الآخر بغية حرمان باقي الورثة من حقهم.

ب- المحافظة وحراسة الخزانة :

---

(١) المادة (٣١٩) من قانون التجارة.

(٢) المادة (٣٥٩) من قانون التجارة العمانى، والمادة ٣٤٩ تجارة كويتى. وكتابنا عمليات البنوك، ص٢٥ .

(٣) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١٤.

يلتزم البنك بموجب عقد إيجار الخزانة الحديدية بالمحافظة عليها وحراستها من أى أيد قد تمتد إليها بالسرقة أو الاختلاس، وتأمين استعمالها المشروع. ويسأل البنك عن كافة الأضرار التى تلحق الخزانة ومحتوياتها، ومن ثم عليه اتخاذ كافة التدابير اللازمة لضمان سلامة الخزانة والمحافظة على ما بها.

ولا يجوز للبنك، فيما عدا حالات محددة منصوص عليها قانونا، أن يفتح الخزانة أو يفرغ محتوياتها إلا بإذن من المستأجر أو وكيله الخاص أو بحضوره أو تنفيذاً لحكم أو أمر صادر من القاضى المختص أو من النيابة العامة[1].

وفى الواقع، إن هذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة وليس فحسب ببذل عناية، ومن ثم لا يجوز للبنك أن ينفى مسئوليته عن حراسة الخزانة والمحافظة عليها وصيانتها واتخاذ التدابير من عدمه إلا بإثبات القوة القاهرة أو أى فعل يرجع إلى الغير[2]. وقد نوهت المادة ٤٦٩ من قانون المعاملات التجارية الإماراتى رقم ٨ لسنة ١٩٩٣ إلى ذلك، بقولها «لا يجوز للمصرف أن يتمسك بشرط الإعفاء من المسئولية إذا ثبت صدور غش أو إهمال جسيم منه أو من تابعيه» وهو ما يترتب عليه بطلان كل شرط يعفى به البنك من المسئولية[3]، أو يحددها إذا كانت ناشئة عن غش أو إهمال جسيم لا يغتفر منه أو من تابعيه الموظفين. وحيث إن البنك هو شخص معنوى، فإن هذا الشرط يشمل بالطبع موظفى البنك.

حرى بالذكر أن التزام البنك بالحفظ والحراسة يرد على الخزانة ذاتها لا على

---

(١) مادة ٣٢٣ من قانون التجارة .

(٢) راجع د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٧٧، د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢٣٥.

(٣) د. على جمال الدين، مرجع سابق، ص٦٢٠.

محتوياتها، إذ الفرض أن البنك فى أغلب الأحيان لا يعلم عنها شئ، ومن ثم حين يدعى العميل تلف أو هلاك بعض الأشياء التى كانت موجودة بالخزانة، فإن عليه إثبات ذلك، فلا يكفى مجرد الإدعاء بأن الأشياء الموضوعة بالخزانة قد اختفت.

حقوق البنك :

يتقاضى البنك أجرة يتفق عليها فى العقد، وهى عادة ما تكون ضئيلة ومنخفضة بالمقارنة لما تكلفه البنك من أجل تشييد الخزائن، إذ أن الأخير لا يعول عليها للحصول على عائد مادى كبير بقدر اعتماده لجذب العملاء فى معاملات مصرفية أخرى، كالقروض وإصدار خطابات ضمان وفتح الحسابات بأنواعها المختلفة. وقد يكون للعميل حساب لدى البنك، فيجرى اقتطاع الأجرة بطريق قيدها فى حسابه كجانب مدين.

والمعتاد أن تحدد الأجرة باتفاق الطرفين، البنك والعميل، وتقدر على أساس حجم الخزينة، صغيرة أم كبيرة الحجم، ومدة شغله لها، ومن ثم فلا عبرة بقيمة الأشياء المودعة[1]

ثانياً: التزامات وحقوق العميل المستأجر :

تترتب ثمة التزامات وتنشأ بعض الحقوق للعميل عن عقد إيجار الخزانة الحديدية نحددها على النحو التالى:

التزامات العميل المستأجر :

أ- عدم جواز تأجير الخزانة :

لم يرد فى قانون التجارة أى نص فى هذا الخصوص، وإنما استناداً إلى الطابع

---

(١) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤١٨.

الشخصى فى عقد إيجار الخزانة، نرى وتؤيدنا فى ذلك بعض القوانين العربية[1]، أنه لا يجوز للمستأجر أن يؤجر الخزانة أو جزءاً منها أو يتنازل عن الإيجار للغير ما لم يتفق على غير ذلك. وعادة ما تحتاط البنوك مسبقاً لهذا الفرض وتدرج شرطاً يحرم على المستأجر أن يتنازل عن الإيجار للغير.

بيد أنه ولئن كان محظوراً على المستأجر أن يتنازل عن حقه فى الإيجار للغير، فإنه ليس ثمة ما يمنع من أن يضع فى الخزانة أشياء مملوكة للغير .كأن يضع زوج مصوغات زوجته في خزينة يستأجرها. ويبدو أهمية ذلك حال الفرض الذى يصيب محتويات الخزانة بثمة ضرر، وفى هذه الحالة لا يجوز للبنك أن يدفع دعوى المستأجر بطلب الاسترداد بحجة أن بعض محتويات الخزانة مملوكة للغير، وأنه لا يسأل إلا عن ممتلكات المستأجر.

ب- عدم وضع أشياء مما تهدد سلامة المكان أو الخزانة ذاتها :

تقرر المادة (٣١٨) من قانون التجارة، بأنه لا يجوز للمستأجر أن يضع فى الخزانة أشياء تهدد سلامتها أو سلامة المكان الذى توجد به.

ويعد هذا الالتزام من أهم ما يقع على عاتق العميل المستأجر، وهو حسن استخدام الخزانة وفى أغراض مشروعة، وعدم تعريض الخزانة أو المكان الموجودة به لأى أمر مما يهدد سلامتهما. وإذا استشعر البنك أن الخزانة صارت مهددة بخطر أو تبين أنها تحتوى على أشياء خطرة، وجب على البنك أن يخطر المستأجر فوراً بالحضور لإفراغها أو لسحب الأشياء الخطرة منها. فإذا لم يحضر المستأجر فى الميعاد المعين، جاز للبنك أن يطلب من القاضى المختص إصدار أمر على عريضة بالإذن له فى فتح الخزانة وإفراغها أو سحب الأشياء الخطرة منها، وذلك بحضور من يعينه القاضى لذلك. ويحرر

---

(١) كالمادة ٣٥٨ من قانون التجارة العمانى.

محضر بالواقعة تذكر فيه محتويات الخزانة. أما إذا كان الخطر حالاً أو شيكاً على الوقوع، جاز للبنك وعلى مسئوليته وبدون إذن المحكمة أو إخطار العميل، فتح الخزانة وتفريغها مما بها أو سحب الأشياء الخطرة منها[1].وتبدو وجاهة هذا الأمر في الوقت الراهن وانتشار العمليات الإرهابية.

ويرتبط بهذا الشرط أن على العميل أن يستعمل الخزانة طبقاً لشروط العقد، بأن يكون دخوله إلى الخزانة فى أوقات عمل البنك، وبعد التوقيع على دفتر يثبت دخوله للخزانة، وأن يستعمل الخزانة بحسن نية، وهى التزامات فى مجملها توجب على العميل التقيد بتعليمات المصرف.

ج - دفع الأجرة :

يلتزم العميل المستأجر بدفع الأجرة المتفق عليها أو الذى يحددها العرف مقابل استعماله الخزانة. وغالباً ما تكون سنوية ومدفوعة مسبقاً[2]، ويدفع معها عند إبرام العقد مبلغ كتأمين عن المدة التى يتأخر فيها المستأجر عن دفع الأجرة، فيقوم البنك بخصم منه ما يستحق من أجرة متأخرة. وتقضى المادة (٣١٩) أنه إذا لم يدفع المستأجر أجرة الخزانة فى مواعيدها، جاز للبنك بعد انقضاء ثلاثين يوما من إخطاره بالدفع أن يعتبر العقد منتهياً، ويسترد الخزانة فارغة. كما قررت المادة (٣٢٠) من قانون التجارة للبنك حق حبس محتويات الخزانة، ويكون له حق امتياز على الثمن الناتج عن بيعها لاستيفاء الأجرة والمصاريف المستحقة له.

---

(١) المادة (٢/٣١٨) من قانون التجارة. كما راجع بشأن هذا الالتزام. د. مختار بريرى.مرجع سابق، ص١٧٧– ١٧٨، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٦١، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤١٩، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١٢.

(٢) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١١. د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٦٠.

د- رد الخزانة وتسليم المفتاح :

إذا انتهت مدة العقد المحددة فى الاتفاق بين الطرفين، أو اعتبر العقد مفسوخاً لعدم سداد الأجرة المحددة، على العميل رد الخزانة وتسليم المفتاح، وفى هذه الحالة يسترد البنك الخزانة فارغة مما كان بها من محتويات .

على أن رد الخزانة لا يعنى أنها كانت فى حيازة العميل، وإنما هو رد المفتاح لأنها كانت فى حيازته حكماً بحيازته المفتاح. وإذا فقد الأخير منه، عليه إخطار البنك بذلك، وذلك حتى يتسنى للبنك أن يتخذ احتياطاته لمنع دخول أى شخص من الغير إلى الخزانة. والإجراء الأصح هو تغيير قفل الخزانة الذى فقد مفتاحها من المستأجر.

حرى بالذكر أن التزام العميل برد الخزانة إنما يكون بالحالة التى كانت عليها وقت الاستلام.وليس من المتصور أن يكون العميل قد أضاف إليها شيء في تصميمها أو مزاياها.

حقوق العميل المستأجر :

من حق العميل بقاء محتويات الخزانة سراً[1] ، فلا يكون للبنك أن يحاول معرفتها ،ولذا نري أن من حق العميل أن يطلب من موظف البنك الذي يحضر معه وقت الفتح لتسليم المفتاح الثاني،الإبتعاد وعدم رؤيته لما بالخزانة.كما أن من حق العميل أن يتمكن من الانتفاع بالخزانة بتسلمه مفتاحها على النحو المذكور آنفاً.

كما يكون من حقه طلب التعويض عن أى ضرر قد يلحق ما أودعه فى الخزانة[2]، على أن المشكلة تظل قائمة فى أن البنك يجهل ما هو مودع فى

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٦١٥.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٧٨.

الخزانة، مما يجعل العميل فحسب هو الذى يعلم بمحتويات الخزانة، ومن ثم إذا أدعى فقد شئ أو هلاكه، فعليه بإثبات ذلك.وهنا تبدو الصعوبة .

المبحث الثالث

الحجز على محتويات الخزانة

قلنا آنفاً إن من أهم الأسباب التى دفعت الفقه المصري والمقارن إلى البحث عن تكييف عقد الخزانة الحديدية، هو مسألة الحجز على محتويات الخزانة، إذ يتوقف نوع الحجز الواجب إعماله، على إسباغ التكييف القانوني الصحيح للعقد ذاته.وحيث إننا قد انتهينا إلى أن العقد هو عقد إيجار يتميز بأحكام خاصة وليس بوديعة، فإن الحجز الجائز هو الحجز التحفظى أو الحجز التنفيذى، وليس حجز ما للمدين لدى الغير[1].

وتقضى المادة (٣٢١) من قانون التجارة بجواز توقيع الحجز التحفظى لضمان عدم قيام المدين بتهريب ما بالخزينة من محتويات كالأموال والسندات وغيرها، أو الحجز التنفيذى على الخزانة. ويوقع الحجز بتبليغ البنك مضمون السند الذى يتم الحجز بموجبه، مع تكليفه بالتقرير عما إذا كان يؤجر خزانة للمحجوز عليه. وعلى البنك بمجرد تسلمه هذا التبليغ، أن يخطر المستأجر فوراً بتوقيع الحجز وأن يمنعه من استعمال الخزانة تفادياً لتفريغها من محتوياتها.

وإذا كان الحجز تحفظياً، جاز للمستأجر أن يطلب من القاضى المختص إصدار أمر على عريضة بالترخيص له فى سحب بعض محتويات الخزانة فى حضور من يندبه القاضى لذلك. أما إذا كان الحجز تنفيذياً، فيلتزم البنك بفتح الخزانة وإفراغ محتوياتها بحضور الحاجز أو من يندبه القاضى لذلك. ويخطر

---

(١) إذ يفترض هذا الحجز أن البنك مدين للعميل وحائز للأشياء المودعة، وهو مالا يتوافر فى هذه الحالة.

المستأجر بالميعاد الذى حدد لفتح الخزانة وتجرد محتوياتها وتسلم إلى البنك أو إلى أمين يعينه قاضى التنفيذ حتى يتم بيعها وفقاً للأحكام المنصوص عليها فى قانون المرافعات المدنية والتجارية[1]

وإذا كان بالخزانة أوراق شخصية كعقود ممتلكات أو عقارات أو وثائق لا يشملها البيع، وجب تسليمها إلى المستأجر، فإذا لم يكن حاضراً وقت فتح الخزانة وجب تسليمها إلى البنك لحفظها حتى يطلبها المستأجر أو ورثته. وإذا لم يتقدم المستأجر أو ورثته لاستلام الأوراق أو الوثائق المشار إليها خلال خمس سنوات، يكون للبنك الحق فى عرض الأمر على قاضى الأمور الوقتية ليقرر بشأنها ما يراه.

---

(١) مادة ٤/٣٢١ من قانون التجارة. راجع بشأن هذا الحجز د. على جمال الدين. مرجع سابق ص٦٢٢ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٨٠، د. عبد الحكم عثمان. مرجع سابق، ص٢٣٨. د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٤٠١، د. أكرم ياملكى. مرجع سابق، ص٣٢٢.

الباب الثانى
الائتمان المصرفى

تمهيد وتقسيم :

يقوم الائتمان المصرفى فى جوهره على الثقة التى يوليها مقدم الائتمان لطالبه[1]، إذ أن العلاقة بين البنوك وعملائها قد تحتاج إلى أن يمنح البنك ائتمانه لعميل له فى شكل معين يتفق عليه. فهو عبارة عن عملية يرتضى بموجبها البنك أن يمنح عميله، أو أى شخص آخر بناء على طلب عميل له، لقاء فائدة أو عمولة معينة، ائتمانه فى شكل مبالغ نقدية أو بتوقيعه، مقابل ضمانات شخصية أو عينية، أو بدون ضمانات، على أن يلتزم برد المبلغ الذى حصل عليه من المصرف فى وقت محدد.

ولا يعتمد المصرف، فى سبيل توفير عمليات الائتمان، على رأس ماله

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٧٢.

فحسب، بل على كافة موارده، من ودائع نقدية، وأرصدة دائنة للحسابات الجارية[1]، والأرباح المتجمدة وغير ذلك مما يملكه من أموال، يمنح بموجبها ائتمانه للعملاء.

وتتنوع عمليات منح الائتمان المصرفى من قبل البنك لعملائه، ما بين منح القروض البنكية، وفتح الإعتمادات البسيطة أو المستندية، وإصدار خطابات الضمان في المناقصات وعقود التشييد والبناء، وخصم الأوراق التجارية كالكمبيالات والسندات لأمر, ،وإحتراف شراء العقارات والمنقولات بقصد بيعها أو تأجيرها بغية الربح وتمويلها،لما تتضمنه من تسهيلات إئتمانية للعملاء الذين يتعاملون معها([2])، إلى نحو ذلك.

مع مراعاة أن التسهيلات البنكية لا تنشأ إلا بمقتضى إتفاق الطرفين، ولا سيما إدارة الإئتمان في البنك. لذا تقرر أن مجرد الخطاب الموجه من البنك للعميل لتمويل إحدى عملياته والمشروطة بموافقة إدارة الإئتمان بالبنك،لا يعدو أن يكون خطاباً بالنوايا أو بدون إرتباط من أي من الجانبين،ولا يرتب أية التزامات قانونية في ذمة أي منهما بسبب عدم الوصول إلى مرحلة التراضي([3]).

وعلى هدى ما تقدم نقسم دراستنا لهذا الباب إلى أربعة فصول على النحو

---

(١) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٢٣ بل قد يعمد البنك إلى خلق الائتمان، كما لو كفل عميله تجاه الغير، ضماناً لتنفيذ وأداء التزام يثقل كاهله.

([2]) وقد قضى بأن العادة قد جرت في مجال الإئتمان العقاري على حساب الفائدة على متجمد الفوائد وتجاوز مجموعها لاصل القرض.الطعن رقم ٣٣١٣ لسنة٨٩ ق جلسة٢٠٢٠/٢/٢٣ المكتب الفني،٧١ق،قاعدة٢٣، ص١٧٧. كما انظر: القرار رقم ١٤١٧/١٦٠ للجنة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية، المنازعات المصرفية،٢٠٠٩،ص٦٧.القرار رقم ١٤٢١/٤٢٢ لذات اللجنة ، ص٦٨.

([3]) قرار لجنة تسوية المنازعات آنفة الذكر، رقم١٤٠٩/٢١٩هـ مرجع سابق،١١٠.

التالى:

الفصل الأول: القرض المصرفى.

الفصل الثانى: فتح الاعتمادات.

الفصل الثالث: خطاب الضمان.

الفصل الرابع: خصم الأوراق التجارية.

الفصل الأول
القرض المصرفى

تمهيد وتقسيم:

من الثابت أن البنوك ولئن كان لها رأس مال كونت به الشركة التي أسست لممارسة نشاطها، إلا أنه من المعروف أنها تتعامل-علاوة عليه- بودائع العملاء، إذ تقوم بإقراض الغير ومن هم فى حاجة إلى هذه الأموال لقاء فائدة، عادة ما تكون أعلى من تلك التى يمنحها على الودائع المودعة لديها، وتستفيد البنوك من هذا الفارق.على أن للقروض أنواعا متعددة،كالقروض قصيرة الأجل والقروض طويلة الأجل.كما أن هناك آثاراً تترتب عليها.وهو ما نبينه بتقسيم هذا الفصل على النحو التالي.

المبحث الأول
تعريف وصور القرض المصرفى

تعريف القرض المصرفي :

لم تعرف نصوص قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ القرض المصرفى[١]، ولم يرد أى نص إزاءه، وهو ما نحدده بأنه اتفاق يلتزم بمقتضاه المقرض بتقديم مبلغ نقدى أو بقيده فى حسابه الدائن، مقابل تعهد العميل برد ذات المبلغ عند حلول الأجل المتفق عليه، علاوة على الفوائد المستحقة للبنك.

مؤدى هذا التعريف أن القرض المصرفى هو عبارة عن مبلغ نقدى يلتزم المقرض وهو البنك بأن يقدمه للعميل مباشرة أو بقيده فى الجانب الدائن لحسابه، مقابل أن يتعهد العميل بأن يرد ذات المبلغ بفوائده عند نهاية الميعاد المحدد له[٢].

ويعد الإقراض المصرفى من أقدم وأبسط صور الائتمان التى عرفتها البنوك، والتى تمنح بموجبه النقود لعملائها، الذين يكون لهم حرية استعمال النقود المقترضة، وفى أية أغراض يتراءى لهم ذلك، دون أن يكون للبنك أن يعترض على ذلك، مادام كان مفهوماً من صيغة عقد القرض هذا المعنى. أما إذا كان القرض مخصصاً لغرض معين، فإن للبنك أن يراقب عميله أثناء استخدامه القرض، والتأكد من عدم خرق أو خروجه عن هذا الغرض،وإن كان ذلك فرض قليل الحدوث. ولا يخفى مصلحة البنك فى ذلك، إذ أن هذا الخروج عن غرض

---

(١) فى حين عرفته المادة ٥٣٨ مدنى بأنه عقد يلتزم به المقرض بأن ينقل إلى المقترض ملكية مبلغ من النقود أو أى شئ مثلى آخر، على أن يرد إليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله فى مقداره ونوعه وصفته.

(٢) راجع فى تعريف القرض المصرفى، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٥٠. د. مختار بريرى. مرجع سابق ص٨٠، د. بهجت قايد. مرجع سابق ص٦٦، د. الياس ناصيف. مرجع سابق ص٤٢٥. عباس هلال. مسئولية البنك فى عقود الائتمان. رسالة دكتوراه، حقوق القاهرة، ١٩٩٣، ص٧٤.

القرض، قد يهدد قدرة المستفيد على السداد.

ويخضع عقد القرض للقواعد العامة فى العقود المدنية، من حيث شروط صحته والقواعد التى تحكم إبرامه. مع مراعاة الطبيعة التجارية للقرض بالنسبة للبنك من جانب،وكذلك للعميل من جانب آخر كما سنرى.

بيد أنه ولئن كانت تشكل القروض المصرفية مصدراً هاماً من موارد البنوك، إلا أنه يتعين عدم الإفراط فى منح القروض بدون ضمانات، وهى المشكلة التى وقعت فيها كثير من البنوك ضحية تدليس بعض العملاء، الذين قدموا ضمانات وهمية أو غير حقيقية، أو أصولاً لم تقوم تقويماً صحيحاً، وحصلوا على مليارات الجنيهات وفروا إلى الخارج. لذا ننوه أنه على البنك قبل منح القروض للعملاء ،أن يجرى دراسة مستفيضة عن العميل الذى يرغب فى الحصول على قرض، وأن تكون الضمانات المقدمة كافية لسداد قيمة القرض الممنوح، كصكوك مالية، أو بضائع مودعة فى مخازن ما، أو ضمانات عينية كأراضى أو عقارات[1] إلى نحو ذلك ضماناً لحق البنك وحقوق المودعين الآخرين[2]، الذى ما يعد القرض إلا جزء من هذه الودائع. غير أن هذا القول لا يقدح في أن للبنوك السلطة التقديرية فى منح القروض من عدمه، ولها أن تعطى بعض العملاء القروض بغطاء جزئى، والبعض بموجب غطاء كامل، ومنهم من تمنحه القروض على المكشوف، كل ذلك اعتماداً على المعرفة الشخصية و الثقة التى توليها البنوك فى العميل.

---

(١) وهو ما يعرف بالغطاء.

(٢) صحيح أن العملاء الآخرين المودعين لا شأن لهم بذلك، وأنهم يحصلوا على أموالهم المودعة، حيث إن البنوك لا يجوز أن تتمسك فى مواجهة المودعين بأى سبب للامتناع عن الرد، ولا حتى بالقوة القاهرة، إذ أن هذه الأموال آلت إلى ملكية البنك، وانتهينا فى تكييفها إلى أنها قروض من قبل العملاء للبنك وليست وديعة بالمعنى القانونى.

والأصل فى القرض أنه متى استنفذ العميل المقترض المبلغ محل القرض كاملاً، فإنه قد استغرق حقه، غير أنه يجوز وبموجب اتفاق خاص بين البنك والعميل على تجديده في شكل فتح اعتماد[1]، وهو أن يكون للمقترض أن يرد ما اقترضه أو بعضه، على أن يكون له – أيضا – أن يطلبه مرة أخرى.

تجارية عقد القرض :

تقضى المادة ٥ /و من قانون التجارة بتجارية جميع أعمال البنوك ومنها القروض المصرفية، وذلك بالنسبة للبنك، أما المشكلة فقد بدت فى إمكانية ذلك بالنسبة للعميل، ومرد المشكلة هو أن البنوك عندما تمنح عملائها القروض لا تنظر فى أغراضهم من القرض، وما إذا كانوا يستخدموه فى غرض تجارى أم مدنى، إذ يقرض البنك الكافة تجاراً كانواً أو غير تجار، ولا يكون بوسعه ولا يهمه في الغالب أن يعلم الهدف من القرض.

فى الواقع، وبتطبيق القواعد العامة، يتعين التفرقة بين القرض الذى يعقده العميل التاجر لأغراض تجارته، وهو ما يعد قرضاً تجارياً بالنسبة له أيضا،ويعد عملا تجارياً بالتبعية، وبين القرض الذى يعقده العميل لأغراض مدنية، كمن يعقد عقداً مع البنك لأجل اقتراض مبلغ نقدى لتجهيز وزواج ابنته، أو لتشييد منزل إلى نحو ذلك من أغراض مدنية، وفى هذه الحالة يعد القرض مدنياً.وعليه تعد العملية برمتها من قبيل الأعمال المختلطة.

ولا يخفى – وعلى الرغم من تلاءم هذا الحل مع نظرية الأعمال التجارية – مدى صعوبة تطبيق هذا الحل، ولذا ذهبت محكمة النقض المصرية فى عدة أحكام لها إلى إسباغ الوصف التجارى على القروض التى تعقدها البنوك، سواء بالنسبة للبنك أو العميل، وقالت إن القروض التى تعقدها البنوك فى نطاق

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، س٣٦٠.

نشاطها المعتاد تعتبر عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقترض، وأيا كان الغرض الذى خصص له القرض. وذلك لأن البنك المقرض يتحمل عادة فى سبيل الحصول على الأموال التى يلبى بها حاجات المقترضين أعباء أكثر فداحة من المقرض العادى، إذ هو يحصل على الأموال من المصارف الأخرى التى تتقاضى منه فوائد على متجمد الفوائد غير مقيدة بالحظر الوارد فى المادة ٢٣٢ من القانون المدنى، على أساس أن المعاملة بين الطرفين هى معاملة تجارية تدخل فى نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة، وليس من المعقول أن يحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير، علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر فى القروض الطويلة الأجل، ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها فى وجوه أخرى غير القرض تدر عليه أرباحاً أكثر[1].وهو الحل الذي أستقرت عليه كثير من الدول العربية كالكويت.

أما الفقه فمنهم[2] من يرى أن هذا الحل ينحاز للبنك، رغم مركزه الاقتصادى والذى يمكنه بما لديه من إمكانيات ضخمة وكادر إداري كفء وخبرة واسعة، أن يتعرف بسهولة على صفة القرض بالنسبة للعميل، ولذا يرى ضرورة إعمال القواعد العامة فى نظرية الأعمال التجارية، وهو أن صفة القرض للعميل تتوقف

---

(١) الطعن رقم ٥٥٩٧ لسنة٨٠ق ، جلسة ٢٠١٨/٣/٢٦، نقض ١٩٦٣/٦/٢٧، الطعن رقم ١٤٥٩ لسنة ٨٣ق، جلسة ٢٠١٥/٤/٢٣ المكتب الفني، السنة ٦٦، قاعدة٩٤، ص٦٠٩، الطعن رقم٤٢٥ لسنة ٦٧ق، جلسة ٢٠٠٨/٣/١١، طعن رقم ١١٥ لسنة ٢٨ق، السنة ١٤، ص٩٣٦، أيضا انظر نقض ١٩٦٧/٦/٢٧، مجموعةالنقض السنة ١٨، ٩٤٦، ونقض جلسة ١٩٨٣/٣/٣١، طعن رقم ١٦٢٣ لسنة٦٥ق، السنة ٣٤، العدد الأول، ص٨٦٦، الطعن رقم٣٣١٣ لسنة ٨٩ق،جلسة ٢٠٢٠/٢/٢٣، المكتب الفني،٧١،ص١٧٧.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٨٢ ، د. محسن شفيق. القانون التجارى. الجزء الأول، بند ٦٨.

على ما إذا كان القرض لغرض تجارى أم مدنى.

وهناك نفر من الشراح[1] يرى أن حكم النقض السابق يفترض أن البنك إنما يباشر عملاً داخلاً فى حدود حرفته، ولذا فإن القرض الذى يعقده البنك ويكون خارجاً عن نشاطه المعتاد يخرج عن حدود هذا المعيار، ويعتبر كأنه صادر من شخص غير بنك.

من جانبنا نؤيد الرأى الأول ،وأن كل القروض التي يعقدها العملاء تعد قروضاً تجارية، أيا كان صفة المقترض أو الهدف منها،إذ ليس من مهمة البنوك أن تستعلم عن سبب حصول العملاء على القروض ،كما أنه ليس من المتصور أن تفرق بين العملاء ومن ثم في نسبة الفائدة المقررة،بين العملاء المدنيين والعملاء التجاريين،ولا سيما وأن البنوك تمنح عوائد موحدة لنوع الحسابات الواحدة دون النظر إلى صاحب الحساب.

أنواع وصور القرض المصرفى :

تنقسم القروض وفق لمدتها إلى قروض طويلة الأجل ،ومتوسطة الأجل،وقصيرة الأجل. أما من ناحية صورة تقديمها، فقد تقدم مباشرة أو عن طريق الإيداع لمبلغ القرض في حساب جار.

١- أنواع القرض بحسب مدته :

ينقسم القرض من حيث مدته إلى قرض قصير الأجل، ومتوسط الأجل، وقرض طويل الأجل.أما القرض قصير الأجل، فهو يتسم بأن مدته قصيرة يستحق بعدها ويصبح واجب السداد للبنك، وهو يشكل الجانب الأكبر من قروض البنوك لعملائها، إذ أنها تضمن للبنوك السرعة فى استردادها وقدر من السيولة، حتى يتسنى لها أن تكرر عملية القرض لعميل آخر، مما يحقق لها

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٦٣ – ٣٦٤.

فائدة كبيرة خاصة مع اختلاف الفائدة والتي من حين لآخر يصدر البنك المركزي تعليماته بشأنها. وهى تهدف إلى تقديم المساعدة إلى العميل، كمن يرغب فى تجهيز منزله، أو شراء سيارة، أو لزواج ابنته، أو لمشروع يعانى من أزمة مالية عارضة، ومدة هذا النوع من القروض عادة ما تتراوح ما بين سنة وسنتين.

أما القرض متوسط الأجل، فيكون الغرض منه هو تمويل المشروعات الاستثمارية، أو لبناء خط إنتاج جديد، وعادة ما تكون مدته ما بين عامين إلى خمسة سنوات[١].

وأخيراً القروض طويلة الأجل والتي قد تصل إلى عشرة أعوام، أو تصل إلى ثلاثين عاماً في القروض العقارية.ويكون الهدف منها تطوير وإنشاء المصانع، والعمليات الاستثمارية الضخمة، وشراء العقارات بتمويل من البنك عن طريق القرض وسداد أقساطه على فترات طويلة.

٢-صور القرض من حيث طرق منحه :

قضت محكمة النقض المصرية فى حكم لها، بأن عقد القرض قد يتخذ صوراً مختلفة غير صورته المألوفة وهى تقديم المال نقداً، وذلك عن طريق الخصم وفتح الاعتماد وخطابات الضمان، باعتبار أن يجمع بينها وصف التسهيلات الائتمانية[٢].

ويتضح من هذا الحكم أن إقراض البنك أحد عملائه قد يكون مباشرة بالإقراض النقدى وتسلم العميل المال محل القرض، أو عن طريق قيده فى

---

(١) د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٦٦.

(٢) نقض ١٩٦٩/١٢/٢٠، المحاماة' السنة ٥٢، ١٩٧٢، ص٧٩.

حسابه أو بفتح اعتماد بسيط يوضع فيه إلى غير ذلك من صور .والغالب أن مبلغ التمويل يوضع في حساب إما جار أو بعائد، ويكون للعميل أن يستخدم الأموال التي وضعت فيه بحرية، فيكون له السحب والإيداع في حدود المبلغ الممول به،ولا يعد رد جزء من المبلغ سدادا للقرض ، لأنه بوسعه إعادة سحبه مرة أخرى ،وهكذا يظل الحال إلى أن يحل أجل القرض.

وقد قررت لجنة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية،بأن ثبوت أن العقد ا لموقع بين البنك والعميل لم يكن قرضاً حقيقياً انتفع به العميل بل منح بغرض تخفيض الرصيد المدين،فإنه يترتب على ذلك إستبعاد القرض وفائدته عند تصفية حساب الطرفين([1]).

المبحث الثانى
آثار عقد القرض

يرتب عقد القرض على عاتق كل من العميل والبنك عدة التزامات، وأيضاً يعطيهما بعض الحقوق([2]) نحددها فيما يلى:

أولاً: التزامات البنك المقرض وحقوقه :

من أهم الالتزامات التى تقع على عاتق البنك المقرض، التزامه بتقديم المال محل عقد القرض وفقاً للشروط المتفق عليها وبالشكل الذى حددته إرادتهما.

ولا صعوبة إذا كان هناك اتفاق صريح على عقد القرض، وإنما المشكلة تبدو حال ما إذا أخذ القرض الشكل الضمنى، فلا يكون هناك ثمة اتفاق بين الطرفين قد تم بشكل صريح، وإنما يكون الحساب مفتوحاً بين الطرفين، ويكون

([1]) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية رقم ١٤٢٥/١١٣هـ،و١٤٢٥/٢٣٧هـ، مرجع سابق، ١١٦،

([2]) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية السعودية رقم١٤٢٥/٢٣٩، ص١١٦.

مركز العميل فيه مديناً للبنك، ويظل البنك صامتاً إزاء هذا الوضع. أو سكت البنك عن سحب العميل لشيك لا يغطيه رصيده لدى البنك، والسؤال هل يفسر هذا السلوك من البنك على أنه مجرد تسامح لا ينشأ على عاتقه أى التزام، أم على النقيض من شأنه أن يعد قبولاً ضمنياً إذا درجت تعاملاتهم على ذلك ؟.

يرى بعض الشراح[1] أن سكوت البنك يعد بمثابة تسامح غير ملزم له قانوناً، ومن ثم له أن يطلب من عميله أن يدفع فى الحساب ما يغطى مركزه المدين. ولا يسأل البنك إذا قام بقفل الحساب رجوعاً منه فى هذه الرخصة، ما لم يكن سلوكه منطوياً على قصد الإضرار أو سوء استعمال للحق، كما لو تم فجأة وبدون إخطار، أو كان مخالفاً للعادة التى جرى عليها التعامل.

بيد أنه يصعب التسليم بهذا الرأى على إطلاقه، إذ قد تكون معاملات البنك مع العميل قد جرت على كون هذا السلوك بمثابة قبول ضمنى، ومن ثم نرى أن الأمر يتوقف وكل حالة على حدة، وعلى فحص قاضى الموضوع لملابسات الحالة المعروضة، وأن الأمر مجرد تسامح لم يرق لحد الالتزام، أم على النقيض أن سلوك البنوك قد تكرر على مدى سنوات طوال، مما يرجح معه صيرورته التزام على عاتق البنك.

أيضاً يقع على عاتق البنك التزام مضمونه احترام الأجل المقرر لعقد القرض[2]، فأجل القرض إنما هو مقرر لمصلحة كل من الطرفين، بما حاصله أنه لا يجوز أن يقوم البنك بمفرده وبإرادته المستقلة بمطالبة العميل بالرد الفور ى، أو قبل الأجل المحدد، مادام لم يصدر من العميل أى سلوك يخل بالثقة التى يوليها البنك له، كما على البنك أن يستمر فى تقديم المال محل عقد

---

(١) د. على جمال الدين مرجع سابق، ص٣٦١.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٨٥.

القرض، مادام فى حدود المبلغ الكلى المتفق عليه. غير أنه قد تطرأ ثمة ظروف معينة، قد تجيز للبنك الخروج عن هذا الالتزام، وذلك حال ما إذا أخل العميل الآمر بالتزاماته، أو لانهيار مركز العميل المالى وتردى أوضاعه المالية، على نحو قد يضر بالغير، وهو الأمر الذى يعرضه للمسئولية إذا استمر فى دعم العميل، أو يتم شهر إفلاس العميل بموجب حكم قضائي.

أما أبرز حقوق البنك، فحقه فى استرداد القرض وبالفائدة المتفق عليها ، ويجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد، وهو أمر صار من قبيل العلم العام الذي لا يحتاج إلى دليل على قيامه لجريان العادة في مجال المعاملات المصرفية على ذلك([1]).

ثانياً: التزامات العميل الآمر :

يعد الالتزام برد قيمة القرض وفى الميعاد المحدد، من أهم ما يثقل عاتق العميل المقترض. ويتعين أن يكون الرد فى الأجل المحدد[2]، إذ كما قلنا إن الأجل مقرر لمصلحة الطرفين، وبالتالى لا يجوز للعميل المقترض أن يقوم برد القرض قبل الأ جل تهرباً من سداد الفائدة المقررة عن كل أجل القرض، ما لم يكن ذلك برضا البنك.وحينئذ يقوم البنك بإسترداد القرض مع احتفاظه بمبلغ يقوم بحسابه مقابل هذا الرد المبتسر.

ومن جانبنا نرى أنه ليس ثمة ما يمنع من تطبيق المادة (٦٣) من قانون

([1])الطعن رقم٥٥٩٧ لسنة٨٠ق، جلسة ٢٠١٨/٣/٢٦.

(٢) وإذا لم يعين أجل للقرض، كان المقترض ملزماً بالرد عند أى طلب يأتيه من المقرض. وإذا اتفق الطرفان على أن المقترض لا يوفى إلا عند تمكنه من الإيفاء، أو حين يتيسر له ذلك، فللمقرض أن يطلب من القاضى تعيين وقت الوفاء. وهو ما قضت به المادة ٧٦٣ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى. راجع د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٢٦.

التجارة فى هذا الشأن، والتى تقضى بأنه إذا كان الدين مؤجلاً وكان المدين مأذوناً فى الوفاء به قبل حلول الأجل، فليس له عند استعمال هذا الحق أن يخصم جزءاً من الدين إلا بموافقة الدائن، ما لم يوجد نص فى القانون أو عرف يقضى بغير ذلك. وإذا كان المدين غير مأذون فى الوفاء بالدين قبل حلول الأجل، فله أن يجبر الدائن على قبول هذا الوفاء إذا دفع له العائد المستحق عن ا لدين حتى انتهاء الأجل أو إبرائه من رده إن كان قد دفع مقدماً، ما لم يوجد اتفاق أو عرف أو نص فى القانون يقضى بغير ذلك. كما يلتزم العميل المقترض بدفع فوائد القرض، وبفوائد التأخير بمجرد استحقاقها.

الفصل الثانى
فتح الاعتماد

تمهيد وتقسيم:

إن فتح الاعتمادات هو من أحد بل وأهم الصور الائتمانية التى تقدمها البنوك لعملائها، والتى تعتمد على الثقة التى توليها البنوك لهم، وأنه عبارة عن عقد يتعهد بمقتضاه البنك بأن يضع تحت تصرف المستفيد مبلغاً معيناً خلال فترة زمنية، أو يضع تحت تصرفه وسائل دفع فى حدود مبلغ معين. وهو قد يكون اعتماداً بسيطاً، أو اعتماداً مستندياً، ولكل منهما تعريفه ومفهومه وصوره وأهدافه.

كما نتعرض لفكرة الاعتماد المستندى، وكيف أضحى ضرورة لا غنى عنها فى مجال التعاملات الدولية، وسمة من سمات العصر الحديث، ومقوم من مقومات التجارة الدولية.

وعليه نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى :

المبحث الأول: فتح الاعتماد العادى.

المبحث الثانى: الاعتماد المستندي.

المبحث الأول

فتح الاعتماد العادى

تعريف العقد وخصائصه :

تعرف المادة (٣٣٨) الاعتماد العادى، بأنه عقد يضع البنك بمقتضاه تحت تصرف المستفيد وسائل دفع فى حدود مبلغ معين، ويفتح الاعتماد لمدة معينة أو غير معينة. مؤدى هذا التعريف أن عقد فتح الاعتماد العادى أو البسيط هو عبارة عن عقد يلتزم البنك بموجبه بأن يضع بعض الأموال تحت تصرف العميل، فيكون له أن يستخدمها، سواء دفعة واحدة، أو على دفعات متتابعة بحسب احتياجاته ومبررات فتحه، وذلك خلال مدة معينة أو غير محددة[١].

ويعد عقد فتح الاعتماد من أهم وأكثر أنواع عمليات الائتمان التى تقوم بها البنوك لحساب عملائها الذين يستفيدون منه، إما بقبضه نقداً، أو بسحب شيكات عليه، أو بأية طريقة أخرى يتم الاتفاق عليها، كتحويل الاعتماد أو جزء منه لحساب دائن العميل، وذلك مقابل رد مبلغ الاعتماد الذى وضع تحت تصرف العميل، علاوة على الفوائد وعمولة البنك ومصروفات فتح الاعتماد، ذلك أن المشروع الجيد هو من يسعى إلى توفير الأمان المالى له، والذى يعينه فى تسيير أموره وحرية نشاطه، ويعضد قدرته على مواجهة أية صعوبات قد يلاقيها، ويحميه من مخاطر النشاط الذى يمارسه، وهو فى هذا الصدد، لا

---

(١) راجع فى تعريف عقد فتح الاعتماد العادى د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٢٩ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٠٦، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٧١، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٢٩، كتابنا. عمليات البنوك السالف الذكر، ص٣٨، د. أحمد زيادات و د. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٤٦.وفي القضاء: الطعنان رقما ١٥٦٩٠، ١٥٧٣١ لسنة ٨٨ ، جلسة ٢٠٢٣/٥/١١.

يكون فى حاجة فحسب إلى المال، وإنما بأن يكون تحت تصرفه وسائل ائتمانية فى شكل نقود تكون فى متناول يده، بحيث تترك له حرية اختيار الشكل الذى يتلاءم مع متطلباته فى استخدام هذا المال المتاح فى عقد فتح الاعتماد.

بيد أن فتح الاعتماد لمصلحة العميل، لا يلزم الأخير باستخدامه، إذ له الحرية فى استعمال الأموال محل الاعتماد من عدمه، حيث إنه ربما تكون قد انقضت المبررات التى دعته إلى فتحه، إلا أن ذلك لا يؤثر على أحقية البنك فى اقتضاء عمولته ومصروفات فتح الاعتماد دون الفوائد، إذ لم يستخدم العميل الاعتماد.وإن كانت البنوك لم تجر على ذلك، فالبنك يوضع المبالغ محل التمويل في حساب العميل ولا شأنه بإستخدامها من عدمه.

وفى الواقع إن هذا التصور قد يقرب عقد فتح الاعتماد من القرض، حيث إنه ولئن كانا يتفقان فى أن البنك فى كليهما يضع تحت تصرف العميل مبلغاً من المال، إلا أن مكمن الخلاف بينهما يكون فى أن القرض المصرفى يحصل عليه العميل ويلتزم بفوائده، ولا يجوز رده قبل الموعد المحدد تنصلاً من فائدته إلا باتفاق خاص[1]، أما فى عقد فتح الاعتماد، فإن العميل لا يلزم بقبض المبلغ كله، بل أن الأمر لا يتجاوز مجرد تعهد من قبل البنك بأن يضع تحت تصرف العميل المبلغ المعين، ولا يسلمه له إلا إذا طلبه، وله أن لا يطلبه، فلا يلزم حينئذ بفوائده[2].

بالإضافة إلى أنه إذا كان الاعتماد مفتوحاً فى حساب جار، فإن للعميل الحق فى أنه كلما دفع جزءاً من المبلغ فى الحساب الجارى، كان له أن يعود فيسحبه مرة أخرى، إذ أن الدفع فى الحساب الجارى لا يعد وفاء منه.

---

(١) علاوة على أن العميل المقترض إذا رد جزءاً من القرض، تعذر عليه استرداده.

(٢) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٣٣.

مفاد ما تقدم أنه لا يخفى مدى الفائدة التى تعود على كل من العميل، الذى له استخدام الاعتماد بالطريقة التى تتراءى له، وسواء بالسحب النقدى من الحساب، أو بالسحب عن طريق شيكات، أو بخصم الأوراق التى يقدمها العميل للبنك إلى نحو ذلك، كما أن له أن يستخدمه أو لا يستخدمه،وكذلك البنك الذى يحصل على الفائدة والعمولة والمصاريف.

ويعد عقد فتح الاعتماد بمثابة عقد رضائى يتم بمجرد تطابق إرادتى البنك والعميل دون الحاجة إلى أى إجراء آخر[1] ، وقد يتم باتفاق شفوى بين طرفيه،وإن كان هذا أمر صعب تصوره، فالمعتاد أن يتم بالكتابة أو عن طريق المراسلات أو البرقيات فيما بينهما، ومن ثم فإن الكتابة ليست شرطاً لصحة عقد فتح الاعتماد .وما يجري عليه عرف البنوك، أن تقوم بعد إبرامه بإرسال رسالة على جهاز المحمول للعميل بإتمام القرض مع تحديد القسط الشهري المستحق على العميل أو بأتمام فتح الإعتماد محل التعاقد.

ومن المقرر أنه يتعين أن يتضمن عقد فتح الاعتماد المسائل الهامة فى هذا العقد، وهى مبلغ الاعتماد، ومدته، وكيفية الاستفادة منه، ومقدار العمولة والفائدة، والمصروفات الإدارية المستحقة،وهي في الغالب ١% من قيمة القرض.وإذا كان الاعتماد مصحوباً بتقرير تأمين، فإنه من المتعين اتباع الإجراءات اللازمة لصحة هذا التأمين ونفاذه.

كذلك يقوم عقد فتح الاعتماد على الاعتبار الشخصى[2]، المتعلق بشخص

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٣٣، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٧٢، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٢٩.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١١١، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٣٤، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٣٠، د. بهجت قايد. مرجع سابق ص٧٣، د. أحمد زيادات و د. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٤٨.

العميل ذاته، وأن هذا الاعتبار هو الذى دفع البنك إلى منح الثقة له والتعاقد معه، وهو يرجع ليس فحسب إلى مجرد ملاءة العميل بل يشمل أمانته وحسن سلوكه وتصرفاته وغيرها، ومن ثم فإن التزام البنك يكون تجاه العميل وحده دون ورثته، فيعتبر العقد مفسوخاً بمجرد وفاة العميل. كما يفسخ العقد حال فقد العميل أهليته.إذ يؤدى الغلط فى شخص العميل أو فى صفة جوهرية من صفاته إلى قابلية العقد للإبطال، وبالتالى ينقضى العقد بكل ما يؤثر على الاعتبار الشخصى والثقة المتبادلة، التى هى قوام التعامل بين الطرفين.

بيد أن هذا الاعتبار الشخصى الذى ينهض عليه عقد فتح الاعتماد المصرفى ليس من جوهره وأساسياته، بما حاصله أنه ليس ثمة ما يمنع من استبعاده باتفاق الطرفين.

أيضاً- وبالإضافة إلى كونه عقداً رضائياً ويقوم على الاعتبار الشخصى - يعد عقد معارضة، إذ أن كلاً من الطرفين، البنك والعميل، يلتزما ويعطيا مقابلاً لما يتلقاه. فمقابل أن يعطى البنك الائتمان للعميل، يحصل على الفوائد والعمولة المستحقة له والمصروفات. كما أن العميل لقاء هذا الاعتماد المفتوح لحسابه، يلتزم برد مبلغ الاعتماد إن استخدمه، علاوة على الفائدة والعمولة والمصاريف المستحقة.

تجارية عقد فتح الاعتماد العادى :

إعمالاً لنص المادة ٥/و من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، يعد فتح الاعتماد العادى عملاً تجارياً بالنسبة للبنك، أما بالنسبة للعميل، فلا يعتبر تجارياً بالتبعية إلا إذا كان مفتوحاً لعميل تاجر، وكان الاعتماد مرتبطاً بحاجات تجارته، تطبيقاً لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية.

ويترتب على هذا التكييف، أنه يجوز إثبات العقد تجاه البنك بكافة طرق

الإثبات، أما تجاه العميل فلا يجوز إثباته إلا بالأساليب المدنية، ما لم يكن العقد تجارياً أيضاً بالنسبة للعميل، وفى هذه الحالة، يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات كما هو الشأن بالنسبة للبنك(١).

الطبيعة القانونية لعقد فتح الاعتماد العادى :

تشعبت النظريات الفقهية حول تكييف عقد فتح الاعتماد بين البنك والعميل إلى عدة آراء وفقاً لما يلى :

١- عقد فتح الاعتماد هو عقد قرض :

يقوم هذا التكييف على أن عقد فتح الاعتماد هو بمثابة قرض يمنحه البنك المقرض للعميل المقترض، ويتيح له أن يستفيد منه.

غير أن هذا التكييف يعد معيباً، لأنه ولئن كان العميل قد يتسلم المبلغ محل عقد الاعتماد كما هو الحال فى القرض، فأحيانا لا يتسلمه وإنما يظل فى حسابه، كما أنه لا يستخدمه إذا لم يعد فى حاجة إليه، على نقيض القرض والذى يعد استلام المبلغ فيه شرطاً أساسياً ومن جوهره.

٢- عقد فتح الاعتماد هو قرض معلق على شرط :

ثمة رأى آخر يرى أن عقد فتح الاعتماد هو بمثابة عقد قرض معلق على شرط واقف، هو إفادة العميل من الاعتماد، إلا أن هذا الطلب ليس فى حقيقته شرطاً وإنما هو يدخل فى مضمون محل الاتفاق، إذ أن عدم الطلب، لا يؤثر فى صحة العقد ولا فى آثاره، بل يظل العقد صحيحاً ومنتجاً لآثاره، سواء شاء العميل الإفادة منه أو لم يشأ.

---

(١) انظر د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٧٣، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٣٠، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٣٦.

٣- عقد فتح الاعتماد هو وعد بقرض :

أما أصحاب هذا الاتجاه فيرون أن عقد فتح الاعتماد هو مجرد وعد بقرض يعطيه البنك للعميل، ويتحول هذا الوعد إلى قرض فعلى إذا أبدى العميل رغبته فى ذلك، واستخدم مبلغ الاعتماد المتاح له، إذ بهذا الاستخدام يصبح العقد قرضاً.فالتسليم يقلب العقد من مجرد التعهد إلى قرض فعلي.

بيد أن هذا الرأى، وعلى الرغم من تسليم بعض الفقه به[١]، لم يسلم من النقد، وذلك من جهة أن هناك فرقاً واضحاً بين عقد فتح الاعتماد ومجرد الوعد بالقرض، إذ فى الأخير يكون المبلغ المقترض وحدة لا تتجزأ، فإذا تحقق الشرط، وهو إبداء العميل رغبته فى الإفادة منه، شمل القرض المبلغ الموعود بكامله. أما فى فتح الاعتماد، فإن العميل يستفيد منه بحسب رغبته وحاجاته[٢].

ومن جهة أخرى، فإن الوعد بالقرض يأخذ شكل الإقراض النقدى، أما فى عقد فتح الاعتماد، فكما رأينا يكون بأشكال عدة، سواء بالسحب النقدى، أو فى نطاق حساب جار، أو بشيكات إلى نحو ذلك، ومن ثم يبدو الخلاف بينهما فى طريقة الاستفادة منهما.

٤- عقد فتح الاعتماد هو عقد ملزم لجانب واحد :

مؤدى هذا الرأى أن عقد فتح الاعتماد هو عقد ملزم لجانب واحد، وهو البنك، إذ يلتزم بفتح حساب لمصلحة العميل، إلا أن ذلك لا يجب أن يخفى أن العميل يلتزم بدفع العمولة ومصاريف الاعتماد، علاوة على الفوائد إن استخدم الاعتماد.

---

(١) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٣٤.

(٢) د. مصطفى كمال طه و د. على البارودى. مرجع سابق، ص٦٤٩، وراجع فى عرض هذه الآراء عباس هلال فى رسالته المذكورة آنفاً، ص١٠٩ – ١١١.

وفى الواقع، إن ما يشوب الآراء المذكورة آنفاً فى مجملها هو محاولتها إقحام عقد فتح الاعتماد تحت قالب معين من قوالب العقود المسماة، وقد تناست هذه الآراء أن العرف المصرفى دائما ما يفرز الجديد من العمليات التى يصعب اقحامها فى العقود المسماة، ولذا نرى أن عقد فتح الاعتماد هو عقد من العقود المصرفية التى لها طابع الإطار العام[١]، أو البوتقة كما نرى، أملته العادات التجارية والضرورات العملية التى تدعو العميل إلى البحث عن التمويل المالى أو الائتمان، والبنك عن الربح[٢].

فهو عقد يشكل إطاراً عاماً من شأنه أن يرسى علاقة وطيدة بين البنك والعميل، وذلك تمهيداً لأن يندرج تحته كل العمليات المرتبطة به، كسحب الشيكات على الحساب أو ارتباطه بحساب جار إلى نحو ذلك.

مدة عقد الاعتماد المصرفى العادى :

تقضى المادة (٣٣٨) من قانون التجارة بأن الاعتماد قد يفتح لمدة معينة أو غير معينة، ولا صعوبة إذا كانت مدة الاعتماد معينة، غير أن المشكلة قد تبدو حال ما إذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة، وفى هذه الحالة يجوز للبنك إلغاؤه فى أى وقت، شريطة إخطار المستفيد قبل الميعاد الذى يعينه البنك للإلغاء بعشرة أيام على الأقل[٣]، ما لم يتم الاتفاق على غير ذلك. على نقيض بعض التشريعات العربية[٤] التى قضت بأنه يقع باطلاً كل اتفاق يكون موضوعه

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٠٨.

(٢) من هذا الرأى د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٠٨، د. بهجت قايد. مرجع سابق. ص٧٤- ٧٥، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٣٥.

(٣) وهى ذات المدة المقررة فى المادة ٣٧٥ تجارة عمانى، والمادة (٣٦٥) من قانون التجارة الكويتى.

(٤) كالتشريع العمانى والتشريع الكويتى فى قوانين التجارة.

إعطاء البنك حق إلغاء الاعتماد غير معين المدة دون إخطار سابق أو بإخطار يتم فى ميعاد أقل من الميعاد المنصوص عليه، وهو عشرة أيام[1]. وعلى أى حال، يعتبر الاعتماد المفتوح لمدة غير معينة ملغياً بانقضاء ستة أشهر من تاريخ إخطار المستفيد بفتحه دون أن يستعمله[2].

آثار عقد فتح الاعتماد المصرفى :

يرتب عقد فتح الاعتماد العادى عدة آثار على عاتق أطرافه، وهما البنك والعميل وذلك كما يلى :

أولاً: التزامات البنك وحقوقه :

يلتزم البنك بوضع المبلغ المتفق عليه تحت تصرف العميل المستفيد من عقد فتح الاعتماد خلال مدة معينة[3]، ومن ثم يتمكن العميل من مباشرة تلك الرخصة المتاحة له، إلا أن ا لبنك لا يملك ولا يكون بإمكانه إلزام العميل باستخدام الاعتماد، فهو أمر متروك لمطلق إرادة العميل. وفى حالة إخلال البنك بهذا الالتزام، فإنه يكون من حق العميل مقاضاته ومطالبته بالتنفيذ العينى، أو بإلغاء العقد مع طلب التعويض عن الضرر الذى لحقه من جراء عدم التنفيذ.

بيد أنه يتحرر من التزامه المستمر بوضع المبلغ تحت تصرف العميل حال ما إذا صار العميل غير ملئ، أو انقص من الضمانات المقدمة منه للبنك، وفى هذه الحالة من أحقية البنك إما طلب ضمان إضافى، أو تخفيض مبلغ

---

(١) وهى مدة ثلاثين يوماً فى المادة (٤٢٢) تجارة إماراتى.

(٢) مادة (٣٣٩) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٣) انظر د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٤٤، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١١٧، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٣٥، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٧٥.

الاعتماد بقدر النقص الذى لحق الضمانات المقدمة، أو إلغاء الاعتماد كلياً مع مراعاة إخطار العميل فى هذا الشأن.

ويلتزم البنك بتنفيذ التزامه بوضع المبلغ المتفق عليه تحت تصرف العميل، وفقاً للطريقة المتفق عليها، سواء بالسحب النقدى دفعة واحدة أو على دفعات، أو فى إطار حساب جار، أو يتعلق بخصم أوراق تجارية وهو ما يعرف باعتماد الخصم إلى نحو ذلك من صور[١] ، وإذ لم يتفق على طريقة معينة، فيكون المرجع للعرف وإرادة الطرفين، وطبيعة تخصص البنك فاتح الاعتماد.

أيضا يلتزم البنك باحترام الأجل المقرر للعقد، ومن ثم لا يجوز إلغاؤه قبل انقضاء هذه المدة إلا فى حالات معينة – كما سنرى – كوفاة المستفيد أو توقفه عن دفع ديونه، أو صدور خطأ جسيم منه فى استعمال الاعتماد[٢].

أما أبرز حقوق البنك فهو حقه فى الحصول على العمولة المستحقة عن فتح الاعتماد، وهى تستحق سواء استعمل العميل الاعتماد أم لم يستعمله، والفائدة عن كل مبلغ تم استعماله.

ثانياً: التزامات العميل وحقوقه :

بادئ ذى بدء لا يلتزم العميل باستخدام الاعتماد المفتوح، إذ هو أمر متروك لإرادته، فله ألا يستعمله، وله أن يستخدمه بحسب حاجته إليه، وليس للبنك أن يجبره فى ذلك أو أن يتضرر من عدم استعماله، كما لو ادعى أنه قد جمد مبلغ الاعتماد لحساب العميل منذ الاتفاق فيما بينهما، وأنه رفض فتح اعتماد لعميل آخر مراعاة منه لاعتماد العميل المعنى.

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١١٧، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٧٦، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٤٥.

(٢) المادة (٣٤٠) من قانون التجارة.

ويترتب على ذلك أن التزام العميل الأساسى يكمن فى دفع عمولة فتح الاعتماد، وهى حق للبنك، سواء استخدم العميل الاعتماد أو لم يستعمله، فالعمولة مقابل تجميد الأموال اللازمة فى حساب مخصص له.

أيضاً يلتزم العميل بمراعاة الطابع الشخصى للاعتماد، ومن ثم لا يكون له أن يحيل حقه فيه إلى آخر بدون موافقة البنك، فيقتصر استعماله عليه أو من خلال وكيله الخاص. وإن كان كما يرى بعض الشراح[1] أنه يجوز للعميل توكيل غيره فى استخد امه ويظل هو مرتبطاً به فى مواجهة البنك.

كذلك على العميل مراعاة الحدود المتفق عليها فى العقد، فلا يحق له تجاوز الحد المسموح به لقيمة الاعتماد[2]، كما عليه التقيد بالأشكال المتفق عليها فى كيفية استخدام الاعتماد، فإذا كان الاعتماد مفتوحاً للسحب النقدى منه، فإنه لا يجوز استخدامه بخصم أوراق تجارية أو بسحب شيكات متى اتفق على ذلك.

وإذا كان التسهيل الإئتماني لأكثر من شخص،كما لو حصلت عليه شركتان دون تحديد نصيب كل منها فيه،فإنهما يعدان متضامنين فيه.

أما أهم التزامات العميل، فهو رد قيمة الائتمان إلى البنك، وإن كانت طريقة رد العميل لقيمة الاعتماد تعتمد على الصورة التى استخدمها. فإذا كانت نقوداً فعليه أن يردها مع الفائدة إن استخدمها، وبدون فوائد إن لم يستخدمها، وإذا كان اعتماداً بالقبول وجب أن يعطيه مقابل الوفاء إلى نحو ذلك.

أما حقوق العميل، فتتمثل فى وضع المبلغ محل الاعتماد تحت تصرفه طوال فترة العقد ما دام لم يصدر من جانبه أي عمل يخول البنك إنهاءه.

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٤٧.

(٢) وإلا كان من حق البنك دون مسئولية أن يمتنع عن الدفع، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١١٨.

ثالثاً : عقد فتح الاعتماد والغير :

انتهينا إلى أن عقد فتح الاعتماد يقوم على الطابع الشخصى، كما أنه خاص بالعميل المستفيد وحده، وبالتالى لا يجوز له أن يحيل حقه إلى آخر دون رضا البنك، مما لا ينشأ للغير أى حق قبل البنك. ويترتب على ذلك، أنه ولما كان فتح الاعتماد لا يتيح حقاً بقدر ما يتيح رخصة متروك حرية استخدامها للعميل وحده، فإنه لا يكون لدائنى العميل أية صفة تجاه البنك. كما لا يجوز لهم مباشرة الدعوى غير المباشرة[1]، إذ تفترض حقاً للمدين وهو الأمر الذى ينتفى فى هذه الحالة. وعلى أية حال، مادام العميل لم يستخدم الاعتماد المفتوح، فإنه ليس ثمة شئ يكون مملوكاً له، بما مؤداه أنه لا يجوز لدائنيه الحجز إلا على ما يستعمله العميل فعلاً ويدخل فى ذمته وضمان الدائنين العام[2].

غير أنه ولئن لم يكن ينشأ للغير حق على الاعتماد، طالما لم يستخدمه العميل ويصبح مملوكاً له، فإنه قد يكون له حق بمناسبة فتح الاعتماد، وذلك حال ما إذا سحب العميل شيكاً لصالحه فى ظل الاعتماد المفتوح، فله أن يقتضى قيمة الشيك من الاعتماد، إلا أن مصدر حقه يكون حينئذ الشيك وليس الاعتماد.

انقضاء عقد فتح الاعتماد :

تقضى المادة (٣٤٠) من قانون التجارة بأنه «إذا فتح الاعتماد لمدة معينة، فلا يجوز للبنك إلغاؤه قبل انقضاء هذه المدة إلا فى حالة وفاة المستفيد أو الحجر عليه أو توقفه عن الدفع، ولو لم يصدر حكم بشهر إفلاسه أو صدور خطأ جسيم منه فى استعمال الاعتماد».

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١١٩.

(٢) باستثناء الاعتماد المخصص الذى قد ينشئ للغير حق عليه.

مؤدى هذا التعريف أن هناك أسباباً عامة تفضى إلى انقضاء عقد فتح الاعتماد، ونضيف إليها سبباً آخر وهو تنفيذ البنك لالتزامه وانتهاء مدة العقد. على أنه يتعين التفرقة بين الاعتماد محدد المدة والاعتماد غير محدد المدة.

أولاً: انقضاء الاعتماد محدد المدة :

إعمالاً للقوة الملزمة للعقد، واحتراماً لاتفاق الأطراف، لا يجوز لأياً من الطرفين أن ينفرد بإنهاء عقد فتح الاعتماد بإرادته وحدها، وهو الأمر الذى يستتبع مساءلته تجاه الطرف الآخر، ولا سيما البنك بوصفه صاحب المركز المهيمن، ولا يؤثر فى ذلك اشتراط البنك احتفاظه بالحق فى الإنهاء، إذ يعد شرطاً باطلاً لتوقفه على إرادته المحضة.

بيد أنه ولكون العقد من العقود التى تنبنى على الاعتبار الشخصى والثقة التى يوليها البنك فى العميل، فإن عقد فتح الاعتماد يتأثر بكل ما يؤثر على هذا الطابع الشخصى، وقد حددت المادة ٣٤٠ من قانون التجارة أربع حالات، وفاة المستفيد أو الحجر، وتوقفه عن الدفع، ووقوع خطأ جسيم منه فى استخدام الاعتماد المفتوح لصالحه، لجواز إلغاء الاعتماد قبل المدة المحددة له. وبالتدقيق فى هذه الأسباب نرى أن السبب الأول – وهى الوفاة – أمر طبيعى، إذ ينهار الطابع الشخصى الذى أصدر على أساسه البنك قراره بفتح الاعتماد، إلا أن بعض الشراح[1] يرى أنه من الأنسب أن يترك ذلك إلى البنك، إذ هو الذى يقدر ما إذا كانت مصالحه تتأثر بهذه الوفاة أم لا.

وينقضى الاعتماد – أيضاً – بانقضاء الشخصية القانونية للبنك، إذ يعد ذلك فى حكم الوفاة بالنسبة للشخص الطبيعى.

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٣٥٣.

كما ينتهى الاعتماد بالحجر على العميل، وبالتوقف عن الدفع ولو لم يصدر حكم بإشهار إفلاسه، إذ يكفى توقفه عن سداد ديونه وسقوطه فى دائرة الإفلاس، وتردى أوضاعه المالية بشكل يهدد بانهيار مركزه المالى.

أما الحالة الأخيرة المذكورة بنص المادة (٣٤٠)، فهى وقوع خطأ جسيم فى استخدام الاء تماد من قبل العميل، كما لو أساء استعمال الاعتماد وبطرق قد تؤدى إلى تضييع حقوق البنك فاتح الاعتماد، ولا ريب فى أحقيته فى إنهاء الاعتماد فى هذه الحالة، إذ لم يتخذ البنك قراره بفتح الاعتماد إلا حسب ما أسفرت عنه تحرياته من ثقته في العميل وملاءته وسلوكه الحسن، ومن ثم بانهيار هذا الطابع أو بارتكاب العميل خطأ جسيم، يخول البنك إنهاء عقد الاعتماد محدد المدة، على إلا يتعسف البنك فى استعمال هذا الحق، وبالتالى فالأمر خاضع لرقابة القضاء لتقدير مدى تعسف البنك فى اتخاذ قراره بإنهاء العقد من عدمه.

ثانياً: انقضاء الاعتماد غير محدد المدة :

طبقاً للقواعد العامة فى العقود، وإعمالاً لنص المادة (٣٣٩)تجاري، إذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة، جاز للبنك إلغاؤه فى أى وقت، شريطة إخطار المستفيد قبل الميعاد الذى يعينه البنك للإلغاء بعشرة أيام على الأقل.

ويترتب على ذلك أنه ولئن أجاز المشرع للبنك إلغاء الاعتماد فى أى وقت، إلا أنه أوجب عليه إخطار المستفيد قبل الميعاد بعشرة أيام على الأقل.

وتعد هذه الصيغة أفضل مما كانت تنص عليه المادة ٦٨٥ من مشروع قانون التجارة ،والتى كانت تجيز للبنك إلغاء الاعتماد فى أى وقت دون حاجة إلى إخطار المستفيد، كل ما اشترطته هو أن يقع الإلغاء بحسن نية وفى وقت مناسب.وذلك لأن منح العميل هذه المهلة يتيح له تدبر أموره وتوفير وسيلة بديلة يعتمد عليها في عملياته الإئتمانية.

وقد قررت لجنة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية، أن منح الإئتمان يقوم على الإعتبارات الشخصية،وأهمها الثقة في العميل ووفاؤه بالتزاماته،فان تخلف أحد تلك الإعتبارات ،يجيز للبنك إنهاء الإتفاق،بشرط حسن النية،وأن يكون الإنهاء في وقت مناسب وإخطار العميل قبل الإنهاء،ما لم يتفق على غير ذلك([1]).

المبحث الثانى
الاعتماد المستندى

تمهيد وتقسيم :

يعد الاعتماد المستندى من أهم العمليات التى تتم فى مجال التجارة الدولية[2]، إذ يستخدم لتسهيل وسائل الدفع الدولية وتسوية البيوع التجارية الدولية وتمويلها. وقد ارتبطت أهمية الاعتماد المستندى بزيادة عمليات التصدير والاستيراد فى التجارة بين الأطراف، وخلق المزيد من الثقة لدى البائعين والمشترين فى حصولهم على حقوقهم.

وترجع نشأة الاعتماد المستندى إلى عمليات البيوع ولا سيما البحرية، وحاجة أطراف العملية إلى المزيد من الثقة والأمان فى التعامل، إذ أن البائع بحاجة إلى تسليم البضاعة محل التعامل فى ميناء الوصول سالمة، وحصوله على الثمن، وكان خير طريق له، هو قبض الثمن بموجب ما يعرف بالكمبيالة

([1]) قرار لجنة تسوية المنازعات السعودية رقم ١٤٠٨/١٤هـ.

(٢) وحرى بالذكر أن الاعتماد المستندى هو بمثابة عملية عرفية تنشأ بطريق الممارسات العملية للأطراف. ومن أقدم المحاولات التى تمت لتدوينه وتوحيده، محاولات غرفة التجارة الدولية منذ سنة ١٩٣٣ وتعديلاتها اللاحقة سنة ١٩٥٣، ١٩٦٢، ١٩٧٤، ١٩٨٤، وتعديل سنة ،و١٩٩٤، وسنة ٢٠٠٤، وهى ما تعرف بالقواعد الموحدة للاعتمادات المستندية.

المستندية. أيضاً المشترى فى أشد الحاجة إلى تسلم بضاعة مطابقة للمواصفات المحددة والمتفق عليها في العقد، فى ذات الوقت الذى تظل لديه الرغبة فى عدم سداد الثمن إلا بعد التأكد من المواصفات – على الأقل من الناحية الشكلية – عن طريق المستندات.

ودراسة الاعتماد المستندى تقتضى تحديد مفهومه وطبيعته ومزاياه،وأنواعه،والعلاقات الناشئة عنه.

وعلى هدى ذلك نقسم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو التالى :

المطلب الأول: تعريف الاعتماد المستندى ومزاياه.

المطلب الثانى: أنواع الاعتماد المستندى.

المطلب الثالث: المبادئ التى تحكم الاعتماد المستندى.

المطلب الرابع: العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندى.

المطلب الأول

تعريف الاعتماد المستندى ومزاياه

تعريف الاعتماد المستندى :

تعرف المادة (٣٤١) من قانون التجارة الاعتماد المستندى بأنه «عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى الآمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل[1].

---

(١) وهو ذات التعريف الذى أورده المشرع العمانى فى المادة (٣٧٧) من قانون التجارة، والمشرع الكويتى فى المادة (٣٦٧) من قانون التجارة. وراجع فى تعريف الاعتماد

مؤدى هذا التعريف أن الاعتماد المستندى هو عبارة عن عقد يلتزم فيه البنك بفتح اعتماد لصالح شخص ثالث، وهو المستفيد، بناء على طلب أحد العملاء، وذلك بضمان مستندات معينة تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل.

ويتضح من ذلك مدى الخلاف بين الاعتماد المستندى والاعتماد البسيط، فى أن العلاقة فى الأول لا تنحصر فحسب على المصرف وعميله بل تتعداها إلى الغير، إذ يطلب العميل الآمر من مصرفه أن يلتزم تجاه شخص آخر، وهو المستفيد، والذى يكون دائناً للعميل، بوفاء مبلغ نقدى أو بقبول كمبيالة مسحوبة عليه من هذا الشخص، وذلك مقابل تقديم مستندات معينة. أما فى الاعتماد البسيط، فإن العلاقة تقتصر على البنك وعميله دون أن يكون ثمة شخص ثالث فيها.

والحرى بالذكر أن عملية فتح الاعتماد المستندى، وإن كانت – فى أغلب الأحيان – ترتبط بالتجارة الخارجية وعمليات الإستيراد([1]) ، فإنه ليس ثمة ما يمنع من أن تتم فى نطاق التجارة الداخلية متي تراءى لطرفيه ذلك. ويستفاد من

المستندى د . مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٢٤، د. بهجت قايد عبد الله. مرجع سابق، ص٨٣، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٣٧، د. عبد المجيد محمد عبوده. النظام البنكى فى المملكة العربية السعودية، ص٢١٨، كتابنا. عمليات البنوك، ص٤٣، د. محمد عبد الرحمن الضوينى. التكييف القانونى للاعتماد المستندى. مجلة الأمانة، العدد السابع عشر، يناير ٢٠٠٦، ص١٥٤.كما انظر قرار لجنة تسوية المنازعات رقم١٣٣/١٤١٠ في السعودية،ص٧٦ . وفي القضاء المصري: الطعن رقم ٦١٥ لسنة٧٢ق، جلسة٢٦/٣/٢٠٠٩، المكتب الفني، السنة٦٠،قاعدة٧١، ص٤٢٧. الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٥٤ق، جلسة ٩/٧/١٩٩٠، المكتب الفني، الجزء٢، السنة ٤١، ص٤٠٩.

([1]) انظر في القضاء: حكم محكمة القضاء الإداري ،الطعن رقم١٠٤٤٦ لسنة ٥٣ق،بتاريخ ٢٠/٤/٢٠٠٧.ادارية عليا ،الطعن رقم ١٣٣٦٥ لسنة٤٨ق عليا،جلسة ٩/٦/٢٠٠٧ منشور على شبكة قوانين الشرق.Eastlaws.com

ذلك أنه تنشأ ثمة علاقات ثلاث، اثنان منهما بصدد الاعتماد المستندى، أما العلاقة الأخرى، فهى ما تعرف بالعقد الأساسى أو الرابطة الأساسية. لتوضيح ذلك قد يتفق كل من البائع والمشترى بموجب أحد عقود البيوع على إتمام سداد الثمن بمقتضى اعتماد مستندى، فيتفقا على قيام المشترى بفتح اعتماد مستندى لمصلحة البائع لسداد قيمة البضاعة المباعة، وفى مقابل ذلك يقوم البائع بشحن البضاعة المتفق عليها وتسليم المشترى سند الشحن والمستندات الأخرى التى تثبت أحقيته فى تسلم الشحنة. أما من ناحية البنك، فإنه ينهض على مراسلة المستفيد البائع وإبلاغه بالاعتماد المفتوح لصالحه، بموجب خطاب الاعتماد المستندى : ولذا تنشأ علاقات ثلاث متجاورة جنباً إلى جنب، وهى علاقة عقد الأساس بين البائع والمشترى، وعقد الاعتماد المستندى أو فتح الاعتماد بين البنك والمشترى، وأخيراً علاقة البنك بالمستفيد بموجب خطاب الاعتماد.ولذا لا يعد الوكيل الملاحي طرفاً في الإعتماد المستندي([1]).

مزايا استخدام الاعتماد المستندى :

لا يخفى مدى الفائدة التى يحققها الاعتماد المستندى لجميع أطرافه، وهم كل من البائع والمشترى والبنك ذاته الذي يقوم بفتح الإعتماد.

فبالنسبة للبائع المستفيد، وهو من يصدر الاعتماد لصالحه، فإنه يضفى له المزيد من الثقة والاطمئنان فى استيفاء قيمة البضاعة من البنك، ودون النظر إلى ظروف المشترى، كما يجنب البائع مشقة الرجوع إلى المشترى، ومخاوف المماطلة التى قد يتعرض لها من جانب الأخير ،فيضمن له وصول قيمة

([1]) قرار لجنة تسوية المنازعات رقم٥/١٤١٢ بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق،ص٧٧.

الإعتماد إليه[1]. فلا شك أن الاعتماد المستندى يدعم الثقة المفقودة بين أطراف العلاقة، وهو ما يبدو على الأخص فى العلاقات الدولية، التى قد يجهل فيها كل طرف الآخر وظروفه المادية، وكيفية ومدى تنفيذ التزاماته التعاقدية، ومن ثم يكفل الاعتماد المستندى ذلك، فيؤمن للبائع حصوله على حقوقه كاملة، بعيداً عن إعسار أو إفلاس المشترى. كما يضمن له أن المشترى لن يتسلم البضاعة إلا إذا تسلم البنك الثمن، وأن المستندات مطابقة للتعليمات الصادرة للبنك.

أما من جهة المشترى، وهو من يصدر الاعتماد بناء على طلبه، فإنه عن طريقه يمكنه شراء البضاعة المرادة دون الحاجة إلى توافر ثمنها بالكامل، إذ أنه يعتمد على ائتمان البنك ومنح الأخير ثقته له، لأن البنك قد يقوم بفتح الاعتماد المستندى بموجب غطاء جزئى، أو بدون غطاء، أى على المكشوف، اعتماداً على بعض الضمانات التى يقدمها المشترى لضمان حق البنك، بما حاصله أن لا يكون العميل فى حاجة إلى تدبير كامل قيمة البضاعة[2]. كما أن الاعتماد المستندى يقدم حماية أكيدة وفعالة للمشترى، ويضمن له تسليم المستندات الممثلة للبضاعة مطابقة لتعليماته، وذلك عن طريق البنك، إذ أن البنك يلتزم بعدم الدفع إلا فى حالة تطابق المستندات المقدمة من البائع للتعليمات الصادرة له من قبل المشتري. أيضاً يمكن الإعتماد المستندي وعن

---

(١) د. محمد الضـــــوينى. مرجـــــع ســـــابق، ص١٥٨. الطعـــــن رقـــــم٦١٥ لسنة٧٢ق،جلسة٢٠٠٩/٣/٢٦،مكتب فني السنة ٦٠،ص٤٢٧.

(٢) راجع وللمزيد د. مصطفى كمال طه ود. على البارودى. مرجع سابق، ص٦٥٦ – ٦٥٧، د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢٧٢، د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٤٠٨، د. محمد الضوينى. مرجع سابق، ص١٥٨ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٢٥، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٧٩، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٣٧.

طريق المستندات، المشترى من نقل حيازة البضاعة إلى آخر والتصرف فيها قبل وصولها عن طريق نقل حيازة المستندات للمتصرف إليه،كبيعها في البحر لمشتري آخر.

وأخيراً لا ريب فى أهمية الاعتماد المستندى للبنك، حيث يحصل على العمولة المستحقة له عن العملية، ويكسبه المزيد من العملاء للتعامل معه، علاوة على أن مخاطر العملية تكاد تكون معدومة[1]، فما عليه إلا أن يتحقق من تطابق المستندات المقدمة من المستفيد مع تعليمات العميل الآمر، كما أنه لا يقوم بتسليمها للمشترى إلا بعد سداد الأخير ما سدده البنك للبائع، وفى حالة امتناع المشترى عن السداد، أو عجزه لظروف ما، فإن القانون منحه حق حبس البضاعة لحين استرداد قيمتها، بل وبيعها كما سنرى.

تجارية عملية الاعتماد المستندى :

يعد إصدار البنك لاعتماد مستندى عملاً تجارياً، إعمالاً لنص المادة ٥/و من قانون التجارة، والتى اسبغت الصفة التجارية على جميع عمليات البنوك، ومنها إصدار الاعتماد المستندى، متى تمت على سبيل الاحتراف. أما بالنسبة للعميل، فتعد العملية مدنية،وهو فرض نادر، ما لم يكن العميل تاجراً وتمت لحاجات تجارته، وهو الوضع الغالب، فتعد تجارية أيضاً بالنسبة له.

مصادر القواعد الواجبة التطبيق على الاعتماد المستندى :

لاشك أنه قبل صدور قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، كان يخضع الاعتماد المستندى لمجموعة من القواعد العرفية السائدة التى أفرزتها ممارسات البنوك المحلية والدولية، علاوة على قواعد غرفة التجارة الدولية المتعاقبة منذ ١٩٣٣ وحتى تعديل سنة ٢٠٠٤.

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٢٥.

غير أنه بصدور قانون التجارة، وبعد أن كرس للاعتماد المستندى مجموعة من المواد من ٣٤١ إلى ٣٥٤، أصبح بمثابة مصدر من مصادر القواعد الواجبة التطبيق على الاعتماد المستندى. مع الأخذ فى الاعتبار، وإعمالاً لنص المادة (٢) من قانون التجارة، أحكام الاتفاق بين المتعاقدين، بشرط عدم تعارضها مع النظام العام، باعتبارها المصدر الأول لقانون التجارة. على أن المادة ٣/٣٤١ قد فتحت الباب لتطبيق القواعد الواردة بالأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية الصادرة عن غرفة التجارة الدولية، فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى هذا الفرع، وهو الأمر الذى قد يتنافى مع ظروف المجتمع المصرى، ولاسيما فى إطار بعض القواعد التى لم تستقر بعد فى التشريع والقضاء المصرى، كمسألة الغش. ولذا كان المستحب عدم إدراج هذه الفقرة بهذا المضمون، ولاسيما فى إطار العلاقات الدولية، والتى قد تربط مصرى بأجنبى، ويكون القانون المصرى هو الواجب التطبيق، ومع خلو أحكام الأخير من أى نص، يكون الرجوع للقواعد الدولية لغرفة التجارة الدولية، ما لم تستبعد باتفاق الطرفين.

المطلب الثانى
أنواع الاعتماد المستندى

تنص المادة (٣٤٣) من قانون التجارة على أنه «يجوز أن يكون الاعتماد المستندى قابلاً للإلغاء أو باتاً غير قبل للإلغاء. ويكون الاعتماد غير قابل للإلغاء إلا إذا اتفق صراحة على قابليته للإلغاء». كما تقضى المادة (٣٤٤) بأنه «لا يترتب على الاعتماد المستندى القابل للإلغاء أى التزام على البنك قبل المستفيد، ويجوز للبنك فى كل وقت تعديله أو إلغاؤه من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب الآمر دون حاجة إلى إخطار المستفيد ما لم يكن قد تم التنفيذ».

على هدى هذين النصين والنصوص اللاحقة لهما، يمكن تقسيم الاعتماد

المستندى إلى عدة أنواع، وذلك على النحو التالى :

ولاً: الاعتماد المستندى القابل للإلغاء وغير القابل للإلغاء :

تتدرج قوة الالتزام النابعة من خطاب الاعتماد المستندى تجاه المستفيد، تبعا للثقة بينه وبين العميل الآمر، فيتنوع الاعتماد ما بين قابل للإلغاء، وغير قابل للإلغاء.

١- الاعتماد المستندى القابل للإلغاء[١]:

وهو الاعتماد الذى يحتفظ فيه البنك بحق تعديله أو إلغاؤه فى أى وقت دون أدنى مسئولية عليه، سواء من تلقاء نفسه، أو بناء على طلب العميل الآمر طالب فاتح الإعتماد، ومن غير أن يخطر المستفيد بالإلغاء.

وغالباً ما لا يلجأ الأطراف إلى هذا النوع من الاعتماد إلا فى الحالات التى تتوافر فيها الثقة بينهما، أو تكون ثمة علاقة سابقة بينهم[٢]،فلا يخشي إلغائه وأنه يثق في الطرف الأخر. ولذا يكون للبنك حرية العدول عنه قبل المستفيد دون مسئولية، ولا يكون أمام المستفيد سوى الرجوع على العميل الآمر بموجب علاقة عقد الأساس المبرم بينهما. ويترتب على ذلك، أنه لا يترتب على عاتق البنك تجاه المستفيد أى التزام إلا فى الحدود التى ارتضتها إرادة البنك ذاته. والأصل فى الاعتماد، حال ما إذا لم ينص عقد فتح الاعتماد بين البنك والعميل، أنه غير قابل للإلغاء، ما لم يتفق صراحة على قابليته للإلغاء[٣] .

---

(١) راجع بشأن هذا النوع من الاعتمادات، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٢٨، د. بهجت قايد، مرجع سابق، ص٨٤، د. الياس ناصيف، مرجع سابق، ص٤٥٠.

(٢) ولا يكون إصدار الاعتماد سوى لتنظيم طريقة الدفع بين البائع والمشترى.

(٣) وهو من أهم ما جاء به قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بموجب المادة ٢/٣٤٣ وعلى خلاف ما كان سائدا قبل ذلك، وهو سائد فى القواعد الدولية لغرفة التجارة الدولية .

وقد أجازت المادة (٣٤٤) للبنك فى أى وقت أحقية تعديله أو إلغاؤه دون إخطار المستفيد، ما لم يكن قد تم تنفيذه. بيد أنه، وعلى الرغم من حرية البنك فى تعديل أو إلغاء الاعتماد، يتعين على البنك مراعاة أن يقع التعديل بحسن نية وفى وقت مناسب، فلا يتعسف فى استعمال حقه فى الإلغاء أو التعديل[١].

وينقضى هذا النوع من الاعتماد بوفاة أو بفقد أهلية أو بإعلان إفلاس العميل، باعتباره عقداً يقوم على الاعتبار الشخصى[٢].

٢- الاعتماد المستندى غير القابل للإلغاء :

تعد هذه الصورة للاعتماد المستندى هى الأكثر ذيوعاً فى مجال التجارة الدولية، وفيها يلتزم البنك التزاماً مباشراً تجاه المستفيد، بما حاصله أنه لا يجوز فيها إلغاؤه أو تعديله بإرادته المنفردة، إلا بموجب اتفاق جميع ذوى الشأن[٣]، وهم كل من البنك والعميل الآمر والمستفيد.

ويكون التزام البنك قطعياً ومباشراً قبل المستفيد وكل حامل حسن النية للصك الذى سحب تنفيذاً للعقد الذى فتح الاعتماد بسببه. بما يترتب عليه أنه لا يجوز للبنك أن يتمسك تجاه المستفيد، فى سبيل التنصل من التزامه بالوفاء، ببطلان

---

(١) وهو ما نصت عليه المادة (٣٨١) من قانون التجارة العمانى، والمادة (٣٧١) من قانون التجارة الكويتى.

(٢) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٥٠.

(٣) راجع د. عبد الحكم محمد عثمان. مرجع سابق، ص٢٧٦، د. مصطفى كمال طه ود. على البارودى. مرجع سابق، ص٦٥٧، د. محمد السيد الفقى. مرجع سابق، ص٤٠٩.كما راجع في القضاء: الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٧٢ق ،نقض مصري بتاريخ ٢٠٠٩/٣/٢٦ ،شبكة الشرق.كما راجع قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية، رقم ١٤٢٤/٢٨هـ.ص٨١.

عقد الأساس، أو فسخه، أو إصدار العميل تعليمات له بعدم الوفاء، أو بإعسار أو إفلاس العميل، أو أنه يخشى ذلك، إلى نحو ذلك من دفوع وحجج قد يبديها البنك تجاه المستفيد.

فالمعول عليه لالتزام البنك بالدفع، هو تقديم المستندات المطابقة لتعليمات العميل الآمر، ومتى تحقق ذلك، فلا يكون باستطاعة البنك رفض الدفع، ولا تكون له أدنى سلطة فى التفسير أو التقدير. والحالة الوحيدة التى تجيز للبنك رفض الدفع، حالة غش المستفيد، وذلك إذا تبين أن المستندات المقدمة مزورة أو شابها التزوير، أو أنها غير مطابقة للتعليمات الصادرة له من العميل.

ثانياً: الاعتماد المستندى غير المؤيد والاعتماد المستندى المؤيد :

قد يكتفى المستفيد من الاعتماد المستندى بمجرد تعهد البنك المصدر، فيعول عليه فى قبض قيمة الثمن المستحق له، وذلك حال ما إذا كان الاعتماد داخلياً أو دولياً وكان المستفيد على علم وصلة به، ومن ثم لا يتأيد الاعتماد من بنك آخر فى بلد المستفيد، وهو ما يسمى بالإعتماد غير المؤيد. بيد أنه قد لا يقنع المستفيد بتعهد بنك المشترى، بل يقتضى تدخل بنك ثان يؤكد أو يؤيد تعهد البنك المصدر، وذلك فى بلده – أى بلد المستفيد – ويلتزم هذا البنك المؤيد بدوره بصورة قطعية ومباشرة قبل المستفيد[1].

لتوضيح ذلك نفترض أن قام (أ) بشراء كمية من الأقطان من (ب)، واتفقا على سداد الثمن بموجب اعتماد مستندى مؤيد، فإن المعتاد قيام المشترى بفتح اعتماد مستندى لدى بنك فى دولته، إلا أنه لا يقنع البائع المستفيد بذلك، ويقتضى تأييد الاعتماد من بنك فى بلده هو، فيلتزم هذا البنك الأخير تجاه

---

(١) المادة ١/٣٤٦ من قانون التجارة. كما انظر في القضاء: الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٩٠/٧/٩،المكتب الفني، الجزء ٢،السنة ٤١، ص٤٠٩.

المستفيد بصورة مباشرة وقطعية، ولا يكون أمامه بعد تنفيذه التزامه، سوى الرجوع على بنك العميل الآمر، فيسترد منه ما أنفقه من مبالغ ومصاريف وعمولة.

على أنه يتعين مراعاة أن مجرد إخطار بنك أحد المستفيدين بفتح اعتماد مستندى بات لمصلحته، ومرسل عن طريق بنك آخر، لا يعد تأييداً من هذا البنك للاعتماد[1]، وهو ما نسميه بالبنك المخطر أو المراسل. إذ تقتصر مهمته فحسب على الإخطار أو المراسلة ويبذل العناية المعقولة العادية والسائدة في مجال التبليغ، وعادة ما يكون فرعاً للبنك المصدر، وذلك تيسيراً لوصول الخطاب إلى المستفيد.ولا يلتزم بأي مسئولية إلا عما ينشأ عنه من خطا في التبليغ كالتأخير في عملية الإبلاغ،فهنا تترتب مسئوليته المدنية[2].

ومن الطبيعى أن لا يرد التأييد إلا على اعتماد بات قطعى ونهائى، ومن ثم ليس من المعقول أن ينصب على الاعتماد القابل للإلغاء في أي وقت.

ولا يخفى مدة الفائدة التى يحققها هذا التأييد للمستفيد، إذ بدلاً من أن يرجع على بنك فى بلد آخر، قد يجهل ملاءته ومعرفته به وقد يضحي بمصالحه لأسباب سياسية بين بلدي البائع والمشتري، يقوم بقبض ثمن المبيع من بنك فى بلده وعلى معرفة به.

ثالثاً: الاعتماد المستندى القابل وغير القابل للتحويل:

الأصل فى الاعتماد المستندى أنه شخصى صادر لمصلحة مستفيد بعينه دون أن يتعدى إلى سواه، ولذا يعد غير قابل للتحويل أو التنازل عنه، وهو ما

---

(١) المادة ٢/٣٤٦ من قانون التجارة.

(٢) القراران رقما ١٤٠٩/٢٣٧،و١٤١٠/٢١٢هـ من مبادىء لجنة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية،ص٧٥. القرار رقم ١٤٢١/٤١٩، مرجع سابق، ص٨٠.

تـنص عليـه المـادة ٣٤٩ بقولهـا «لا يجـوز تحويـل الاعتمـاد المسـتندى ولا تجزئته» على أنه يجوز ذلك التحويل، وإعمالاً لذات المادة، حال ما إذا كان البنك الذى فتحه مأذوناً فى تحويله كله أو بعضه إلى شخص أو جملة أشخاص غير المستفيد الأول بناء على تعليمات صادره من هذا المستفيد. ولا يتم التحويل إلا إذا وافق عليه البنك، ولا يجوز التحويل إلا مرة واحدة ما لم يتفق على غير ذلك. مؤدى ذلك أن الاعتماد القابل للتحويل، هو الذى ينص فيه على حق المستفيد فى تحويل مبلغ الاعتماد أو جزء منه والناتج عن العملية الأصلية، إلى شخص آخر، وهو ما قضت به محكمة النقض بقولها «وكان مؤدى النص فى عقد الاعتماد على قابليته للتحويل، أنه يجوز للمستفيد نقل كله أو بعضه إلى شخص يسمى المستفيد الثانى يحل محله فى تنفيذ التزاماته الواردة بعقد الاعتماد طبقاً لذات الشروط المتفق عليها فيه»[1]. ويتعين موافقة البنك على هذا التحويل، ولا يتم إلا مرة واحدة، ما لم يتفق الأطراف على جواز تحويله أكثر من مرة.وقد يقع ذلك في عمليات البيع التي تنتقل من شخص إلى آخر حتي تستقر البضاعة في يد المشتري الأخير.

وترجع العلة من هذا التحويل إلى أن الضرورة والحاجة العملية قد تقتضيه[2]، وذلك حال ما إذا رغب المستفيد فى تحويل الاعتماد لحساب شخص آخر، غالباً ما يكون هو المورد الذى يتعامل معه المستفيد.

رابعا: الاعتماد المستندى المستقل والاعتماد المتجدد :

---

(١) نقض تجارى فى ١٩٨٥/٢/١٨، الطعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٨، مجموعة النقض المصرية، السنة ٣٦، ص٢٨٢. الطعن رقم ٦١٥لسنة ٧٢ ق، جلسة ٢٠٠٩/٣/٢٦.القرار رقم١٤٠٨/٢٤ لجنة تسوية المنازعات،ص٧٣.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٢٩.

المعتاد أن يقوم العميل الآمر بفتح اعتماد مستندى بصدد صفقة تجارية محددة يغطيها هذا الاعتماد، وتنفذ فى رحابه خلال فترة زمنية محددة، وبتنفيذها ينتهى الاعتماد وينقضى، وهو اعتماد الدفعة الواحدة أو المستقل، وأنه إذا تعددت أو تعاقبت الصفقات بين البائع والمشترى، فإن ذلك يقتضى تعدد فتح الاعتمادات المستندية لمواجهتها، ويكون كل اعتماد مستقلاً عن الآخر بشروطه وطرق تنفيذه. إلا أن هذا الوضع قد يفضى إلى إرهاق العميل الآمر بالمصروفات والإجراءات لدى كل صفقة يبرمها مع ذات البائع، أو أن تقتضى ظروف الصفقة أن يتم تسليم البضائع على دفعات متجددة، لذا عرف العمل ما يعرف بالاعتماد المتجدد أو المتكرر الدورى، بما حاصله أن يفتح اعتماد واحد بمبلغ إجمالى يتفق عليه وفى خلال مدة معينة، بحيث يستفيد البائع المستفيد من الاعتماد بصفة دورية، وتتكرر الصفقات فى إطار هذا الاعتماد المتجدد، دون الحاجة إلى فتح اعتماد جديد.هو ما يفضي إلى الإقتصاد في الإجراءات والوقت.

المطلب الثالث

المبادئ التى تحكم الاعتماد المستندى

يحكم الاعتماد المستندى عدة مبادئ لحسن تأدية وظيفته، ونجملها فى مبدأين أساسيين، هما: مبدأ استقلال العلاقات الناشئة عن الاعتماد، وضرورة المطابقة الظاهرية للمستندات لشروط عقد فتح الاعتماد وتعليمات العميل الآمر.

أولاً: استقلال العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندى :

تنص المادة (٣٤١) من قانون التجارة على أن «عقد الاعتماد المستندى مستقل عن العقد الذى فتح الاعتماد بسببه، ويبقى البنك أجنبياً عن هذا

العقد»[1]. مؤدى هذا النص أن خطاب الاعتماد المرسل من قبل البنك إلى المستفيد هو بمثابة التزام مستقل ومنفصل عن العقد المبرم بين البنك والعميل المشترى، وهو العقد الذى فتح بسببه الاعتماد، والذى يعد البنك أجنبياً عنه.

فالمستفيد يحتفظ بحقه كاملاً من خطاب الاعتماد، بغض النظر عن أية علاقة أخرى، فهو إذ يحصل على حقوقه المستمدة من الخطاب بمجرد توافق المستندات المقدمة مع شروط الاعتماد، ولا شأن للبنك بالبضاعة ذاتها.

ومن ناحية أخرى لا يجوز للبنك أن يحتج على المستفيد بأى دفع مستمد من عقد الأساس أو عقد فتح الاعتماد المستندى، ومنه – على سبيل المثال – تمسك البنك تجاه المستفيد بأن عقد الأساس الذى يربط العميل بالمستفيد باطل أو فسخ، أو أن يتمسك بإفلاس أو إعسار العميل، أو عدم وفاء الأخير للعمولة المستحقة عليه، أو بطلان عقد فتح الاعتماد ذاته للتدليس من جانب العميل إلى نحو ذلك من دفوع. فكل علاقة محكومة بذاتها وبشروطها وأهمها خطاب الاعتماد. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن « الخطاب وحده هو المرجع فى تحديد التزام البنك قبل المستفيد حتى ولو تضمن شروطاً مغايرة لما ورد فى عقد فتح

---

(١) كما تنص المادة (٣) من القواعد والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية لغرفة التجارة الدولية لسنة ١٩٩٤ على هذا المبدأ بنصها «أ- الاعتمادات بطبيعتها هى عمليات منفصلة عن عقد البيع/ عقود البيع أو غيرها من العقود التى تستند إليها، ولا تكون المصارف بأية حال معنية أو ملتزمة بمثل هذا العقد/ العقود حتى لو تضمن الاعتماد أى إشارة إليها مهما كانت هذه الإشارة. وعليه فإن تعهد المصرف بالدفع أو بقبول ودفع السحوبات وبالتداول أو بالوفاء بأى التزام آخر بموجب الاعتماد، لا يكون خاضعاً لأى ادعاءات أو حجج مقدمة من طالب فتح الاعتماد ناتجة من علاقاته بالمصرف مصدر الاعتماد أو بالمستفيد. ب- لا يحق للمستفيد بأى حال من الأحوال أن ينتفع من العلاقات التعاقدية القائمة بين المصارف أو بين طالب فتح الاعتماد والمصرف مصدر الاعتماد».

الاعتماد الأصلى»[1]. إذن فإن خطاب الاعتماد المستندى عملية مستقلة عن كل من عقد البيع وعقد فتح الاعتماد المستندى، وينشأ عنه التزام محدد مبين بالخطاب تجاه المستفيد، ولا يملك البنك تعديله أو الرجوع فيه بعد استلام البائع المستفيد الخطاب، إذ بوصول الخطاب للمستفيد واستلامه له، يصير باتاً ويصبح حقه نهائياً غير قابل للرجوع فيه من قبل البنك. ومن ثم فإن المخالفات التي ينسبها الآمر للمستفيد لا شأن للبنك بها،فهي تتعلق بعلاقة مستقلة عن علاقته بالمستفيد.

ثانياً: المطابقة الحرفية وفحص البنك للمستندات :

تنص المادة (٣٤٧) من قانون التجارة على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات الآمر بفتح الاعتماد، وإذا رفض البنك المستندات وجب أن يخطر الآمر فوراً بالرفض مبيناً أسبابه». يستفاد من هذا النص، أن على البنك أن يتحقق من مطابقة المستندات لتعليمات العميل الآمر والشروط المدرجة فى خطاب الاعتماد.ويتعين على البنك أن يلتزم بالتطابق الحرفى بموجب عناية معقولة[2]، بأن يلتزم بتعليمات العميل كما هى واردة بعقد الاعتماد من غير أن يقوم بتفسير أو بإضافة لهذه التعليمات، ودون أن يكون لدى البنك أى سلطة فى التقدير أو التفسير أو تقدير لمدى جوهرية أي شرط،إذ قد يكون له معنى فنياً لا يدركه البنك أو محل إعتبار خاص لدى العميل

---

(١) نقض جلسة ١٩٨٥/٢/١٨، طعن رقم ٣٧٢ لسنة ٤٨.كما انظر نقض بتاريخ ٢٠٠٧/٦/٢٥،الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٧٩ق،منشور على شبكة قوانين الشرق.

(٢) الطعن رقم ٧٠٢ لسنة ٧٣ق،جلسة ٢٠١٨/٢/٢٧. الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٧٩ق، جلسة ٢٠٠٩/٦/٢٥، مكتب فني السنة ٦٠ ق،، ص٧٥٧.

الآمر[1]. فالبنك ينفذ تعليمات العميل الآمر بحذافيرها[2]، وأن يقبل المستندات المطابقة لشروط الاعتماد، ولو لم تتفق مع عقد البيع. غير أن هذه المطابقة هى مطابقة شكلية، إذ لا شأن للبنك بالبضاعة، فلا يتحمل أية مسئولية فيما يتعلق بتعيين البضاعة التى فتح بسببها الاعتماد أو بالكمية، وما إذا كانت تنقص عن القدر المتفق عليه، أو وزنها أو حالتها الخارجية أو تغليفها، كما لو كانت سيئة التغليف وفى حالة سيئة، أو كان التغليف بورق سلوفان غير المتفق عليه، أو كانت بضاعة غير البضاعة المتفق عليها.

فالبنوك تتعامل بالمستندات ولا شأن لها بالبضائع أو الخدمات التى كانت أساساً لها، ومن ثم تصير البنوك غير مسئولة إذا كانت المستندات مطابقة ظاهرياً للتعليمات التى تلقتها من العميل الآمر وليس بينه تناقضات [3]. إلا أن إتخاذ البنك موقفاً سلبياً إزاء البضاعة بعد رفض العميل إستلام المستندات لتقليل الأضرار، قد يرتب مسئوليته عن فعله. كما أن البنوك لا تتحمل أية مسئولية عن الشكل أو الكفاية أو الدقة، مادامت فحصت المستندات بعناية معقولة للتأكد مما إذا كانت تبدو فى ظاهرها مطابقة لشروط الاعتماد أم لا.

أما من جهة فحص المستندات المقدمة، فمن المتعين على البنك أن يتحقق

---

(١) نقض جلسة ١٩٨٤/٢/٢٧، الطعن رقم ٤٤٣ لسنة ٤٥ق، المحاماة، السنة ٦٦، ١٩٨٦ ص١٤- ١٥.نقض بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٥،الطعن رقم ٦٢١لسنة ٧٩ق.الطعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٥٤ق، جلسة ١٩٩٠/٧/٩،المجموعةالسنة٤١، ص٤٠٩.

(٢) د. حياة شحاته. مخاطر الائتمان فى البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر. رسالة دكتوراه حقوق القاهرة، ١٩٨٩، ص٢٢١، د. محمد السيد الفقى. ص٤١٥.

(٣) المادة (٣٤٨) من قانون التجارة.وراجع في ذات الشأن قراري لجنة تسوية المنازعات رقمي١٤١٣/١٤،و١٤٢٦/٢٩، لجنة تسوية المنازعات السعودية،ص٧٧.

من تقديم المستندات المطلوبة خلال المدة المحددة وفحصها([1])، وإلا كان من حقه رفض المستندات متى قدمت بعد الميعاد المحدد. وإذا وقع التاريخ المحدد لانتهاء صلاحية خطاب الاعتماد فى يوم عطلة للبنوك، امتدت مدة الصلاحية إلى أول يوم عمل تال للعطلة.

وفيما عدا أيام العطلات، لا تمتد صلاحية الاعتماد، ولو صادف تاريخ انتهائها انقطاع أعمال البنوك بسبب قوة قاهرة.

كذلك يلتزم البنك بالتأكد من عدد المستندات المطلوبة، إذ ليس له التغاضى عن أى مستند ضرورى أو يقدر هو عدم لزومه، وأنه ليس هناك ثمة تناقض فيما بين المستندات المطلوبة. مجمل القول أن البنك ليس لديه أدنى سلطة فى التقدير أو التفسير، أو تقدير مدى أهمية مستند ناقص من عدمه، أو طريقة تكملته، أو الرجوع لعقد الأساس لاستكمال بيان معين، فهو محدود بشروط الاعتماد وبالمستندات المطلوبة.

المطلب الرابع
العلاقات الناشئة عن الاعتماد المستندى

بعد إبرام عقد الأساس بين البائع والمشترى[2]، يلجأ المشترى المستورد إلى أحد البنوك لطلب فتح اعتماد مستندى تنفيذاً لالتزامه بذلك فى العقد المذكور وذلك لمصلحة البائع المستفيد، ومن ثم تنشأ علاقة بديهية بين الطرفين، فإذا قبل البنك إصدار خطاب الاعتماد بناء على طلب المشترى لمصلحة المستفيد،

([1]) وقد قضى بأن هذه المدة هي سبعة ايام من تسلمها: الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٧٩ ق،جلسة ٢٠٠٩/٦/٢٥، مكتب فني،السنة ٦٠، قاعدة ١٢٧،ص٧٥٧.

(٢) وهى علاقة تتمثل سواء فى عقد بيع أو توريد أو تقديم خدمة، وتخضع لاتفاق الطرفين ولتنظيم العقد المبرم بينهما.

تنشأ رابطة أخرى بينه وبين العميل الآمر – المشترى، وهى ما تعرف بعقد فتح الاعتماد. أما العلاقة الأخيرة فهى التى تربط البنك بالمستفيد، وذلك بعد إخطاره بخطاب الاعتماد المفتوح لمصلحته.

أولاً: العلاقة بين البنك والعميل :

وتحكم هذه العلاقة بين البنك الفاتح للاعتماد والعميل الآمر، أحكام عقد فتح الاعتماد المبرم بينهما([1])، إذ يحرر فيه العميل الآمر شروط الاعتماد المراد فتحه لمصلحة المستفيد، وذلك من حيث قيمته ومدته، ونوع الاعتماد قطعى أو غير قطعى،والمستندات المطلوبة من البائع لقبض مبلغ الاعتماد إلى نحو ذلك. ويرتب هذا العقد على عاتق كل من الطرفين بعض الالتزامات المتبادلة، ومن ثم فإنه حال إخلال أي من الطرفين بالتزامه أو التأخر فيه ،فإنه يسأل ولا يكون له أن يدرأ المسئولية عنه إلا بإثبات القوة القاهرة أو خطا الغير أو الطرف الآخر([2])، وذلك على التفصيل الآتى :

التزامات البنك :

أ- التزام البنك بتنفيذ ما جاء بعقد فتح الاعتماد :

بادئ ذى بدء، يلتزم البنك بتنفيذ ما جاء بعقد فتح الاعتماد الموقع بينه وبين العميل الآخر، ومن أجل ذلك، فإنه يقوم بإرسال خطاب الاعتماد إلى المستفيد عن طريق فرع له فى الخارج أو البنك المراسل[3]، يخبره إياه بالاعتماد المفتوح لحسابه، إذ أن المصدر عادة ما لا يبدأ فى تهيئة وإعداد البضاعة للتصدير إلا

([1]) الطعن رقم ٦١٥ لسنة٧٢ق، جلسة ٢٠٠٩/٣/٢٦ المشار إليه سلفا.

([2]) الطعن رقم ٨٥١ لسنة ٧١ق ،جلسة ٢٠٠٣/١/٢٨، المكتب الفني السنة ٥٤. ص٢٩٥.

(٣) وليس ثمة ما يمنع من أن يقوم البنك المصدر نفسه بإخطار المستفيد بخطاب الاعتماد المستندى.

بعد أن يصله خطاب الاعتماد من البنك.

ومن المتعين على البنك أن يرسل الخطاب إلى المستفيد خلال الموعد المحدد، وإلا تحمل البنك مغبة التأخير مع ما يترتب على ذلك من آثار، قد يكون منها فسخ العقد المبرم بين البائع والمشترى، جراء عدم وصول الخطاب إلى المستفيد فى موعده المتفق عليه. وينبغى أن يشتمل خطاب الاعتماد على بيان القيمة المالية للإعتماد، ونوعه، وكيفية تنفيذه، والمستندات المطلوبة كسندات الشحن ووثيقة التأمين وغيرها كما هى مذكورة فى عقد فتح الاعتماد.

والمعتاد أن يقوم البنك بإخطار المستفيد بالاعتماد بموجب خطاب، إلا أنه ليس ثمة ما يحول أن يكون إرسال الإخطار ببرقية أو بتلكس متضمناً تفاصيل الخطاب[1] ، فإذا لم توضح البرقية أو التلكس التفاصيل، فيكون من المتعين أن تتضمن – على الأقل – بياناً بأنه سترد له تفاصيل العملية لاحقاً، وإلا تعد البرقية أو التلكس هى المعول عليه فى بيان حقوق المستفيد، وتعد ملزمة للبنك.

ومن المقرر أنه لا يجوز للبنك أن يضمن خطاب الاعتماد أية شروط لم يرد ذكرها فى عقد فتح الاعتماد، ولو كانت بقصد التفسير أو التوضيح، ومن ثم يسأل عن إيراد أى بيان لم يرد بتعليمات العميل[2]، سواء فى قيمة الاعتماد أو اسم المستفيد، أو نوع الاعتماد، أو المستندات المطلوبة، أو مدة الاعتماد المحددة له إلى نحو ذلك، وبالتالى يتحمل البنك مغبة مخالفة تعليمات العميل الآمر .تطبيقاً لذلك تقرر بأن طلب العميل من البنك دفع ما تبقي من الدفعة الأخيرة من الإعتماد في تاريخ لاحق لمواعيد إنتهاء الإعتماد ورفض البنك

---

(١) راجع د. حياة شحاته. مرجع سابق، ص٢٠٧.

(٢) أو تنفيذه بطريق الخطأ، كما لو تضمن خطاب الاعتماد شروطاً مغايرة لما هو وارد فى عقد فتح الاعتماد.

السداد لإنتهاء صلاحية الإعتماد ،يدل على عدم وجود خطا من جانبه([1]).

ب- فحص المستندات ومطابقتها لتعليمات العميل :

من أهم ما يقع على عاتق البنك ويثقل كاهله، فحص المستندات ومطابقتها لتعليمات العميل الآمر المدرجة في عقد فتح الاعتماد. وهو – كما قلنا آنفاً – التزام حرفي، يتعين أن ينفذ بدقة دون أى تقدير أو تفسير من جانب البنك،وإلا رتب مسؤولية الأخير إزاء هذه المخالفة([2]). وإعمالاً لنص المادة (٢/٣٤٧) من قانون التجارة، إذا رفض البنك المستندات وجب أن يخطر الآمر فوراً بالرفض مبيناً أسبابه.

ولم ينص قانون التجارة على ميعاد فحص المستندات الواجب مراعاته، ولذا نرى أن على البنك فحص المستندات بموجب معيار الحرص الواجب والعناية المعقولة المنتظرة من شخص حريص ومهنى متخصص. وقد جرت قاعد غرفة التجارة الدولية على منح البنك سبعة أيام عمل لكي يتسنى له قبول أو رفض المستندات([3]). ويتعين على البنك أن يتأكد من أن المستندات ليست فحسب متطابقة مع تعليمات العميل الآمر، بل وغير متعارضة فيما بينها، فمن غير الجائز أن يقبل البنك سند شحن يتعارض مع فاتورة الثمن فيما يخص وزن البضاعة، أو تبين الفاتورة أن البضاعة مؤمن عليها تأميناً كلياً شاملاً جميع المخاطر، فى حين لا تنص على ذلك وثيقة التأمين.

ويترتب على ما تقدم، أنه لا شأن للبنك بالبضائع، فالبنوك إذ تتعامل فى

([1]) قرار لجنة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية، رقم١٤٢٦/٩٩هـ. مرجع سابق،ص٨١.

([2])قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية رقم١٤١٥/١،مرجع سابق،٧٨.

([3]) المادة(١٣/ب) وراجع حكم النقض بتاريخ ٢٠٠٩/٦/٢٥ سالف الذكر.

المستندات وليس فى البضائع، فليس من مهمته فحصها ولا التأكد من مطابقتها لما هو وارد فى خطاب الاعتماد، سواء من حيث كميتها أو نوعها أو مواصفاتها[1].

ويسأل البنك عن كل تقصير فى أداء التزامه بالفحص والمطابقة، كما لو قبل مستندات غير كاملة أو غير مطابقة لتعليمات العميل الآمر، أو قدمت المستندات بعد انتهاء تاريخ صلاحية الاعتماد، أو قبل سند شحن قديم، أو قبل وثيقة تأمين منتهية المدة، إلى نحو ذلك، وفى هذه الحالة، إذا سدد البنك قيمة الاعتماد، فإنه يسأل قبل المشترى العميل، الذى يحق للأخير اعتبار أن السداد غير صحيح ويرفض المستندات، بل واسترداد الغطاء إن كان قد أودعه لديه.

ج - تسليم المستندات للعميل الآمر :

يلتزم البنك، بعد وفاء قيمة الاعتماد المستندى للمستفيد وتسلم المستندات الدالة على تمام شحن البضاعة من قبله، بتسليم العميل الآمر المستندات، لكى يتسنى له بموجبها استلام البضاعة، وتتمثل هذه المستندات عادة فى سند الشحن، وفاتورة الثمن، ووثيقة التأمين، وشهادة المنشأ وأية مستندات قد يتفق عليها.

وتبدو أهمية هذه المستندات فى أنه لا يستطيع العميل الآمر تسلم البضاعة بدونها، إذ هى دليل أحقيته فى استلامها، وإذا أستلم الآمر البضاعة قبل وصول المستندات،فإنما يعني تجاوزه عن أية شائبة قد تشوب تلك المستندات ،ويترتب على ذلك عدم تمسكه بالمخالفات قبل البنك[2]. لذا لا يجوز للبنك،

---

(١) انظر د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٣٣، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٩٩، د. حياة شحاته. مرجع سابق، ص٢٢٨.

(٢) القرار رقم ٢١٨ /١٤٢٦ هيئة تسوية المنازعات السعودية ،مرجع سابق،ص٨٢.

مادام قد حصل على ما هو مستحق له لدى العميل، أن يمتنع عن تسليم المستندات الممثلة للبضاعة إلا بموجب ما نصت عليه المادة (٣٥٠) من قانون التجارة، وهى الحالة التى لا يدفع الآمر إلى البنك قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول تلك المستندات، وفى هذه الحالة يجوز للبنك التنفيذ على البضاعة بإتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهناً تجارياً.وله حبس المستندات التي يتلقاها من البائع حتى يستوفي ما له([1]).وقد تقرر بأنه في حال فشل البنك في تقديم ما يفيد تسليم المستندات إلى العميل الآمر أو إستلامه البضاعة من الجهة المختصة، فإنه يلتزم بأن يرد إلى الآمر المتبقي من قيمة الإعتماد بعد خصم ما ثبت إستلام الآمر له([2]). مع مراعاة أن تحرير المستندات لآمر البنك أو تظهيرها له على سبيل الضمان لحقه الذي قام بوفائه عن مالكها الحقيقي ،لا يعني ملكيته للبضائع محل المستندات ،وإنما يلتزم بتسليم المستندات إلى الآمر بعد دفع قيمتها([3]).

التزامات العميل :

١- رد قيمة الاعتماد :

يلتزم العميل الآمر قبل البنك برد قيمة الاعتماد، ما لم يكن الاعتماد مغطى مسبقاً[٤]، علاوة على النفقات التى تكبدها البنك فى سبيل إتمام العملية.

([1])مبدأ هيئة تسوية المنازعات الصادرة في المملكة العربية السعودية،رقم١٤١٧/٢٩هـ.

([2]) القرار رقم ١٤١٥/هـ١٦٠ للهيئة السابقة، ص٧٨.

([3]) القرارن رقما ١٤١٦/٤٤،و١٤١٦/٣٠٧هـ لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية، مرجع سابق، ٧٩.

(٤) وهو فى الحالة التى يلجأ فيها البنك للحفاظ على حقوقه، إلى اقتضاء ضمانات شخصية أو عينية، تعد بمثابة غطاء، يتسنى له الرجوع عليه حال وفاء قيمة الاعتماد.

ولا يجوز للعميل أن يمتنع عن هذا الرد، مادام البنك قد نفذ التزاماته وسلمه المستندات المطابقة لتعليماته([1])، ولو ثبت عدم مطابقة البضاعة للمواصفات، ما لم يثبت وجود تقصير من قبل البنك فى فحص المستندات، أو ثبت وجود غش من جانب البنك. وفى حال امتناع العميل عن رد ما دفعه البنك، يجوز للأخير حق حبس المستندات الممثلة للبضاعة، بل واستلام البضاعة والتنفيذ عليها كدائن مرتهن[2].

٢- أداء العمولة :

إن الالتزام بدفع العمولة هو من الالتزامات التى تقع بمجرد إبرام عقد فتح الاعتماد بين العميل والبنك، ولو لم يستعمل الاعتماد، فيستوفيها البنك دون انتظار تنفيذه. بيد أن البنك قد يفقد حقه فى استيفاء العمولة، وذلك حال ما إذا نقض البنك الاعتماد برجوعه فيه دون مبرر، أو رفض الوفاء للمستفيد بالرغم من توافر كافة شروط صحة الوفاء، وإذا كان قد استوفاها من الغطاء المخصص للاعتماد، فإن للعميل أن يطلب استردادها.

مع مراعاة أنه إذا قام البنك بقيد المبلغ على حساب العميل عند فتحه ويمثل غطاء كاملاً للإعتماد،فإنه لا يجوز له التمسك بتغير سعر صرف العملة وطلب تحمل العميل فرق سعر الصرف عند إستحقاق دفعات الإعتماد([3]).

([1]) القرار رقم١٤٠٨/١٣ للجنة تسوية المنازعات في المملكة العربية السعودية،مرجع سابق ص٧٣.

(٢) مادة (٣٥٠) من قانون التجارة، وراجع د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٥٨.كما راجع ذات القرار السابق لجنة تسوية المنازعات آنفة الذكر.القرار رقم ١٤٠٨/١٧٢هـ ،مرجع سابق،ص٧٤.القرار رقم ١٤٠٩/٢٤١،مرجع سابق،ص٧٥.

([3]) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية رقم ١٤٢٥/٢٤٢هـ، ،مرجع سابق،ص٨١

علاوة على هذين الالتزامين اللذين يقعان على عاتق العميل الآمر، يلتزم – ضمناً – بالامتناع عن إصدار أية تعليمات لاحقه لعقد فتح الاعتماد من شأنها أن توقع البنك فى حرج تجاه المستفيد، أو أن يصدر تعليمات متناقضة أو غامضة أو يشوبها اللبس، أو أن يوجه أمراً إلى البنك بعدم الوفاء بعد وصول الخطاب إلى علم المستفيد، إلى نحو ذلك.

ثانياً : العلاقة بين البنك والمستفيد من الخطاب :

إن عقد فتح الاعتماد المبرم بين البنك والعميل الآمر، تقتصر آثاره فحسب عليهما، ومن ثم يظل المستفيد أجنبياً عن هذا العقد، ولا ينشأ له أى حق تجاه البنك إلا بإرسال خطاب الاعتماد إليه وعلمه به، ومتضمناً تعهداً من قبل البنك بالدفع المباشر له. ويتعين أن تتوافق بنود هذا الخطاب مع تعليمات العميل الآمر الواردة فى عقد فتح الاعتماد، وأى مخالفة فى هذا الشأن يتحمل البنك مغبة ذلك. ويعد هذا الخطاب هو المرجع فى تحديد حقوق كل من البنك والمستفيد[1]، إذ لا شأن لهما بعقد الأساس أو عقد فتح الاعتماد، فيحجب خطاب الاعتماد المستندى كل آثار هذه العقود.

ويتضمن هذا الخطاب التزاماً مستقلاً تجاه المستفيد، فلا يملك البنك المصدر أن يحتج قبل المستفيد بأى دفع يتولد من العقود الأخرى[2]، إذ أنه ينفذ التزامه الناشئ عن خطاب الاعتماد بوصفه أصيلاً عن نفسه لا وكيلاً أو كفيلاً عن المشترى. فالبنك يلتزم بوفاء قيمة الاعتماد متى تطابقت المستندات المقدمة من

---

(١) إذ تتحدد حقوق المستفيد بناء على الخطاب المرسل إليه، ولو كانت مختلفة مع شروط فتح الاعتماد، فيتحدد ما إذا كان الخطاب قابل للإلغاء أم نهائى، ومدته، ومبلغه والمستندات التى يتعين تقديمها من قبل المستفيد، لكى يتسنى له قبض مبلغه إلى نحو ذلك.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٣٦، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٩٢.

المستفيد مع شروط الاعتماد، دون مواجهته بأى دفع مستمد من عقد الأساس الموقع بينه وبين العميل، كبطلانه، أو فسخه، أو انقضاء الالتزام الثابت به بأى طريق من طرق انقضاء الالتزام[1]. كما لا يحق للبنك أن يدفع مطالبة المستفيد، بأى دفع من عقد فتح الاعتماد، كبطلانه، أو فسخه، أو عدم وفاء العميل للعمولة، أو عدم تقديم غطاء خطاب الاعتماد، أو وفاة العميل، أو إفلاسه أو إعساره، أو الحجر عليه[2]أو تلقى البنك أمراً من قبل العميل بعدم الوفاء إلى نحو ذلك من أسباب.ولا ينقضي حق المستفيد قبل البنك إلا لتوفر سبب من أسباب إنقضاء الإلتزام ،كالإبراء مثلا[3].مؤدى ذلك أن حق المستفيد الناشئ عن خطاب الاعتماد المستندى هو حق مستقل ونهائى، وذلك لبث الثقة والطمأنينة لديه من تحصين حقه ضد أى دفع قد يبديه البنك. بيد أن تأمين حق المستفيد وتشجيع التجارة الدولية واستقرار المعاملات، لا يتعين أن يكون مطلقاً، على حساب حقوق البنك والعميل، إذ لا يقبل السلوك المنحرف أو الغش من قبل المستفيد، والذى بثبوت اقترافه أياً من هذه السلوكيات الضارة، يتراجع مبدأ الاستقلال، ولا يعد له وجوداً، ويكون من حق البنك دفع مطالبة المستفيد بوفاء قيمة الاعتماد، بالغش، كما لو قدم المستفيد مستندات مزورة تثبت إتمام الشحن، أو تضمين المستندات بيانات مخالفة للحقيقة، وعلم البنك بذلك قبل الوفاء[4]. فالغش يبطل التصرفات، وهى قاعدة سليمة وواجبة التطبيق، ولو لم يجر بها نص، وتقوم على اعتبارات خلقية

---

(١) أو أن البضاعة معيبة أو بها تلف.

(٢) قرار لجنة تسوية المنازعات السعودية، رقم١٤٢٤/٢٨،مرجع سابق،٨١.

(٣) الطعن رقم ٦١٥ لسنة ٧٢ق، جلسة ٢٠٠٩/٣/٢٦، المكتب الفني . السنة ٦٠، ص٤٢٧.

(٤) وقد أيد الفقه المصرى والمقارن هذه الاستثناء ومنهم د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٣٧، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٩٢، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٦٥، د. حياة شحاته. مرجع سابق، ص٢٤٩ وما بعدها.

واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة وعدم الانحراف عن جادة الصواب وحسن الذية الواجب توافره فى التصرفات عموماً[1] وإذا فرض وأن لم يكتشف البنك غش المستفيد إلا فى مرحلة لاحقه للوفاء، فإن له أن يسترد ما وفاه من المستفيد، وذلك على اعتبار أن ما استوفاه المستفيد إنما كان بدون وجه حق.

ومن الأحكام القليلة التي أيدت هذا المبدأ،ما قضت به محكمة النقض المصرية بتاريخ ٢٥ يونيه٢٠٠٩، حيث سلمت بأن الغش في المستندات يوقف الوفاء،وحيث قد أستصدر العميل الآمر أمراً من القضاء المستعجل في بلده بوقف صرف قيمة الإعتماد،وأن الأحكام الأجنبية وإن لا تحوز حجية أمام المحاكم في مصر، إلا أنها تعتبر دليلاً على وقوع الغش في المستندات،وبالتالي فإن إمتناع البنك عن صرف قيمةالإعتماد يكون قد صادف صحيح الواقع والقانون.

والحقيقة يعد هذا الحكم من الأحكام التاريخية، إذ قد أرسي مبدأ ظل الفقه ونحن منهم ننادي بضرورة إعماله،وهو الغش ،وحتمية تراجع مبدأ الإستقلال أمام حالة الغش الواضح، ليجيز للبنك عدم صرف قيمة الإعتماد حال إقتراف المستفيد غشاً واضحاً. .

---

(١) نقض جلسة ١٩٩٥/١٢/١٢، طعن رقم ١٦٢٩ لسنة ٦٠ق، مجموعة النقض السنة ٤٦، الجزء٢، ١٩٩٥، ص١٣٦٣. نقض جلسة ٢٠٠٩/٦/٢٥، الطعن رقم ٦٢١ لسنة ٧٩ ق.شبكة قوانين الشرق. منشور كذلك في المجموعة، السنة ٦٠، قاعدة ١٢٧، ص٧٥٧

الفصل الثالث

خطاب الضمان

تمهيد وتقسيم :

يحظى خطاب الضمان الصادر من البنوك بناء على طلب العميل ولمصلحة المستفيد، بأهمية بالغة – فى الوقت المعاصر – نظراً لما يحققه من مزايا متعددة لكل أطرافه.خاصة في الوقت المعاصر ،والذي نادر ما لا يرفق بعطاء من العطاءات المقدمة في المناقصات المحلية والدولية.أو يقدم في عقود الإنشاءات الدولية، أو لضمان إسترداد الدفعات المقدمة من العميل للمستفيد إذا لم ينفذ الأخير التزاماته

إلا أنه قد ثار خلاف في بعض الوقت حول تكييفه القانوني،وهل يعد بمثابة كفالة تسري عليه أحكامها،ولا سيما قاعدة أن الكفالة تدور مع الدين المكفول وجوداً وعدماً([1]) ،أم أنه يعتبر التزاماً مستقلاً عن العلاقات السابقة على إصداره،

([1]) خاصة مع صدور بعض الأحكام قديما والتي كيفته على أنه كفالة.كما أختلط ذلك في بعض الأحيان على هيئة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية، إذ قررت أن تتقضي مسئولية العميل في مواجهة البنك في شأن الكفالة الصادرة بناء على طلبه بإعادة

بحيث لا يتأثر بما قد يطرأ عليها أو يشوبها من دفوع وحجج.

كما نلقى الضوء على حقوق والتزامات أطرافه، ونميز بين الخطاب والعلاقات الأخرى كعقد فتح الاعتماد بالضمان وعقد الأساس.

ونقسم دراستنا لهذا الفصل إلى أربعة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: ماهية خطاب الضمان.

المبحث الثانى: الطبيعة القانونية لخطاب الضمان.

المبحث الثالث: ضمانات البنك لإصدار خطاب الضمان.

المبحث الرابع: العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان والآثار المترتبة عليها.

المبحث الأول
ماهية خطاب الضمان

تعريف خطاب الضمان :

تعرفه المادة (٣٥٥) من قانون التجارة، بأنه تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الآمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة فى الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة»[1].

الكفالة إلى البنك، حيث ينشأ التزام الأخير بإعادة التأمين النقدي المودع لديه مقابل الكفالة إلى عميله.إلا أن الغريب أن الهيئة أوردت ذلك القرار في تصنيف خطابات الضمان. رغم أنها لم تستعمل هذا اللفظ في مضمون القرار.قرار رقم ١٤٠٨/١٥٣،ص١٣٨.

(١) انظر فى تعريف خطاب الضمان د. على جمال الين. مرجع سابق، ص٣٧٨، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص١٤٧، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٠٦، د. أحمد زيادات ود. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٦٤، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٧٠، د. حياة شحاته. مرجع سابق، ص٢٨٨، رسالتنا للدكتوراه بعنوان.

مفاد هذا التعريف أن خطاب الضمان هو تعهد يصدره البنك(الضامن) بناء على طلب العميل الآمر لمصلحة المستفيد، بوفاء مبلغ معين أو قابل للتعيين، متى طلبه المستفيد خلال مدة محددة. ويعد خطاب الضمان من أحد وأهم العمليات الائتمانية الواسعة الانتشار فى الحياة العملية، إذ أن المعاملات التجارية تقتضى نوعاً من الثقة والأمان الذى يجعل كل من المتعاقدين مطمئناً إلى قيام الطرف الآخر بتنفيذ التزاماته، ولن تتأتى هذه الثقة إلا مع توافر وسائل لدعم هذه الثقة وبطريقة تكفل حسن تنفيذ كل طرف لالتزاماته كما هو متفق عليه.

وقد احتلت خطابات الضمان أهمية متزايدة فى عدد كبير من الدول نظراً لإمكان قبولها بدلا عن الدفع النقدى[1]. حيث تشتد الحاجة إليها، عندما يجد شخص نفسه مضطراً إلى تقديم ضمان نقدى إلى آخر، لكى يقبل التعاقد معه بصدد عقد معين،كعقود البناء والتشييد ، أو ليمنحه أجلاً.

فخطاب الضمان هو آلية ابتدعها العمل المصرفى تلبية لضرورات استلزمتها التجارة الدولية. ولا يقتصر استخدام هذه الخطابات على عقد دون آخر، إذ أن مجال استخدامها، أصبح شاملاً العقود الداخلية والدولية،مثل عقود البيوع البحرية والتوريد والعقود الإلكترونية وغيرها.

ويقوم خطاب الضمان على سند جوهرى، وهو أنه يحل محل التأمين النقدى الذى كان يتعين على العميل الآمر إيداعه لدى المستفيد، وذلك إذ أن المستفيد

مبدأ الاستقلال فى خطاب الضمان الدولى وفقاً لاتفاقية الأمم المتحدة لعام ١٩٩٥ حقوق القاهرة، ٢٠٠٤، ص٣٤. كما انظر التعريف في القضاء:الطعن رقم ١١٨٩٣ لسنة٨٥، جلسة ٢٠١٨/١٢/١١، الطعن رقم ٤١٦٧ لسنة٦٨ق، جلسة ٢٠١٠/١١/٢٢، المكتب الفني، السنة ٦١،قاعدة١٥٥،ص٩٢٢.

(١) د. سميحة القليوبى. النظام القانونى لخطابات الضمان المصرفية فيما بين الأطراف وبالنسبة إلى الغير. مجلة القانون والاقتصاد، السنة ٤٢، العددان ١، ٢، ١٩٧٢ ص٨.

(رب العمل) فى حاجة إلى ثمة ضمان لحسن تنفيذ العملية وإتمام إنجازها على أكمل وجه كما هو محدد لها. ولا شك أن اقتطاع جزء من السيولة النقدية التي يمتلكها العميل الآمر، لكى تقدم فى هيئة ضمان كاف يرضي المستفيد لقبول التعاقد، من شأنه أن يعطل العميل عن استثمار هذه الأموال مما يؤدى إلى تجميدها، فى حين أنه فى أشد الحاجة إليها لإستغلالها فى مشروعاته وإستثماراته الأخرى. لذا حل خطاب الضمان محل التأمين النقدى الذى كان من المتعين إيداعه لدى المستفيد، ليصبح فى شكل تعهد بنكى واجب السداد لدى الطلب من جانب المستفيد. ومن المقرر وفقا للمبادىء التي تحكم خطاب الضمان، أن البنك حينما يعطى تعهداً للمستفيد، لا يضمن فيه حسن تنفيذ عقد الأساس، ولا يراقب هذا التنفيذ، ولا يتعهد بالتنفيذ بدلاً من العميل المدين(١)، بل يقدم تعهداً مستقلاً منفصلاً عن أية علاقة أخري، واجب السداد لدى الطلب متى توافرت شروطه.

أهمية خطاب الضمان لأطرافه :

أصبحت خطابات الضمان من أهم العمليات الائتمانية التى تقدمها البنوك لعملائها، ولعل الدليل على أهميتها وكثرة انتشارها، كثرة القوانين التى تقتضى إصدار هذه الخطابات سواء باشتراطها فى العطاءات أو المناقصات، أو قبولها بدلاً عن الدفع النقدى.أو في مجال البيوع البحرية.

ولا شك فى أهمية خطاب الضمان – أولاً – للعميل الآمر، وذلك إذ أنه يحل

---

(١) Hans Van Houtte. The law of international trade, 1995, p. 300, Antono poulos Stylianos. Aspects financiers des exportations en droit comparé français et hellenique, thèse, paris 2, 1985, p. 89.

محل التأمين النقدى الذى يقتضيه منه المستفيد[1]، ومن ثم عوضاً عن تجميد المبالغ النقدية لدى الجهة المستفيدة من الضمان، يقوم العميل باستصدار خطاب ضمان مستقل من بنك يحصل به على رضا وقبول المستفيد للتعاقد معه، وبالتالى يمكنه استثمار هذه المبالغ فى أوجه أخرى.

كما أن خطاب الضمان يغنى العميل عن صعوبات استرداد هذه المبالغ لو على فرض أنها أودعت لدى المستفيد، ومنها في حالات إفلاس الأخير، أو تواجده فى الخارج كما لو كان مستفيداً أجنبياً، وصعوبة إقامة الدعوى عليه خارج البلاد لاسترداد المبالغ المقبوضة بدون وجه حق.أيضاً يجنب العميل خسائر تقلبات سعر العملة،فإذا إفترضنا أن المبلغ المتعين تقديمه كضمان لرب العمل كان في دولة أجنبية،فإن ذلك يقتضي من العميل تحويل المبلغ بالعملة الأجنبية، وكذلك إذا لم يسيل من المستفيد لتنفيذ العميل لإلتزاماته،ورغب العميل في إسترداده،فإنه يعيد تحويله إلى العملة المحلية،مع ما ينرتب على ذلك من خسائر، من عمولات وتقلب أسعار العملة.

أما من جهة فائدة خطاب الضمان للمستفيد، فإنه بلا ريب يعد المستفيد الحقيقى منه، إذ أنه يرغب فى الحصول على ضمان ذى فعالية، ويعادل من حيث قوته إيداع النقود[2]، ومن بنك ذى ثقة وملاءة. فبموجب خطاب الضمان

---

(١) د. سمير الشرقاوى. القانون التجارى، الجزء الثانى، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص٥٦٥، د. على جمال الدين. خطابات الضمان المصرفية، دار النهضة العربية، ١٩٩١ ص١٢، د. سميحة القليوبى. الأسس القانونية لعمليات البنوك، دار النهضة العربية، ١٩٨٨، ص٤٢٩ ، د. عبد الرحمن قرمان. عمليات البنوك طبقاً لقانون التجارة الجديد. دار النهضة العربية، ٢٠٠٠، ص٣٤٦.

(٢) Pascal Ancel. Droit des sûretés- litec, 1998, p. 71, Cass. civ, 27/9/2000, Rev. Banque & Droit, 2001/Janv- fév, p. 42.

يحصل المستفيد على تعهد بالدفع لدى الطلب ورغم أية معارضة من قبل العميل، مما يترتب عليه أن حصوله على المبلغ الوارد فى خطاب الضمان لم يعد محل شك، فهو ضمان نشأ ليقوى الحماية والأمان لدى الدائن، تلك الحماية التى قد تضعف بربط التزام الضامن بالتزام المدين.

وأخيراً لا يخفى مدى فائدة خطاب الضمان بالنسبة للبنك، إذ – بطبيعة الحال – يتقاضى عمولة مستحقه له لقاء إصدار الخطاب، علاوة على الفوائد إذا كان لها مقتض.ويقصد هنا سواء كان البنك مقدم الضمان بنكاً واحداً أو كان هناك بنك ثان مؤيد للخطاب في بلد المستفيد.

المبحث الثانى
الطبيعة القانونية لخطاب الضمان

ثار خلاف بين الفقه، مرده تحديد الطبيعة أو التكييف القانونى لخطاب الضمان، وتشعبت الآراء ما بين وصفه بالكفالة، أو بالإنابة القاصرة، أو بالاشتراط لمصلحة الغير، إلى غير ذلك من الآراء التى فشلت فى مجملها فى تبرير الآثار الناجمة عن خطاب الضمان.

وفى الواقع، وبغض النظر عن الآراء السابقة وبدون الدخول فى تفاصيلها، نقطع بالطبيعة المستقلة لخطاب الضمان، إذ أن مفاده هو التزام مستقل ومنفصل عن العلاقات الأخرى، وهو ما أكدته المادة (٣٥٨) من قانون التجارة بقولها «لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد لسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو إلى علاقة الآمر بالمستفيد». فخطاب الضمان هو التزام مستقل قطعى نهائى([1])، ولا شأن للضامن وتعهده بالسداد حال الطلب بعقد

([1]) القاهرة إقتصادي الدائرة السابعة إستئنافية، بتاريخ ٢٠١٢/٩/١٨،الإستئناف رقم ١٩٤ لسنة ٤ ق اقتصادي القاهرة. محكمة إقتصادية دائرة أولي دعوى رقم ١٥٢١ لسنة ٢٠١٤

الأساس، أو عقد فتح الاعتماد وما يشوبهما من دفوع، ومن ثم لا يجوز للضامن أن يتمسك بالدفوع المتولدة من العلاقات الأخرى، كبطلان عقد الأساس، أو فسخه، أو انقضائه، أو الغش فى عقد فتح الاعتماد، أو عدم وفاء العميل للعمولة المستحقة للبنك، أو إصدار العميل أمراً للبنك بعدم الوفاء، أو إفلاس العميل، أو إعساره إلى نحو ذلك من دفوع.

فالبنك أجنبى عن عقد الأساس- المبرم بين العميل والمستفيد، ولا شأن له به، ورجوعه إليه أو تمسكه بدفع مستمد منه، يتناقض مع طبيعة التزامه المستقل، إذ أن التزامه هو التزام أصيل، ليس بوصفة نائباً عن عميله.

فالمقرر أن كل رأى أو تفسير يهدف إلى ربط التزام البنك بالتزام العميل، أو إقامة علاقة سببية بينهما ينبغى أن يستبعد، لأنه يقوض خطابات الضمان من أساسها، ويقضى على الفائدة المرجوة منها[1].

وقد أكدت محكمة النقض المصرية هذه الطبيعة المستقلة للخطاب فى العديد من أحكامها بقولها «ومن المقرر فى قضاء هذه المحكمة أن خطاب الضمان وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك وعميله، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذى صدر الخطاب لصالحه هى علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل»[2].

القاهرة، بتاريخ ٢٠١٤/١٢/٢٧، نقض رقم ١٧١٥ لسنة ٤٥ق في ٢٠٠١/١١/٢٠، نقض رقم ٣٥٢ لسنة ٧٣ في ٢٠٠٥/٤/١٤. قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية رقم ١٤٠٨/٥هـ،١٤٢٦/٢٣٦هـ،مرجع سابق،ص١٣٨.

(١) د. محسن شفيق. القانون التجارى، ١٩٦٨، الجزء الثالث، ص٤٤٤.

(٢) نقض بتاريخ ١٩٩٤/٦/٢٧، طعن رقم ٧٣٠٤ لسنة ٦٣ق، مجموعة أحكام النقض، ص١١٢٦، نقض فى ١٩٦٩/٥/٢٧، طعن رقم ٢٩٤ لسنة ٣٥ق، مجموعة النقض، السنة ٢٠، العدد ٢، ١٩٦٩، ص٨١١، الطعن رقم١١٨٩٣ لسنة ٨٥ق،جلسة ٢٠١٨/١٢/١١.

وفى الحقيقة مما يؤيد هذه الصفة الاستقلالية للخطاب، أنه بدون هذا الاستقلال، ما قبل المستفيد التعاقد وإبرام العقد، وإلا لكان من حق البنك أن يثير تجاهه كافة الدفوع الناتجة عن عقد الأساس أو عقد فتح الاعتماد.

المبحث الثالث

ضمانات البنك لإصدار خطاب الضمان

إذا كان خطاب الضمان من العمليات التى تتضمن تسهيلاً ائتمانياً، فإن المعتاد أن يطلب البنك من العملاء ثمة ضمانات معينة، لكى يتسنى له بها تغطية التعهدات التى يلتزم بها حال طلبها، وهى ما تعرف بالغطاء.

وقد أشارت المادة (٣٥٦) من قانون التجارة بأنه «يجوز للبنك أن يطلب تأميناً مقابل إصدار خطاب الضمان، ويكون هذا التأمين نقداً أو صكوكاً أو بضائع أو تنازلاً من الآمر عن حقه قبل المستفيد».

مؤدى هذا النص أن الغطاء هو الضمانات التى يقدمها العميل عند الاتفاق مع البنك لكى يغطى بها مقدار ما قد يدفعه الأخير إلى المستفيد مضافاً إليه أية مبالغ ينفقها البنك، علاوة على العمولات والفوائد المستحقة له[1].

وتتوقف مسألة الغطاء المتعين على العميل إيداعه وتقديمه للبنك، على حسب الاتفاق المبرم بينهما، إذ قد لا يكون ثمة محل لتقديم هذا الغطاء، متى كان

---

(١) د. عبد الرحمن قرمان. مرجع سابق، ص٣٥٧، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١١٢، د. محمود الكيلانى. الكفالات المصرفية وخطابات الضمان. عمليات البنوك، عمان الأردن، ١٩٩٢، ص٢٤٣، د. محمد الشحات. فقه التعامل المالى والمصرفى الحديث، دار النهضة العربية، ١٩٨٩، ص١٦٤.محمود عبدالكريم الخطيب.من مباديء تسوية المنازعات المصرفية في المملكة العربية السعودية.دار الخطيب للنشر والتوزيع، ١٤٢٠هـ،ص٦٤.

الخطاب المراد إصداره يتضمن تسهيلاً ائتمانياً وصدر الخطاب على المكشوف، إذ فى هذه الحالة لا يلتزم العميل بتقديم أية نسبة من الغطاء، وهو فرض قليل الوقوع، ولا يكون إلا إذا كان البنك على ثقة بالعميل ومدى يساره وقوة ائتمانه. وقد يشترط البنك تقديم غطاء كلى أو جزئى.

أشكال الغطاء :

يستفاد من نص المادة (٣٥٦) من قانون التجارة أن غطاء خطاب الضمان قد يتخذ عدة أشكال سواء نقداً، أو فى شكل صكوك أو بضائع، أو يكون تنازلاً من قبل الآمر العميل عن حقه قبل المستفيد.

فأولاً وهو الفرض الغالب أن يقدم العميل الآمر، وضماناً لاستصدار خطاب ضمان لمصلحة المستفيد، مبلغاً نقدياً، يغطى كلياً أو جزئياً الضمان المراد إصداره، سواء يقدمه نقداً أو يخصمه البنك من الحساب الجارى للعميل لديه. وفى هذه الحالات يقوم البنك بإيداع الغطاء فى حساب خاص يسمى باحتياطى خطابات الضمان، ويظل مجمداً لهذ الغرض لحين انتهاء التزام البنك، إما بعدم الوفاء جراء عدم طلب الخطاب من المستفيد، وفى هذه الحالة عليه رد قيمة الغطاء للعميل مع خصم عمولته المستحقة، أو بوفاء قيمة الضمان للمستفيد، وللبنك حينئذ استرداد حقوقه من الغطاء.

بيد أن العميل الآمر قد لا يملك نقوداً حالة، وإنما لديه بعض الأوراق المالية أو الصكوك كالأسهم والسندات[1]، فيقدمها للبنك كغطاء لخطاب الضمان، وقد يتفق على أحقية البنك فى بيع هذه الأوراق دون الرجوع للعميل، وذلك حال ما

---

(١) د. على جمال الدين. خطابات الضمان المصرفية، ص٩٤، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١١٤، د. على البارودى. العقود التجارية وعمليات البنوك، ٢٠٠١، ص٤١٧، د. عبد الرحمن قرمان. مرجع سابق، ص٣٥٧- ٣٥٨.

إذا لم يقم بسداد ما وفى به البنك للمستفيد.

وليس ثمة ما يمنع من أن يقدم العميل أوراقاً تجارية (كمبيالة أو سند أذنى) محررة أو مظهره لمصلحته، إلى البنك لضمان استيفاء حقه منها، أو بضائع مودعة فى مخازن العميل أو لديه سندات شحن تمثلها. وقد يطلب البنك من العميل الآمر تقديم كفيل أو ضامن شخصى لضمان السداد، وقد تتدخل شركات التأمين فى هذا الشأن لإصدار وثائق تأمين تضمن للبنك الحصول على حقوقه، أو فى شكل كفالة من الشركة الأم. وهناك من الفقه من يسلم بجواز أن يكون غطاء الخطاب فى شكل براءة اختراع أو معرفة فنية يملكها[1].أو رهن على ممتلكات العميل كالعقارات.

التنازلات كشكل من أشكال غطاء خطاب الضمان :

كثيراً ما يحدث فى أعمال المقاولات أن يطلب الضامن البنك من العميل الآمر، أن يتنازل له عن حقوقه الناشئة عن أعمال المقاولة لدى المستفيد، أى عن العملية المزمع القيام بها، بحيث يحل البنك محل العميل فى حقوقه قبل المستفيد، وهو أمر ليس من شأنه أن يجعل البنك طرفاً فى العلاقة بين المقاول ورب العمل[2]، فكل ما للبنك أن يصبح له الحق فى استلام قيمة المستخلصات وما يتم تنفيذه من أعمال بقدر ما له لدى العميل.

حرى بالذكر أن العميل الآمر لا يلجأ إلى هذا النوع كغطاء لخطاب الضمان، إلا حال ما إذا كان غير قادر على تقديم الغطاء المطلوب. كما لا يقبل البنك هذا الشكل كغطاء، إلا بعد دراسة موقف العملية المزمع القيام بها(عقد

---

(١) د. محمود الكيلانى. مرجع سابق، ص٢٤٨.

(٢) انظر رسالتى للدكتوراه آنفة الذكر، ص٢١٧. ذات الإتجاه قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية رقم ١٤٠٨/٥هـ،و١٤٢٦/٢٣٦هـ، مرجع سابق،ص ١٣٨.

الأساس)، وإجراء دراسة مستفيضة لها، ومعرفة حقوق العميل وسلامة مركزه المالى، نظراً للخطورة التى قد تترتب على عدم إتمام العملية محل عقد الأساس، وضياع حقوق البنك خاصة إذا كان يشوب تنفيذ العملية العديد من الصعوبات،أو تتضمن بعض التواطؤ بين العميل والمستفيد.

المبحث الرابع

العلاقات الناشئة عن خطاب الضمان والآثار المترتبة عليها

تنشأ ثمة علاقة أولية بين العميل الآمر والمستفيد، وهى ما تعرف بعقد الأساس، وهى سبب الضمان ذاته وجوهر عملية خطاب الضمان برمتها، إذ كثيراً ما يشترط المستفيد تقديم العميل ضمان بنكى، وينصوا فيه على شروط إصداره، ومدته، ومبلغه، إلى نحو ذلك من البنود التى يتفق عليها فيما بينهما.

وعقد الأساس هو السبب فى إصدار خطاب الضمان. مما حاصله أن البنك لم يصدر الخطاب إلا تنفيذاً للالتزامات الناشئة عن عقد الأساس، غير أن ذلك لا يعنى ربط الخطاب بعقد الأساس، وإنما لتبيان مدى أهمية الأخير.

وفى الواقع، إن علاقة العميل بالمستفيد، قد تتنوع وتتخذ أشكال متعددة، كعقد بيع (بائع ومشترى)، أو عقد توريد (مورد – مستورد)، أو مناقصة (مقدم العطاء – رب العمل) إلى غير ذلك من صور العلاقات والمعاملات التي تنشأ في مجال المعاملات الداخلية أو الدولية. والأهم أن البنك غريب عن هذا العقد، وليس بوسعه ولا بمقدوره ولا مطلوب منه أن يتحقق من أن البائع نفذ التزاماته، فذلك من شأنه أن يلقى بأعباء كبيرة عليه، لا قبل له بها، ويخرج عن نطاق وظيفته ومهمته الأساسية.

ويترتب على إبرام عقد الأساس، ثمة علاقتين، إحداهما بين البنك والعميل وهى ما تسمى بعقد فتح الاعتماد بالضمان، والأخرى وهى علاقة البنك بالمستفيد.

أولاً: علاقة البنك بالعميل :

بعد الانتهاء من ترتيبات عقد الأساس، وبعد الاتفاق على كافة المسائل الجوهرية فيما يتعلق بكيفية تنفيذه والضمانات الواجب تقديمها، يلجأ العميل الآمر إلى البنك المتعامل معه، مطالباً إياه باستصدار خطاب ضمان لصالح المستفيد، ولذا ينعقد بينهما عقداً يسمى بعقد فتح الاعتماد بالضمان، بموجبه يتعهد كل من الضامن والعميل بعدة التزامات.

١- التزامات البنك الضامن :

يلتزم البنك بعد اتفاقه مع العميل فى عقد فتح الاعتماد بالضمان، بإصدار الخطاب وبالشروط التى حددها فى خطاب الاعتماد، فلا يجوز إصدار البنك خطاباً بمدة أقل من المدة المتفق عليها، وإلا سبب ضرراً للمستفيد، ويكون سبباً فى رجوع الأخير على العميل وعدم قبول الخطاب، بل وربما قد يفضى – ذلك – إلى فسخ العقد[١]. كما لا يحق له إصدار الخطاب بمدة أكثر من المدة المتفق عليها، وإلا سبب ضرراً للعميل وزاد من عبئه. كذلك يلتزم الضامن باحترام مبلغ الخطاب الذى حدده العميل فى عقد فتح الاعتماد[٢]، بحيث لا يصدر الخطاب بمبلغ أقل مما هو وارد فى عقد فتح الاعتماد بالضمان وإلا رفضه المستفيد، ولا بمبلغ أكبر مما هو مذكور مما يعود بالضرر على البنك ذاته، لأنه سيتحمل الفارق بإعتباره مخطئاً. كما يلتزم البنك بإصدار الخطاب لصالح المستفيد نفسه المتفق عليه مع العميل والذي يفترض تحديده تحديداً نافياً للجهالة في عقد فتح الإعتماد، وإلا كان ذلك مبرراً لإبطال الخطاب للغلط فى شخص المستفيد. ويتعين أن يصدر الخطاب ممن له سلطة إصداره فى

---

(١) انظر رسالتى للدكتوراه المذكورة آنفاً، ص٢٠٢.

(٢) د. محمود سمير الشرقاوى. مرجع سابق، ص٥٦٩.

البنك، فإذا صدر من شخص ليست له هذه السلطة، فإن محكمة باريس ترى إخضاعه لحكم الوكالة الظاهرة[١]. وتوجب المادة (٧) من قواعد غرفة التجارة الدولية للضمانات تحت الطلب لسنة ١٩٩٢، على الضامن، عندما يتسلم تعليمات بإصدار خطاب ضمان، وكانت هذه التعليمات يتعذر تنفيذها بواسطة الضامن لأسباب تتعلق بالقوانين واللوائح فى بلد الإصدار، التى لا تمكنه من الوفاء بشروط الضمان، أن يخطر فوراً العميل ...». وقد قضى بأنه عندما تكون التعليمات غامضة أو غير كاملة أو غير ممكن تنفيذها، فإن على البنك أن يرجع للعميل بدلاً من أن يقوم بتكملتها بنفسه»[٢].

أيضاً يلتزم البنك برد قيمة التأمين للعميل حال عدم الوفاء للمستفيد، إذ لم يقم البنك بدفع قيمة المبالغ المودعة لديه كغطاء، وذلك فى الحالة التى يودع لديه العميل هذه المبالغ، وهنا ينقضي خطاب الضمان [٣] ولذا تقرر أن مطالبة للعميل بقيمة الخطاب مع عدم وجودأي مستند يثبت وفاء القيمة للمستفيد، تعد مطالبة غير ذا أساس[٤] بيد أن من أهم ما يضمنه العقد – ضمناً – هو التزام البنك بعدم الوفاء حال المطالبة التعسفية أو التى يشوبها الغش من قبل المستفيد. فإذا تعسف الأخير أو شاب مطالبته غش أو تعسف، فإن على البنك الامتناع عن السداد، وإلا تحمل مغبة كل وفاء غير صحيح.كما لا يكون المطالبة إذا لم يقم بوفاء قيمة الخطال،إذ تعد مطالبة غير صحيحة أو قبل

---

(١) Paris, 29/6/1990, D 1993, somm, p. 98.

(٢) CA. paris, 29/6/1999, Rev. Bancaire et financier, 2000, jan- fév, p. 21-22.

(٣))قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية رقم٢٠٠/١٤٠٨هـ، ص١٣٨.

(٤) قرار اللجنة المذكورة رقم ١٧٢/١٤١٠هـ،مرجع سابق، ١٤٠.

أوانها([1]).

وفى مقابل هذه الالتزامات، يكون للبنك وفقاً لمنطوق المادة (٣٦٠) إذا دفع المبلغ المتفق عليه للمستفيد، أن يرجع على الآمر بمقدار المبلغ المدفوع وعائده من تاريخ دفعه. ومن المقرر أن هذا الرجوع، وبغض النظر عن الخلاف الذى ثار حول أساسه القانونى[٢] ، يكون على أساس العقد المبرم بينهما، والذى يصرح فيه العميل للبنك بحق الاسترداد.

٢-التزامات العميل الآمر :

أما العميل الآمر فيلتزم بتقديم غطاء خطاب الضمان المراد إصداره، وهو أمر يعتمد على اتفاق الطرفين، البنك والعميل، وما إذا كان الخطاب يتضمن تسهيلاً ائتمانياً ويصدر على المكشوف، دون اقتضاء أى غطاء، وفى هذه الحالة لا محل لهذا الالتزام، أو أن يصدر الخطاب بغطاء جزئى أو كلى. أيضاً يلتزم العميل برد قيمة خطاب الضمان حال تنفيذه ووفاء البنك بهذه المبالغ، علاوة على الفوائد والعمولة المستحقة للبنك.

ويترتب على ما تقدم أن علاقة البنك بالعميل هى علاقة محكومة بذاتها، وبالشروط الواردة فيها، بحيث لا يجوز للبنك أن يحتج تجاه المستفيد بأى دفع مستمد من علاقته بالعميل، كفسخ عقد فتح الاعتماد حتى ولو كان مرجعه خطا العميل، أو عدم وفاء العميل بالعمولة والمصاريف والفوائد، أو تخلف

([1]) قرار لجنة تسوية المنازعات رقم ١٤٠٩/٣٠٧، مرجع سابق، ص١٣٩ .

(٢) راجع رسالتى للدكتورة آنفة الذكر، ص٢١٩ –٢٢٠.القراران الصادران للجنة تسوية المنازعات المصرفية رقمي٢٧٣/٢٣٨،١٤٠٨/١٤٠٨هـ، مرجع سابق،١٣٨.

العميل عن إيداع الغطاء لدى البنك[1]، أو تمسكه باستحالة رجوعه على العميل لإفلاسه أو لإعساره، أو لصعوبة إقامة الدعوى عليه فى الخارج إلى نحو ذلك من دفوع وحجج لا شأن للمستفيد بها.

ثانياً: علاقة البنك بالمستفيد :

يتعهد البنك قبل المستفيد بدفع قيمة الخطاب، ولذا ينشأ للمستفيد حق بمجرد إصدار الخطاب ووصوله إلى علمه[2]، إذ أن الخطاب – وحسب ما استقر عليه الفقه – ينشأ بإرادة البنك المنفردة دون حاجة إلى قبول ولو ضمنى من المستفيد، إذ ما على الأخير إلا أن يقبل الخطاب دون اعتراض على مضمونه أو أن يرفضه. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا المصرية بقولها «ذلك أن ضمان البنك لا يعتبر عقداً بينه وبين المستفيدين من خطابات الضمان، ولذلك فإنه لا يشترط لإلزام البنك أن يقبل المستفيد الخطابات، وإنما يلتزم البنك نهائياً بمجرد إصدار الخطابات ...» [3]. فالبنك يتعهد بصفته أصيلاً قبل المستفيد لا بوصفه نائباً عن عميله. وتتميز علاقة البنك بالمستفيد والناشئة عن خطاب الضمان بأنها علاقة مستقلة، إذ أن مبدأ الاستقلال هو أساس بنيان وقوام ومحور خطاب الضمان، والذى بدونه يصبح شأنه شأن الكفالة التابعة، ويفقد الخطاب فاعليته وجدواه، حتى أنه وصف – أى مبدأ استقلال التزام البنك – بأنه دستور خطاب الضمان.

لذا أصبح من المتعين أن يتمتع خطاب الضمان باستقلال تام عن العلاقات

---

(١) د. محمود الكيلانى. مرجع سابق، ص١٨٦، د. عبد الرحمن قرمان. مرجع سابق، ص٣٦٢.

(٢) رسالتى للدكتوراه المذكورة سلفاً، ص٢٣٠.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا بتاريخ ١٩٦٣/٧/٢٠، طعن رقم ٨٩٧ لسنة ٥٩، مجموعة المبادئ التى قررتها المحكمة العليا فى عشر سنوات ١٩٥٥ – ١٩٦٥، ص١٣٨٩.

الأخرى، ومن ثم لا يكون البحث ممكناً عن التزام الضامن إلا فى الصيغة التى تضمنها الخطاب ذاته، وهو ما أكدته المادة (٣٥٨) من قانون التجارة، بأنه لا يجوز للبنك أن يمتنع عن الوفاء للمستفيد بسبب يرجع إلى علاقة البنك بالآمر أو علاقة الآمر بالمستفيد.

فمن جهة أولى لا يكون للبنك الضامن أن يدفع مطالبة المستفيد، ببطلان عقد الأساس[١] ، أو فسخه، أو أنه نفذ تنفيذاً كاملاً، أو استحالة رجوعه على العميل لإفلاسه أو إعساره[٢]،أو أن يتمسك بأن العميل قد نفذ الجزء الأكبر من التزاماته، أو إثارة أى سبب من أسباب انقضاء الدين، كالمقاصة[٣] أو التجديد أو الإبراء.

ومن ناحية أخرى، لا يحق للبنك أن يتمسك قبل المستفيد بأى دفع ناجم عن علاقته بالعميل، كوفاة الأخير، أو عدم وفائه العمولة المستحقة للبنك، أو تخلف العميل عن إيداع الغطاء إلى نحو ذلك من دفوع.

فمن المقرر أن البنك لا يملك إثارة أى دفع من دفوع الوفاء إلا بشأن علاقته بال مستفيد والدفوع الناشئة عنها، كغلط فى شخص المستفيد، أو يكون دائناً للمستفيد فيدفع فى مواجهته بالمقاصة، أو كان الخطاب الذى بيد المستفيد مزوراً[٤] ، أو يكون المستفيد قد حصل على رضا الضامن بنوع من التدليس إلى

---

(١) paris, 29/1/1981, D 1981, somm, Vasseur, p. 336, Cass. com, 20/12/1982, D 1983, p. 365, note. Vasseur.

(٢) Simler.Cautionnement et garanties autonomey, éd 2000, p. 795

(٣))قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية رقم١٢٩/١٤٠٩هـ.

(٤) د. سميحة القليوبى. شرح قانون التجارة المصرى رقم١٧ لسنة ١٩٩٩، ص٧٤٤، د. عبد الفضيل محمد أحمد. العقود التجارية وعمليا ت البنوك طبقاً لأحكام القانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ص٣٥٩، د. محمود الكيلانى. مرجع سابق، ص٧٠.

غير ذلك من الدفوع التى تثور فى علاقتهما المباشرة. فالتزام البنك التزام شخصى بوصفه أصيلاً عن نفسه لا بإعتباره نائباً عن العميل.

والإشكالية التي ثارت، وهي هل يملك البنك مد أجل خطاب الضمان بناء على طلب المستفيد ودون الرجوع للعميل؟. يتجه الرأي إلى أن المد مرهون بإرادة طرفيه وهما كل من البنك والمستفيد وليس بإرادة العميل([1]). وأنه يكفي توجيه طلب المد إلى أحد فروع البنك،بإعتبار أنه وفروعه وحدة واحدة لا تتجزأ([2]).

بيد أن هذا الاستقلال وعدم قبول الدعاوي التي يقصد منها الحيلولة دون الوفاء للمستفيد أو وقف صرفه([3])، يتراجع أمام حالة الغش من جانب المستفيد، إذ أن تشجيع التجارة الدولية واضطراد المعاملات، وحماية حق المستفيد، لا يصل إلى حد إهدار قاعدة من أهم القواعد السائدة فى مجال التعاملات الدولية، وهى قاعدة الغش يفسد كل شئ، بما حاصله أنه يتعين على البنك عدم تلبية طلب الوفاء المقدم من جانب المستفيد، متى شاب مطالبته غشاً أو تعسفاً، وكانت تعبر عن انعدام الأساس القانونى للطلب، وهو ما يتنافى مع مبدأ حسن النية فى المعاملات الدولية. وأخيراً مما يتعين الإشارة إليه أن حق المستفيد على خطاب الضمان تجاه البنك هو حق شخصي، لا يجوز تحويله أو تظهيره،وليس لدائنيه أن يستعملوا حقه الثابت فيه([4]).

([1]) نقض بتاريخ ٢٠٠١/١٠/٢٣، الطعن رقم ٤١٨١ لسنة ٦٢ ق.

([2]) قرار اللجنة السابقة رقم ١٤٢٣/٢١٣، مرجع سابق، ١٤٤.

([3]) ذات الحكم اسابق.

([4]) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية رقم ١٤٠٩/٢٢٩هـ،مرجع سابق ، ص١٣٩ .

الفصل الرابع
خصم الأوراق التجارية

تمهيد وتقسيم:

عملية خصم الأوراق التجارية([1])، هى إحدى عمليات البنوك،وفيها يلجأ أحد العملاء لطلب خصم ورقة تجارية آجلة ،كالكمبيالة والسند لأمر، لتعجيل نقودها لسد حاجاته التجارية العاجلة، دون انتظار حلول آجال ديونه المستحقة عن طريق ما يملكه من أوراق تجارية آجله.

يفهم من ذلك أن الخصم هو إحدى العمليات الائتمانية التى تمكن العميل من

([1]) ويقصد بالأوراق التجارية، كل من الشيك والكمبيالة والسند الإذني، الطعن رقم ٣١٠ لسنة ٨٤ ق، جلسة ٢٠٢٠/١١/٢.

الحصول على مبالغ نقدية حالة، لقاء نقل حق آجل إلى البنك ثابت فى ورقة تجارية، وذلك اعتماداً على ثقة البنك فى استرداد ما عجله للعميل.

وبناء على ما تقدم نقسم هذا الفصل إلى مبحثين على النحو التالى:

المبحث الأول: ماهية الخصم.

المبحث الثانى: إجراءات عملية الخصم.

المبحث الأول
ماهية الخصم

تعريف الخصم :

الخصم هو اتفاق يتعهد البنك بمقتضاه بأن يدفع مقدماً قيمة صك قابل للتداول إلى المستفيد فى الصك مقابل نقل ملكيته إلى البنك مع التزام المستفيد برد القيمة الأسمية إلى البنك إذا لم يدفعها المدين الأصلى، مع خصم البنك نسبة مما يدفعه للمستفيد من مبلغ الصك، فضلاً عن العمولة إن كانت مشروطة[1]. مؤدى ذلك أن الخصم صورة من صور الائتمان المصرفى، يعجل بموجبها البنك إلى المستفيد من ورقة تجارية لم يحل أجلها بعد، قيمة هذه الورقة، لقاء تنازل المستفيد للبنك عن ملكية الحق الثابت والمدون بالورقة، ويخصم البنك – عادة – من قيمة الورقة مبلغاً يقابل فائدة المبلغ المدفوع عن المدة من تاريخ دفعه إلى تاريخ استحقاق الورقة[2].

وإذا كان الخصم من أحد صور الائتمان البنكية، فإنه يتميز عن الأشكال الأخرى، بأنه يقوم على ثقة البنك بالعميل وشخصية الموقعين-كالساحب

---

(١) المادة (٣٥١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(٢) راجع : د. على جمال الدين. عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص٤٥٧، د. بهت قايد. مرجع سابق، ص١٠١، د. حياة شحاته. مرجع سابق، ص٩٦.

والمظهرين- على الورقة التى يقدمها هذا العميل إلى البنك الخاصم.

أهمية عملية الخصم ومخاطرها.

لا ريب فى مدى أهمية عملية خصم الأوراق لكل من البنك والعميل، إذ أنها تفيد البنك فى أن يحصل على فائدة، تحسب على أساس المدة من تاريخ الخصم وحتى تاريخ استحقاق الصك، يحتجزها من المبلغ الذى يعجله للعميل. كما أنه يتقاضى عمولة عن نفقات العمليات التى يقتضيها الاحتفاظ بالورقة وقبض قيمتها.

أيضا يمكن للبنك من أن يعيد خصم الورقة إلى البنك المركزى دون انتظار حلول أجلها([1])، ومن ثم فهى عملية قصيرة الأجل لا يتكلف البنك فيها شيئاً، وتحقق له بعض الضمان، إذ أن كل الموقعين على الورقة ضامنين للوفاء بها، وبالتالى يفيد من كل الضمانات التى تتبعها الورقة المخصومة.

من جهة أخرى، فإنه بلا شك تبدو فائدة العملية للعميل، إذ يستطيع عن طريق خصم الورقة التجارية أن يحصل فوراً على ما هو مؤجل له، دون انتظار حلول الأجل المحدد للورقة، مما توفر السيولة النقدية اللازمة فى أعماله، أو لسداد ديونه الحالة. إلا أن عملية خصم الأوراق التجارية، لا تخلو من المخاطر والعيوب[٢]،إذ أن خصم الورقة قد يعرض البنك لخطر عدم السداد من قبل المسحوب عليه، كما أن البنك قد لا يستطيع استيفاء قيمة الورقة المخصومة من الموقعين عليها لإفلاسهم أو إعسارهم، وقد تكون الورقة موضوع

([1])مؤلفنا. الأوراق التجارية .سالف الذكر ، ص١٩.

(٢) انظر د. على جمال الدين. المرجع السابق، ص٤٦٨، د. حياة شحاته. مرجع سابق، ص٩٨، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٠١ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٩٩ وما بعدها.

التزام غير حقيقى، أى ورقة مجاملة، القصد منها فحسب خلق ائتمان وهمى.

كما أن خصم الورقة يؤدى بالعميل إلى فقدان مبلغ معين من قيمة الورقة المراد خصمها، لقاء الفائدة والعمولة المستحقين للبنك، واللذان قد يغالى البنك فيهما لقاء المخاطر التي قد يتعرض لها،وإن كان البنك دائما ما يلتزم بتعليمات البنك المركزي في هذا الشأن.

الطبيعة القانونية للخصم :

شب خلاف بين الفقه، مرده تحديد طبيعة وتكييف عملية خصم الورقة التجارية، وبدا فى هذه الصدد ثمة عدة نظريات، ويعزو السبب فى هذا الخلاف إلى أنها عملية مركبة، ويختلف تكييفها باختلاف الجزء الذى ينظر إليه، فهى فى مضمونها بمثابة اتفاق بين الطرفين، البنك والعميل، إلا أن تنفيذها يتخذ طريقة قد تتعذر وتستعصى على إخضاعها لمضمون الاتفاق.

فالرأى الأول يذهب إلى أن الخصم هو بمثابة تظهير للورقة إلى البنك تظهيراً ناقلاً لملكيتها، مع ما يرتبه هذا التظهير من آثار لطرفيه والغير، فيكون للبنك كافة الحقوق والضمانات المقررة للمظهر إليه،أي يصر للبنك ذات ما هو سائد للمظهر إليه. وثمة رأى آخر يقول إن عملية الخصم هى بمثابة قرض مضمون بالورقة التجارية التى يظهرها العميل.أي أن العميل قد حصل على قرض، وهو المبلغ الذي أعطاه البنك له، مع تقديمه الورقة التجارية لضمان الرد.

والبعض يرى أن الخصم هو عبارة عن حوالة من العميل إلى البنك لحق له قبل الغير، أو هو شراء من البنك لحق آجل بثمن عاجل، إلى نحو ذلك من

آراء[1] فشلت فى معظمها فى تفسير الأساس أو التكييف القانونى لخصم الورقة التجارية وذلك لعدة أسباب.

١- فمن يقول بأن الخصم هو قرض مضمون بورقة تجارية، قد تناسى أن الورقة التجارية لا تظهر إلى البنك كتظهير تأمينى لتكون ضماناً له عما عجله للعميل، وإنما كتظهير ناقل لملكية الورقة محل التظهير. كما أن المبالغ المعجلة من قبل البنك للعميل ليست قرضاً، إذ أن المبلغ المدفوع لا يرد فيما بعد، وإنما هو مقابل بات للحق المخصوم، كما تجاهلت هذه النظرية إرادة الطرفين، اللذين لم تنشأ لديهم أية نية للقرض،ولذا يتعارض هذا التأسيس مع إرادة البنك والعميل ومع طبيعة العملية.

٢- أيضاً عجزت فكرة الحوالة أو الشراء أو البيع عن تبرير بعض القواعد الخاصة التى يتسم بها الخصم، ومنها بقاء ضمان البنك قائماً لحين استيفاء حقه منها، أو أن للبنك، قبل المدين الأصلى فى الصك والمستفيد وغيرهما من الملتزمين الآخرين، جميع الحقوق الناشئة عن الصك الذى خصمه.

لذا نؤيد فكرة التظهير الناقل للملكية، إذ قد أصبح البنك حاملاً لورقة تجارية على سبيل التملك،ويرتب التظهير آثاره سواء فيما بين الطرفين أو بالنسبة للغير، فيكون للبنك أن يطالب المسحوب عليه أو كافة المظهرين والموقعين عليها بقيمتها في تاريخ إستحقاق الورقة المخصومة، وإذا أهمل البنك فى اتخاذ الإجراءات الخاصة بمتابعة الورقة، فإن حقه قد يسقط فى الرجوع على الموقعين بإعتباره حاملاً مهملاً.

---

(١) راجع للمزيد من هذه الآراء، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٤٦٠ وما بعدها، د. حياة شحاته. مرجع سابق، ص١٠٤- ١٠٥ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٨٨ - ٨٩ ، كتابنا. عمليات البنوك وفقاً لأحكام قانون التجارة العمانى، ص٦٠- ٦١.

المبحث الثانى
إجراءات عملية الخصم

تقتضى إجراء عملية الخصم، قيام العميل بتسليم البنك الأوراق محل الخصم، وإذا تراءى للبنك استيفائها كافة الشروط المعنية، فإنه يعجل المبلغ المتفق عليه للعميل،مع خصم الفائدة والعمولة، وينتظر حلول أجل الورقة محل الخصم، ثم يقوم باستيفاء قيمتها، وقد يفشل البنك فى الحصول على قيمة الورقة لسبب ما، ولذلك فإن القانون قد منحه بعض الضمانات فى هذا الصدد كي تكفل له إسترداد ما وفاه.

نقل ملكية الورقة محل الخصم وتسليمها إلى البنك :

يلتزم العميل بنقل ملكية الورقة وتسليمها إلى البنك، وذلك باتخاذ الوسيلة المناسبة لذلك، وتسليمها له تسليماً مادياً[1]. ويتوقف ذلك على نوع الورقة، فإن كانت أذنية، فيكون بطريق التظهير، وبالمناولة اليدوية إن كانت لحاملها تبعاً لقاعدة الحيازة فى المنقول سند الملكية. وإذا كان الحق المخصوم أسمياً اتخذت إجراءات الحوالة اللازمة لنقله إلى البنك.

ومن المتعين أن يكون التسليم بغية نقل ملكية الورقة للبنك،فلا يكون توكيلياً في إستيفائها أو تأمينياً كرهن أو ضمان. بما حاصله أن يستوفى التظهير – وهو الفرض الغالب – بيانات التظهير الناقل للملكية.

ويفضى تملك البنك للورقة المخصومة، إلى أن يكتسب كافة حقوق الحامل، ومنها أن يكون له حق تقديمها للقبول إلى المسحوب عليه[2]، ويصير صاحب الصفة فى اتخاذ الإجراءات القانونية للمطالبة بقيمتها عند حلول أجلها، كما له

---

(١) د. على جمال الدين. عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص٥٠٢.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٩٣.

ألا ينتظر هذا الأجل، ويقوم بتظهيرها إلى آخر أو بإعادة خصمها لدى البنك المركزى، ومن ثم يسترد ما عجله إلى العميل قبل حلول الأجل المتفق عليه.

دفع قيمة الورقة التجارية المخصومة :

لقاء ما يتلقاه البنك من ورقة تجارية أجلة، فإنه يعجل للعميل قيمتها التى يرغب فى الحصول عليها فى الحال، وهو ما يلتزم البنك به بعد التحقق من استيفاء الورقة محل الخصم لكافة الشروط المتفق عليها، مع خصم البنك مما يدفعه للمستفيد نسبة من مبلغ الصك، فضلاً عن العمولة إن كانت مشروطة[1].

وقد نوهت المادة (٣٥٢) إلى أن تحسب النسبة على أساس المدة من تاريخ الخصم حتى تاريخ الاستحقاق للصك، أو على أساس مدة أكثر من ذلك بالنسبة إلى عمليات الرهن وغيرها من العمليات التى تتضمن تعهد المستفيد برد ما قبضه قبل حلول أجل الصك.

حقوق البنك بشأن الورقة المخصومة :

هناك ثمة عدة خيارات أمام البنك الذى نفذ عملية الخصم، تكمن فى إما انتظار حلول أجل استحقاق الورقة والمطالبة بقيمتها، أو تظهيرها لآخر، أو إعادة خصمها قبل حلول أجلها. والفرض الغالب هو انتظار حلول أجل الورقة المخصومة ثم المطالبة بقيمتها، فإن استوفى البنك حقه الثابت فيها، ففى هذه الحالة تنقضى الورقة بوفاء قيمتها. أما حال الفرض الذى يفشل فيه البنك الذى قام بخصم الورقة في تحصيل قيمتها، فإن المشرع قد منحه حق الرجوع على المدين الأصلى فى الصك المخصوم والمستفيد الذى قام بخصم الورقة، أى العميل، وغيرهما من الموقعين الملتزمين الآخرين، ويكون له جميع الحقوق

---

(١) مادة ٢٣٥١ من قانون التجارة.

الناشئة عن الصك الذى خصمه[1]. فضلاً عن ذلك، وبموجب الفقرة الثانية من المادة ٣٥٤ من قانون التجارة، يكون للبنك قبل المستفيد حق مستقل فى استرداد المبالغ التى دفعها دون استنزال ما خصمه البنك من نسبة وما قبضه من عمولة، ويكون للبنك استعمال هذا الحق فى حدود الصكوك غير المدفوعة أياً كان سبب الامتناع عن دفعها.

مؤدى ما تقدم من النصوص، أن المشرع وضع من الضمان ما يكفل للبنك الذى قام بخصم الورقة حقوقه، سواء بالرجوع على المظهرين الموقعين على الورقة، بما فيهم المدين الأصلى فى الصك والعميل المستفيد من الخصم، أو بطريق الحق المباشر والمستقل الذى منحه القانون للبنك فى استرداد المبالغ التى قبضها العميل، ودون استنزال الفائدة والعمولة اللذين سبق للبنك وأن حصل عليهما، وهو ما يعد تعويضاً للبنك عن هذه العملية، ويكون للبنك استعمال هذا الحق المستقل فى حدود الأوراق غير المدفوعة، وبدون النظر إلى سبب الامتناع عن الدفع، أي سواء لإفلاس أو لوفاة بالرجوع على التركة،أو لأسباب قهرية. بيد أنه قد تطرأ بعض الأمور التى تستوجب أو تؤدى بالبنك إلى عدم انتظار حلول أجل الورقة، ويقوم بإعادة خصمها أو بتظهيرها والحصول على قيمتها.كما لو كان يواجه البنك أزمة سيولة مالية، أو لطول أجل الورقة، أو كان هناك مشروع لإندماج البنك في أو مع بنك آخر، أو تصفيته وإنتهاء نشاطه إلى غير ذلك.

ضمانات البنك :

علاوة على ما كفلته المادة ١/٣٥٤، ٢ للبنك الضامن، قد تتقرر للبنك ثمة ضمانات اتفاقية بينه وبين العميل، سواء بتقرير تأمين عينى للورقة، أو حق

---

(١) المادة ١/٣٥٤ من قانون التجارة.كما راجع مؤلفنا:الأوراق التجارية،ص١٩.

البنك فى إجراء القيد العكسى بالحساب الجارى للعميل المستفيد من الخصم حال فشله في تحصيل قيمتها.

فأولاً : قد يقتضى البنك وضماناً للوفاء بقيمة الورقة التجارية المخصومة، أن يكون له رهن على مال معين مملوك للعميل، كأوراق مالية، أو بضائع أو عقارات أو صكوك أخرى. ويكون للبنك فى حال عدم قبض قيمة الورقة فى موعدها، أن يستفيد من هذا الضمان بالتنفيذ العيني على المال محل الرهن.

ثانياً : وهى المكنة الثانية التى تضمن للبنك حقه فى استرداد ما سبق وعجله للعميل، وذلك بطريق إجراء قيد عكسى في الحساب المفتوح للعميل، إذا كان يربطه بالعميل المستفيد من الخصم، حساب جار، وبموجبه يلغى الورقة من رصيد العميل الدائن، بمقتضى قيد فى حسابه المدين[1]. بما حاصله أن ينخفض الرصيد الدائن ويزيد الرصيد المدين بمقدار قيمة الورقة التى لم تحصل، وهو ما أوضحت عنه المادة (٣٧٥) من قانون التجارة.

تطبيقاً لذلك إذا قام البنك بتسديد قيمة ورقة تجارية مخصومة ،ولم يتمكن من تحصيل قيمتها من المسحوب عليه، فيقوم البنك بقيد المبلغ مع عمولته في الجانب المدين للعميل ،ويعد ديناً عليه.

مسؤولية البنك حال التأخر في عملية القيد العكسي:

قررت لجنة تسوية المنازعات بالسعودية، بأنه إذا تراخى البنك في إجراء خصم قيمة الشيك من حساب الساحب دون مبرر حتى تم التعميم على البنوك بالحجز على أرصدة الساحب لدى البنوك مما أدي إلى عدم خصم قيمة

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٩٦- ٩٧.وهو ما قررته لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالمملكة العربية السعودية، في قرارها رقم ١٤٠٨/٢١٥هـ انظر المنازعات المصرفية،٢٠٠٩،ص٦٣.

الشيك،مرده مسئولية البنك عن تعويض المستفيد عما لحق به أضرار تمثلت في عدم الحصول على قيمة الشيك ،وفي المقابل يلتزم المستفيد بإعادة الشيك إلى البنك للرجوع به على الساحب([1]).وهو ما يقتضي من البنك ضرورة إجراء القيد العكسي حال تيقنه من عدم إستيفاء قيمته.

الباب الثالث

الحساب الجارى

تمهيد وتقسيم :

انتهينا فيما سبق إلى أن الحسابات البنكية إما أن تكون حسابات عادية أو حسابات ودائع، وهى تعد بمثابة إثبات للعمليات المقيدة فيها، ولا يؤثر هذا القيد على أن تظل محتفظة بخصائصها، وإما أن تكون حسابات جارية، وهى التى يفضى فيها قيد العملية إلى تغيير كبير فى طبيعتها[2].

وتقوم فكرة الحساب الجارى، على أن هناك علاقات متشابكة ومستمرة بين شخصين، بشكل يكون كل منهما دائناً أحياناً ومديناً أحياناً أخرى، هذه العلاقات وإن كان من الممكن تصفيتها مع كل عملية على حدة، فيدفع المدين

([1]) ذات القرار السابق.

(٢) راجع بشأن الحساب الجارى د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٧٨ وما بعدها، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٤٠، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٢٦ وما بعدها، د. الياس ناصيف.مرجع سابق، ص٤٧٧.

للدائن ما يكون فى ذمته، ومن ثم لا حاجة للتعامل بالحساب الجارى، إلا أن تكرار التعامل بين الطرفين، وتشابك وتعقد العلاقة بينهما، أدى إلى ضرورة البحث عن وسيلة أخرى أجدى فعالية، ومن هنا نشأت فكرة الحساب الجارى، لتؤدى إلى تلافى عيوب تصفية كل عملية على حدة، وفيه يتفق الطرفان على إرجاء التسوية النهائية للحساب، وتحديد من الدائن والمدين لحين حلول موعد قفله، أما خلال فترة بقاء الحساب، فليس هناك ثمة دائن أو مدين، وإنما يوجد شخص قابض وآخر دافع، ويظل هذا التأرجح مستمراً حتى موعد تصفية الحساب نهائياً.

وقد أفرد المشرع المصرى للحساب الجارى عدة نصوص، وهى من المادة ٣٦١ إلى ٣٧٧ ، ليضع تنظيماً قانونياً له، بعد أن كان يعالج تبعاً للعرف وما تسير عليه البنوك المحلية والدولية من عادات ووفقاً للقواعد الدولية.

وعلى هدى ذلك نقسم هذا الباب إلى ثلاثة فصول :

الفصل الأول : تعريف وأهمية الحساب الجارى وتجاريته وإثباته.

الفصل الثانى : مقومات الحساب الجارى.

الفصل الثالث : آثار القيد فى الحساب الجارى.

الفصل الأول

تعريف وأهمية الحساب الجارى وتجاريته وإثباته

المبحث الأول

تعريف الحساب الجاري وأهميته

تعريف الحساب الجارى :

يعرف الحساب الجارى بأنه عقد يتفق بمقتضاه طرفان على أن يقيدا فى حساب عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون التى تنشأ عن العمليات

التى تتم بينهما بحيث يستعيضان عن تسوية هذه الديون تباعاً بتسوية واحدة تقع على الحساب عند قفله أو غلقه [1].

مفاد ذلك أن يفترض الحساب الجارى – تبعاً لهذا التعريف – أن تكون هناك عمليات كثيرة متبادلة ومتتابعة تتم بين شخصين، وعوضاً عن تصفية كل عملية على حدة وبمفردها، وما قد يفضى ذلك إلى إرهاق ومشقة الطرفين، واقتصاداً لاستعمال النقود ونفقات قفل الحساب وغيرها، يتفق الطرفان ويفضلان أن يدرجا فى ذات الحساب كل العمليات المتتابعة التى تتم فيما بينهما، فلا يكون هناك ثمة دائن أو مدين خلال فترة تشغيل الحساب، وإنما تسجل الأرقام فحسب التى قد تجعله دائناً حيناً ومديناً حيناً آخر، ولكن لا يتحدد مركزه بهذا الوصف إلا مع قفل الحساب، وتتحول العمليات أو الأرقام إلى مجرد مفردات فى الحساب بصفة مؤقتة لحين قفله.

ويتمثل دور الحساب الجارى فى أنه يؤدى إلى فقدان كل عملية أفضت إلى رقم معين، ذاتيتها واستقلالها، وتصير بمثابة مجرد مفرد دائن أو مدين، ويكون الطرفان بمقتضاه أحدهما قابضا والآخر دافعا، ويظل هذا التأرجح فى المراكز القانونية على هذا المنوال لحين تصفية الحساب وقفله، إذ فى هذه اللحظة فقط تتحدد دائنية أو مديونية كل طرف من الطرفين.

وعليه فإنه لا يعتبر حساباً جارياً أى اتفاق يتقرر فيه، أن لا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر. إذ يفقد الحساب الجارى

---

(١) المادة ٣٦١ من قانون التجارة. وراجع في تعريفه في القضاء: الطعن رقم ١٠٣٥٨ لسنة ٨٤ق ، جلسة ٢٠١٩/٣/١٢، الطعن رقم ٢٠٨١١ لسنة ٧٧ق، جلسة ٢٠١٤/٢/١٠، الطعنان رقم ٤٧٧٩ لسنة ٦٩ق، و٥٧٦٩ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠٠٨/٦/٢٤، المكتب الفني،السنة ٥٩،ص٧٣٦.

فى هذه الحالة صفة التداخل بين العمليات. من جهة أخرى لا يعد الحساب الجارى اتفاقاً على تأجيل تسوية العلاقات المتتابعة بين الطرفين[1]، إذ ظلت كل عملية محتفظة بذاتيتها واستقلالها عن العلاقات الأخرى، لأن مناط الحساب الجارى يقوم على فقدان ذاتية كل عملية، وتسفر فحسب عن رقم معين يتم قيده فى أحد الجانبين.

ومما يجدر الإشارة إليه، أنه ولئن كان الأصل هو أن يكون أحد الطرفين فى الحساب بنكاً، إلا أن المادة ٣/٣٦١ قضت بأن تسرى أحكام الحساب الجارى على كل حساب جار ولو لم يكن أحد الطرفين بنكاً.وهو ما يفضي إلى إمكانية فتح الحساب بين تاجرين يتعاملا معا.

أيضاً قضت الفقرة الرابعة من ذات المادة المذكورة، على سريان حكم المادة (٣٠٨) من قانون التجارة على الحساب الجارى المشترك المفتوح لدى بنك. وبالرجوع إلى حكم المادة (٣٠٨)،نرى أنه ليس ثمة ما يمنع من أن يفتح حساب جار مشترك بين شخصين أو أكثر لدى بنك، ويفتح الحساب المشترك بناء على طلب اصحابه جميعاً، ولا يجوز إجراء عمليات فى هذا الحساب إلا بموافقتهم جميعاً، ما لم يتفق على غير ذلك.كما لو اتفق اثنان من الأخوة لكل منهما تجارته في ذات العمل،وعوضاً عن فتح حسابين مستقلين، يقوما بفتح حساب واحد. وإذا أخطر أصحاب الحساب الجارى المشترك البنك كتابة بوجود ثمة خلاف بينهم، تعين على البنك تجميد الحساب ووقف التعامل عليه حتى تتم تسوية الخلاف بينهم رضاء أو قضاء.

وإذا توفى أحد أصحاب الحساب الجارى المشترك أو فقد الأهلية القانونية، وجب على الباقين إخطار البنك بذلك وبرغبتهم فى استمرار الحساب، وذلك

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٤١.

خلال مدة لا تجاوز عشرة أيام من تاريخ الوفاة أو فقدان الأهلية.

فوائد وأهمية الحساب الجارى :

لا ريب فى مدى الفائدة التى يحققها الحساب الجارى لأطرافه[1]، إذ يؤدى إلى التقليل من استعمال النقود، فلا تكون هناك ثمة حاجة إلى النقود إلا للوفاء بالرصيد النهائى، بما مؤداه أن تفقد كل عملية ذاتيتها، مما يفضي إلى جمع العمليات كلها فى بوتقة واحدة وإخضاعها لنظام موحد.

أيضاً يحقق الحساب الجارى ميزة هامة، وهى أنه يعين على تيسير تسوية الديون بطريقة المقاصة النهائية عند قفل الحساب[2]. فضلاً عن أنه يعد أداة ائتمان، إذ أنه لا يلزم المدين فى الحساب بدفع دينه مباشرة، بل يكفى أن يقدم مقابلاً لما تلقاه فى حساب الدائن.

وتتضح أهمية الحساب الجارى فى أكثر الأحوال، حال القرض المصحوب بحساب جار، وذلك لأن العميل المقترض فى القرض البسيط، أى غير المصحوب بحساب جار، يكون له أن يسحب القرض، وإن سحبه وقام برده لاحقاً، لا يكون له أن يسحبه مرة أخرى. على نقيض القرض فى نطاق الحساب الجارى، الذى يكون بإمكان العميل المقترض سحب المبلغ كله أو جزءاً منه، وإن رد جزء منه، فله أن يعيد سحبه مرة أخرى، وذلك لأن رده لم يكن وفاءاً له، بل فحسب مجرد مدفوع فى الحساب، وهو مما يؤدى بالعميل إلى الاستفادة من الأموال محل القرض على أوسع نطاق.

---

(١) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص١٨٠ – ١٨٢ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٤١ – ٤٢، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٨٢، د. أحمد زيادات ود. إبراهيم العموش. مرجع سابق، ص٣٣٤.

(٢) إذ تقضى المادة ٢/٣٦٢ من قانون التجارة بأنه لا تجوز المقاصة بين مفرد فى ومفرد آخر فى نفس الحساب.

المبحث الثاني

تجارية الحساب الجاري وإثباته

تجارية العقد وكيفية إثباته :

إن اعتبار الحساب الجارى من العمليات المصرفية التى تمارسها البنوك، يؤدى إى إسباغ الصفة التجارية عليه بالنسبة للبنك، أما الطرف الآخر، فلا يعد تجارياً بالنسبة له إلا إذا كان تاجراً ولحاجات تجارته،وفي هذه الحالة يعد عملا تجارياً بالتبعية. ويترتب على تجارته الحساب الجارى بالنسبة لطرفيه، أن يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات، ما لم يكن مدنياً بالنسبة للعميل، وفى هذه الحالة لا يجوز إثباته إلا طبقاً للقواعد العامة فى الإثبات.وإن كان المعتاد أن يثبت بكتاب محرر من البنك كعقد بينه وبين العميل.

بيد أنه لا يعد شرطاً جوهرياً أن يكون أحد أطراف الحساب بنكاً، وهو ما يتصور فى معاملات التجار فيما بينهم، كتاجر جملة وآخر تاجر تجزئة، أو بين الشركاء والشركة، أو بين أشخاص عاديين[1]، والسؤال متى يعد الحساب الجارى تجارياً أو مدنياً ؟.

بالرجوع للقواعد العامة فى نظرية الأعمال التجارية، لا يعد الحساب تجارياً إلا إذا كان طرفيه تجاراً ويكون الحساب لإتمام حاجات تجارته، وقد يكون تجارياً بالنسبة لأحد أطرافه، لكونه تاجراً ويكون الحساب لحاجات تجارته، ومدنياً بالنسبة للطرف الآخر، كما لو كان غير تاجر، ولم يتم فتح الحساب

---

(١) وقد قضى بأنه لا خطأ فى تكييف العلاقة بين الجهات الحكومية وبين البنك المركزى فى شأن معاملاتهم المالية بأنها عقد حساب جـ ار. نقض تجارى جلسة ١٩٨٤/٦/١١، الطعن رقم ٤٣٠ لسنة ٤٩ ق، مجموعة النقض، السنة ٣٥، الجزء الثانى، ص١٦٠٢.

لتجارة ما، كالحساب المفتوح بين التاجر وعميل مدنى.

أي بما مفاده أن تحديد الصفة التجارية أو المدنية أو المختلطة،تقتضي الرجوع لصفة طرفيه وطبيعة المعاملات بينهما.إلا أن الصعوبة قد تبدو في أن المعاملات المقيدة فيه ، قد تكون بعضها مدنية والبعض منها تجارية. وقد يقال إنه يتعين النظر للمعاملات التي تغلب على الحساب، فيعد تجارياً إذا كان أغلبها تجارياً، ويعد مدنياً إذا كان أغلبها مدنياً.إلا أننا وتلافياً لهذه الصعوبة، نرى إسباغ الصفة التجارية على الحساب لكل من الطرفين،وتماشيا مع الواقع العملي الذي يشهد بأنه،ماعدا الحسابات الجارية بصورتها البسيطة،والتي يقوم- مثلاً- موظف بفتحه لكي يودع فيه راتبه الشهري، تفتح الحسابات الجارية بمعناها سالف البيان للتجار أو للشركات التجارية.

وقد قضى بأن عقد الحساب الجارى كما يكون صريحاً ، قد يكون ضمنياً تستخلصه محكمة الموضوع من ظروف الدعوى وملابساتها[1].

الاعتبار الشخصى فى الحساب الجارى :

عقد الحساب الجارى، ونظراً أنه يعرض كلاً من طرفيه لإعسار أو إفلاس الطرف الآخر، يعد من العقود المبنية على الاعتبار الشخصى[2]، فتكون شخصية أطراف الحساب محل اعتبار، فكل طرف يدفع فى الحساب الجارى حقوقاً مقابل قيد كتابى قد لا يستوفيه، ومن ثم يتعين على كل طرف من أطرافه، على الأقل بالنسبة للبنك، أن يجرى تحريات دقيقة على الأحوال المالية للطرف الآخر، ولا يقدم على التعامل بموجب حساب جار إلا إذا اطمئن

---

(١) نقض ١٩٨٤/٦/١١ المذكور سابقاً.

(٢) قرار لجنة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية رقم١٤٠٨/١٦٢،مرجع سابق،ص١٠٨.

الطرفان وأصبح كل منهما على ثقة بالطرف الآخر .وإن كانت هذه الثقة يبحث عنها البنك حال وجوده في العميل الطرف الآخر.

ويترتب على ذلك أن من حق البنك رفض فتح حساب جار لعميل تضطرب أحواله المادية، وأسفرت التحريات عن سوء مركزه المالى، على نحو قد يؤدى إلى خلق مظهر خادع لهذا العميل، إذا لبى البنك طلبه بفتح حساب جار.

الفصل الثانى

مقومات الحساب الجارى ونطاقه

المبحث الأول

مقومات الحساب الجاري

يشترط لقيام الحساب الجارى عدة مقومات، ومنها ضرورة وجود المدفوعات فى نطاق الحساب المفتوح، وكذلك تبادلها وتشابكها.

أولاً : ضرورة المدفوعات[1] :

طالما أن المقصد الأساسى الذى يبغيه الطرفان من الحساب الجارى هو تسوية العمليات التى تتم بينهما، وذلك بإدخال هذه العمليات فى نطاق الحساب الـ جارى، فإن هذه العمليات لكى تدخل فى الحساب، يتعين أن تكون قابلة للتحول إلى مفرد حسابى دائن أو مدين، بما حاصله أن المدفوعات، وهى التى تقيد فى الحساب، تكون بمثابة حق لأحد الطرفين قبل الآخر، ومن ثم لا يجوز أن تقيد فى الحساب ثمة بضاعة أو سندات أو اسهم ، وإنما التي تقيد قيمة

---

(١) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٠٣ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٤٣، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٣٣، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٨٦. كما انظر في القضاء: الطعن رقم ٨١٠٢ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠١٩/٣/١٢، المكتب الفني ،السنة ٧٠، قاعدة ٤٦، ص٣٣٨.

هذه الأشياء نقداً.

ويقصد بالمدفوع كـ ل قيمة تدخل فى الحساب ويكون من شأنها إنتاج حق لصالح طرف فى مواجهة الطرف الآخر. مؤدى ذلك أن المدفوع هو حق الدافع فى مواجهة القابض، و يسمى من قدم القيمة محل القيد دافعاً، وتدرج هذه القيمة فى رصيده الدائن ،أي في جانب الأصول، ويكون الطرف الآخر قابضاً، وتقيد فى جانبه المدين ،أي في جانب الخصوم.

ومن المقرر أن المدفوعات قد تكون مادية أو قانونية. ويكون المدفوع مادياً إذا سلم الدافع للقابض مبلغاً نقدياً أو مستندات وقيدت قيمتها فى الحساب فعلاً، وتكون بمثابة قيد لمدفوع. أما المدفوع القانونى فهو الذى يتحصل فى حق يكسبه الدافع ضد المستلم، كالذى يتحصل من أعمال قام بها أو فوائد المبالغ التى له فى الحساب الذى يربطهما[1].

أيضاً تنقسم المدفوعات إلى مدفوعات مباشرة، ومدفوعات غير مباشرة، ويكون المدفوع مباشراً، إذا تلقى القابض القيمة محل القيد من الدافع مباشرة كما لو أودع المال نقدا، أما إذا مرت القيمة فى انتقالها من طرف إلى الطرف الآخر بشخص ثالث، فالمدفوع يصر غير مباشر، كأن يوفى أحد الطرفين ديناً على الطرف الآخر لصالح شخص ثالث.

شروط المدفوعات :

يتعين لإمكانية قبول المدفوع فى الحساب الجارى، وتحوله إلى مفرد فى الحساب، أن تتوافر فيه الشروط الآتية :

١- تماثل المدفوعات :

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٠٤.

لا يتصور أن يغذى الحساب إلا بموجب مدفوعات متماثلة من طبيعة واحدة ترد على أشياء مثلية تقبل المقاصة، وهو ما لا يتحقق إلا إذا كانت المدفوعات من النقود أو الأشياء المتحدة فى النوع. ولا يثير ذلك أية مشكلة فى الحساب الجارى، إذ أن المدفوعات تأخذ شكل النقود، سواء كانت مبلغاً نقدياً أو ديناً تقيد قيمته فى الحساب. أما إذا كانت بعض المدفوعات مستندات كالأوراق التجارية،،تعين –في هذه الحالة–أن تكون قابلة لأن تفقد ذاتيتها وتصبح مثلية.

وهذا الشرط هو اقتضاء طبيعى للغاية الأساسية من فتح الحساب الجارى، وهو تأجيل إجراء المقاصة النهائية وتوحيد عملية التسوية، التى لا يتصور إجرائها إلا بتماثل المدفوعات. ويترتب على ذلك أنه لا أهمية للعملية القانونية التى أدت إلى نشأة المدفوع، وأيا كان مصدره، وسواء نشأت عن عمليات مختلفة متعددة أو عن عملية واحدة أصلية، كما لو تحصلت من قروض العميل التي حصل عليها تجاه البنك.

٢- أن تكون المدفوعات مؤكدة :

يتعين أن تكون الحقوق التى تصلح أن تكون أحد مفردات الحساب الجارى، مؤكدة[١]، بما حاصله أن لا يصلح الحق محل المنازعة للقيد فى الحساب، كما لا تقيد فى الحساب إلا الحقوق القائمة للدافع ضد القابض.

ويترتب على ذلك أن تستبعد الديون المنقضية بتسوية أو لسبب ما، إذ لا يتصور تسويتها مرتين، أو الديون المتنازع عليها، سواء كان النزاع فى وجودها أو مقدارها. أما بالنسبة للديون المعلقة على شرط، فإذا كان الشرط واقفاً، فإن ذلك لا يجوز قبل تحقق الشرط، إذ أنه غير موجود ومشكوك فى توافره، وإنما

---

(١) د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٨٧، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص٤٤، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٠٧.

بتحقق الشرط، يصير الدين موجوداً ويجوز قيده. أما بالنسبة للحق المعلق على شرط فاسخ، فإنه لا يمنع من دخول الحق كمدفوع، لأن الحق موجود وإن كان مهدداً بالزوال، إذ أنه يمكن الغاؤه بموجب قيد عكسى إذا تحقق الشرط الفاسخ وزال الحق، كما لو كان سنداً تجارياً تحت شرط قبض قيمته، ولم يتمكن الدائن من قبض هذه القيمة.

بيد أنه لا ينال من وجود الحق كونه مضافاً إلى أجل، إذ يقيد فى خانة الديون المؤجلة، وإذا تم قفل الحساب قبل حلول الأجل المحدد له، فإنه لا يدخل فى التسوية النهائية، أما إذا حل أجل الحق قبل التسوية وقفل الحساب، فإنه يدمج فيه ويصير شأنه كأى مدفوع داخل الحساب.

٣- مدى إقتضاء أن يكون الحق محدد المقدار .

ثمة خلاف شب بين الفقه حول ما إذا كان يلزم أن يكون الحق محدد المقدار أم لا، وقد يبدو اقتضاء تحديد مقدار الحق المراد إدخاله فى الحساب، أمراً منطقياً، إذ أنه لا يدرج فى الحساب إلا المدفوع المحدد برقم معين كي يسهل إدراجه وقت قيده.

ومن جانبنا نرى أنه لا صعوبة فى إدراج الحق ولو كان غير محدد المقدار، غاية الأمر أن يقيد فى جانب قسم يخصص للحقوق غير الحالة، وأن العبرة فى تحديد مقدار الحق لا تكون بوقت دخوله الحساب، وإنما بوقت قفله، ومن ثم إذ تحدد مقدار الحق المراد إدخاله فى هذه اللحظة صار كشأن غيره من المدفوعات الأخرى، وكأنه محدد المقدار منذ البداية. أما إذا لم يتحدد مقداره حتى قفل الحساب، فلا يعتد به، وكأنه لم يكن. ويتبرر هذا الحكم بأنه لا ثمة ضرر من إقراره،فهو يقيد معلقاً على شرط تحديده، فذلك يعين على توسيع دائرة نطاق الحساب الجارى، واستيعاب مثل هذه الحقوق.

٤- أن تسلم المدفوعات للقابض على سبيل التمليك :

لا يقيد المدفوع فى الحساب الجارى إلا إذا كان قد تم تسليمه من الدافع إلى القابض على سبيل التمليك، لأنه لا يصح اعتبار الدافع دائناً، والقابض مديناً إلا إذا كان المدفوع مسلماً على هذا النحو وبهذه الصفة.

والغالب أن يكون المدفوع ناشئاً عن تسليم شيء كنقود أو أوراق تجارية أو بضاعة، وفى هذه الحالة لا يمكن أن تقيد قيمة هذا الشيء كمدفوع إلا إذا قدمت على سبيل التمليك. وذلك إذ أن القابض يتلقى الشيء، إنما تقيد قيمته فى الجانب المدين لحسابه، وفى الجانب الدائن لحساب الدافع، بما مؤداه أن القابض يدفع مقابل ما يتلقاه، ومن ثم فلا يقبل أن تقيد القيمة فى حسابه المدين إلا إذا كان قد تلقى الشيء على سبيل التمليك[1].

ومفاد ذلك أنه إذا كان المدفوع فى الحساب الجارى ديناً ثابتاً بورقة تجارية حررها العميل لصالح الجهة المفتوح لديها الحساب، فإن مجرد قيد قيمتها فى الجانب الدائن من الحساب، لا يحول دون مطالبة العميل بقيمتها فى ميعاد استحقاقها، ولا يكون له أن يحتج بدخول الورقة فى الحساب واندماجها فيه، بحيث لا يجوز فصلها عنه والمطالبة بها على استقلال، طالما لم يوف بقيمتها بالفعل. وإذا كانت الورقة التجارية التى سلمت. وليكن على سبيل المثال للبنك مظهره على سبيل التوكيل، فإن البنك يعد مجرد وكيل عن مالكها فى قبض قيمتها، وفى هذه الحالة لا يجوز قيدها فى الحساب إلا بعد تحصيلها. ذات الأمر بالنسبة للأوراق التى تسلم للبنك على سبيل الرهن، كالأوراق التجارية، فلا يتملكها إلا إذ آلت إليه بموجب اتفاق الطرفين وحصل قيمتها.

وفى الواقع أنه يبدو لهذا الشرط أهمية كبرى، إذ يمنح القابض، وطالما أنه

---

(١) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق ص٢٠٩، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٣٥.

يتلقى المدفوع على سبيل التمليك، حرية التصرف فيه، ودون أن يدعى بشأن هذا التصرف بإساءة الأمانة، ولا يكون للدافع أن يسترد هذا المدفوع من تفليسة القابض إن أفلس. وقد أضاف بعض الفقه[1] شرطاً آخر – إلى الشروط المذكورة، وهو أن يتوافر السبب المشروع، ومن ثم إذا ثبت أن سبب الحق كان غير مشروع، كعملية قمار أو كمبالغ مقدمة كرشوة، فإنه من المتعين إلغاء الحق كمدفوع وعدم الاعتداد به جراء عدم مشروعيته.

ثانياً : تبادل المدفوعات وتشابكها :

يقصد بتبادل المدفوعات، أن يقوم كل من طرفى الحساب الجارى بدور القابض حيناً، ودور الدافع حيناً آخر[2]، بما مؤداه أن يكون فى قصد طرفى الحساب أن تدخل الحساب مدفوعات من كل منهما. ويترتب على ذلك أنه لا يعتبر حساباً جارياً، إذا تم الاتفاق على أن يكون أحد الطرفين دافعاً فقط أو قابضاً فحسب طيلة مدة الحساب، بل يتعين أن تكون المدفوعات متبادلة.

بيد أن يكفى أن تكون إمكانية التبادل متوافرة ، ولو لم تتحقق فعلاً، أى أن توجد إمكانية لهذا التبادل، وبالتالى إذا تبين من اتفاق الأطراف أنهم أرادوا تسوية ديونهم عن طريق القيد فى الحساب الجارى، وأن هذا متاح، فإن ذلك يعد كافياً، ولو أسفر واقع الحساب عن أن ظل طرف فى موقف الدافع، والآخر كقابض طوال فترة الحساب. فالضرورى هو وجود التبادل قانوناً لا فعلاً، أى أن

---

(١) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٤٥.

(٢) الطعن رقم ١٠٣٥٨ لسنة ٨٤ق، جلسة ٢٠١٩/٣/١٢، الطعن رقم ٢٠٨١١ لسنة ٧٧ق، جلسة ٢٠١٤/٢/١٠، الطعن رقم ٣٣١٣ لسنة ٨٩ق ،جلسة٢٠٢٠/٢/٢٣ ، المكتب الفني،٧١، ص١٧٧.

تكون الفرصة متاحة ومفتوحة[1] أمام كل من الطرفين ليكون قابضاً أو دافعاً.

تطبيقاً لذلك لا يتوافر شرط التبادل إذا اتضح من الاتفاق أن البنك يجب أن يظل دائماً دائناً لما يقدمه للعميل دون أن يكون للعميل أن يرد ما اقترضه من البنك حتى قفل الحساب. كما لا يعتبر حساباً جارياً لافتقاده لشرط التبادل، حساب الوديعة الذى يكون فيه العميل فى مركز الدافع، إذ أنه يودع ويستنفذ وديعته بالسحب النقدى أو بشيكات، أما وفاء البنك، فلا يعد مدفوعات من جانبه. وقد قضى بأن توقف المدفوعات المتبادلة بين طرفى الحساب الجارى وعدم الاستمرار فيها، من أثره أن ينتهى الحساب وإجراء المقاصة تلقائياً بين مفرداته[2]. أما التشابك : فيعنى أن تتخلل مدفوعات أحدهما مدفوعات الطرف الآخر، بحيث لا تكون فجوة أو تتابع فى مركزى الدافع أو القابض، بما مؤداه أنه حيث يكون أحد الطرفين دافعاً اليوم، يصير قابضاً غداً، فتتغير صفته من دائن إلى مدين بين الحين والآخر. وقد قضت المادة ٢/٣٦١ من قانون التجارة، بأنه لا يعتبر حساباً جارياً الاتفاق على ألا تبدأ مدفوعات أحد الطرفين إلا حين تنتهى مدفوعات الطرف الآخر، إذ فى هذه الحالة ينتفى شرط تشابك وتخلل مدفوعات كل طرف للآخر.

والعبرة ليست بحصول التشابك فعلاً، بل تكفى إمكانية حدوثه. وقد قضت

---

(١) د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢١٦.

(٢) الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٦٨ ق، جلسة ١٩٩٩/١٢/٢٨، والطعن رقم ١٨٣٤ لسنة ٦٦ ق، جلسة ١٩٩٩/١/٩، المحاماة، ٢٠٠١، العدد الأول ص٧٠. كما قضى بأن فقد الحسا ب الجاري قدرته على تلقي مدفوعات متبادلة بين الطرفين، يترتب عليه أن يتحول إلى حساب عادي وتسري الفوائد القانونية لا الفوائد الإتفاقية. الطعن رقم ١٠٣٥٨ لسنة ٨٤ ق،جلسة ٢٠١٩/٣/١٢. كما انظر حكم محكمة النقض الفلسطينية بتاريخ٢٠٢١/٨/٢٤، الرقم ٦٦٢،السنة ٢٠١٨.

محكمة النقض المصرية بضرورة توافر شرط تشابك المدفوعات لكى نكون بصدد حساب جار، وأن الحساب الجارى الذى يخضع لقاعدة عدم التجزئة، هو الحساب الذى يتضمن وجود معاملات متصلة بين طرفيه، يعتبر فيها كل منهما مديناً أحياناً ودائناً أحياناً أخرى، وتكون هذه العمليات متشابكة يتخلل بعضها بعضاً، بحيث تكون مدفوعات كل من الطرفين مقرونة بمدفوعات من الطرف الآخر[1] . تطبيقاً لذلك لا يعد حساباً جارياً الحساب الذى يتفق فيه البنك مع العميل على فتح اعتماد بقرض، يقوم العميل فيه بسحبه على دفعات خلال مدة معينة، على أن يبدأ بالسداد على أقساط خلال مدة تالية للمدة الأولى. وفى هذا المثال وعلى الرغم من توافر شرط التبادل بين الطرفين، إلا أنه حساب يفتقد للتداخل والتشابك، لأن كل طرف ظل خلال مدة معينة فى موقف القابض فحسب أو الدافع فقط. وقد ذهب بعض الفقه[2] إلى أنه يغنى عن شرط التشابك، التبادل، وذلك إذا تم إبراز وتأكيد ضرورة توافر إمكانية التبادل منذ لحظة فتح الحساب وحتى قفله.

ومن جانبنا نرى الأمر على نقيض ذلك استناداً إلى نص المادة (٣٦١) من قانون التجارة، والتى اقتضت كل من الشرطين، التبادل والتشابك، وذلك بقولها « عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة الديون»، ولا يعنى التداخل سوى التشابك بين المدفوعات.

المبحث الثاني

---

(١) نقض جلسة ١٩٦٩/٦/١٩، طعن رقم ٣٦٢ لسنة ٣٥ ق، السنة ٢٠، ص١٠٣٦، جلسة ١٩٦٨/١/٢٥، طعن رقم ٢٨٩ لسنة ٣١ ق، السنة ١٩، ص١١٦.

(٢) ومن أنصار هذا الاتجاه د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٤٨. د. على جمال الدين، مرجع سابق، ص٢٢٠.

نطاق الحساب الجاري

نطاق الحساب الجارى :

ويقصد بنطاق الحساب الجارى حدوده المرسومه له، وبيان ما إذا كانت كل الحقوق والديون التى تنشأ عن المعاملات التى تتم بين أطرافه، من المتعين أن تدرج فيه، أم على النقيض أن ثمة بعض الحقوق تنشأ خارج نطاقه،وتكون بمنأى عنه، ويتم تسويتها مستقلة عن مفرداته.

مؤدى ذلك أن الحساب الجارى يفتح لتسوية عمليات متعددة تتم بين طرفيه، والقاعدة أن الحساب يستوعب جميع العمليات التى تتم بينهما، وهى ما تعرف بقاعدة عمومية الحساب، والذى من حاصلها شموله كل العمليات التى يبرمها الطرفان فيما بينهما، فتدرج فيه كل الحقوق والديون التى تتولد عن المعاملات بين طرفيه. بيد أن قاعدة العمومية ليست آمرة، إذ مازال لإرادة الطرفين قدراً معتبراً، بحيث إذا أرادا أن يخالفا القاعدة، وينصا على أنه لا يستوعب كل العمليات، فيحددا نوع العمليات التى تدخل الديون الناشئة عنها فى الحساب دون حاجة إلى تعيين كل دين مقدماً.

والعلة أنه وما دام الحساب الجارى طريقاً استثنائياً لتسوية الحقوق والديون التى تنشأ بين طرفيه، وكانت إرادة طرفيه هى وحدها التى تبرر إجراء هذه التسوية بغير الطرق المقررة فى القواعد العامة، فإن لهما أن يحددا نطاقه بقصره على بعض الحقوق والديون، وفى هذه الحالة لا يشمل الحساب إلا ما تم الاتفاق عليه دون غيره.

على أنه تظل القاعدة العامة والجارى عليها العمل، هى عمومية الحساب، ليكون عاماً شاملاً كل ما يدخل فيه وفى توقع الطرفين، دون الحاجة بأن ينعقد بصدد كل دين اتفاق خاص. وهو أمر يحقق مصلحة كل من طرفيه، إذ يؤدى

إلى الاقتصاد فى استخدام النقود، وتيسير عملية التسوية، بحيث لا تتم إلا فى نهاية الحساب مرة واحدة.

غير أنه ثمة استثناءات معنية – فضلاً عن دور الإرادة فى استبعاد قاعدة العمومية، ترجع إلى طبيعة الدين أو إلى مصدره، أو إلى اعتبارات أخرى، وذلك على النحو التالى[1] :

١- الديون التى يتعين أن تتم تسويتها نقداً، وهى التى لا تقبل تحولها إلى مفرد فى الحساب الجارى، وذلك بسبب ضرورة إيداعها أو تسليم مبالغها. كالشريك فى شركة الذى يجب عليه سداد حصته أو الباقى منها نقداً، فلا يجوز عن طريق القيد فى حساب جار بين الشريك والشركة.

٢- لا يدخل فى الحساب الديون الناشئة عن معاملات غير متوقعة، إذ لا يشمل الحساب إلا الديون المتعلقة بالمعاملات المتوقعة التى يبرمها الطرفان، بما يترتب عليه، أن لا تدخل الديون الناشئة عن الروابط العائلية، أو الأفعال الضارة، أو الوقائع غير المألوفة بين الطرفين، فى نطاق الحساب الجارى. تطبيقاً لذلك لا يجوز قيد المبالغ التى تستحق لأحد طرفى الحساب كتعويض بناء على تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية، أوإذا أخطأ البنك فى تنفيذ أمر من أوامر العميل، وقضى عليه بالتعويض، فإن هذا الأخير لا يدخل فى الحساب.

٣- نصت المادة (٣٦٧) من قانون التجارة على أنه تقيد فى الحساب الجارى جميع الديون الناشئة عن علاقات الأعمال التى تتم بين طرفى الحساب، مالم تكن هذه الديون مصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية. وهو ما يفضى إلى استبعاد

---

(١) راجع فى هذا الصدد، د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٢٤ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٥١، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٤٠.

الديون المؤمنة بتأمينات من نطاق الحساب الجارى.

بيد أن الفقرة الثانية من ذات المادة قد أجازت قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفاقية، سواء أكانت تلك التأمينات مقررة من المدين أم من الغير فى الحساب الجارى، إذا اتفق جميع ذوى الشأن على ذلك، وفى هذه الحالة ينتقل التامين لضمان رصيد الحساب الجارى عند قفله بمقدار الدين المضمون.

وقت دخول المدفوع فى الحساب الجارى :

ويقصد بوقت دخول المدفوع، هو متى يعد المدفوع قد دخل فى الحساب الجارى، وصار مفرداً شأن غيره من المفردات.

ولا يخفى مدى أهمية تحديد هذا الوقت، إذ فيه يتحول المدفوع كحق له وجود خاص وكيان مستقل، إلى مجرد مدفوع أو بند يفقد كيانه السابق والمستقل، ويندمج مع غيره من القيود فى نطاق الحساب. كما تبدو أهميته فى تحديد تاريخ انتقال ملكية المدفوع من الدافع إلى القابض ، لما لذلك من أهمية فى حالة الإفلاس.

قد يقال إن العبرة بوقت قيد المدفوع فى الحساب، كعملية مادية بحتة وإدراجه فى الكشف المحاسبى للحساب.

وعلى الرغم من ما يتسم به هذا المعيار من وضوح وسهولة، فإنه قد يفضى إلى نتائج غير مقبولة، كما لو قدم أحد أطراف الحساب مبلغاً نقدياً لقيده فى الحساب، واعتماداً منه على قيام الطرف الآخر، وليكن بنكاً، بقيد المبلغ فى الحساب في ذات الوقت الذي قدمه فيه، قام بسحب شيك للغير، إلا أن المشكلة تكمن فى أن البنك إذا تراخى فى قيد المبلغ فى الحساب، فإن ذلك قد يعرض العميل الساحب لجريمة إصدار شيك بدون رصيد ، لأنه لم يكن قد أدرج المبلغ بعد. لذا ظهر اتجاه آخر يرى أن العبرة ليست بوقت قيد المدفوع

مادياً فى الكشف المحاسبى، وأنه لا يصح ربط القيد المادى بإدخال المدفوع فى الحساب الجارى، حيث قد يتأخر موظف البنك، أو الطرف الآخر، فى قيده، بل بوقت توافر الشروط اللازمة لصيرورة المدفوع مفرداً فى الحساب، أى منذ أن يكون الحق مؤكداً، ويكون من الأشياء المثلية، ومستحقاً[1].

الفصل الثالث

آثار القيد فى الحساب الجارى

يترتب على دخول المدفوع فى الحساب الجارى، أن يتحول إلى مجرد رقم أو قيد فى بنود الحساب، بحيث لا يمكن المطالبة به قبل قفل الحساب، مما مؤداه أن الحق يزول لتجديده، كما أن الحقوق داخل الحساب تظل متماسكة فيما بينها، فلا يجوز تجزئتها أو إجراء مقاصة بين مفرد وآخر دون غيره من المفردات الأخرى.

ويتضح من ذلك أن ينشأ أثران عن قيد المدفوع فى الحساب الجارى هما، الأثر التجديدى، وعدم تجزئة الحساب الجارى، نعرض لهما تباعاً.

الأثر الأول : الأثر التجديدى :

يترتب على قيد المدفوع فى الحساب الجارى تجديده وفقدانه ذاتيته، فيتحول الدين إلى مجرد مفرد فى الحساب، ويحل محله قيد مقابل فى الجانب المدين

---

(١) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢١٣، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٩١ – ٤٩٢ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٥٣.

للقابض، وقيد فى الجانب الدائن للدافع، ويندمج مع بقية مفردات الحساب الجاري[1]. وفى الواقع أن الهدف الأساسى من هذا الأثر، هو قطع الصلة بين الحق قبل دخوله الحساب وبعد ذلك، حتى يتسنى معاملة كل القيود معاملة واحدة، واعتبارها بمثابة مجرد مفردات فى الكشوف المحاسبية، بغض النظر عن أصله، وسواء كان ثمن بيع فى عقد من عقود البيوع أو إيداعاً لمبلغ نقدى إلى نحو ذلك. كما يؤدى الأثر التجديدى إلى أن الديون لا تكون قابلة على حدة للوفاء، ولا للمقاصة، إذ لا تجوز المقاصة بين مفرد فى الحساب ومفرد آخر فى نفس الحساب، ولا للإدعاء بالحق، ولا للتقادم.

غير أنه ولئن كان قيد المدفوعات فى الحساب الجارى يؤدى إلى انقضاء الديون، فهو لا يفضى إلى انقضاء الدعوى المتعلقة بالعقود والمعاملات التى نشأت عنها، وهو ما أفصحت عنه المادة (٣٦٣) من قانون التجارة بقولها «قيد الدين فى الحساب الجارى لا يحول دون استعمال الحقوق المتعلقة بالعملية المنشئة لهذا الدين».

ويترتب على الأثر التجديدى بعض النتائج منها :

١- خضوع الحق كمفرد فى الحساب الجارى لقواعد الحساب الذى يضم جميع المفردات، بما مؤداه أن تسرى على المفرد أو الحق وكونه جزءاً من الكل، أحكام الحساب الجارى. فيكسب الدين وصف الحساب الجارى الذى يدخله، فإذا كان الدين مدنياً ودخل حساباً تجارياً، فهو يكتسب الصفة التجارية، والعكس صحيح يكتسب الدين الصفة المدنية إذا كان الحساب مدنياً ولو كان أصله تجارياً.

---

(١) راجع د. على جمال الدين. مرجع سابق، ص٢٣٢ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٥٦، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٩٥.

كما تسرى الفوائد على الدين دون النظر لصفته الأصلية، إذا كان الحساب تجارياً وينتج فائدة معينة، مع مراعاة أحكام المادة (٣٦٦) من قانون التجارة ،التى تنص على أنه لا تنتج المدفوعات فى الحساب الجارى عائداً إلا إذا اتفق على غير ذلك، ويحسب العائد وفقاً للسعر الذى يتعامل به البنك المركزى وقت استحقاقه ما لم يتفق على مقابل أقل. ولا يجوز حساب عائد على العوائد إلا إذا كان الحساب جارياً بين بنك وشخص آخر .وقد قضي بأن فقد الحساب الجاري قدرته على تلقي مدفوعات متبادلة بين الطرفين، يترتب عليه تحوله إلى حساب عادي وسريان الفوائد القانونية لا الفوائد الإتفاقية. وأن استمرار سريان سعر الفائدة الإتفاقية بعد قفل الحساب الجاري، شرطه الإتفاق على ذلك بين الطرفين([1]).

٢- بحسب الأصل تزول التأمينات المتعلقة بالدين الأصلى عند قيده فى الحساب الجارى، بما يعنى قطع أية رابطة بين الدين وتأميناته التى كانت تضمنه، إذ أصبحت هذه التأمينات بلا محل، لأن الحق التى كانت تحميه انقضى فى بوتقة الحساب الجارى، وهو السبب فى استبعاد الديون المصحوبة بتأمينات قانونية أو اتفاقية من عمومية الدخول فى الحساب.

غير أنه يجوز وبنص المادة ٢/٣٦٧ من قانون التجارة، قيد الديون المصحوبة بتأمينات اتفاقية فحسب، سواء كانت مقررة من قبل المدين أم من الغير إذا اتفق ذا الشأن على ذلك، إلا أنه ينتقل التأمين لضمان رصيد الحساب الجارى عند قفله بمقدار الدين المضمون دون اعتبار لما يطرأ على الحساب أثناء تشغيله من تغييرات إلا إذا اتفق على غير ذلك، ولا يحتج على الغير

([1]) الطعن رقم ٨١٠٢ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠١٩/٣/١٢، مكتب فني ، السنة ٧٠، ص٣٣٨.

بانتقال التأمين إلى رصيد الحساب إلا من تاريخ شهره إذا كان القانون يستلزم هذا الشهر ،حماية له من أي سوء نية.

التفسير القانونى لتحويل المدفوع إلى بند فى الحساب الجارى :

ظهرت عدة اتجاهات فقهية لتفسير الآثر التجديدى للحساب وتحول المدفوع إلى بند فى الحساب الجارى، فقد ذهب أنصار النظرية التقليدية إلى أن هذا الآثر يرتكز على مبدأ التجديد الذى يعتبر أن الدين يتغير بتغير سببه، فالمدين يكون ملتزماً بالتزام هو دفع قيمة الدين، يصير ملتزماً بالتزام جديد بعد قيد الدين فى الحساب، هو دفع رصيد هذا الحساب[1].

غير أنه قد تعرضت هذه النظرية للانتقاد، وذلك إذ أن التجديد لا يفترض، وإنما من المتعين أن تتجه إرادة الأطراف إليه، وقد خفف البعض من غلواء هذا الإنتقاد، بقولهم إن التجديد ضمنى – فى هذه الحالة – تنصرف إرادتهم إليه، ويفهم من اتخاذ الحساب الجارى وسيلة لتسوية المعاملات فيما بينهم. كما أنه بموجب فكرة التجديد، ينقضى الدين الأصلى ويحل دين جديد محله، وهو ما يفتقده الدين المقيد فى الحساب الجارى، والذى لا يتحول إلى دين جديد مستقل، بل فحسب إلى مجرد بند في الحساب.

وإزاء فشل نظرية التجديد، ذهب اتجاه آخر إلى أن الأمر يتعلق بمقاصات متتابعة، وتظل الحقوق بضماناتها لا تزول، إذ من غير المتصور أن تنصرف إرادة أطراف الحساب إلى إسقاط الضمانات والتأمينات التى تيسر لهم سبل

---

(١) راجع د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٥٩، د. الياس ناصيف. مرجع سابق، ص٤٤٩. وقد قضت محكمة النقض بأن يقتضى لتجديد الالتزام، وجود التزام سابق يقوم عليه، فيقضيه ويقوم التزام جديد هو الذى يقع عليه التجديد فينشئه. نقض جلسة ٢٠٠٠/١/٢٥، الطعن رقم ٣٥٨٤ لسنة ٦٢ ق، وجلسة ١٩٨٩/١/٢٩، طعن رقم ١٩٣٢ لسنة ٥٦ ق. المحاماة، ٢٠٠١، العدد الأول، ص٧٠.

اقتضاء حقوقهم وإلا كان الحساب الجاري وسيلة ضارة.

وهذه النظرية هى الأخرى لم تبرر هذا الأثر للمدفوع، علاوة على ذلك، قد ينشأ مدفوع معين دون أن ينشأ حق مقابل له، مما تنتفى معه المقاصة، وهو ما نفته المادة ٢/٣٦٢ وأنه لا تجوز المقاصة بين مفرد فى الحساب ومفرد آخر فى نفس الحساب. لذا استقر الرأى حديثاً على أن العرف المصرفى وحده هو الذى يفسر أحكام الحساب الجارى، والإستناد إلى طابعه الخاص الذى يستعصى على إدراجه فى قالب معين من قوالب القانون المدنى.

الأثر الثانى : عدم تجزئة الحساب الجارى :

وهو ما يقصد به تماسك الحساب الجارى، وأن المدفوعات إذ تقيد فى الحساب وتتحول إلى بنود فيه ، إنما تكون كتلة متماسكة غير قابلة للتجزئة، فالمفرد يندمج مع غيره من المفردات الأخرى، وأنه مادام الحساب مفتوحاً، فلا يمكن النظر إليه كمفرد بعينه، وأنه طالما أن الحساب مفتوح فلا يوجد حق ولا دين، وإنما غاية الأمر هى مفردات تقيد فى جانب الأصول وأخرى فى جانب الخصوم، وذلك لحين وقت إجراء التسوية واستخراج الرصيد، وفى هذه الحالة فحسب يتحدد مركز كل من الطرفين. وفى الواقع، أن هذا الأثر يرجع إلى قصد الطرفين اللذين يهدفان إلى إرجاء المقاصة بين الديون إلى حين قفل الحساب وإجراء التسوية النهائية.

ويترتب على هذا الأثر عدة نتائج[1] :

١- لا تجوز المطالبة باستحقاق أى مفرد فى الحساب، بما حاصله أن لا يصح لأى طرف مطالبة الطرف الآخر بقيمة مدفوع محدد سبق وأن أدرج

---

(١) انظر د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٤٧ ، د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٦٣.

كمفرد فى الحساب الجارى، وفقد ذاتيته وانصهاره مع غيره من المفردات.

٢- لا محل لإجراء المقاصة بين مفرد فى الحساب ومفرد آخر فى نفس الحساب[١] ، لأن المقاصة طريقة من طرق انقضاء الدين، فهى وفاء واستيفاء، والدفع فى الحساب ليس وفاء، فهى لا تقع إلا مرة واحدة عند إجراء التسوية النهائية.

٣- لا يعد ما تم دفعه فى الحساب وفاء بما قبض سلفاً، وذلك لأن الدافع لا ينوى بالدفع وفاء دين، فالدين غير موجود ولم ينشأ قانونا بعد، كما أن الدين يفترض دائنا ومدينا، وهو فرض غير موجود، ومن ثم فإنه أثناء تشغيل الحساب، يكون لكل من طرفيه أن يدفع ويسحب ما يشاء، وإن وفى مبلغ معين، فلا يعد منه وفاء للمبلغ المسحوب. إذ لا يتحدد موقفه كدائن أو مدين إلا وقت قفل الحساب واستخراج الرصيد النهائى[٢].

بيد أن تطبيق قواعد عدم تجزئة الحساب الجارى على إطلاقها قد تضر بالأطراف، وتفضى إلى نتائج عكسية وغير مرضية، وقد تؤدى إلى فتح باب الغش أمام العميل الذى يتعامل مع بنك، للتهرب من سداد ديونه بطريق أو بآخر، لذا اتجه القضاء إلى التخفيف من غلواء وصرامة هذا الأثر، وذلك بتقرير بعض الاستثناءات على عدم تجزئة الحساب الجارى ومنها :

١- تقضى المادة ٣٦٥ من قانون التجارة بأنه «يجوز وقف الحساب مؤقتاً أثناء سيره لبيان مركز كل من الطرفين وذلك فى المواعيد التى يتفق عليها الطرفان أو يحددها القانون، ويكون لكل طرف أن يتصرف فى رصيده الدائن

---

(١) المادة (٢/٣٦٢) من قانون التجارة. كما راجع الطعن رقم ٣٠٦١ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٦/٥/١٠. الطعن رقم ٤٥١٢ لسنة ٨٢ق ، جلسة ٢٠١٧/١٢/٢٦.

(٢) د. مختار بريرى. مرجع سابق، ص٦٥، د. بهجت قايد. مرجع سابق، ص١٤٩.

الذى قد يظهر عند الوقف المؤقت فى أى وقت، مالم يتفق على غير ذلك.

ومؤداه أنه يجوز إجراء وقف مؤقت للحساب، وإذا أسفر هذا الوقف المؤقت عن ثمة رصيد لأحد الطرفين وليكن العميل، فإن له أن يتصرف فى رصيده الدائن، كسحب شيك لحساب الغير فى حدود هذا الرصيد.

٢- تنص المادة ٣٧٣ من قانون التجارة على أنه يجوز لدائن أحد طرفى الحساب توقيع الحجز أثناء سير الحساب على الرصيد الدائن لمدينه وقت توقيع الحجز، وفى هذه الحالة يجرى الطرف المفتوح لديه الحساب ميزاناً مؤقتاً للحساب للكشف عن مركز المحجوز عليه وقت توقيع الحجز .كما لو طلب دائنو العميل توقيع الحجز على ما يملكه ويكون له في حسابه الجاري المفتوح لدى أحد البنوك.

٣- يكون لصاحب الرصيد المؤقت، وكونه دائناً، رفع الدعوى البوليصية للطعن فى تصرفات مدينه الذى أسفر الميزان المؤقت عن مديونية رصيده.

٤- تنص المادة (٣٧٥) من قانون التجارة على أنه إذا قيدت حصيلة خصم ورقة تجارية فى الحساب الجارى، ولم تدفع قيمتها فى ميعاد الاستحقاق، جاز لمن خصم الورقة، ولو بعد شهر إفلاس من قدمها للخصم إلغاء القيد بإجراء قيد عكسى([1]).

ومؤدى هذا النص أنه إذا تعلق القيد فى الحساب بورقة تجارية تم نقل ملكيتها للبنك، فإن هذا القيد لا يؤدى إلى تلاشى قيمتها واندماجها مع المفردات الأخرى إلا بشرط التحصيل، فمادام لم يستوف البنك قيمتها، فإن له أن يطالب ويرجع على العميل لإلزامه بالوفاء.

([1]) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية السعودية رقم ١٤٠٨/٢١٥هـ ،ص٦٣.

بيد أن هذه الرخصة مقررة فحسب بشأن الأوراق التجارية التى لم تدفع قيمتها فى مواعيد استحقاقها، ويقع باطلاً كل اتفاق على غير ذلك[١].

قفل الحساب الجارى :

يقفل الحساب الجارى فى الميعاد المتفق عليه للقفل، ومع ذلك يجوز قفله قبل انتهاء مدته باتفاق الطرفين، بموجب إراداتهما الصريحة أو الضمنية أو بإرادة أحدهما،وذلك بترك التعامل عليه مما يفضي إلى قفله، أو بإنتهاء العمليات المتبادلة بين البنك والعميل وعدم الإستمرار فيها([٢]).

أي أنه إذا لم تحدد مدة للحساب الجارى، جاز قفله فى كل وقت بإرادة أى من الطرفين مع مراعاة مواعيد الإخطار المتفق عليها أو التى يجرى عليها العرف، وعدم قفل أو إنهاء الحساب بإرادة أحد الطرفين إلا بعد إخطار الطرف الآخر قبل الإنهاء بمدة معقولة، وهنا تتوقف حركة التعامل على الحساب سحباً وإيداعاً ،وهذا التاريخ هو الذي يعتد به لقفل الحساب وإستخراج رصيد النهائي،أي عند آخر حركة نشطة مدينة قام بها العميل([٣]). على أنه فى جميع الأحوال يقفل الحساب الجارى بوفاة أحد طرفيه أو شهر إفلاسه إذا كان تاجراً، أو إعساره أو الحجز عليه[٤]. على أنه لا يعتبر قفلاً للحساب إذا كان الحساب الجارى مفتوحاً بين بنك وطرف آخر، وإنما يعد مقطوعاً فى نهاية السنة المالية

---

(١) مادة ٢/٣٧٥ من قانون التجارة.

([٢]) الطعن رقم ١٣٩٢١ لسنة ٧٧ق، جلسة ٩/٣/ ٢٠١٤، الطعن رقم ١٠٣٥٨ لسنة ٨٤ ق، جلسة ٢٠١٩/٣/١٢.

([٣]) قرار لجنة تسوية المنازعات بالمملكة العربية السعودية رقم ١٤٢٥/١٢،ص١٠٨.كما راجع للمزيد من قرارت ذات اللجنة،رقم ١٤٠٨/١٨٥،رقم ١٤٠٩/٩٠، ١٤١١/٥٧، ١٤١٣/٤٩، ١٤١٤/١٦٤، ١٤١٥/٢٣٦هـ مرجع سابق،ص١٠٩.

(٤) مادة ١/٣٦٩، ٢، ٣ من قانون التجارة.

للبنك، ويظل مفتوحاً ويرحل رصيده إلى نفس الحساب الذى يستأنف حركته فى اليوم التالى لقطعه.

١٠٤- الآثار القانونية المترتبة على قفل الحساب الجارى :

تقضى المادة (٣٧٠) من قانون التجارة، بأنه يستخرج رصيد الحساب الجارى عند قفله، ويكون دين الرصيد حالاً، مالم يتفق على غير ذلك أو كانت بعض العمليات الواجب قيدها فى الحساب لا يزال جارياً، وكان من شأن قيدها تعديل مقدار الرصيد، وفى هذه الحالة يكون دين الرصيد حالاً من اليوم التالى لآخر قيد تستلزمه تلك العمليات. مفاد ذلك أن يؤدى قفل الحساب الجارى إلى منع دخول أية مدفوعات جديدة([1])، وذلك تمهيداً لتصفية واستخراج الرصيد النهائى، وعند استخراج هذا الرصيد يتحدد مركز كل من طرفى الحساب الدائن والمدين فيه، وفى هذه الحالة يكون الرصيد حالاً[2]، مالم يتفق على غير ذلك، أو كانت بعض العمليات الواجب قيدها فى الحساب لا يزال جارياً، وكان من شأن قيدها تعديل مقدار الرصيد، فإنه لا يكون دين الرصيد حالاً إلا من اليوم التالى لآخر قيد تستلزمه تلك العمليات. وتسرى القواعد العامة على تقادم دين الرصيد

([1]) الطعن رقم ١٠٣٥٨ لسنة ٨٤ ق، جلسة ٢٠١٩/٣/١٢. الطعن رقم ٨١٠٢ لسنة ٨٧ق، جلسة ٢٠١٩/٣/١٢، السنة ٧٠، قاعدة ٤٦، ص٣٣٨، الطعن رقم ١٣٤٤٧ لسنة ٧٥ق، جلسة ٢٠١٨/١/١٧.

(٢) ومن مؤدى ذلك عدم جواز تقاضى فوائد مركبة إلا إذا اثبت وجود عادة أو قاعدة تجارية تقضى بذلك، وسريان الفوائد القانونية عليه مادام العقد قد خلا من الاتفاق على سريان الفوائد الاتفاقية بعد قفله. الطعن رقم ٥٦٧ لسنة ٦٨ ق، جلسة ١٩٩٩/١٢/١٨، والطعن رقم ١٨٣٤ لسنة ٦٦ ق، جلسة ١٩٩٩/١/٩، المحاماة، ٢٠٠١، العدد الأول، ص٧٠ – ٧١. الطعن رقم٣٠٦١ لسنة٧٥ق،جلسة ٢٠١٦/٥/١٠، الطعن رقم١١٢٢٥ لسنة ٦٥ق ، جلسة ٢٠٠٣/١/٢٧، الطعن رقم ٩٩٠٠ لسنة ٨٢ ق، جلسة ٢٠١٧/١١/٢٣.

وعائده، ويحسب العائد على دين الرصيد من تاريخ قفل الحساب، ما لم يتفق على غير ذلك.غير أنه قد يحدث فى الحساب ثمة غلط أو سهو أو تكرار القيود، وعلاجاً لهذا الموضوع، تقضى المادة (٣٧٦) بأنه لا تقبل الدعوى بتصحيح الحساب الجارى، ولو كان الطلب مبنياً على غلط أو سهو أو تكرار القيود، وذلك فيما يتعلق بالقيود التى مضى عليها أكثر من ثلاث سنوات، إلا إذا حصل خلال هذه المدة إخطار من أحد طرفى الحساب إلى الآخر بتمسكه بتصحيح الحساب أو إذا لم يثبت فى حالة الحساب مع البنك أن العميل لم يتلق من البنك خلال المدة المذكورة أى بيان بحسابه. وفى جميع الأحوال تسقط الدعوى بانقضاء خمس سنوات من اليوم الذى ينشأ فيه الحق فى تصحيح الحساب.

وقد تقرر أنه يشترط لقبول طلب التصحيح،أن يحدد الطلب على وجه الدقة المفردات المطلوب تصحيحها مع إرفاق المستندات التي تؤيده([1])وأنه متي تم تسوية الحساب بإتفاق طرفيه، فإن ذلك يعتبر صلحاً مانعاً من طلب التصحيح، لأن الصلح يحسم كل نزاع على هذا الحساب فيما بعد.

مبدأ قضائي يتعلق بتصديق العميل على الحساب:

أستقر قضاء النقض على أن مصادقة العميل على الحساب البنكي، أي موافقته على مركزه، تعد إقراراً غير قضائي يخضع لتقدير القاضي ، الذي له أن يقوم بتجزئته والأخذ ببعضه دون البعض الآخر، كما أن له مع تقدير الظروف التي صدر فيها، أن يعتبره دليلاً كاملاً، أو مبدأ ثبوت بالكتابة ، أو مجرد قرينة أو لا يأخذ به أصلاً إذا ما كشفت أوراق الدعوى عما يناقضه. وكان مجرد قيد الفوائد والمصروفات على الحساب من جانب البنك لا يجعل

([1]) قرار لجنة تسوية المنازعات المصرفية بالسعودية، رقم١٤٠٩/٢٤٠هـ،ص١٢٧.

منه دافعا، ولا يجعل من العميل قابضا.كما أن استمرار قيد المبالغ الناتجة عن تحصيل أوراق تجارية في الجانب الدائن من الحساب ،لا يجعل من العميل دافعا ولا من البنك قابضا([1]).

الباب الثالث

الخدمات البنكية أو المصرفية

-تمهيد وتقسيم:

علاوة علي العمليات التي تقدمها البنوك والواردة بنصوص قانون التجارة والتي تعرضنا لها آنفاً، تقوم بتقديم بعض الخدمات البنكية،ويقصد بها العمليات التي تمارسها بقصد خدمة العملاء وتسهيل نشاطهم التجاري أو الخاص بحياتهم الشخصية.وهي عمليات غالبا ما تكون تابعه لتعاملات العملاء الأساسية، فمن يفتح حسا باً مصرفياً، قد يطلب إستصدار بطاقة إئتمان، ومن يفتح حساباً جارياً ،ولا سيما من تاجر، قد يلجأ لعملية التأجير التمويلي أو إلى

([1]) الطعن رقم ٨١٠٢ لسنة ٨٧ق سالف الذكر

خصم حقوقه التجارية ، إلى نحو ذلك. ولا ريب في صعوبة حصر تلك العمليات التي تتنوع وتفرز من حين لآخر الجديد منها،ومنها عمليات بطاقات الإئتمان، والتخصيم، وتقديم المعلومات وغيرها.

ومن المستقر عليه أن الخدمات المصرفية التي تقدمها البنوك لعملائها قد لحق بها في الأونة الأخيرة تطورا تمثل في أداء خدمات جديدة ، ولما كان القانون لم يضع تنظيماً لهذه الخدمة، فإن المرجع في بيان حقوق الطرفين هو العقد المبرم بينهما بإعتبار أن العلاقة بين البنوك وعملائها تخضع بحسب الأصل لمبدأ سلطان الإرادة([1]).

وسوف تقتصر دراستنا على دراسة بطاقات الإئتمان وتخصيم الحقوق التجارية، وعليه نقسم هذا الباب إلى فصلين كما يلي:

الفصل الأول: بطاقات الإئتمان.

الفصل الثاني: تخصيم الحقوق التجارية.

الفصل الأول

بطاقات الإئتمان

تمهيد وتقسيم:

([1])الطعن رقم ١٧٦٥٦ لسنة ٨٤ ق بتاريخ ٢٠٢٣/٥/١١.

انتشرت بطاقات الإئتمان منذ زمن ليس بالقليل لخدمة العملاء والسماح لهم بشراء السلع والبضائع من الشركات والمراكز التجارية الكبري بموجب إئتمان يرد لاحقا في فترات محددة مع فوائد وعمولة معينة. وتعد هذه البطاقات من أهم وسائل الدفع المعاصرة في المعاملات المالية.

وسوف نتعرض لماهيتها ومزاياه وأشكالها والعلاقات الناشئة عنها كما يلي.

المبحث الأول

ماهية بطاقات الإئتمان ومزاياها ومثالبها

تعريف بطاقات الإئتمان وأطرافها:

هي بطاقة يصدرها أحد البنوك لمصلحة عميله،يتسنى له بها الحصول على السلع والخدمات من محال معينة لدى تقديمه هذه البطاقة،وعلى آثره يقوم بائع السلع أو مقدم الخدمات بتقديم الفاتورة الموقعة من العميل للبنك مصدر البطاقة ليسددها له،ويقدم البنك للعميل كشفاً دورياً بإجمالي القيمة لتسديدها أو لخصمها من حسابه الجاري طرفه.

وعرفها بعض الفقه([1]) بأنها صك اسمي يعطي لمن يصدر لمصلحته الحق في الحصول على ما يلزمه من سلع أو خدمات من مؤسسات بعينها يحددها مصدر الصك. الذي يلتزم أمامها بالوفاء على أن يكون له حق إسترداد ما دفعه من مالك الصك وفقاً للشروط المتفق عليها بينهما .مؤدى ذلك، أنها عبارة عن بطاقات بلاستيكية كمستند يعطيه البنك لعميل له ،سواء أكان عميلاً

([1]) د.محمود مختار بريري.مرجع سابق، ص١٦٠.كما راجع في المزيد: د.محمد عبدالحليم عمر.بطاقات الإئتمان.مؤتمر الأعمال المصرفية،بكلية الشريعة والقانون بالإمارات،مايو ٢٠٠٣، ص٥ وما بعدها.

طبيعياً أم معنوياً، يعرف بحامل البطاقة،وذلك بمقتضى عقد يبرم بينهما،ويكون له شراء البضائع أو الحصول على الخدمات من مؤسسة أو جهة تعتمد هذه البطاقات دون وفاء الثمن فوراً وإنما يكون مقابل تقديم البطاقة للجهة البائعة أو مقدمة الخدمة، لتقوم بإدخالها في ماكينة لديها ليتم خصم الثمن من حساب المصدر، ثم يقوم الأخير وهو البنك بالرجوع على حامل البطاقة في مواعيد دورية محددة مقابل فائدة.

ولذا تتضمن بطاقات الإئتمان بعض الأجل في السداد، ليتسنى للبنك مصدر البطاقة، إسترداد ما وفاه فورا للجهة البائعة أو الموردة،من العميل وهو من أبرم معه الإتفاق، بموجب مواعيد زمنية محددة.

ويتبين مما تقدم أن لبطاقة الإئتمان ثلاثة أطراف،هم البنك المصدر للبطاقة، والعميل حامل البطاقة، والجهة القائمة على عملية التعامل. علاوة على المركز العالمي للبطاقات، وهي منظمة أو مؤسسة عالمية تقوم بإنشاء البطاقات والموافقة على عضوية البنوك في كافة أنحاء المعمورة لإصدارها وتسوية المستحقات المالية بينهم. ومن أهم هذه المؤسسات فيزا، وماستركارد، بالولايات المتحدة الإمريكية([1]).وهو ما نبينه:

١-البنك : ويقصد هنا -أولاً- البنك المصدر ،وهو البنك الذي يتعاقد مع المركز العالمي للإشتراك في عضوية إصدارها،وبنك التاجر ،حيث يمكن إستخدام البطاقة الصادرة من أي بنك للشراء من أي تاجر ممن يتعامل بها، سواء في دولة المصدر أو غيرها،بإعتبار أنها بطاقات تتجاوز حدود الدولة

([1]) راجع بالتفصيل:د. سماح شحاته السيد.بطاقات الإئتمان وبدائلها المقترحة-دراسة فقهية مقارنة.المجلد الخامس ،العدد الثاني، مجلة كلية الدراسات الإسلامية والعربية للبنات،الإسكندرية،ص٢٣.

الصادرة فيها.

٢- التاجر : وهو يقصد به كل من يقبل التعامل بها والبيع الفوري لقاء ثمن لاحق يتم استيفاؤه بطريقة معينة، مثل المراكز التجارية الكبرى والمحال الخاصة بالبيع، كالمأكولات والملابس والأحذية وتقديم الخدمات وغيرها. ثم يقوم التاجر بالرجوع على البك المتعاقد معه لإستيفاء ما له.

٣-العميل حامل البطاقة: وهو الطرف المستفيد منها، عميل البنك الذى يقبل الاخير إصدارها له كي يتسنى له إتمام عمليات مشترياته بسهولة ويسر وبإئتمان لمدة معينة، ثم يبدأ العميل في رد مستحقات البنك.

مزايا التعامل بالبطاقات الإئتمانية:

لا يخفى-أولاً- مزاياها بالنسبة للعميل الذي صدرت لمصلحته،وسواء أكان تاجراً أو غير تاجر،فهي تمكنه من شراء والحصول على كل ما يلزمه من بضائع وسلع وخدمات رغم عدم توفر قيمتها كلياً أو جزئياً، وهو ما يتضمن منحه إئتمانا مصرفياً لأجل.كذلك لا يوجد لديه أدنى شك في إستجابة التاجر للعمليات التي تقدم بها،مادام كانت البطاقة سارية ،ولا يملك التاجر الإمتناع عن تلبية طلبات العميل ،وإلا تعرض للمسئولية تجاه البنك المصدر، لأن ذلك سيوقعه في حرج مع عملاءه، وربما يجيز لهم الرجوع عليه بالتعويض.

علاوة على ذلك، أنه يمكنه التعامل بها على مدار اليوم،نهاراً أم ليلاً، ولذا فهو ليس بحاجة للذهاب للبنك لسحب النقود لإتمام معاملاته. كما أن الكثير من الجهات الحكومية تشترط سداد مستحقاتها عن طريق البطاقات الذكية.

ثانيا: تبدو أهمية هذه البطاقات للبنك الذي يصدرها ،والذي يحصل على عمولات أو رسوم مقابل إصدارها لأول مرة، ثم مصاريف تجديدها سنوياً، ومصاريف ورسوم حال ضياعها أو فقدها أو سرقتها، وغرامات التأخير عن

السداد في المواعيد المتفق عليها([1])، وعوائد عن المدد الي منح فيها العميل الإئتمان، وتساعد على التقليل من إستعمال النقود الورقية، وهو هدف تسعى إليه كافة البنوك على مستوى العالم، من جانب تلبية لمقتضيات التجارة الإلكترونية،وإستجابة لقواعد حوكمة الإدارة،ولمنع إنتشار الأمراض بطريق التعامل الورقي، وميكنة التعامل وانتشار المعاملات الرقمية.

وأخيراً تفيد هذه البطاقات التاجر الذي قبل التعامل بها،إذ بها يزيد من تعاملاته ويسوق بضائعه وخدماته، مما يفضي لزيادة عدد العملاء الذين يتعاملون معه.فهو يبيع لمن يملك النقود ولمن بيده إئتمان، وهو في النهاية لا يهمه مادام يحصل على مستحقاته حتى في حال البطاقات، بإسترداد هذه المبالغ من البنك المصدر. ووما يزيد من إطمئنان التاجر، أن البنك لا يكون بإستطاعته التمسك تجاهه بأي دفع كان من الممكن أن يواجه به العميل،فمثلا وطالما كان إستعمال البطاقة في حدود المبالغ المتاحة، من غير الجائز القول أو الدفع بإفلاس العميل التاجر أو إعساره، أو بإمتناع العميل عن رد مستحقات البنك،إلى نحو ذلك.

مثالب بطاقات الإئتمان:

بالرغم من المزايا العديدة التي توفرها بطاقات الإئتمان لجميع أطرافها وفقا لما سبق بيانه، إلا أنها لا تخلو من العيوب والمثالب ،والتي منها:

١-إنتشار عمليات الغش والإحتيال والقرصنة في مجال التعامل بها، إذ أثبت الواقع العمل، وقوع الكثير من العملاء ضحايا عمليات نصب وإحتيال جراء التعامل بها، سواء بالحصول على بياناتها بطريق أو بآخر من صاحبها وإتمام التعامل عليها دون إذن أو علم حاملها.

([1]) انظر:د.سماح شحاته السيد.مرجع سابق، ص٤١.

٢-إسراف بعض العملاء في التعامل بها مما يؤدي إلى زيادة المديونية،وقلة الإدخار وزيادة معدل الإستهلاك.

٣- قد يفشل البنك في إستيفاء بعض مستحقات العملاء لوفاة البعض منهم ، أو إختفائه، ولاسيما حال منحهم إئتمانا عالياً.

ولذا يتعين على البنوك التشدد إزاء إصدار هذه البطاقات لتضمن حقوقها، ويتناسب مقدار الإئتمان الممنوح مع قدرة العميل وحجم تعاملاته.

شكل البطاقة وإجراءات إصدارها:

هي بطاقة بلاستيكية صغيرة ممغنطة مدون علها بيانات محددة، ولها رقم محدد،إضافة أن لها رقماً سرياً يكون بحوزة العميل ،ولايجب أن يفصح عنه لأحد أيا كان. وبطبيعة الحال تصدر البطاقة بناء على إتفاق بين البنك والعميل،وبموجبه يعلم العميل حدود التسهيلات المتاحة، وأي المتاجر الذي يمكنه التعامل معها، ومدة الرد، والمدة الزمنية للبطاقة إلى غير ذلك([1]). وتتروح رسوم إصدارها من ٥٠ جنيها إلى ٢٠٠ جنيها حسب نوع البطاقة المراد إصدارها.

أما عن إصدارها، فيقوم العميل بالتوجه إلى البنك الذي يرغب في التعامل معه، ومنه لخدمة العملاء لطلب إستخراجها. والمعتاد أن البنك يفرق بين ما إذا كان طالب إستخراجها عميلاً له، وهنا يتم إصدارها بضمان أوعية إدخارية له لدى البنك،كالودائع أو حسابات التوفير.أما إذا كان مقدم الطلب، غير عميل للبنك، فإنه يتم إصدارها بضمان الدخل الشهري كما في حالة الكريديت كارد، أو يتم فتح حساب توفير أو جاري، ويربط البطاقة به كما في حالة إصدار

([1]) راجع د .محمود مختار بريري.مرجع سابق، ص١٦٢.

بطاقة الخصم المباشر.ويطلب البنك من العميل صورة معتمدة من جهة العمل بالدخل الشهري،وصورة من الرقم القومي سارية وإيصال مرافق حديث لم يمض عليه أكثر من ثلاثة شهور.

المبحث الثاني

أشكال بطاقات الإئتمان

تنقسم بطاقات الإئتمان، إلى بطاقة الخصم أو ما تعرف بالخصم الفوري أو الحال، وبطاقة الإئتمان أو الحسم الآجل، وأخيرا بطاقات الإئتمان المتجدد، وه ما نتعرض له بالتفصيل.

أولاً: بطاقة الخصم:

وهي عبارة عن بطاقة يحصل عليها كل عميل له حساب جار أو توفير لدى أحد البنوك، ويكون للعميل أن يستخدمها في أي وقت،على ألا تتجاوز رصيد الحساب الذي له،ويتسنى بها وفاء أثمان السلع الذي يشتريها والخدمات التى يحصل عليها في حدود رصيده. ويتم الخصم منها فورا بقيمة المسحوبات من البطاقة. مما مؤداه أن البنك لا يمنح العميل أي قرض أو إئتمان جراء أن برصيد العميل ما يكف لوفاء مديونيته، ولذا لا يحصل البنك على أي فوائد.

ويجوز للعميل السحب سواء بذات العملة التي يوجد بها النقود، أو بعملة أخرى ،ويتأتي ذلك إذا كانت البطاقة صادرة في دولة وإستعملها العميل في الشراء أو السحب النقدي في دولة أخرى، بإعتبار أن السحب يتم بعملة الدولة التي تتم فيها المعاملة([1]).

ثانيا:بطاقة الإئتمان أو الحسم الآجل:

([1]) راجع د. سماح شحاته السيد.مرجع سابق،ص٢٥.

وهى التي يمنح فيها البنك المصدر العميل حامل البطاقة، قرضاً في حدود معينة،بحسب ما إذا كانت البطاقة فضية أو ذهبية، ولمدة معينة، يتعين تسديده كلياً في الوقت المتفق عليه وقت إبرام العقد. فإن وفى العميل المبالغ لزمت العوائد، أما إذا تأخر عن السد اد، فيكون للبنك فرض زيادة عليه. يفهم مما سبق ويبين الفرق بين النوعين السابقين، في أن النوع الأول ترتبط البطاقة بوجود حساب فيه مبالغ مالية،أما النوع الثاني،فهى لا ترتبط بوجود مبالغ نقدية في الحساب، فتكون البطاقة بمثابة إئتمان في حدود مبلغ معين، يستخدمه العميل في تسديد أثمان ما يشتريه أو يحصل عليه من خدمات، أو يقوم بالسحب النقدي منها. على أن يرد ذلك إبان فترة معينة. ولا يدفع أية مبالغ زائدة عن قيمة ما قام بشرائه. وأما عن التكييف القانوني لهذا النوع، فإن بشراء العميل السلع من التاجر،فإنه يصير مديناً للتاجر بهذه الإثمان، لكن يحيلها إلى البنك مصدر البطاقة، الذي يتكفل بإستيفائها من العميل لاحقاً.

ثالثا:بطاقة الإئتمان المتجدد:

وهى التي تمنحها البنوك لعملائها،على أن يكون لهم شراء ما يرغبون أو السحب النقدي في حدود مبلغ معين،ويكون لهم تسهيلات في دفع قرض مؤجل على أقساط في شكل قرض ممتد متجدد بفائدة محددة.ومنها البطاقات الفضية والذهبية والبلاتينية. وأبرز أنواعها، الفيزا، والماستركارد والأمريكان أكسبريس.

مؤدى ذلك أنه تتضمن إقراضاً للعميل متجدد في حدود معينة، ويسدد العميل أثمان السلع، وقد تصدر دون سقف محدد.

المبحث الثالث

العلاقات الناشئة عن إصدار بطاقات الإئتمان

تنشأ عن بطاقة الإعتماد ثلاث علاقات، وهي العلاقة ما بين البنك وحامل البطاقة، والعلاقة ما بين مصدر البطاقة البنك واالتاجر ،وأخيراً العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر.

أولاً: العلاقة بين البنك مصدر البطاقة وحاملها:

من السائد لدى الغالب من الفقه، أن هذه العلاقة بين الطرفين المذكورين، هي علاقة مقرض ومقترض. يكون فيها لحامل البطاقة إستخدامها أو سحب المبلغ المحدد له كسقف، بمقتضى العقد المبرم بينهما.وهو ما يعرف بعقد إنضمام([1]). ولما كان من المسلم به أن هذا العقد يقوم على الإعتبار الشخصي، فيكون للبنك إنهاء العقد أو فسخه متى أخل العميل بالتزاماته، وهو ما يترتب عليه رد البطاقة للبنك.ماعدا ذلك لا يكون للبنك أن يمتنع عن تفعيل البطاقة أو السداد، ولا يجوز له التمسك بأي دفع إتجاه التاجر بما يربطه أو يملكه من دفوع تجاه العميل.

أما من جهة حامل البطاقة، فعليه تسديد ما عليه وفي الوقت المحدد في العقد للبنك. أما قيمة ما اشتراه أو مقابل الخدمات التي حصل عليها من التاجر، فإنه يحيل هذه الديون إلى البنك الذي يتكفل بسدادها للتاجر.

ثانياً:العلاقة بين البنك التاجر:

هذه العلاقة هي علاقة تجارية تقوم على أساس وكالة بأجر، يعد البنك فيها وكيلاً للتاجر في قبض مستحقات قيمة ما باعه أو قدمه من سلع أو خدمات،من حامل البطاقة.

([1]) راجع د.محمود مختار بريري.مرجع سابق،ص١٦٢.

وبطبيعة الحال يحصل البنك على عمولة من التاجر لقاء ترويج وتسويق سلعه وإرسال العملاء لديه، مما يعين التاجر على زيادة عدد عملائه، وهو ما يعود بالنفع على الطرفين.

ثالثا: العلاقة بين حامل البطاقة والتاجر:

وهي علاقة لا تخرج عن كونها تعاملاً بين طرفين بالبيع والشراء للسلع والحصول على خدمات. على أن يستوفى الثمن لاحقا من البنك، فيوفي الأخير القيمة للتاجر، وبدوره يرجع على العميل وفقاً للعقد المبرم بينهما.

الفصل الثاني

تخصيم الحقوق التجارية

تمهيد وتقسيم:

نظراً لما تتميز به الحياة التجارية من سرعة وإئتمان، فإن الأعراف التجارية قد

حاولت خلق وإنشاء الجديد من آليات التمويل والتحصيل والإدارة التي تساعد المشروعات التجارية على مواجهة صعوبات تحصيل حقوقها وإدارة حساباتها والحصول على التمويل اللازم لتيسير نشاطها، دون اللجوء إلى الوسائل التقليدية للتمويل والإدارة. وعلى آثره قامت التشريعات المقارنة ، ومنها المشرع المصري بوضع القوانين التي تكفل تحقيق هذه الغاية.

ولذا بدأ بتبني فكرة تخصيم الحقوق التجارية، أو ما يعرف ب Factoring، وهو أحد الأدوات المالية الجديدة والذي أنتشر في السوق المصرية،من أجل زيادة نشاط التبادل التجاري وحجم تعاملات الشركات، من خلال تقديم التمويل اللازم لها، بهدف سرعة دوران رأس المال وزيادة إنتاجها([1]).

وقد أدخل المشرع نظام التخصيم بموجب القانون رقم٨ لسنة ١٩٩٧ والخاص بضمانات وحوافز الإستثمار، ثم تلاه قرار رئيس مجلس الوزراء رقم ١٤٤٦ لسنة ٢٠٠٣، بشأن الضوابط والأحكام الخاصة بالتخصيم([2]).

وفي عام ٢٠٠٧، صدر قراران، الأول من رئيس مجلس الوزراء رقم ١٦٢ لسنة ٢٠٠٧ بتعديل بعض أحكام اللائحة التنفيذية لقانون ضمانات وحوافز الإستثمار الصادر بالقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٧، وقرار رئيس الهيئة العامة للإستثمار والمناطق الحرة رقم ٢٨٥ لسنة ٢٠٠٧. ثم قرار رئيس الهيئة العامة للرقابة المالية بشأن الضوابط التنظيمية والرقابية لنشاط التخصيم رقم ٢٨٥ لسنة٢٠٠٧. وأخيرا صدر القانون رقم ١٧٦ لسنة ٢٠١٨ بإصدار قانون تنظيم

([1]) راجع للمزيد في هذا الشأن:د.خليل فيكتور تادرس. الجوانب القانونية والعملية لتخصيم الحقوق التجارية، دراسة مقارنة،مجلة القانون والإقتصاد، العدد ٨٧ ، ٢٠١٤، ص٣. وفي الفقه الأجنبي جافلدا. التخصيم، مجلة انسكلوبدي،التجارية، ١٩٨٧، ص١، وأيضاً جافلدا وستوفليه . القانون البنكي، الطبعة الرابعة، دار نشر لتك، ١٩٩٩، ص٢١١.

([2]) الوقائع المصرية، العدد ٢٠٢، الصادر في ٢٠٠٣/٩/٦، ص٣-٤.

نشاطي التأجير التمويلي والتخصيم.

وفي مصر ولئن كانت هذه الآلية هى عملية مالية غير مصرفية، وهو ما تقرر بموجب القانون رقم ١٠ لسنة ٢٠٠٩ بشأن تنظيم الرقابة على الأسواق والأدوات المالية غير المصرفية، ووفقا للمادة(٢) منه وإعتبار نشاط التخصيم من الأنشطة غير المصرفية التي تختص الهيئة العامة للرقابة المالية بالرقابة والإشراف عليه، ومن ثم لا تقوم به البنوك المصرية. إلا أنه في العديد من الدول ، تمارس نشاط التخصيم البنوك، بل قد بدأت منذ البداية في البنوك، ولاسيما في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث أنشأت فروعاً لها تتخصص في مباشرة هذه الخدمة([1]).

وسوف نقسم دراستنا لهذا الفصل إلى عدة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف التخصيم وأطرافه.

المبحث الثاني:مزايا التخصيم.

المبحث الثالث: أنواع الخصيم.

المبحث الرابع:العلاقات القانونية الناشئة عن عملية التخصيم.

المبحث الأول

تعريف التخصيم وأطرافه

تعريف التخصيم:

يعرف التخصيم بأنه شراء الحقوق الحالية والمستقبلية الناشئة عن عمليات

([1]) راجع: د. فايز نعيم رضوان .عقد شراء الحقوق التجارية، دار الفكر العربي، ١٩٨٦، ص٣٠.

البيع وتقديم الخدمات.أي بما مؤداه قيام شركة تعرف بشركة التخصيم بالإتفاق مع بائعى السلع ومقدمي الخدمات على حوالة الحقوق المالية التي تنشأ عن بيع السلع وتقديم الخدمات إلى الشركة، مع قيامها بتقديم بعض الخدمات المرتبطة بإدارة تلك الحقوق.وقد عرفته المادة الأولي من القانون قم ١٧٦ لسنة ٢٠١٨، بأنه عقد تمويل ينشأ بين المخصم والبائع ويقوم المخصم بموجبه بشراء الحقوق المالية الحالية والمستقبلية الناشئة عن بيع السلع وتقديم الخدمات وفقاً لأحكام هذا القانون.

وبذلك تتم العملية بين طرفين هما،متعهد التحصيل الذي يلتزم بأن يدفع لعميله قيمة ما له من حقوق لدى الغير، مع حلوله محله وتحمله مخاطر الرجوع على المدينين،والعميل الذي يحصل على قيمة ما له من المخصم. وهو ما يستهدف تقديم شركة التخصيم مجموعة من الخدمات المالية المتنوعة للشركات الصغيرة والمتوسطة، والتي تشمل التحصيل والضمان والتمويل وإدارة الحسابات، حيث يقوم المخصم بتحصيل الفواتير الخاصة بعملية البيع من المشتري المدين بعد تحويلها إليه من قبل البائع.وفي الغالب لا يكون له الحق في الرجوع على البائع حال فشله في إستيفاء قيمة الحقوق أو الفواتير المحالة إليه من قبل البائع.أي أنه يضمن خطر عدم الوفاء من قبل الممشتري في موعد الإستحقاق.

أطراف عملية التخصيم:

للتخصيم ثلاثة أطراف،هم كل من العميل البائع ،والمدين المشتري، والمخصم القائم بالعملية.

أ- العميل البائع:

وهو العميل أو الدائن، أو البائع الذي يقرر حاجته إلى تخصيم حقوقه لدى مدينيه إلى شركة التخصيم. وهو في الغالب شركة أو مشروع،و قد يكون

شخصاً طبيعياً ليس لديه الإدارة المتخصصة في تحصيل حقوقه لدى الغير، أو يرغب في تعجيل قيمة الفواتير المستحقة له، أو لا تتوافر له الوسائل لتيسير أعماله أو السيولة المالية الكافية. فيلجأ إلى إحدى شركات التخصيم للحصول على مجموعة من الخدمات التي تتمثل في إحدى أو بعض أو كل مما تقدمه.

أي بمامؤداه أن العميل هو مشروع يعمل بكفاءة ولكنه يواجه ربما بعض الصعوبات الإدارية والمالية، فيعهد إلى شركة التخصيم بهذه المهام([1]).

ب- المدين المشتري:

وهو الشخص الذي يتعاقد مع العميل بموجب العلاقة الأساسية، والذي تقوم شركة التخصيم بمطالبته بالدين وقت الإستحقاق.وهو تاجروليس مستهلكاً .وهو ولئن كان طرفاً في العملية ذاتها، إلا أنه يعد أجنبياً عن عقد التخصيم ذاته الذي يبرم بين كل من الدائن والمخصم.

ج- المخصم:

وهو كما عرفته المادة الأولى من القانون سالف الذكر، بأنه كل جهة مرخص لها بممارسة نشاط التخصيم وفقاً لأحكام القانون.ودائما ما يتخذ شكل شركة مساهمة لها شروط معينة، فتؤسس من قبل البنوك في الكثير من الدول، أو شركات التمويل العقاري وغيرها.وفي فرنسا والولايات المتحدة الأمريكية، تمارس هذا النشاط شركات متخصصة تعرف بـFactors، أو بيوت التخصيم Factoring houses ، وهي شركات في الغالب وليدة لمؤسسات مالية وبنوك.

([1]) راجع في هذا الشأن: د.أحمد عبدالرحمن الملحم ود.محمود الكندري. عقد التمويل بإستخدام الحقوق التجارية وعمليات التوريق،مجلة النشر العلمي الكويتية، ٢٠٠٤، ص٤٣، ومؤلفنا سابق الذكر، ص٥٢. وفي الفقه الأجنبي: جافلدا وستوفليه. مقالهما في مجلة الأسبوع القضائي، ١٩٦٦، رقم ١١.

تجارية نشاط التخصيم:

بلا ريب يعد عمل شركات التخصيم من قبيل الأعمال التجارية، وتكتسب وصف التاجر،وذلك إستناداً إلى المادة (١٠) من قانون التجارة المصري. إذ يهدف منه المخصم إلى تحقيق الربح. كما أن الدائن العميل، وهو البائع أو مقدم الخدمة أو المورد، هو تاجر ، ويقوم بقبض الحقوق الناجمة عن تعاملاته التجارية، ولذا يعد عمل التخصيم تجارياً بالتبعية بالنسبة له([1]). كما تسبغ الصفة التجارية كعمل تجاري أصلي على نشاط المخصم، بإعتبارها شركة تمارس عملاً تجارياً.وأخيراً يعد العمل تجارياً بالنسبة للمدين، المشتري أو متلقي الخدمة، لأنه ليس مستهلكاً، والمعتاد أنه تاجر يشتري ما يلزم لحاجات تجارية.

المبحث الثاني

مزايا التخصيم

كما قلنا سلفاً أن التخصيم هو آلية تمويلية تسمح بالتدفق النقدي دون الحاجة لإنتظار حلول آجال الديون وإستحقاق قيمة الفواتير التجارية، وتحد من مخاطر الديون المعدومة، كما أنها تعين على الإدارة الرشيدة ومسك حسابات منتظمة. ولذا صار التخصيم أداة تمثل مجموعة من خدمات متكاملة. ولذا يحقق أكثر من ميزة كما سنرى.

١-التخصيم أداة تمويل:

من الثابت أن التاجر وهو يمارس نشاطه التجاري، يتطلع إلى التوسع في أعماله التجارية وزيادة معاملاته المالية، وهو في سبيل ذلك، قد يلجأ إلى عدة طرق ووسائل تعينه على ذلك، ومنها الإقتراض. غير أن الأخير لا يخفى

([1]) راجع جافلدا وستوفليه.مرجع سابق،ص٣٧٩، د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق، ١٢٢،

صعوبة وطول إجراءات الحصول عليه. ولذلك قد يفضل التاجر الحصول على التمويل اللازم لتحقيق ما يبغيه من توسع، عن طريق تخصيم حقوقه الآجلة لدى الغير عن طريق شركة تخصيم،بحيث إذا قام التاجر ببيع منتجاته أو تقديم خدماته إلى زبائنه مقابل ثمن أجل، يكون له أن يقوم بتخصيم الفواتير المحررة والحصول على قيمتها، مع خصم نسبة منها وحلول المخصم محل العميل في إستيفائها من المدين أو المستورد([1]). وهو ما يعد بمثابة أداة تمويل، سواء كان لتمويل كل أو جزء من الديون،في مجال التجارة الداخلية أو الدولية. فهو مصدر متجدد للديون قصيرة الأجل. وفي بعض الدول، كفرنسا يكون التمويل للديون المستحقة بعد ١٢٠ يوماً وربما ١٨٠ يوماً.فهنا يقوم المخصم بوفاء قيمة الفواتير أو الدين قبل حلول أجله، على أن يتحمل المخصم خطر العملية. وتمكن العميل من أن يحصل على حقوقه بمجرد تسليم المخصم الفواتير. ولا ينتظر كثيراً ، فربما خلال ٤٨ ساعة يستطيع قبض الثمن.وهو ما يسمح له بتيسير وتوسيع أعماله أو وفاء ديون عليه للغير وزيادة إستثماراته([2]). ويعرف هذا الشكل بالتخصيم مع التمويل،فتقوم شركات التخصيم بتزويد العملاء بالسيولة اللازمة حال بيوعهم مقابل السداد الآجل،ولذا فهى تحمل عنهم كاهل وعبء ومشقة دورة تحصيل الحقوق.

غنى عن البيان أن أغلب التجار المتعاملين مع شركات التخصيم من

([1])د.أحمد عبدالرحمن ود. محمود الكندري.مرجع سابق، ص٩، جافلدا وستوفليه.الأسبوع القضائي، مرجع سابق، رقم ٢٣.

([2]) راجع :د. مختار بريري.مرجع سابق، ص١٩٦، د.السيد تركي. دور ضمان ائتمان الصادرات في مواجهة مخاطر الإئتمان في عقود التجارة الدولية،رسالة دكتوراة، حقوق القاهرة،٢٠٠٢،ص١٤١.كما انظر في الفقه الأجنبي:

Catherine d,hoir.droit du credit.ellipses.1999.p.133.

المشروعات الصغيرة والمتوسطة، ولا تتعامل مع مشروعات في دور الإنشاء.

٢- التخصيم أداة ضد خطر إفلاس المدين:

يعتبر التخصيم بمثابة أداة ضد مخاطر إفلاس المدين، إذ يفضي إلى تحمل المخصم مخاطر عدم التحصيل أو إفلاس المدين، ومن ثم لم يعد ينشغل ا لدائن بعدم الوفاء من قبل المشتري. ولذا يأخذ المخصم فى إعتباره، إبان إبرام عقد التخصيم مع العميل، القدرة المالية للمشتري في تنفيذ تعهداته، وهو ما يعتمد على معلوماته المؤكدة عنه، وعن ميسرته ومدى إنتظامه في سداد ديونه في مواعيد إستحقاقها([1]). أي بما مؤداه أن المخصم يقوم بسداد وتعجيل قيمة الفواتير للحقوق الآجلة، بغض النظر عن نجاحه في تحصيل كامل هذه الحقوق من عدمه.فأصبح العميل في مأمن من مخاطر إفلاس مدينيه.ولذا إذا لم يتسن للمخصم إستيفاء قيمة الفواتير والحقوق المحالة من قبل المدين، فإنه يسعى جاهداً خلال الفترة التالية للإستحقاق، أن يستوفيها ودياً([2]).

٣- التخصيم مصدر للمعلومات عن المشتري المدين:

يعد التخصيم مصدراً للمعلومات عن المدين،إذ تقوم شركات التخصيم بإمداد البائع بالمعلومات عن المشتري المحتمل التعامل معه([3])، ومدى إنتظامه في سداد ديونه، وهو ما اعتادت عليه بالتعاون مع شركات متخصصة، يمكنها

([1])د. هاني دويدار .عقد تحصيل الديون التجارية، مجلة البحوث القانونية والإقتصادية، العددان١،٢، ١٩٩١، ص٣١٩.

([2]) jean-pierre deschanel et Laurent Lemoine.AFFACTURAGE.Fas 580. 1999 ,class,banque et credit,p.6

([3])راجع د.على جمال الدين،مرجع سابق، ص٦١٣، د.محمد عبد الحليم عمر. الفاكتورنج الحلقى رقم٢٩ من الحلقات النقاشية المنعقدة بجامعة الأزهر في ٩-١٢-٢٠٠٣،ص٢ ومتاح على موقع:www.SAKC.GK.nu.

دراسة المخاطر التي تتعرض لها وأيضا البائعون،.بحيث لا تقدم على قبول الفواتير التجارية أو حوالة حقوق ناشئة عن تعاملات إلا بعد ورود معلومات مؤكدة تفيد سلامة المركز المالي للمدين المراد التعامل معه، بحيث تجنب نفسها وعملاءها مخاطر التعامل مع أشخاص غير ذي ملاءة. ويعين العميل على انتقاء واختيار زبائنه.وقد تبدو أهيمة هذه الخدمة، في عمليات التخصيم الدولية، والذي فيها يقوم المخصم(شركة التخصيم) بجمع المعلومات عن المدين الأجنبي. وسواء قدمت هذه المعلومات ورقياً أم الكترونياً لتمد العميل بـ المعلومات المتاحة وبكل ما يطرأ عليها من تعديل أو تغيير. ليكون لدى العميل صورة صادقة وحية عن موقف زبائنه المتعاملين معه.

٤-يقدم التخصيم خدمة مسك الحسابات:

أحيانا ما يعهد العميل للمخصم بإدارة حساباته ومسك دفاتره، وهو ما يساعد على تخفيف الأعباء الإدارية عنه ويعينه على الإرتقاء بالنشاط الذي يزاوله والتفرغ للإنتاج والتسويق.وعليه تقوم شركة التخصيم بمسك حسابات كل عميل يتعامل معها، وهو أمر يفضي بالعميل إلى إستبدال مدينيه المتعددين بمدين واحد وهو الشركة المخصمة، التي تضمن له الوفاء بالحقوق و مسك حساباته .وتقوم فور كل عملية بفحص المستندات والفواتير المقدمة بشأنها والتأكد من البيانات المتعلقة بها لتحديدها ومعرفة موعد إستحقاقها، ومدى تقديم المستندات المؤيدة للحق محل الحوالة، كأمر التوريد و أوامر الشراء، و أذون التسليم، وبالتالي تسجيلها في الحسابات([1]).

٥- تحصيل الحقوق التجارية:

([1])انظر د. فايز نعيم رضوان. مرجع سابق، ص٥٣-٥٤. وفي الفقه الأجنبي: جافلدا وستوفليه.مرجع سابق، دالوز، ص٢.

اخيراً تفضي خدمة التخصيم إلى توفير التكاليف والوقت المبذول في متابعة وتحصيل أرصدة وديون العملاء لدى مدينيهم، وهو أن يقوم المخصم بتحصيل هذه الحقوق، ومن ثم يتخلص العملاء من عبء تحصيلها، ويغنيهم عن عناء التفكير في مخاطر عدم وفاء المدينين. فيقوم المخصم بذلك في مواعيد إستحقاقها، وهنا لا تتضمن العملية أي تمويل أو تعجيل للحقوق.ولعل مرد هذه الخدمة ،أنه قد يتبين أن فشل الشركات والمشروعات في تحصيل حقوقهم لدى عملاءهم، هو من أهم أسباب شهر إفلاسه، وهو ما يفقدها التركيز في عمليات الإنتاج والتسويق. علاوة على ما تقدم كله، قد تتولى شركات التخصيم المسائل القانونية والقضائية للعملاء فيما يتعلق بالحقوق المحالة أو غيرها.

المبحث الثالث

أنواع التخصيم

للتخصيم أنواع عديدة، بحسب طبيعة الخدمة المقدمة، أو محلية أو دولية الأطراف، إلى نحو ذلك كما سنرى.

أولاً: أنواع التخصيم بحسب مكان إصداره:

١- التخصيم المحلى: Affacturage national

وهو نوع مؤداه أن يكون كل من العميل الدائن والمدين المشترى مسجلين أو مقيمين داخل مصر، ويتم عن طريق التنازل عن الحقوق أو الفواتير إلى شركة التخصيم، والتي تقوم إما بتعجيل قيمتها للعميل في حدود معينة،مقابل حصول الشركة على عائد يتناسب مع الفترة من تاريخ التعجيل إلى تاريخ الإستحقاق، أو الإنتظار حتى حلول موعد إستحقاقها وتحصيل قيمتها وإتخاذ الإجراءات المناسبة.

٢-التخصيم الدولي: Affacturage international.

يعد التخصيم دولياً إذا كان أي من العميل أو المدين مقيماً أو مسجلا خارج الدولة.وهو يشمل كل من تخصيم التصدير، وذلك متى كان المدين المشتري مقيماً خارج مصر، وكان العميل الدائن محلياً. وهو فرض متصور حال لجوء أحد العملاء الدائنين لتخصيم حقوقه لدى شركة تخصيم، متى كانت هذه الديون مستحقة على مدين خارج مصر. وتخصيم الإستيراد، وهو حال ما إذا كان المدين مقيماً بينما كان العميل الدائن في الخارج.

وفي الحقيقة أنه قيل أن التخصيم قد نشأ في مجال التجارة الدولية، وخاصة في مجال البيوع الدولية، ثم بدأ يمتد إلى الأسواق الداخلية([1]).

والغالب عملاً أن يقدم البائع أو المصدر طلب تخصيم بعض أو كل حقوقه أو فواتيره المؤجلة أو الواجبة الأداء لدى المشترى أو المستورد، إلى شركة تخصيم في بلده، ويعرف بمخصم المصدر. وبناء عليه يلجأ الأخير إلى البحث عن مخصم آخر في بلد المشتري المدين، كي يتابع اجراءات التخصيم والتحصيل، لأنه أقدر منه على القيام بتلك الإجراءات، وبوسعه تقدير مدى إفلاس المدين أو تعرضه لأزمات مالية.

-طبيعة العلاقة بين المخصمين:

كما سلمنا بأنه في نطاق العلاقات الدولية، يكون -في الغالب- هناك أكثر من مخصم، يتدخل في عملية التخصيم، في بلد كل من البائع والمشتري، وعليه تكون العلاقة بينهما محل إتفاق، سواء أكان إتفاقاً صريحاً أم ضمنياً لإستمرار العلاقة بينهما على هذا المنوال.

بيد أنه قد يقوم المخصمون ولإتاحة أكبر تغطية جغرافية للدائنين البائعين أو

([1]) راجع : مؤلفنا:الجوانب القانونية والعملية لتخصيم الحقوق التجارية- دراسة مقارنة،ص٩٣.

المصدرين، بإنشاء شبكة أو مجموعة دولية عبر منطقة معينة، كمجموعة FCI ([1])أو HELLER([2])، وغيرهما لتنسيق العمل بينها. يترتب على ذلك أن العلاقة بين المخصمين هي علاقة تعاقدية فيما بينهما.وقد تأكد ذلك في حكم التحكيم رقم ٦٣١٧ لسنة ١٩٨٩، والذي فيه ثار نزاع بين إحدى الشركات الفرنسية(x)وشركة أسبانية مدعى عليها، وكان كلاهما عضواً في المجموعة الدولية للتخصيم، وكان المصدر قد حصل على تمويل بنسبة ١٠٠% للديون التجارية المستحقة له لدى المستورد الأجنبي.ولذا بدأ مخصم المصدر يراسل مخصم آخر في بلد المستورد، وكان كلاهما قد تعهد بتنفيذ التزاماته، فمخصم المصدر تعهد مباشرة تجاه المصدر بتقديم كافة الخدمات المتفق عليها.أما مخصم المستورد، فهو قد تعهد تجاه مخصم المصدر وليس تجاه المصدر نفسه، وهو ما يؤكد أن العلاقة تقتصر عليهما فحسب، وهي علاقة تعاقدية([3]).

ثانيا:أنواع التخصيم بحسب إمكانية رجوع شركة التخصيم على العميل:

كشف عمل شركات التخصيم الدولية عن نوعين من التخصيم يتعلقا بمدى إمكانية رجوع شركة التخصيم على العميل الدائن، حال فشلها في إستيفاء الدين من المدين وهما:

١-التخصيم مع حق الرجوع على العميل الدائن:

هو نوع مفاده أن لشركة التخصيم، ولما كانت تقدم خدمة للعملاء تجاه زبائنهم الذين يتعاملون معهم، سواء في الأسواق المحلية أو الدولية، بشروط تساعدهم

([1]) Factors chain international

([2]) Heller international corporation

([3])حكم التحكيم رقم ٦٣١٧، منشور في مجلة JDI، ٢٠٠٣، ص١١٥٦-١١٥٧.

على تلبية طلباتهم، أن ترجع على الدائن حال ما إذا تعذر عليها إستيفاء القيمة من المدين، سواء لإفلاسه أو لإمتناعه عن الدفع. وهنا يقترب هذا الشكل من التخصيم بخصم الأوراق التجارية. أي يحتفظ المخصم بدور الإدارة والتحصيل دون الضمان.

ب-التخصيم بدون الرجوع على العميل الدائن:

يفضي التخصيم بدون حق الرجوع على البائع(العميل) ،إلى عدم إستطاعة شركة التخصيم الرجوع على العملاء الدائنين إذا لم يسدد المدين قيمة الفواتير المخصومة، سواء تأتي ذلك بسبب إفلاس العميل أو كان يعزو لأى سبب آخر.فكل ما يضمنه البائع هو وجود الدين ومشروعيته وخلوه من النزاع دون ضمان إستيفائه ولا ميسرة المدين. فهنا المخصم ضامن لحسن تنفيذ الإتفاق، أي يقوم بالتحصيل والضمان والتمويل.

ثالثا: أنواع التخصيم بحسب علم المدين به:

ينقسم التخصيم بحسب علم المدين به إلى تخصيم ظاهر معروف، وآخر تخصيم مستتر، وذلك على النحو التالي:

١--التخصيم الظاهر:

يعد التخصيم الظاهر هو الشكل الأكثر إنتشاراً، وفيه تقوم شركة التخصيم بوفاء قيمة الحقوق محل التخصيم مقابل تعجيلها أو وفائها في موعد إستحقاقها، وتطالب المدين -المشتري أو متلقي الخدمة- بأداء الدين، بناء على حوالة .مفاد ذلك أن الحوالة ظاهرة، ويعلم المدين المحال عليه، أنه يتعين عليه سداد قيمة الحقوق المحالة إلى شركة التخصيم، وأن الوفاء لغيرها هو وفاء غير صحيح.

٢-التخصيم المستتر:

على نقيض النوع الأول، قد يفضل العميل الدائن محيل الحق،عدم الإعلان عن علاقته بشركة التخصيم، وأن تظل خفية لا يعلم بها حتى المدين نفسه. وهنا إزاء هذا الفرض لا توضع صيغة الحوالة على الحق أو فاتورة الشراء ،ولا يعلن المدين بها.ولعل لجوء العملاء إلى هذا النوع، قد يرجع إعتقاداً منهم أن ذلك قد يقلل من حجم عملائه، أو الخشية من ذيوع ضعف السيولة المالية لديهم،فيحجم الموردون عن التعامل معهم، ومن ثم يتم التخصيم دون إعلان المدين،ولذلك يقوم العميل بإستيفاء الدين نيابة عن شركة التخصيم أو إستيفائه من المدين للوفاء لشركة التخصيم([1]).

المبحث الرابع

العلاقات القانونية الناشئة عن عملية التخصيم

تنشأ في البداية علاقة بين كل من الدائن(البائع) والمدين(المشتري)، وتعرف بالعلاقة الأساسية أو الأصلية. ومن المسلم به أن بطلان أو عدم وجود العلاقة الأصلية، وهو الأساس الذي تنبي عليه العلاقات الأخري، يفضي إلى بطلان إتفاق التخصيم.وهو أمر خارج دراستنا.

أما العلاقة الأخرى، فهي بين كل من شركة التخصيم(المخصم) والعميل بعد تقديمه الفواتير والجقوق موضوع التخصيم،ومن الناحية العملية يعتاد أغلب الدائنين على تقديم فواتيرهم كل أسبوع مرفقاً بها المستندات الدالة والمؤيدة لهذه الحقوق المدرجة بالفواتير المقدمة. أما العلاقة الثالثة، فهي التي تنشأ بين شركة التخصيم والمدين المحال عليه، والتي بمقتضاها يحق للأولى أن ترجع على الثاني ، لتحصيل قيمة الحقوق أو الفواتير ،إما رجوعاً ودياً أو قضائياً، حسب ما

([1]) راجع في هذا الشأن: مؤلفنا سابق الذكر، ص١٠٣، د.أحمدعبدالرحمن الملحم ود. محمود الكندري.مرجع سابق،ص٢٧.

إذا قبل المدين الوفاء دون نزاع أم رفض لسبب ما، وأخيراً قد توجد علاقة رابعة بين مخصم الدائن ومخصم المدين، وذلك في العلاقات الدولية فحسب.

أولاً: العلاقة بين شركة التخصيم والعميل:

تقبل شركة التخصيم تخصيم الحقوق والفواتير المقدمة من العميل،إذ توفرت فيها الشرائط القانونية المتعين وجودها لقبولها، لتوفي بقيمتها نقداً له أو بقيد قيمتها في الجانب الدائن للعميل في الحساب الجاري له. ثم تقوم بتحصيلها باسمه ولحسابها من المدين.

بيد أنه قد لاتقبل شركات التخصيم إلا جزء فحسب من الفواتير والحقوق المقدمة للتخصيم، ولذا فإن قبولها لا يسري إلا بالنسبة لما تم قبوله فقط دون ما لم يتم قبوله. كما يكون لها أن تسترد من العميل ما سبق وأن قيدته في حسابه بطريق الخطا، وذلك عن طريق القيد العكسي في الحساب الجاري([1]). ولها أن ترفض كل الفواتير المقدمة لسبب أو لآخر.إلا أن ذلك لا يمنع من أن تقوم بتحصيلها كوكيل عادي ينوب عن العميل في ذلك، وتعرف بالفواتير أو الحقوق غير المقبولة. ويتقرر هذا الحق في كل مرة يتقدم بها العميل مبدياً رغبته في حوالة حقوقه لدلا مدينيه، سواء أختلف المدين في كل حالة عن الأخرى أم كان هو ذاته. ولا يوجد ما يمنع من قبول إحدى الفواتير المحررة على زبون ما ورفض البعض الآخر متى كانت محررة على زبون آخر لا تتوافر بشأنه الثقة والملاءة المالية([2]).كذلك يكون لشركة التخصيم رفض قبول بعض الفواتير المحررة على زبون مدين سبق لها أن حصلت منه حقوقا لها محال إليها،

([1]) حكم محكمة إستئناف باريس بتاريخ ١٩٨٩/٩/١٢، دالوز، أخبار سريعة، ص٢٤٩.

([2]) راجع تورية توفيق. وكالة تحصيل وضمان الحقوق التجارية، رسالة دكتوراة، جامعة عين شمس، ١٩٨٧،ص٦١-٦٢.

لتردي مركزه المالي أو لشهر إفلاسه. وضماناً لشركة التخصيم في إستيفاء حقوقها، قد تنص في عقد التخصيم على إقتضاء بعض الضمانات والتي تكفل لها تحصيل قيمة الحقوق موضوع التخصيم، ولعل من أهمها مكنة القيد العكسي في الحساب .وأحياناً ما تقتضي بعض شركات التخصيم وقبل قبول الفواتير، أنه يتعين على العميل أن يحصل على إذن مسبق منها قبل إتمام عملية البيع أو تقديم الخدمة للمشتري.

على الجانب الآخر يلتزم العميل بإخطار المدين بحلول شركة التخصيم محله أو بحوالة الحق إليها، وأن على المدين أن يوفي إليها مباشرة. وهو ما يمكنه من الإحتجاج بالحوالة على المدين، لأنه قبل هذا الإخطار ، فإن هذا الوفاء من قبل المدين بين يد العميل الدائن، يحرره من الإلتزام حتى ولو كان المدين سيء النية.أما بعد الإخطار، فإن وفاءه للمورد أو البائع هو وفاء غير صحيح، ويلزم بالوفاء مرة ثانية للمخصم.([1]). ويتم الأخطار في الغالب عن طريق وضع البيان الدال على الفواتير المرسلة إلى المدين([2]).يخطره فيها بعملية الحوالة، ويدعوه للوفاء بطريقة مباشرة إلى شركة التخصيم، على أن لا ينتج الإخطار أثره إلا منذ إستلام المدين له.

ولا يلزم شكل خاص للإخطار، كل ما اشترطته المحاكم الأجنبية([3])، أن يكون بطريقة واضحة للفت انتباه الشخص المسئول عن الوفاء، بأنه يجب

([1]) CA .PARIS.25-10-1996.SEINE11-1-1968.CASS.com15-10-1996.Dalloz.affaires.n.43.p1388.cass.com.8-4-1994.CA.paris17-11-1995.CA.Rouen.27-4-1990.Lamy. 1997.p1216.

([2]) جافلدا وستوفيله.مرجع سابق،١٩٦٦، رقم ٦٦.

([3])نقض فرنسي في ١٤/١٠//١٩٧٥،الأسبوع القضائي، ١٩٧٦،الجزء الثاني،رقم ١٨٢٧٩ تعليق جافلدا.نقض فرنسي٤/١٠/١٩٨٢،البلتان مدني،رقم ٢٨٧، ومجلة جازت بلاي،١٩٨٣، ١.نقض فرنسي٣/٤/١٩٩٠،دالوز،١٩٩١، ١٨٠.

الوفاء بالدين لشركة التخصيم.وعادة ما يتم ذلك على كل فاتورة.

أيضاً يلتزم العميل الدائن بإتباع تعليمات شركة التخصيم، كما لو طلبت الأخيرة من العميل عدم تنفيذ الصفقات الموقعة مع المشتري، لأنه يعاني من ثمة صعوبات مالية، أو أنه في حالة توقف عن الدفع، فعليه أن يصغي له. كما عليه أن يتبع تعليماته بشأن معاملاته المستقبلية مع المشتري. وكذلك الإدلاء بالمعلومات والبيانات المطلوبة التي تستلزمها شركات التخصيم وإخطار شركة التخصيم بمخاطر التحصيل.

و في بعض الأحيان تستلزم بعض شركات التخصيم وجوب قصر التعامل معها، بألا يتعامل مع شركة أخرى أثناء سريان العقد إلا بموافقة الشركة ذاتها، وذلك تفادياً لقيام العميل بأن يعهد بخصم الحقوق المشكوك في تحصيلها إلى أحد المخصمين، بينما يعطي الحقوق المؤكدة والتي لا يشوبها أي نزاع لمخصم آخر (١).وأخيرا يلتزم العميل بدفع العمولة والعوائد إن كان لها مقتض، وهى تمثل حقوق المخصم. والعمولة هي المقابل التي تتقاضاه شركة التخصيم من العميل مقابل الخدمات التي تقوم بها.ويتم تقدير قيمة العمولة إستناداً إلى الخدمات المقدمة للعميل، وما إذا كانت تشمل كل من التمويل والضمان والإدارة، أو إلادارة والتحصيل ،أو التحصيل والإدارة والتمويل، والنفقات التي تتحملها شركات التخصيم للقيام بنشاطها، والمخاطر التي تتكبدها وتتعرض لها، ومنها إفلاس المدين أو إنقضائه كشخص معنوي. أما العوائد، فهى المبالغ التي تستوفيها شركة التخصيم عن الحقوق المعجلة للعميل، وذلك عن الفترة ما بين إيداعها في الحساب الجاري وتاريخ إستحقاقها، وهى تتراوح ما بين ٢% إلى ٤ % في الشهر عن أية مبالغ تدفع مقدماً. ويتم تحصيل العائد من وقت

---

(١) Dominique Legeais.Affacturage.ed.du.juris.classeur.2002.F.361.P4.

تعجيله للعميل وحتى إستيفائها من المدين.

ثانياً العلاقة بين شركة التخصيم والمدين:

بعد تنفيذ شركة التخصيم التزاماتها تجاه العميل ووفاء وتعجيل قيمة الحقوق المحالة أو الفواتير المقدمة،تبدأ منذ إستحقاق الدين، في مطالبة المدين بالوفاء، إستناداً إلى عقد التخصيم وحوالة الحق. ولا يعد المدين طرفاً في هذا العقد. لذا فإن التزامه بوفاء قيمة الحقوق المحالة لشركة التخصيم، لا يتأتى من هذا العقد، وإنما من إخطاره من قبل العميل الدائن والتنبيه عليه بضرورة الوفاء للمحال إليه، الذي أصبح وحده صاحب الحق في إستيفاء وتحصيل الدين، ولا يتحرر المدين من الدين إلا بالوفاء لشركة التخصيم([1]).

ويكون للمدين أن يرفض الوفاء لشركة التخصيم، إذا كان على علم بحق الغير الذي له الأولوية على شركة التخصيم المحال إليها الحق، كما لو ثبت أن ذات الحق كان موضوع رهن سابق أو سبق حوالته لآخر([2]). وبطبيعة الحال يظل للمدين أن يدفع تجاه شركة التخصيم بكل الدفوع التي يحق له أن يدفع بها في مواجهة العميل، كالدفع بسوء التنفيذ أو بالتأخر في التسليم ، أو الدفع بالمقاصة إذا توفرت شروطها قبل الحوالة إلى غير ذلك.

بيد أنه إذا لم يكتشف المدين التنفيذ المعيب أو المتأخر للبضاعة محل عقد البيع، إلا بعد وفاء قيمة الدين لشركة التخصيم، فليس له أن يسترد منها ما تم دفعه،ولا يجد سوى الرجوع على البائع أو المورد لمطالبته بما حصل عليه دون وجه حق.ويكون أمام شركة التخصيم إما الرجوع الودي لتحصيل قيمة الفواتير المحالة أو الحقوق، أو الرجوع القضائي حال ما إذا لم يتسن له تحصيل ما له

([1]) نقض فرنسي بتاريخ ١٩٩١/١٠/٢٢، دالوز ١٩٩٢، ص٢٠٨، ملاحظة Aynes.

([2]) راجع مؤلفنا الجوانب القانونية والعملية لتخصيم الحقوق التجارية، ص٢٤٦.

ودياً.

ثالثا: العلاقة بين المخصمين في العلاقات الدولية:

نظراً ولما كانت معظم شركات التخصيم الدولية تمارس نشاطها خارج حدود الدولة التي أنشأت فيها، وكذلك ولما تزايدت عمليات التصدير والإستيراد ما بين الدول، فإنه قد تتدخل شركتان للتخصيم في دولتين مختلفتين في ذات تخصيم الحق نفسه، فثمة شركة تعرف بتخصيم التصدير وأخري بتخصيم الإستيراد.

والمعتاد أن تبدأ العملية بطلب يتقدم به البائع أو المورد،إلى إحدى شركات التخصيم في بلده، ويبدي رغبته في تخصيم بعض حقوقه المستحقة له لدى مدين أجنبي يقطن بلداً آخر، والناجمة عن عملية بيع أو تصدير أو توريد ثمة بضاعة أو خدمة مقدمة.وعلى آثره تلجأ شركة التخصيم المحلية التي قدم إليها طلب التخصيم من العميل المحلي، إلى مثيلة لها في بلد المستورد أو من قدمت إليه الخدمة، والتي تعرف بشركة تخصيم الإستيراد، وهي يحال إليها الحق موضوع التخصيم، وتقوم هي بتحصيله من المدين المحال عليه.