مقاصة الإفلاس
دراسة مقارنة فى النظرية والتطبيق
(القسم الأول)

الدكتور أحمد عبدالرحمن الملحم
أستاذ القانون التجارى المساعد
قسم القانون الخاص - كلية الحقوق
جامعة الكويت

مقدمة[١]

المقاصة Set-Off هي وسيلة تعمل على انقضاء الدينين المتقابلين بقدر الأقل منهما من اللحظة التى يكون فيها هذان الدينان صالحين للمقاصة، وذلك إذا تمسك بها من له الحق فيها٠ وقد نصت المادة ٤٢٥/١ من القانون المدني الكويتي على أنه: «للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين، إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة، وكان كل منهما خاليا من النزاع ومستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء».[٢]

(١) أعد هذا البحث فى أثناء إجازة المهمة العلمية القيادية للعام الجامعى ٩٩/٢٠٠٠.

(٢) وقد نظمت المقاصة فى الكويت فى باديء الأمر بمقتضى المواد ٣٣٩-٣٤٨ من قانون التجارة الملغى رقم ٢ لسنة ١٩٦١، حيث كان يتضمن هذا القانون نظرية الالتزامات، وذلك من أجل تفادى تطبيق مجلة الأحكام العدلية، بيد أن الأحكام التى وردت فى قانون التجارة الملغى فى شأن المقاصة كانت فى مجملها مأخوذة من المذهب الحنفي، إذ استعان المشرع بكتاب المرحوم محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الأولى سنة ١٣٣٨ هجرية، ١٩١٧ ميلادية، انظر الطبعة الثانية، ١٩٨٣، دار الفرجاني، القاهرة، المواد ٢٢٤-٢٣١، ص ٤٢-٤٣. ومن ثم أصدر المشرع الكويتي بتاريخ ٢٥/٢/ ١٩٨٠ مدونة القانون المدني، ونظم المقاصة بمقتضى المواد ٤٢٥-٤٣٤.

والمقاصة – باعتبارها أداة تؤدى إلى انقضاء الديون المتقابلة – تأتي على نوعين: الأول، المقاصة العامة، وتنقسم إلى ثلاثة أقسام: المقاصة القانونية، التى حددت شروطها المادة ١/٤٢٥ المذكورة، والمقاصة القضائية، التى تقع بتدخل القضاء لاستيفاء أحد الشروط غير المتحققة فى المقاصة القانونية، وذلك عند تقديم طلب عارض من المدعى عليه ردا على دعوى خصمه الأصلية أو فى صورة دعوى مبتدأة.(٣) والمقاصة الاختيارية، التى تقع بتراضي الطرفين. والنوع الآخر، المقاصة الخاصة، ومنها مقاصة الإفلاس، فقد يضع المشرع بعض الشروط الخاصة – إلى جانب تلك الشروط العامة – لإجراء المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته، ومن ثم تتفرد هذه المقاصة ببعض الشروط التى لا تسرى على المقاصة العامة، فهي – إذن – أضيق نطاقا من الأخرى٠ وقد نصت المادة ٥٨١ من قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ على أنه: "لا تقع المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إلا إذا وجد ارتباط بينها. ويوجد الارتباط بوجه خاص إذا نشأت الحقوق والالتزامات المذكورة عن سبب واحد أو شملها حساب جار."(٤) وثمة ثلاثة شروط خاصة بمقاصة الإفلاس: شرطان، يمكن الاستدلال عليهما من القواعد العامة للإفلاس، أولهما ضرورة نشوء الدينين المتقابلين قبل صدور

(٣) الطعن بالتمييز ٩٠/٢٠ مدنى، جلسة ١٩٩٢/٣/١٦. الطعن بالتمييز ٩٣/١٤٧ تجارى، جلسة ١٩٩٤/١/٢٥، الطعن بالتمييز ٩٥/٢٦ تجارى، جلسة ١١/١١/ ١٩٩٦، الطعن بالتمييز ٩٥/٢٧٢ تجارى، جلسة ٩٦/١١/٣. مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز الكويتية، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩، ص ٩٣٦–٩٣٩.

(٤) وهذه المادة مطابقة تماما لنص المادة ٨٢٩ من قانون التجارة الملغى رقم ٢ لسنة ١٩٦١. وتجدر الإشارة إلى أن تطلب الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، والذى قد ينشأ من وحدة السبب بين الدينين، قد نص عليه أيضا المرحوم محمد قدرى باشا فى مؤلفه مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان فى المعاملات الشرعية على مذهب الإمام الأعظم أبى حنيفة النعمان، فقد نصت المادة ٢٢٥ على أن "المقاصة نوعان: جبرية (قانونية)، تحصل بنفس العقد واختيارية، تحصل بتراضي المتداينين." وقد استقى هذه المادة من ابن عابدين، الجزء الرابع، البندين ٢٣١ و٢٣٢.

حكم شهر الإفلاس، والآخر ضرورة التقدم بالدين من أجل تحقيقه ومن ثم تأييده. وتكاد تجمع التشريعات المقارنة على هذين الشرطين. وأما الشرط الثالث، فهو محل الخلاف بين التشريعات المقارنة – كما سيأتي مناقشته فى حينه – وهو الذى ورد فى نص المادة (٥٨١) من قانون التجارة الكويتي، الخاص بتطلب الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته.

ويثور التساؤل فى ظل قانون التجارة الكويتي حول أهمية شرط الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، وماهية هذا الشرط، ولاسيما أن المشرع الكويتي قد تخلى عن شرط الارتباط عند إصدار بعض التشريعات الخاصة بأزمة اقتصادية تعرضت لها الكويت فى مستهل عقد الثمانينيات، التى اصطلح على تسميتها، أزمة (المناخ) سوق الأوراق المالية غير الرسمي(٥). إذ إن الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته يؤدى إلى عرقلة تصفية التفليسة وإطالة أمد نظرها، لأنه يتطلب وفاء دائن المفلس للديون المستحقة فى ذمته للمفلس ويخضع بالنسبة للحقوق التى يطالب بها إلى قسمة الغرماء، ويظهر ذلك فلسفة تحقيق مصلحة جماعة الدائنين العاديين، في حين أن الغالب من التشريعات المقارنة، لا يتطلب الارتباط، لأن فلسفة هذه التشريعات قائمة على أساس حماية مصلحة الدائن الخاصة، ويؤدى ذلك إلى تشجيع بعض التجار على التعامل مع بعضهم الآخر، وعدم الخشية من عدم وجود الارتباط بين حقوقهم والتزاماتهم، الأمر الذى دفع المشرع الفرنسي – وفرنسا من طائفة الدول التى تتطلب الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، بالاستناد إلى أحكام القضاء وليس إلى نص قانوني – إلى النص صراحة فى ظل قانون الإفلاس على وقوع المقاصة – فى حالة خاصة – بين ديون المساهم المستحقة فى ذمته للشركة والأموال التى يتعين عليه أداؤها للشركة لزيادة رأس المال بمقتضى خطة تأهيل الشركة لإقالتها من الإفلاس.(٦)

(٥) انظر نص المادة ١٧ من قانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل، وما ورد فى شرح هذه المادة بالمذكرة الإيضاحية.

(٦) Paul J. Omar & Anker Sorenson, "Set-Off: The French Perspective of a Universal Institution," 10 J.I.B.L. [1977] P. 410.

والمقاصة تؤدى إلى انقضاء الديون المتقابلة بطريقة اقتصادية وميسرة، فلا يلزم القيام بعبء مادي للوفاء، كما هو الشأن فى تحرير شيك أو تسليم نقد، بل يتطلب الأمر التمسك بها فحسب، فإن توافرت شروطها، حكم القضاء بانقضاء الدينين المتقابلين بالمقاصة، وذلك بقدر الأقل منهما. لذا يبلغ مقدار الديون التى تقضي بالمقاصة أرقاما فلكية، حيث قدر بأن انقضاء الديون من خلال المقاصة فى مجال عقود التعامل بالعملات الأجنبية بالمراكز المالية فى العالم، يصل إلى ثمانمائة بليون دولار يوميا.(٧) ويتعين عند انقضاء الدينين بالمقاصة عدم الإضرار بالحقوق التى اكتسبها الغير.(٨) لذا فإن انقضاء الديون بالمقاصة له أهمية بالغة بين التجار الذين يمارسون أعمالا تجارية متبادلة، كما هو الشأن بين الموكل والوكيل بالعمولة أو بين المنتجين وتجار الجملة، وتبلغ هذه الأهمية ذروتها عند إفلاس أحد الطرفين، حيث إن إقرار مقاصة الإفلاس يعني حصول الطرف الثاني على مركز ممتاز وأولوية فى استيفاء دينه تتقدم على باقي الدائنين، حتى أولئك الذين يحظون بمراكز ممتازة، في حين أن عدم إقرار مقاصة الإفلاس أو تقييد نطاق إعمالها يؤدى إلى إحجام تعامل التجار فيما بينهم، ولاسيما عند توقف أحدهم عن الدفع، لأنه يتعين على دائن المفلس أداء الدين كاملا، في حين أن عليه أن يخضع لقسمة الغرماء فى دينه المستحق فى ذمة المفلس، وعلى هذا الاعتبار، فإن من أهم مؤشرات الاستدلال على فلسفة قانون الإفلاس، من ميله نحو تحقيق مصلحة الدائن أو مصلحة المدين هو النظر إلى كيفية تنظيم مقاصة الإفلاس.

وتعتمد التشريعات التى تقيد مقاصة الإفلاس، بضرورة وجود الارتباط بين ديون المفلس والتزاماته – كما هو الشأن فى تشريعات " الفرانكولاتن" – على مسوغ من مخالفة مقاصة الإفلاس لمبدأ قسمة الغرماء، لأن الدائن يحصل على كامل حقه، في حين أن الآخرين يحصلون على جزء من حقوقهم، فمقاصة

(٧) Philip R. Wood," Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," Sweet & Maxwell, London, 1995, note, 10-1.

(٨) المادة ١/٤٣٠ من القانون المدني الكويتي.

الإفلاس عبارة عن رهن لكنه غير معلن أو غير مشهر يؤدى إلى تآكل موجودات التفليسة. في حين يستند مؤيدو عدم اشتراط الارتباط لوقوع مقاصة الإفلاس – كما هو الشأن فى تشريعات "الأنجلوأمريكية" – إلى: أولا، من الخطأ إصرار المفلس على استيفاء كل حقوقه من دائنيه بينما يؤدى جزءا من حقوق دائنيه. ثانيا، تقلل مقاصة الإفلاس من نسبة المخاطر التى يتعرض إليها الدائنون٠ ثالثا، تؤدى مقاصة الإفلاس إلى سرعة تصفية التفليسة، ومن ثم التقليل من التكاليف، رابعا، من الإجحاف حرمان الدائن من إجراء المقاصة فى حالة إفلاس المدين، لأنه قام بإقراضه بنية إجراء المقاصة بين ديونهما المتقابلة٠

لذا فمن الأهمية بمكان دراسة مقاصة الإفلاس، من حيث بيان تعريفها وتحديد علاقتها بالمقاصة العامة وإرساء شروطها وموانعها وخصائصها وأهم تطبيقاتها، لأن الحيود عن قواعدها، ولاسيما محاولة توسيع نطاقها، يؤدى إلى بطلان التصرف أو عدم نفاذه فى مواجهة جماعة الدائنين، أو لأنه وفاء للديون قبل استحقاقها أو وفاء بغير الشيء المتفق عليه، أو لأنه يؤدى إلى الإضرار بجماعة الدائنين.(٩) كما أنه لا يمكن تفادى تنظيم مقاصة الإفلاس التى أخذ به المشرع الكويتي – مثلا – من خلال النص، فى عقد القرض على وقوع مقاصة الإفلاس أو النص على تطبيق قانون أجنبي يجيز الأخذ بهذه المقاصة، وذلك من ناحيتين: الأولى، عدم جواز الاتفاق على مخالفة قاعدة آمرة تتمثل فى المادة (٥٨١) من قانون التجارة، لأنها تتعلق بالنظام العام. والأخرى، لأنه لا يجوز تطبيق قانون أجنبي عينته أحكام قانون تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي، إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام.(١٠)

وعلى الرغم من أهمية الموضوع البالغة، فإنه لم يحظ بالدراسات الفقهية التفصيلية، فلم يقع نظرنا على دراسة فى الفقه العربي تتناول جوانب الموضوع المختلفة ماعدا عرض تعريف هذه المقاصة فى كتب الإفلاس العامة، ومن أجل

(٩) راجع المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الكويتي.

(١٠) انظر المادة ٧٣ من قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.

تجميع أكبر قدر ممكن من المادة العلمية، فقد لجأ إلى بنوك المعلومات العالمية التى تحفظ قائمة الدراسات والبحوث القانونية، حيث تم إجراء كثير من الاتصالات بهذه البنوك مع تغيير كلمات المفتاح فى كل مرة، وقد تم الحصول على بعض المقالات المحدودة، إذ تم الاستعانة بها والإحالة إليها بقائمة المراجع.

ونقسم هذه الدراسة إلى فصلين: نعرض فى الأول، الأحكام العامة لمقاصة الإفلاس، ونتطرق إلى تعريف المقاصة وبيان وظيفتها وأنواعها، ونشأتها وتطورها وشروطها، ووقت وقوعها ونطاقها وخصائصها. ونتطرق فى الفصل الثاني، إلى تطبيقات خاصة لمقاصة الإفلاس، ونعرض مقاصة الإفلاس عند حوالة الحق وفى الحسابات المتعددة وفى عقود البورصة الآجلة.

الفصل الأول
الأحكام العامة لمقاصة الإفلاس

مقدمة:

مقاصة الإفلاس هي مقاصة خاصة نظمها المشرع فى المادة (٥٨١) من قانون التجارة الكويتي، وحيث إن القانون المدني مصدر من مصادر قانون التجارة[١١]، فإن مقاصة الإفلاس تنطبق عليها القواعد العامة للمقاصة الواردة فى القانون المدني. وفى الحقيقة، فإن عرض نظرية مقاصة الإفلاس يقتضي تناول المسائل التى تتميز بها عن القواعد العامة للمقاصة، لذا ومنعا للتكرار فإننا نعرض عن بسط القواعد العامة للمقاصة، إلا إذا كانت ضرورية لاستكمال القواعد الخاصة، كما هو الشأن بالنسبة إلى ضرورة عرض شروط إعمال المقاصة العامة من أجل استكمال الشروط الخاصة.

وعلى ذلك نقسم الفصل إلى ثلاثة مباحث، نعرض فى المبحث الأول تعريف المقاصة وبيان أنواعها ووظائفها ونشأتها وتطورها، ونكرس المبحث الثاني لدراسة شروط مقاصة الإفلاس العامة وشروطها الخاصة، ونفرد المبحث الثالث لبيان وقت وقوع مقاصة الإفلاس ونطاقها وخصائصها.

المبحث الأول
تعريف المقاصة وبيان نشأتها وتطورها

مقدمة:

لابد فى مستهل هذه الدراسة من بيان تعريف المقاصة بشكل عام، لكى ينطوى ذلك على المدخل الأساسي للوقوف على ماهية مقاصة الإفلاس وبيان وظيفتها، وينبغي – من أجل فهم مقاصة الإفلاس – التطرق إلى نشأة المقاصة

(١١) انظر نص المادة الثانية من قانون التجارة الكويتي.

لدى الرومان والتقنين الذى أدخله "جستينيان" فى تنظيم هذه المقاصة وكيفية تلقفها لدى الفرنسيين، ومن ثم الإنجليز والأمريكان. لذا نقسم هذا المبحث إلى مطلبين: الأول، نتناول فيه تعريف المقاصة وبيان وظيفتها وأنواعها، ونكرس الثاني، لدراسة نشأة المقاصة وتطورها.

المطلب الأول:
التعريف بالمقاصة وبيان وظيفتها وأنواعها

المقاصة هى وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء[١٢]، تفترض وجود شخصين كل منهما دائن للآخر ومدين له فى الوقت نفسه، وبدلا من أن يوفى كل منهما دينه للآخر، ينقضى الدينان بقدر الأقل منهما، فيكون المدين بالدين الأقل قد وفى دينه ببعض حقه، ويكون المدين بالدين الأكبر قد وفى بعض دينه بحقه، ويتعين عليه الوفاء بالقدر الزائد وفاء عاديا. إذن المقاصة هى حق المدين فى انقضاء ما هو مستحق عليه لدائنه بما هو مستحق له قبل هذا الدائن، ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة.[١٣] وقد قررت محكمة التمييز الكويتية بأنه " إذا كان ما يجب رده من كل من العاقدين كله أو بعضه مبلغا من النقود، تمت المقاصة بين الدينين بقوة القانون فى حدود الأقل منهما وحكم بالفرق على من يكون مدينا به."[١٤]

---

(١٢) فقد أطلق المشرع الكويتى على المقاصة فى القانون المدنى بانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء.

(١٣) انظر نص المادتين ٤٢٥ و ٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠.
Robert Pennington, "Pennington's Corporare Insolvency Law," Butterworths, London, 1997, P. 317. Omer & Sorensen," Set-off: The French Perspective of a Universal Institution," 10 J.B.L. [1997] PP. 409-413.

(١٤) (الطعن ٩٤/٤٥ تجارى جلسة ١٩٩٦/٤/٨). مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩، ص ٩٣٧.

فالمقاصة تعمل على تحقيق وظيفتين: الأولى، انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء. والأخرى، الضمان.[١٥] فمن ناحية انقضاء الالتزام، فإن المقاصة لا يتحقق بها المعنى الدقيق للوفاء، بل هى وسيلة متبادلة بين المدينين تعمل على إسقاط ديونهما المتقابلة، مما يغنى بدوره عن الوفاء المباشر، ويؤدى إلى انقضاء الالتزامين بقدر الأقل منهما.[١٦] لذا فإن التقنين المدنى الأردنى لم يحالفه الصواب عند النص على أن المقاصة تعمل على إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه، حيث إن المقاصة لا يتحقق بها الوفاء بالمعنى الدقيق. وفى المقابل أحسن المشرع العراقى بالنص على أنها إسقاط دين مطلوب لشخص فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه. بيد أن المشرع الكويتى – وإن كان قد نص صراحة على أن المقاصة هى وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء – فإنه استخدم لفظ مقاصة بدلا من الوفاء أو إسقاط الدين، وذلك فى المادة (٤٢٥) فى القانون المدنى.[١٧]

---

(١٥) عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج٣، م٢، ص ١٠٢٤.

(١٦) وقد عرفها جوجلان بأنها عملية "طرح قانونية"، مشار إليه لدى محمد شكرى سرور، الأحكام العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار الفكر العربى، ١٩٨٥/٨٤، ص ٣١٠، هامش ١. وقد عرفت المقاصة فى التقنين المدنى العراقى فى المادة ٤٠٨ بأنها "إسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه فى مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه". قارن بالمادة ٣٤٣ من القانون المدنى الأردنى التى تعرف المقاصة بأنها "إيفاء دين مطلوب لدائن بدين مطلوب منه لمدينه".

(١٧) وقد أخذ المشرع الكويتي فى قانون التجارة الملغى، بتعريف المقاصة نفسه الذى أخذ به المشرع العراقي، ويقول المشرع الكويتي فى المذكرة الإيضاحية بأنه: "نقلت نصوص هذا الكتاب عن نصوص القانون المدني العراقي، لأن هذا القانون وفَّق فى نصوصه بين أحكام المجلة وأحكام القوانين الغربية، فجاءت هذه النصوص مزيجا موفقا من هذه الأحكام المختلفة". بيد أنه لم تتضمن أحكام مجلة الأحكام العدلية أي تنظيم للمقاصة، الأمر الذى يسم عبارة المشرع المذكورة فى قانون التجارة بعدم الدقة، لأن تنظيم المقاصة الذى ورد فى قانون التجارة الملغى ومثيله القانون المدني العراقي، قد أخذ من مؤلف المرحوم محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، ١٩٨٣ (الأولى سنة ١٩١٧) دار الفرجاني، القاهرة، المواد ٢٤–٢٣١، ص ٤٢–٤٣.

وعند تحقق شروط المقاصة القانونية بمقتضى المادة (٤٢٥) من القانون المدنى وتمسك بها من له حق بها، ينقضي الدينان – بقوة القانون – بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة، دون حاجة إلى صدور حكم قضائى، ويكون التمسك بالمقاصة فى صورة دفع لدعوى الخصم، إذ قررت محكمة التمييز الكويتية بأن "مؤدى نصوص المواد من (٤٢٥) إلى (٤٣٢) من القانون المدنى وما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون فى شأنها أن ما تضمنته من أحكام إنما يتعلق بالمقاصة القانونية التى تتم بين الدينين قصاصا بمجرد توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة (٤٢٥) المشار إليها، ومنها خلو الدينين من النزاع، وذلك دون حاجة لصدور حكم قضائي بإجرائها، ومن ثم يجوز طلب هذه المقاصة فى صورة دفع لدعوى الخصم."[١٨]

ويترتب على ذلك، أنه فى المقاصة ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما انقضاء جبريا أو بقوة القانون دون حاجة إلى صدور حكم قضائي مادام قد تمسك بها من له الحق بها، وذلك فى صورة دفع لدعوى الخصم، وهذا هو الذى يبرر انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما حتى فى حالة التمسك بالمقاصة بعد مرور الزمان المانع من سماع الدعوى ما دامت المدة اللازمة لعدم سماع الدعوى لم تكن قد تمت فى الوقت الذى أصبحت فيه المقاصة ممكنة.[١٩]

ومن ناحية أخرى، فإن المقاصة أداة ضمان لأن التزام المدين ينقضى قبل دائنه بما لهذا المدين من حق قبل ذلك الدائن، وذلك متقدم على سائر الدائنين حتى المرتهن منهم أو صاحب حق الامتياز بحسبان أن الدين الذى فى ذمة المدين فى حكم المخصص للوفاء بحقه[٢٠]. ويسرى الضمان دون حاجة إلى

(١٨) الطعن رقم ٩٤/٤ مدنى جلسة ١٩٩٤/١٠/١٧) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩، ص ٩٣٧.

(١٩) نص المادة ٤٢٩ من القانون المدنى الكويتى.

(٢٠) أنور طلبة، الوسيط فى شرح القانون المدنى، دار الفكر العربى، ١٩٩٨، ص ٨٦٤.

اتخاذ أى إجراء[٢١]، وذلك خلاف لأوجه الضمان الأخرى، كالرهن الذى يتطلب التسجيل أو الحيازة أو الإعلان، وخلاف لحق الامتياز الذى يتقرر بحكم القانون، حيث نصت المادة (١٠٦١) من القانون المدنى على أنه " لا يكون للحق امتياز إلا بمقتضى نص فى القانون". وتظهر أهمية هذا الضمان فى حالة إفلاس المدين أو إعساره، حيث يقى الدائن من مزاحمة سائر الدائنين له. وفضلا عن ذلك، فإن المقاصة تبتعد عن الكفالة، لأنها – كما تقدم – وسيلة لانقضاء الالتزام بين دينين متقابلين على الشخصين نفسيهما، في حين أن الكفالة عقد يضم شخصا ذمته إلى ذمة المدين فى تنفيذ التزام عليه، بأن يتعهد للدائن بأدائه إذا لم يؤده المدين.[٢٢]

وقد قررت محكمة باريس الاستئنافية عدم قبول إجراء مقاصة قانونية بين التزام المساهم بأداء الأقساط الباقية للأسهم التى اكتتب بها، وبين حقوق المساهم قبل الشركة، لأن من شأن المقاصة أن تعطيه ضمانا على جزء من موجودات الشركة، الذى يحقق له الوفاء بحقوقه مع إضراره بباقى دائني الشركة.[٢٣]

وإذا تحققت شروط المقاصة بمقتضى المادة ٤٢٥ من القانون المدنى وتمسك بها من له حق بها ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما وتسمى عندئذ بالمقاصة القانونية، أما فى حال عدم تحقق أحد الشروط أو بعضها، فإنه

---

(٢١) انظر على سبيل المثال المادة ٤٢٨ من القانون المدنى الكويتى، وكذلك Georg Maier-Reimer," Set-Off Under German Law," Chapter, 7, P. 156, & R.B. Gerretsen," Set-Off Rights in the Netherlands," Chapter 8, P. 172, & Herman D. Federspiel," Se-Off Under Danish Law," Chapter 9, P. 185," & Ole C. Hoie," Set-Off Under Norwegian Law - Rights of Set-Off as Security," Chapter, 10, P.195, Published in Using Set-Off as Security, Editor, Francis W. Neate, Graham & Trotman, 1990.

(٢٢) نص المادة ٧٤٥ من القانون المدنى الكويتى.

(٢٣) Paris Court of Appeal, (27 Sept. 1977. D. 1978, IR. 250). مشار إليه لدى، Bernard Carrez," Set-Off Under French Law," Chapter 11, Published in Using Set-Off as Security, Edited by Francis W. Neate, P. 208.

لا يحول دون وقوع المقاصة مادام المدينان قد اتفقا على وقوعها، وتسمى عندئذ بالمقاصة الاتفاقية أو الاختيارية، أما إذا تعذر الاتفاق فإنه من الممكن أن يحكم بها القضاء بعد الفصل فى الأمر المتنازع فيه، كأن يكون أحد الدينين متنازعا عليه، وتسمى عندئذ بالمقاصة القضائية، ويطلب المدعى عليه إجراء المقاصة فى صورة طلب عارض يقدم أمام محكمة أول درجة. وقد قررت محكمة التمييز الكويتية بأن "مؤدى نصوص المواد ٤٢٥ إلى ٤٣٢ من القانون المدنى وما أوردته المذكرة الإيضاحية للقانون فى شأنها أن ما تضمنته من أحكام إنما يتعلق بالمقاصة القانونية التى تتم بين الدينين قصاصا بمجرد توافر الشروط المنصوص عليها فى الفقرة الأولى من المادة ٤٢٥ المشار إليها، ومنها خلو الدينين من النزاع، وذلك دون حاجة لصدور حكم قضائي، ومن ثم يجوز طلب هذه المقاصة فى صورة دفع لدعوى الخصم، أما إذا كان أحد الدينين محل نزاع فإن سبيل استنزاله، هو التمسك بالمقاصة القضائية التى يشترط لإجرائها طبقا لنص المادة ٨٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية أن تبدى فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه الأصلية طبقا للإجراءات المنصوص عليها فى هذه المادة ولا يجوز طلب هذه المقاصة فى صورة دفع لدعوى الخصم".[٢٤]

هذا، ويقصد بمقاصة الإفلاس، المقاصة التى يكون أحد المدينين أو كلاهما مفلسا، بحيث يلجأ الدائن إلى استيفاء حقه من المدين المفلس بالأولوية على الدائنين الآخرين، أو بتعبير أدق، يسقط دينه فى مقابل حقه الذى على المفلس، ويتفادى بذلك تطبيق مبدأ قسمة الغرماء عليه لاستيفاء حقه من المفلس، ويبرأ من أداء دينه له.

إذن نحن بصدد نوعين من المقاصة، هما: المقاصة العامة، التى نظمها المشرع فى القانون المدنى بمقتضى المواد من ٤٢٥-٤٣٢، إذ إن الأصل العام

(٢٤) (طعن ٤/١٩٩٤ مدنى جلسة ١٧/١٠/١٩٩٤) مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز الكويتية، القسم الثالث، المجلد الثالث، يوليو ١٩٩٩، ص ٩٣٧.

فى هذه المقاصة هو جواز إجرائها فى الأحوال التى يوجد فيها تقابل بين الدينين ولو اختلف سببهما، في حين أنه فى مقاصة الإفلاس التى نظمها المشرع فى قانون التجارة بمقتضى المادة ٥٨١، فإن الأصل العام هو حظر إجرائها، وذلك من أجل تطبيق مبدأ قسمة الغرماء بين دائني المفلس، والاستثناء الوحيد هو جواز تطبيق مقاصة الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إذا وجد ارتباط بينها.

المطلب الثاني:
نشأة المقاصة وتطورها

مرت المقاصة بكثير من المراحل حتى تبلورت فى صورتها الحالية، ومن الأهمية بمكان أن نتعقب نشأة المقاصة منذ عصر الرومان وكيفية إدخالها إلى القانون الفرنسي، ومن ثم إلى القانون الأنجلوأمريكي. لذا فإننا نعرض أولا، المقاصة عند الرومان، ثم نتطرق ثانيا، إلى المقاصة فى القانون الفرنسى، ومن ثم انتقالها، ثالثا، إلى القانون الإنجليزى.

أولا: مصدر المقاصة فى القانون الروماني:

عرفت فكرة المقاصة لدى الرومان منذ سنة ١٥٠ قبل الميلاد، حيث كان يتقدم المتقاضون إلى قاضي الإجراءات، الذى يسمع دعواهم من أجل الوقوف على إذا ما كان للمدعي وجه فى ادعائه، ومن ثم يسمع المدعى عليه، إذا كان له الحق فى إبداء دفاعه بصورة طلب إجراء المقاصة، وبعد ذلك يقوم القاضي بتحديد إجراءات الدعوى، formula، وترسل الدعوى إلى قاضي الموضوع، للمرافعة وإصدار الحكم(٢٥).

وظهر أول تحليل للمقاصة سنة ١٥٠ للميلاد، حيث جاء فى Gaius' Institutes بأنه "فى دعوى حسن النية يجوز للقاضي بناء على الإنصاف

(٢٥) انظر، Cary," A History of Rome," 2 ed. ed, 1954. Boak," A History of Rome to 565 A.D.," 4th. ed. 1955.

والعدالة أن يأخذ بالطلبات التى يقدمها المدعى عليه ضد المدعي والناشئة من نفس العقد، ويحكم بالفرق بينهما فقط. ولكن دعوى حسن النية مقصورة على عقد البيع والإيجار والوكالة غير القانونية والوديعة والشركة ومهر الزوجة".[٢٦] ويبين أن المقاصة فى ذلك العهد كانت جوازية للقاضي ومحددة فى بعض العقود وناشئة عن السبب نفسه ومبنية على العدالة[٢٧].

وعلى الرغم من ذلك، فقد عرفت مقاصتان خاصتان فى مواجهة طرفين قويين: الأولى، فى مواجهة البنوك التى كانت مكلفة بمسك حسابات روما، فإذا رفع البنك دعوى ضد الغير، فيتعين على البنك أن يضع فى حسبانه كل دفوع المدعى عليه وطلباته، بما حاصله أن يجرى البنك المقاصة، ويحدد طلباته الخالصة بعد خصم مستحقات المدعى عليه، فإذا كانت طلباته زائدة عن حقه، فإن دعواه تكون خاسرة، حيث كانت القاعدة المطبقة "الطلب الزائد يخسر الدعوى". والأخرى، كانت فى مواجهة الحكومة، ففى عهد الإمبراطور Antonius Pius سنة (١٣٨-١٦١ للميلاد) إذا رفعت هذه الجهة دعوى ضد الأفراد، فإن هؤلاء يكون لهم طلب إجراء المقاصة ضد الحكومة، شريطة أن تكون المقاصة ضد الإدارة المعنية المتعاقد معها. فقد كان لهذا المبدأ أهمية بالغة، وذلك بالنظر إلى التعامل الجارى آنذك بين الحكومة والرومانيين الأغنياء[٢٨].

وفى تطور ملحوظ فى عصر الإمبراطور Marcus Aurelius (١٦١-١٨٠ للميلاد)، الذى قرر أول توسعة فى نطاق المقاصة، حيث أصدر القرار التالي: "فى العقود الملزمة للجانبين، يحق للمدعى عليه أن يتمسك بالمقاصة، شريطة أن يبديها لدى قاضي الإجراءات، وأن تبنى المقاصة على الدفع بالغش فى

(٢٦) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio from Rome to California," 53(1) California Law Review March 1965, P. 229.

(٢٧) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio From Rome to California," 53 California Law Review, 1965, P. 229.

(٢٨) Michael E. Tiger," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio From Rome To California," P. 230.

مواجهة المدعي[٢٩]". بيد أنه، لم يظهر بوضوح الأثر الذى يترتب على إجراء المقاصة، فهل كانت تؤدى إلى انقضاء الدينين منذ تلاقيهما، أو أن القاضي فى حكمه ينشيء انقضاء الدينين. ولم يكن بمقدور المدعى عليه أن يبدي طلب المقاصة أمام قاضي الموضوع، وفضلا عن ذلك لم تتضح شروط المقاصة.

ولأن المقاصة تستند إلى العدالة، فقد قام جستينيان بتوسعة أخرى فى نطاقها، وتحديد شروطها، فقد ورد فى موسوعة جستينيان بأنه "نأمر بأن المقاصة هي حق يجوز التمسك به فى كل الدعاوى، سواء أكانت شخصية أم عينية. وتقع المقاصة إذا كان الدين محدد المقدار، ولا يثير صعوبة فى إصدار الحكم، ... وعليه، نوصي القضاة بعدم قبول طلب المقاصة إذا كان يؤدى نظرها إلى إطالة أمد الدعوى، أو ينطوى على صعوبة فى الإثبات، ويتعين الوقوف بحزم ضد طلب المقاصة فى هذه الحالة، ويتعين المضي فى نظر الدعوى الأصلية، ومن ثم ينظر ادعاء المقاصة فى دعوى أخرى".[٣٠] وعلى إثر ذلك نقلت المقاصة إلى الفرنسيين.

ثانيا: المقاصة فى القانون الفرنسي:

كانت فرنسا بعد القرن الثالث عشر مقسمة إلى منطقتين: الأولى، المنطقة الشمالية، التى تضم ثلثى الدولة، فقد كانت تسرى بها الأعراف التى تأثرت بالقانون الروماني والقانون الكنسي. والأخرى، المنطقة الجنوبية، فقد كان مقننا بها مدونات قانونية، تستند إلى مجموعة جستينيان القانونية. وفضلا عن ذلك فقد كان القانون الكنسي يشكل نظاما قانونيا ثالثا يسرى على باقي المناطق، إذ كان القانون الكنسي متأثرا بالقانون الروماني، ويطبق فى المحاكم الكنسية. وكان

(٢٩) عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدني، الجزء الثالث، المجلد الثاني، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ١٠٢٥-١٠٢٦.

(٣٠) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cros-Demands: Compensatio From Rome To California," P. 234.

الموقف مختلفا إزاء المقاصة فى هذه النظم القانونية الثلاثة. وتفصيل ذلك على النحو التالي:

(أ) الأعراف السائدة فى المنطقة الشمالية:

لما كانت المنطقة الشمالية واسعة ومترامية الأطراف، فقد ظهرت أعراف متباينة، حيث بدت بعض الأعراف تميل إلى الأخذ بالمقاصة، في حين أحجم الجانب الآخر عنها. ففى الاتجاه الأول، أظهرت اتفاقية قانون الأعراف التى بدأها Beauvaisis وأنهاها Philippe de Beaumanoir سنة ١٢٨٣ للميلاد بأنه يمكن إجراء المقاصة فى المحاكم الكنسية، فلا يقيد المدعى عليه بقبول الدعوى أو برفضها، ولا يحرم من إبداء دفوعه أو طلباته العارضة، فيمكن للمدعى عليه أن يدفع "بالوفاء" ويعني المصطلح آنذاك الطلب العارض. وقد أورد Beauvaisis دعوى تتلخص وقائعها فى أن المدعي أقرض المدعى عليه عشرين جنيها، وقد دفع المدعى عليه بأنه فى المقابل، وبنية وفاء التزامه، قام بإقراض المدعي بعض المال، وقد رد المدعي بأنه على المدعى عليه أولا وفاء العشرين جنيها، إذا رغب في استعادة المبلغ الذى أقرضه له، وعليه أن يرفع دعوى بذلك. وقد قضت المحكمة الكنسية بأنه "على المدعي الرد على دفاع المدعى عليه، فإذا كان المبلغ الذى أقرضه المدعى عليه للمدعي بنية وفاء الالتزام، فإنه لا يمكن الوفاء مرة أخرى، ولكن إذا كان المبلغ الذى أقرضه المدعى عليه إلى المدعي، قد نشأ قبل نشوء حق المدعي فى ذمة المدعى عليه، أو كان دعوى المدعى عليه عبارة عن طلب خيول أو حيوانات أخرى أو طحين أو خمور أو أشياء أخرى، غير مرتبطة بمبلغ العشرين جنيها، فإننا نلزم المدعى عليه بأداء المبلغ المطالب به، وعلى المدعى عليه أن يرفع ادعاءه أمام المحكمة المختصة.[٣١]" ويبين أن القضاء كان بصدد نظر الطلب المقابل (العارض) الذى يقدمه المدعى عليه لدفع دعوى المدعي، إذ لم يقتصر دفاعه على قبول الدعوى أو رفضها، عملا بمبدأ وحدة الدعوى، وقد ألمح القضاء إلى ضرورة وجود تماثل بين الدينين، فالنقود تؤدى بالنقود، والأشياء المثلية تؤدى بمثلها.

(٣١) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio From Rome To California," P. 236.

وعلى نطاق الاتجاه الآخر، فلم تقبل المقاصة القانونية أو الطلب العارض فى صورة المقاصة القضائية. وعند كتابة القانون العرفي لكل من Lorris وMontargis فى سنة ١٥٣١ للميلاد، دون بشكل صريح بأنه لا تقع المقاصة القضائية أو القانونية على الإطلاق فى المحاكم غير الكنسية. ويبين أن المقاصة كانت غير مقبولة، وذلك لسببين: الأول، رفض المحاكم سلب اختصاصها، حيث يتعين على المدعى عليه رفع دعوى فى المحكمة التى يتبعها المدعي. والآخر، يرجع إلى العدالة التى تتطلب عدم تقسيم الحقوق الواردة على الأموال، حيث يتعين أن تنظر فى المنطقة التى توجد بها تلك الأموال. وآية ذلك أنه ورد فى سوابق Marche سنة ١٥٢١ تعريف للمقاصة القضائية، بأنها "لا تقع على الإطلاق، إلا إذا كان محل إقامة الطرفين يقع فى دائرة اختصاص المحكمة، وفى هذه الحالة تقع المقاصة دون دعوى جديدة[٣٢]".

وفى آخر القرن السادس عشر بدأ ظهور تأثير القانون الروماني في القانون الفرنسي من خلال تدوين الأعراف، وظهور الحاجة إلى مجموعة جستينيان من أجل تنظيم المسائل التى لم يتكون إزاءها عرف معين بعد. ففى سنة ١٥٨٠ نص فى Coutume الأعراف على أنه "لا تقع المقاصة القضائية فى القضاء غير الدينى، ما لم تكن مرتبطة فى الدعوى، وأن يكون الطلب فى المقاصة القضائية عبارة عن دفاع فى موضوع الدعوى الأصلية، ففى هذه الحالة، يقيم المدعى عليه نفسه مدعيا فى الدعوى[٣٣]". ويعني ذلك أنه يتعين أن تكون المقاصة القضائية مرتبطة بالدعوي الأصلية، وفى حالة عدم وجود الارتباط، يتعين على المدعى عليه أن يرفع دعواه أمام المحكمة التى تقع فى محل إقامة المدعي. ويبين أن الصفة الأجنبية فى المقاصة ما زالت تسيطر فى ذلك الحين على توجهات القضاء.

ومن جانب آخر، تطلبت بعض أعراف القرن السادس عشر أن تكون الديون المطلوبة فى المقاصة القضائية محددة المقدار وغير متنازع فيها، أو أن تكون الديون مكتوبة، أو أن يتمسك بالمقاصة عند البدء فى نظر الدعوى.[٣٤] ويبين أن

(٣٢) Sherman," Roman Law in the Modern World, Section, 241, 3rd., ed. 1937.

(٣٣) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio From Rome to California," P. 239.

(٣٤) Brissaud," A History of French Private Law," P. 558, note 2, (1912).

الأصل فى هذه الحقبة أن المقاصة لا تقع إلا فى حالة وجود الطرفين فى دائرة اختصاص المحكمة نفسها، أو كان هناك ارتباط بين الدعوى الأصلية والمقاصة، وماعدا ذلك، يتعين رفع دعوى أمام المحكمة التى تقع فى موطن المدعى عليه.

(ب) تقنين المقاصة فى المنطقة الجنوبية من فرنسا:

تأثرت القواعد العامة للتقنينات الفرنسية بالقانون الروماني، فكان القضاة يلجأون إلى جستينيان للاسترشاد بالقواعد العامة للقانون الروماني. وقد فسرت المقاصة من قبل القضاء وبعض الفقهاء فى القرن السادس عشر بالاستناد إلى مصطلح "جستينيان"، وهي ipso iure، أى بأنها تقع بحكم القانون، ويعني ذلك أن تقع المقاصة تلقائيا من دون علم الطرفين فى لحظة تلاقي الدينين بقدر الأقل منهما، وقد قنن هذا التفسير فيما بعد بمدونة نابليون.(٣٥)

(ج) القانون الكنسي الفرنسي:

عرف القانون الكنسي المقاصة القضائية، إلا أنه لم يفسح المجال للمقاصة القانونية المطبقة فى المنطقة الجنوبية من فرنسا. فقد كانت المقاصة القضائية تسمع من القاضي نفسه وفى وقت نظر الدعوى الأصلية نفسه، ويمكن التمسك بها فى أى وقت، ولم يشترط أن يكون ذلك فى بداية نظر الدعوى. ويؤدى التمسك بها إلى تحويل المدعي إلى مدع عليه أمام القاضي نفسه، حيث كان يطلق على ذلك تقابل الادعاءات "Mutual Petitions"، وهو مصطلح مأخوذ من قانون جستينيان فى تنظيم المقاصة. ولم يرد فى القانون الكنسي إشكالية الاختصاص المكاني للقضاء، كما هو الشأن فى المنطقة الشمالية من فرنسا، لأن القانون الكنسي كان موحدا فى كل المحاكم الكنسية.(٣٦)

(٣٥) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio From Rome To California," P. 242.

(٣٦) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio From Rome to California," P. 243-244.

وقد سعى ملوك فرنسا منذ القرن الساس عشر إلى توحيد القانون فى كل فرنسا، وظهر ذلك فى تقنين المقاصة فى مدونة نابليون، حيث بني تنظيم المقاصة على الأعراف التى كانت سائدة آنذاك، وعلى عمل الأستاذين Pothier and Domat، وقد كتب الأستاذ Pothier بأن "المقاصة وسيلة وفاء، وليس لأحد أن يجبر الدائن على قبول وسيلة للوفاء غير الوسيلة الحالة، لذا يجب أن يكون الدينان من نفس العملة، أى نقد فى مقابل نقد وطحين فى مقابل طحين، وزيت فى مقابل زيت، وكذلك يجب أن يكون الدينان حالا الأداء، ومحددا المقدار، ولا تقع المقاصة إذا كان أحد الدينين غير محدد المقدار، وفضلا عن ذلك، يتعين أن يكون هناك تقابل للدينين، أى أن يكونا مستحقين على الشخصين نفسيهما وبصفتهما الشخصية، فإذا تحققت هذه الشروط تقع المقاصة بحكم القانون".(٣٧) وقد كانت الإشارة فى ذلك إلى المقاصة القانونية المستقاة من قانون "جستينيان"، وبذا ظهر تأثير القانون الروماني في القانون الفرنسي.

ثالثا: المقاصة فى القانون الأنجلوساكسوني:

كان يقبل فى القرن السابع عشر فى محاكم قضاء العدالة بإنجلترا طلب المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته، ولم يكن ذلك الحق مقصورا على دائرة القضاء، بل كان يجوز أيضا لمدير التفليسة إجراء هذه المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته.(٣٨) وفى سنة ١٧٠٥ صدر أول تشريع فى إنجلترا يعنى بمقاصة الإفلاس(٣٩)، ثم صدر بعد ذلك تشريع عام للمقاصة سنة ١٧٢٩، بسبب الحاجة التى ألحت فى سريان المقاصة على كل حالة يتقابل فيها دينان، لا قصرها على الإفلاس فقط.(٤٠)

وفى القرن الثامن عشر تحددت معالم شروط المقاصة القضائية، بأن يكون الدين محدد المقدار أو يمكن تحديده بسهولة، فكان ينظر للمقاصة باعتبارها

(٣٧) Michael E. Tigar," Comments: Automtic Extintion of Cross-Demands: Comensatio FromRome to California," P. 244.

(٣٨) Loyd," The Development of Set-Off," 64 U. Pa. L. Rev. 541, 547, (1916).

(٣٩) 4 Anne, c. 17, section 11 (1705).

(٤٠) 2 Geo. 2, c. 22, Sec. 13 (1729).

وسيلة دفاع، حيث يتعين على المدعى عليه أن يرفع دعوى مستقلة ضد المدعي فيما زاد على حق المدعي الذى انقضي بالمقاصة.(٤١)

وفى سنة ١٨٢٨ نظر القضاء الأمريكي دعوى Greene v. Darling، حيث قرر القاضي Story بأنه فى حالة عدم وجود قانون خاص للمقاصة أو مسوغ وجيه للعدالة، فإن مجرد تقابل دينين غير مرتبطين، بين المدعي والمدعى عليه، لا يمكن القاضي من الحكم بالمقاصة.(٤٢) الأمر الذى يفيد إمكانية إجراء المقاصة فى حالة وجود ارتباط بين الدينين أو بناء على مسوغ إنصافي يدعو إلى ذلك. ومن ثم شرع أول تنظيم للمقاصة فى الولايات المتحدة الأمريكية فى ولاية نيويورك سنة ١٨٤٨، ثم فى ولاية كاليفورنيا سنة ١٨٥٠ بمقتضى المادة ٤٤٠ من قانون الإجراءات المدنية.(٤٣)(٤٤)

المبحث الثاني
شروط مقاصة الإفلاس

مقدمة:

نص المشرع فى المادة ١/٤٢٥ من القانون المدني على شروط وقوع المقاصة، وتُعد هذه الشروط شروطا عامة تسرى على مقاصة الإفلاس، وذلك بمقتضى المادة الثانية من قانون التجارة التى جعلت أحكام القانون المدنى

(٤١) Howlet v. Strickland, 1 Cowp. 65, 98 Eng. Rep. 965 (K.B.1761).

(٤٢) Frd. Cas. 1144, 1147 (No. 5767) (C.C.D.R.I. 1828).

(٤٣) Michael E. Tigar," Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio From Rome To California," P. 257.

(٤٤) وقد عرفت الشريعة الاسلامية المقاصة، إعمالا للقاعدة القائلة بأن: "تقضي الديون بأمثالها". انظر محمد شفيق العاني، الفقه الإسلامي ومشروع القانون المدني الموحد فى البلاد العربية "جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، ١٩٦٥، ص ١٣٨. انظر كذلك، ابن عابدين، الجزء الرابع، بند ٢٣١ و ٢٣٢. محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، دار الفرجاني، القاهرة، ١٩٨٣، المواد ٢٢٤-٢٣١، ص ٤٢-٤٣.

مصدرا مهما له، وإلى جانب ذلك ثمة شروط خاصة لمقاصة الإفلاس: الأول، شرط الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته أورده المشرع فى المادة ٥٨١ من قانون التجارة، والثاني، ضرورة نشوء الدينين قبل صدور حكم شهر الإفلاس، والأخير، ضرورة تحقيق الدين وتأييده، وهما مستخلصان من القواعد العامة للإفلاس.

ونقسم هذا المبحث إلى مطلبين: نكرس الأول، لبحث شروط مقاصة الإفلاس العامة، ونعرض فى الثاني، شروط مقاصة الإفلاس الخاصة.

المطلب الأول:
شروط مقاصة الإفلاس العامة

تنص المادة ٤٢٥ من القانون المدنى على أنه:

(١) "للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق قبل هذا الدائن ولو اختلف سبب الدينين إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة، وكان كل منهما خاليا من النزاع مستحق الأداء صالحا للمطالبة به قضاء".

(٢) ولا يمنع المقاصة أن يكون ميعاد الوفاء قد تأجل بناء على نظرة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن.[٤٥]"

ويظهر من هذه المادة ضرورة تحقق كثير من الشروط لإعمال المقاصة، نجملها فى التالى: أولا: تقابل الدينين، ويستخلص ذلك من عبارة " للمدين حق المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه، وما هو مستحق له قبل هذا الدائن. ثانيا: تماثل الدينين، إذ ورد فى المادة "إذا كان موضوع كل منهما نقودا أو

(٤٥) وتطبق بعض الدول العربية المادة نفسها، والنصوص المقابلة، مادة ٣٦٢ من القانون المدنى المصرى، والمادة ٣٦٠ من القانون المدنى السورى، والمادة ٣٤٩ من القانون المدنى الليبي، والمادتان ٤٠٨ و٤٠٩ من القانون المدنى العراقى، والمواد ٣٢٨-٣٣٠ من قانون الموجبات والعقود اللبنانى، والمواد ٣٤٣-٣٤٦ من القانون المدنى الأردنى.

مثليات متحدة فى النوع والجودة. ثالثا : خلو الدينين من النزاع، حيث نصت المادة على أنه: "وكان كل منهما خاليا من النزاع. رابعا: استحقاق الدينين للأداء، وذلك بما ورد من عبارة "مستحق الأداء". خامسا: صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء، حيث نصت المادة فى عجزها على ذلك. ونقسم هذا المطلب إلى فرعين: نعرض فى الفرع الأول كل شرط من الشروط العامة فى غصن مستقل، ثم نكرس الفرع الثاني لتحليل الشروط العامة للمقاصة وتطبيقها على بعض المعاملات التجارية.

الفرع الأول:
شروط المقاصة

ونقسم هذا الفرع إلى خمسة غصون: نعرض فى الغصن الأول، التقابل بين الدينين. ونتناول فى الغصن الثاني، التماثل بين الدينين. ونكرس الغصن الثالث، لخلو الدينين من النزاع. ونفرد الغصن الرابع، لاستحقاق الدينين للأداء. وفى الغصن الخامس، نتطرق إلى صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء. وإليك التفصيل:

الغصن الأول:
التقابل بين الدينين

يتعين لإعمال المقاصة تقابل الدينين Mutuality بما حاصله أن يكون كل من طرفى المقاصة دائنا ومدينا بشخصه للآخر فى الوقت نفسه بالصفة ذاتها[٤٦]، أو بتعبير آخر تقابل بين الدائنين mutual debts or Mutual

(٤٦) محمد شكرى سرور، الأحكام العامة للالتزام، الطبعة الأولى، دار الفكر العربى، ٨٤/ ١٩٨٥، ص ٣١٣.

Schwab, Anderson, Reed and Mendelsohn," Onset of An Offset Revolution: The Application of Set-Offs in Insurance Insolvencies," 95 Dickinson Law Review, 90-1991, P. 478, 494.

creditors على حد تعبير قانون الإفلاس للولايات المتحدة الأمريكية[٤٧]، أو التقابل بين الحقوق أو الديون أو التقابل فى التعامل بين الطرفين،[٤٨] إذ إن التقابل بين الدينين يتطلب أن يكون كل من طرفى المديونية دائنا ومدينا للآخر بصفته الشخصية Reciprocal،[٤٩] أى أن يكون صاحب المصلحة الشخصية في الحق والمسؤول شخصيا عن أداء الدين المقابل[٥٠]، وليس باعتباره وليا أو وصيا أو قيما أو وكيلا أو وارثا. وقد قررت محكمة التمييز الكويتية بأنه تقع المقاصة بين ما تلتزم به شركة التأمين قبل المضرور، وما يلتزم به قبلها كمسئول، ففى التأمين الإجبارى عن حوادث السيارات، تلتزم شركة التأمين بتعويض المضرور، ولكن فى حال نسبة الخطأ إلى المضرور، فإنه لا شيء يمنع من رجوع شركة التأمين على المضرور باعتباره مسؤولا عن الخطأ، وفى هذه الحالة يتحقق التقابل بين الدينين.[٥١]

ولا تقع المقاصة – على هذا النحو – بين دين للدائن فى ذمة المدين ودين لكفيل غير متضامن فى ذمة الدائن، لأن أحد الدينين فى ذمة المدين للدائن والآخر فى ذمة الدائن للكفيل، في حين يجوز للكفيل أن يتمسك بالمقاصة بين الدين الذى كفله وبين دين للمدين فى ذمة الدائن.[٥٢] ولا تقع المقاصة بين دين للشركة على الغير وبين دين للغير فى ذمة أحد الشركاء. كما أن الأموال التى تحتفظ بها الشركة على سبيل الأمانة وتقوم بإيداعها فى البنك لمصلحة الغير،

(٤٧) Bankruptcy Reform Act of 1978, Section 68a.

(٤٨) Mark Wormell," Securitisation and Set-Off," 9 (3) Journal of Banking and Finance Law and Practice, Sept. 1998, P. 186.

(٤٩) L.W. Houlden," The 1996 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act of Canada," Statutes of Canada Annotated, P. 281.

(٥٠) Philip R. Wood," Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," Sweet & Maxwell, London, 1995, Para. 6-12.

(٥١) الطعنان بالتمييز رقما ٧١، ٧٥/ ٨٨ تجارى، جلسة ١٩٨٨/١٢/١١. مجلة القضاء والقانون، يونيو ١٩٩٥، السنة السادسة عشرة، العدد الثانى، ص ٢٤١–٢٤٢.

(٥٢) عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ٣، م ٢، دار النهضة العربية، ص ١٠٣٩.

لا يصح التقاص فيها مع التزامات الشركة نحو البنك. ولا تصح كذلك المقاصة بين الحق الثابت فى الورقة التجارية التى يحوزها البنك لاستيفاء ثمنها لمصلحة الغير من الشركة المسحوب عليها وبين حقوق هذه الشركة قبل البنك، وذلك لعدم وجود التقابل بين الدينين.

وينبغى من ناحية أخرى أن يتعاصر هذا التقابل بين الدينين، أى يكون فى الوقت نفسه. فلا يصح أن يتمسك من أحال حقه – بعد نفاذ هذه الحوالة – بالمقاصة بين ما كان له من حق فى مواجهة المدين، وبين ما نشأ لهذا المدين من دين فى مواجهته.

ولا يؤثر فى وقوع المقاصة بقوة القانون اختلاف سبب الدينين، حيث تجوز المقاصة بين دين مصدره عقد وآخر مصدره عمل غير مشروع أو إثراء دون سبب أو مصدره القانون، فالقاعدة العامة أن كل الديون تجوز إجراء المقاصة بينها إذا توافرت كل الشروط، فقد نصت المادة ٤٢٥ من القانون المدنى على جواز المقاصة ولو اختلف سبب الدينين.

الغصن الثاني:
تماثل الدينين

لابد لإعمال المقاصة من تماثل فى المحل بين الدينين، لأن المقاصة انقضاء يترتب بقوة القانون، وهذا الانقضاء لا يمكن إعماله بشكل تلقائي إلا فى حال تماثل محل الدينين، حتى يتمكن كلا الطرفين من استيفاء حقه من خلال المقاصة من الشيء نفسه الواجب الأداء، حيث يستدعى الأمر – فى غير ذلك – تقويم محل الدينين من أجل الوقوف على قيمة كل منهما على حدة، والذى يتطلب تدخل القاضي من خلال المقاصة القضائية.

وقد نص المشرع على وقوع المقاصة إذا كان موضوع الدينين نقودا أو مثليات متحدة فى النوع والجودة. ولا يحول دون وقوع المقاصة اختلاف نوع العملة فى الدينين، وذلك لسهولة الوقوف على سعر صرف العملة، فضلا عن أن المشرع لم يشترط وحدة العملة محل الدينين لوقوع المقاصة، حيث تطلب أن

يكون محل الدينين نقودا، وهذا الوصف يشمل أى عملة. بيد أنه إذا كان محل الدين من المثليات فيتعين أن تتحد فى النوع والجودة.

ومن جانب آخر، لابد أن يكون محل الالتزام فى الدينين التزاما متبادلا بنقل الملكية،(٥٣) أو التزاما بإعطاء(٥٤)، حتى يتحقق معنى الوفاء الذى تقوم به المقاصة، إذ لا تقع المقاصة فى دينين محل كل منهما عمل أو امتناع عن عمل أو أحدهما عمل والآخر امتناع عن عمل، فضلا عن أنه من العسير وصف الالتزام بعمل أو الامتناع عن عمل بأنه من المثليات التى تتحد فى النوع والجودة. وبذا لا تقع المقاصة بين دين محله نقود ودين مقابل محله من المثليات، أو بين نوعية الدين الأخير ودين مقابل قيمى.(٥٥) هذا وتصح المقاصة بين بعض السندات وبعضها الآخر وبين بعض الأسهم وبعضها الآخر وسائر الأوراق المالية، إذا كانت متماثلة.(٥٦)

الغصن الثالث:
خلو الدينين من النزاع

وجود نزاع جدى فى أحد الدينين يحول دون إجراء المقاصة بينهما، سواء أكان النزاع فى وجود الدين أم فى مقداره. إذ يتعين لإمكان وقوع المقاصة – باعتبارها وفاء جبريا – أن يكون كل من الدينين محقق الوجود ومعين المقدار.(٥٧) وعليه لا تقع المقاصة بين دين منجز وآخر معلق على شرط واقف، لأن الأخير فى فترة التعليق محتمل. ومن ناحية أخرى لا يجوز للمضرور من

(٥٣) إبراهيم الدسوقى أبوالليل، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الشريف، ١٩٩٦/٩٥، ص ٤٠٣.

(٥٤) رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ٥١٢.

(٥٥) Lars Lindencrone Petersen & Niels Orgaard," Danish Insolvency Law," English Translation by Hanne Gron, 1996, P. 143.

(٥٦) عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ٣، م ٢، ص ١٠٤٢.

(٥٧) سليمان مرقص، الوافى فى شرح القانون المدنى، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٢، ص ٨٠٤.

عمل غير مشروع أن يقاص حقه فى التعويض قبل تقديره مع دين عليه للمسئول، لأن دين المضرور يكون غير معلوم المقدار.(٥٨) وقد قررت محكمة التمييز الكويتية بأن "المقاصة القانونية على ما تقضي به المادة ٤٢٥ من القانون المدني تستلزم فى الدين أن يكون خاليا من النزاع محققا لا شك في ثبوته فى ذمة المدين وأن يكون معلوم المقدار ولابد من اجتماع الشرطين اعتبارا بأن المقاصة تتضمن معنى الوفاء الإجبارى، ولا يجبر المدين على دفع دين متنازع فيه أو دين غير معلوم المقدار، ولقاضي الموضوع السلطة فى استخلاص توافر أحكام المقاصة القانونية أو عدم توافرها، وذلك بناء على ما تستظهره من ظروف الدعوى وملابساتها." (٥٩)

الغصن الرابع:
استحقاق الدينين للأداء

لما كانت المقاصة نوعا من الوفاء الإجبارى فإنه لا يجبر المدين على قبول الوفاء قبل حلول الدين. وتطبيقا لذلك لا تقع المقاصة بين دين حال وآخر مضاف إلى أجل، إلا أنه – استثناء من ذلك – لا يمنع المقاصة أن يكون ميعاد الوفاء قد تأجل بناء على نظرة منحها القاضى أو تبرع بها الدائن.(٦٠) لأن نظرة الميسرة مبنية على عسر المدين، فإن أصبح قادرا على الوفاء قبل حلول الأجل، زالت عقبة المقاصة، ولأن الأصل فى ذلك الدين أنه قد حل ثم تأجل لضيق ذات اليد، فإن زال سبب التأجيل، عاد الدين إلى أصله، وهو استحقاقه للأداء.

(٥٨) أنور طلبة، الوسيط فى شرح القانون المدنى، دار الفكر الجامعى، ١٩٩٨، ص ٨٦٦.

(٥٩) طعن بالتمييز رقم ٨٩/٥١ تجارى، جلسة ١٩٨٩،٧/٢. مجلة القضاء والقانون، نوفمبر ١٩٩٥، السنة السابعة عشرة، العدد الثانى، ص ٩٥–٩٦. طعن بالتمييز رقم ٨٨/٢٦٤ تجارى، جلسة ١٩٨٩/٣/٢٠. مجلة القضاء والقانون، سبتمبر ١٩٩٥، السنة السابعة عشرة، العدد الأول، ص ٢٢٨–٢٣٠.

(٦٠) نص المادة ٤٢٥ من القانون المدنى الكويتى.

ولا يؤثر اختلاف مكان وفاء الدينين فى وقوع المقاصة، فإذا كان أحد الدينين مستحق الوفاء فى دولة والآخر فى دولة أخرى، فإن المقاصة تقع شريطة أن يعوض من يتمسك بالمقاصة الطرف الآخر عما لحقه من ضرر لعدم تمكنه بسبب المقاصة من استيفاء حقه أو الوفاء بدينه فى المكان الذى عين لذلك.(٦١)

الغصن الخامس:
صلاحية كل من الدينين للمطالبة به قضاء

ينبثق هذا الشرط من كون المقاصة ضربا من الوفاء الجبرى، بما حاصله إمكانية جبر المدين على الوفاء من خلال دعوى قضائية تحمى الحق، ومتى كان ذلك، فإنه لا تقع المقاصة بين دين مدنى وآخر طبيعى، لأن الأخير، لا يجبر فيه المدين على الوفاء، وكذلك الحال لا تقع المقاصة مع دين مضت عليه مدة التقادم.(٦٢)

الفرع الثاني:
تحليل شروط مقاصة الإفلاس العامة
وتطبيقها على بعض النواحي التجارية

من الأهمية بمكان الإشارة إلى أن أهم شرط من شروط مقاصة الإفلاس العامة هو شرط التقابل بين الدينين، لأن عدم تحقق الشروط الأخرى لا يحول دون وقوع المقاصة، وذلك عند اتفاق الطرفين عليه أو حكم القضاء به، فإذا كان الدينان غير متماثلين فإنه يمكن للطرفين الاتفاق على تحديد قيمة كل منهما

(٦١) نص المادة ٤٢٦ من القانون المدنى الكويتى.

(٦٢) للمزيد من التفصيل انظر، عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ٣، م ٢، ص ١٠٤٣-١٠٤٤. إبراهيم الدسوقى أبوالليل، أحكام الالتزام، ص ٤٠٦. محمد شكرى سرور، موجز الأحكام العامة للالتزام، ص ٣١٦. أنو طلبة، الوسيط فى شرح القانون المدنى، ج ٢، ص ٨٦٦. مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، من دون سنة نشر، ص ١٨٩.

للتقاص اختياريا، وإذا كان ثمة تنازع فى وجود أحد الدينين فإنه يمكن للقضاء الفصل فى وجوده من عدمه، وإذا كان أحد الدينين غير حال، فإنه يمكن التنازل عن الأجل.

بيد أن التقابل مسألة قانونية بحتة تنبع من قاعدة قوامها عدم جواز إلزام الشخص بعمل قام به الغير دون علمه أو تخويل منه. A transaction between two parties ought not to operate to the disadvantage of a third.[٦٣] أو بتعبير آخر، حماية الغير حسن النية.

ويثور إشكال التقابل بين الدينين فى حالة وجود ثلاثة أطراف فى العلاقة، ومثال ذلك، فى علاقة الوكالة التجارية التى تجمع الموكل والوكيل والمتعاقد معه (الغصن الأول)، وفى العلاقة بين الشركات التابعة والشركة القابضة (الغصن الثاني)، وفى الحسابات المشتركة لدى البنوك (الغصن الثالث). وتفصيل ذلك على النحو التالى:

الغصن الأول:
التقابل بين الدينين فى علاقة الوكالة التجارية

قد يتعاقد الوكيل مع الغير باسمه ولحساب موكل مستتر، ففى هذه الحالة لا يُعد الموكل طرفا فى العقد، ومن ثم لا مقاصة بين الموكل والغير. لكن مقتضيات العمل التجارى وضروراته، قد تلجىء الموكل المستتر إلى رفع دعوى مباشرة على الغير – المشترى – لمطالبته بثمن البضائع التى اشتراها من الوكيل ولم يؤد ثمنها، ففى دعوى George V. Clagett مكن القضاء البريطانى الموكل المستتر من المطالبة بثمن البضائع من الغير – المشترى – لكنه فى المقابل مكن الغير من استخدام المقاصة بين ثمن البضائع المدين بها وحقوقه المستقلة نحو الوكيل.[٦٤]

(٦٣) Broom's Legal Maxims, 10th ed., Sweet & Maxwell, 1939, P. 648.

(٦٤) (1797) 7 T.R. 359. S. Rory Derham," Set-Off and Agency," 44-45 Cambridge Law Journal 1995-96, PP. 384-414, at 387.

وعلى الرغم من أن هذا القضاء قد خالف مبدأ نسبية آثار العقد، فإنه كان بوسعه تطبيق مباديء حوالة الحق، من حيث حوالة البائع – الوكيل – حقه فى الثمن إلى الموكل – المحال إليه – لاستيفاء الثمن من الغير – المشترى – وإعطاء الغير وهو المحال إليه حق استعمال الدفوع ضد الموكل التى كانت له تجاه الوكيل.

وفى القانون الكويتى – فى مجال القواعد العامة للوكالة – يمكن استعمال المقاصة بين حقوق الغير والتزاماته نحو الموكل فى ثلاث حالات هي، إظهار الوكيل وقت إبرام العقد بأنه يتعاقد باسم الأصيل، أو كان الغير يعلم أو كان مفروضا أن يعلم أن التعاقد قد حصل بطريق النيابة، أو كان يستوى عند الغير أن يكون التعاقد حاصلا مع الوكيل أو الموكل(٦٥).

وقد أورد المشرع الكويتى الحالات التى يجوز فيها التقاص بين حقوق الغير والتزاماته نحو الموكل على سبيل الحصر، فإن لم تتوافر إحدى هذه الحالات، فلا يجبر الغير على اعتبار العقد قائما بينه وبين الموكل، أى يُعد العقد قد أبرم بين الغير والوكيل، ومن ثم لا يعتد المشرع بانصراف إرادة الوكيل إلى التعاقد باسم الموكل. ومن ناحية أخرى، لا يعتد المشرع بإعلان الموكل أو الأصيل المستتر – بعد إبرام العقد بين الغير والوكيل – بأنه هو صاحب المصلحة فى العقد وليس الوكيل، وذلك لأن تحديد الصفة التى يعتد بها، هى التى تنشأ وقت إبرام العقد وليس بعد ذلك.(٦٦)

ونرى بأن الظروف والأحوال التى تجعل الغير يعلم أو ينبغى عليه أن يعلم بأن التعاقد قد حصل بطريق النيابة، هى إما موضوعية أو شخصية أو كلتيهما، وذلك لعموم نص المادة ٥٨ من القانون المدنى، وعلى ذلك، قضي بأنه إذا أبرم الوكيل عقد البيع باسمه الشخصي، وكان يوجد تذكرة مرفقة مع البضائع

(٦٥) نص المادة ٥٨ من القانون المدنى الكويتى.

(٦٦) قارن بالقانون البريطانى الذى يأخذ بمبدأ إعلان الصفة الحقيقية للغير من قبل الموكل. انظر S. Rory Derham," Set-Off and Agency," P. 389.

مكتوبا عليها اسم الأصيل وبأنه هو البائع، فإن الغير كان ينبغى عليه أن يعلم بأن العقد تم بطريق النيابة، أو كان عليه – على الأقل – أن يستفسر عن طبيعة العقد.(٦٧) وفى دعوى أخرى كانت التذكرة المصاحبة للبضائع مكتوبا عليها "بيعت إلى ولحساب" دون ذكر اسم الأصيل، وقد قرر القضاء البريطانى أن العقد قد تم لحساب الأصيل، بسبب هذه العبارة، ولأن الوكيل قد أخبر الغير بأنه يتعاقد لحساب الأصيل.(٦٨)

والقاعدة العامة فى تعاقد الوكيل بالعمولة، هي التزامه مباشرة تجاه الغير الذى تعاقد معه، كما يلتزم الغير مباشرة قبل الوكيل بالعمولة، ومن ثم لا يجوز – بحسب الأصل العام – إعمال المقاصة بين الغير والموكل، وذلك لعدم وجود التقابل بينهما.(٦٩) بيد أن المشرع أورد استثناء على هذه القاعدة، فى حالة إفلاس الوكيل بالعمولة بالبيع قبل قبض الثمن، إذ يجوز للموكل أن يطالب المشترى مباشرة بأداء الثمن إليه، أو إذا أفلس الوكيل بالعمولة بالشراء قبل تسليم المبيع، جاز للموكل أن يطالب البائع مباشرة بتسليم المبيع إليه، وفى هذه الحالة يمكن إعمال المقاصة بين حقوق كل من الغير والموكل والتزاماتهما.(٧٠)

ونرى بأن هذا الحكم منتقد، كونه يؤدى إلى حرمان الغير من استعمال المقاصة ضد حقوق الوكيل الذى أفلس، لأنه يلزم الغير بأداء الثمن إلى الموكل، وهذا الحكم يطبق حتى فى حال عدم معرفة الموكل أو الأصيل وقت إبرام العقد، أى أن الغير كان يعتقد بأن الوكيل هو أصيل وليس نائبا عن الموكل، لأن المشرع تطلب تحقق شرط واحد لمطالبة الغير بأداء الثمن أو تسليم المبيع، وهو إفلاس الوكيل.

---

(٦٧) Pratt v. willey (1826)1 Car. & P. 350.

(٦٨) Cooper v. Strauss & Co., (1898) 14 T.L.R. 233.

(٦٩) انظر نص المادتين ٢٩٢ و ٢٩٤ من قانون التجارة الكويتى.

(٧٠) نص المادة ٢٩٥ من قانون التجارة الكويتى.

ولما كان الوكيل بالعمولة يتعاقد باسمه الشخصي ولحساب الموكل بالعمولة، وقد يضمن تنفيذ التزامات الغير، فإن الوكيل بالعمولة بمقدوره أن يتمسك بالمقاصة فى حقوقه والتزاماته الخاصة نحو الغير، لأن الأخير لا يعلم بأن الوكيل يتعاقد نيابة عن موكل بالعمولة، ومثال ذلك أن يقوم الوكيل بالعمولة بالشراء، بتسلم البضائع من الغير، ويمتنع عن أداء الثمن الذى قدمه الموكل بالعمولة، وذلك من أجل إجراء المقاصة بين دين على الغير للوكيل بالعمولة، وحق الغير فى ثمن البضاعة، على الرغم من عدم وجود – واقعيا – تقابل بين الدينين. وقد قضي فى المملكة المتحدة بأن قيام الوسيط فى التأمين البحرى باستصدار وثيقة تأمين باسمه، ولكن لمصلحة المؤمن له، يكون مسئولا مباشرة عن أداء أقساط التأمين للمؤمن، وفى هذه الحالة لا يستطيع الوسيط طلب المقاصة بين دين عليه فى أداء أقساط التأمين، وحق المؤمن له فى طلب التعويض عن الضرر المؤمن ضده، وذلك بسبب عدم تقابل الدينين.(٧١)

الغصن الثاني:
التقابل بين ديون الشركات التابعة والشركة القابضة وفى حالة الاندماج بين الشركات

القاعدة العامة أن التقابل بين الدينين ينشأ عند استقرار حقوق الطرفين والتزاماتهما فى ذمتهما المالية وبصفتهما الشخصية، ومن ثم لا تستطيع الشركة القابضة أن تتمسك بالمقاصة بين دين عليها للغير وحق لإحدى الشركات التابعة لها على الغير، وذلك لعدم وجود التقابل بين الدينين. إذ إن الشخصية المعنوية للشركات التابعة بعضها منفصل عن بعضها الآخر ومنفصلة عن الشخصية المعنوية للشركة القابضة.

(٧١) S. Rory Derham," Set-Off and Agency," P. 408.

هذا الحكم مبني على العرف التجارى البحرى، وقد قننه المشرع البريطانى فى المادة ٥٣ (١) من قانون التأمين البحرى لسنة ١٩٠٦.

بيد أنه من الناحية الواقعية قد تلجأ الشركة القابضة إلى كفالة ديون الشركات التابعة، إذ نصت المادة ٢٢٨ (١) من قانون الشركات التجارية على أنه: "يجوز للشركة القابضة أن تباشر الأنشطة التالية كلها أو بعضها: ... إقراض الشركات التى تملك فيها أسهما وكفالتها لدى الغير..." ويحصل ذلك – فى بعض الأحيان – عندما تقوم الشركة التابعة بالاقتراض من أحد البنوك، وضمانا للقرض يستلزم البنك إيداع مبلغ من الشركة القابضة لدى البنك ضمانا لوفاء الشركة التابعة بالمبلغ المقترض عند حلول موعد الاستحقاق. فإذا رجع الدائن على الشركة التابعة المدينة ولم تقم بالوفاء، فللبنك أن يتمسك بالمقاصة بين الحق الذى له قبل الشركة التابعة وحق الشركة القابضة نحوه.

ففى دعوى Prudential Reinsurance Co., v. Superior Court, رفض القضاء طلب تمسك الشركة القابضة بالمقاصة بين إحدى شركاتها التابعة والطرف الآخر المفلس، لأنه لا يوجد اتفاق بين الشركة القابضة والطرف الآخر المفلس على اعتبار ديون الشركة التابعة كما لو كانت ديون الشركة القابضة،(٧٢) وهو الذى يمكن تسميته بالتقابل بين الدينين اتفاقا.

وكفالة الشركة القابضة لديون الشركة التابعة تُعد كفالة تضامنية، لأنها كفالة تجارية.(٧٣) ومن ثم يكون للبنك إجراء المقاصة على الوديعة المقدمة من الشركة القابضة مباشرة عند عدم مقدرة الشركة التابعة على الوفاء، وذلك فى حال توافر شروط المقاصة الأخرى، ولا تستطيع الشركة القابضة التمسك بالتجريد أو التقسيم.(٧٤) ومن الأحرى التنويه بأن تكييف الوديعة النقدية لدى البنك هو قرض من الشركة القابضة إلى البنك، ومن ثم يجوز إجراء المقاصة بين الدينين اتفاقا، وليست هذه الوديعة المقصودة فى نص المادة ٤٢٧ (ب) من القانون المدنى التى تحظر المقاصة إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء مودع،

(٧٢) 268 Cal. Rptr 542, 789 P.2d 342 (1990).

(٧٣) تنص المادة ٧٦٦ من القانون المدنى على أن: "فى الكفالة القانونية أو القضائية أو التجارية، يكون الكفلاء متضامنين فيما بينهم ومتضامنين مع المدين".

(٧٤) نص المادة ٧٦٠ من القانون المدنى الكويتى.

لأن المقصود بهذه الوديعة التى يتحقق بها معني الثقة والأمانة، الذى يستلزم رد عين الشيء المودع.

هذا، ويلزم التنويه بأن مجرد قيام الشركة القابضة بإيداع مبلغ من المال لدى البنك الذى أقرض إحدى الشركات التابعة، لا يخول البنك إجراء المقاصة بين حقه قبل هذه الشركة وحق الشركة القابضة قبل البنك، وذلك لعدم وجود التقابل بين الدينين. إذ يتعين وجود كفالة عينية من قبل الشركة القابضة، حتى يتمكن البنك من إجراء المقاصة عند تنصل الشركة التابعة من الوفاء، أو قيام البنك برهن مبلغ الوديعة المستحقة للشركة القابضة ضمانا لوفاء الشركة التابعة عن حلول موعد الاستحقاق، ويكون ذلك بتسليم شهادة الوديعة إلى البنك المقرض، إعمالا لنص المادة ١٠٥٤ من القانون المدنى الذى تقضي بأن "(١) لا يكون رهن الدين نافذا فى حق المدين إلا بإعلانه بالرهن أو بقبوله إياه وفقا لقواعد الحوالة. (٢) ولا يكون هذا الرهن نافذا فى حق الغير إلا منذ حيازة الدائن المرتهن أو العدل سند الدين المرهون وإعلان المدين بالرهن أو التاريخ الثابت لقبوله". وفى حالة رهن دين الشركة القابضة قبل البنك لمصلحة الأخير، فإنه بمجرد حلول موعد استحقاق الدين المرهون والدين المضمون بالرهن، يجوز للبنك إجراء المقاصة، دون حاجة إلى الرجوع إلى الشركة التابعة، إعمالا لنص المادة ١٠٦٠ من القانون المدنى والتى تقضي بأن " وإذا أصبح كل من الدين المرهون – دين البنك قبل الشركة التابعة – والدين المضمون بالرهن – دين الشركة القابضة قبل البنك، وهى الوديعة – مستحق الأداء، جاز للدائن المرتهن – البنك – أن يقبض من الدين المرهون ما يكون مستحقا له".

وقد ينتاب إنشاء التقابل اتفاقا بين الأطراف الثلاثة بعض الإشكالات، وذلك عند إفلاس الشركة القابضة، فى حال تقديم الرهن أو الكفالة بعد تاريخ التوقف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس، حيث لا يجوز التمسك بهذه التصرفات فى مواجهة جماعة الدائنين.[٧٥] أما إذا كان تقديم المال المرهون أو الكفالة قبل تاريخ توقف الشركة القابضة عن الدفع، فإنه لا شيء يحول دون قيام البنك

(٧٥) نص المادة ٥٨٤ من قانون التجارة الكويتى.

وإجراء المقاصة على النحو المتقدم، ما لم يقرر القضاء بأنه ليس ثمة ارتباط بين حق المفلس قبل البنك والتزام الشركة القابضة بكفالة ديون الشركة المقبوضة.(٧٦)

وعند اندماج الشركات بطريق الضم أو المزج، فإنه يوجد تقابل بين حقوق الشركات المندمجة والتزاماتها، نحو الغير، قبل الاندماج، وحقوق الشركة الدامجة أو الضامة والتزاماتها نحو الغير، بعد الاندماج، لأن الشركة المندمجة تفقد شخصيتها المعنوية وتؤول حقوقها والتزاماتها إلى الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة، تطبيقا لمبدأ الحلول القانونى، فقد نصت المادة ٢٢٥ من قانون الشركات الكويتى على أنه " ... وتحل الشركة الدامجة أو الشركة الجديدة محل الشركات المندمجة فى جميع حقوقها والتزاماتها".

الغصن الثالث:
التقابل فى الحسابات المشتركة

وإذا قامت مجموعة من الأشخاص بفتح حساب مشترك بينهم، إما لكونهم شركاء فى شركة أو لأنهم عائلة واحدة، فإنه ثمة اختلاف فى الرأى حول وجود تقابل بين الالتزامات الشخصية لأفراد الحساب المشترك نحو البنك وبين الحقوق النابعة من الحساب المشترك. فالرأى الأول يذهب إلى أنه يمكن للبنك عمل المقاصة بين الالتزام الشخصي (قرض) لأحد أفراد الحساب وبين الرصيد الكامل للحساب المشترك، من دون النظر إلى مصلحة أفراد الحساب الآخرين.(٧٧) والرأى الثانى يذهب إلى إمكان تمسك البنك بالمقاصة بين الدين الشخصي لأحد أفراد الحساب المشترك وبين حصته فى ذلك الحساب.(٧٨) وبسبب اختلاف أحكام القضاء فى الولايات المتحدة الأمريكية فى هذا الشأن،

(٧٦) تفصيل مسألة الارتباط نرجئه إلى حين عرض الشروط الخاصة بمقاصة الإفلاس.

(٧٧) Burgess V. First National Bank, 497 P. 2d 1035 (Colo. App. 1972).

(٧٨) Peoples Bank of Denton V. Turner, 182 A. 314 (Md. 1936).

ولاسيما عدم تطرق قانون التجارة الموحد إلى هذه المسألة، فقد درجت البنوك على تضمين عقد فتح الحساب المشترك نصا يخول البنك إجراء المقاصة فى هذه الحالة، ففى دعوى Chickerneo v. Society National Bank, تمكن البنك من إجراء المقاصة بين حساب مشترك يجمع أبا وولده إثر وفاة الولد، حيث كان الأخير مدينا للبنك بعدة قروض، وبين الرصيد الدائن فى الحساب المشترك، على الرغم من أنه من الناحية الفعلية لم يسهم الولد بأى مبلغ فى الحساب المشترك، وقد تمكن البنك من إجراء المقاصة بسبب وجود نص فى عقد الحساب يقضي " بمسئولية المودعين الشخصية أو التضامنية عن أى دين حال أو مستقبل، ويجوز للبنك عمل المقاصة على أى مبلغ يودع فى الحساب الشخصي أو المشترك".

بيد أن المشرع الكويتى لم يترك هذه المسألة إلى اتفاق الأطراف، بل وضع قاعدة عامة، تقضي بعدم وجود تقابل بين الدين الشخصي لأحد أفراد الحساب المشترك وبين رصيد هذا الحساب، ما لم يتفق أفراد الحساب على خلاف ذلك، وعند التنفيذ على رصيد الحساب المشترك، فإن البنك مخول بإجراء المقاصة على حصة المدين، وليس على كل رصيد الحساب المشترك. والأصل العام أن حصص أفراد الحساب المشترك متساوية، ما لم يتفق على خلاف ذلك. فقد نصت المادة ٣٣٧ من قانون التجارة على أنه "للبنك أن يفتح حسابا مشتركا بين شخصين أو أكثر بالتساوى بينهم ما لم يكن هناك اتفاق بخلاف ذلك". وقضت الفقرة (٣) بأنه " لا يجوز للبنك عند إجراء المقاصة بين الحسابات المختلفة الخاصة بأحد أصحاب الحساب المشترك إدخال هذا الحساب فى المقاصة، إلا بموافقة كتابية من باقى الشركاء".

المطلب الثاني:
شروط مقاصة الإفلاس الخاصة

أورد المشرع الكويتى فى المادة ٥٨١ من قانون التجارة الشرط الجوهرى لإجراء مقاصة الإفلاس، وهو وجود ارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، فقد

نصت المادة ٥٨١ على أنه " لا تقع المقاصة بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إلا إذا وجد ارتباط بينهما، ويوجد الارتباط بوجه خاص إذا نشأت الحقوق والالتزامات عن سبب واحد أو شملها حساب جار". وتفيد هذه المادة أن الأصل العام – عند الحكم بشهر الإفلاس – هو عدم وقوع المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته، إلا إذا وجد ارتباط بينهما، وهذا خلاف المقاصة فى القانون المدنى، وهو وقوعها فى كل الديون المتقابلة، حتى عند اختلاف سبب كل منهما. ومن جانب آخر، لما كان الحكم بالإفلاس حجة على الكافة، فإن الغير لا يستطيع أن يتمسك بالمقاصة إذا كان الحق الذى يدعيه أو الالتزام الذى نشأ عنه قد ترتب بعد الحكم بالإفلاس، لأن هذا الحكم يغل يد المفلس عن التصرف أو إدارة أمواله، ومن ثم يتعين أن تنشأ الديون المتقابلة قبل الحكم بالإفلاس، ولو تأخر موعد استحقاق حقوق المفلس على الغير، وهذا الشرط مستنتج من نص المادة ٥٨١ التى تفترض أن تقع المقاصة عند وجود الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته التى نشأت قبل الحكم بالإفلاس. وفضلا عن ذلك، فإنه يتعين أن يقوم دائن المفلس بالمطالبة بحقه خلال مواعيد إجراءات تحقيق الديون.

وعلى ذلك فثمة ثلاثة شروط خاصة بمقاصة الإفلاس: هي، وجود ارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته (الفرع الأول)، ونشوء الحقوق والالتزامات قبل الحكم بالإفلاس (الفرع الثاني)، وخضوع حقوق الغير نحو المفلس إلى إجراءات تحقيق الديون (الفرع الثالث). وتفصيل هذه الشروط على النحو التالي:

الفرع الأول:
الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته

يحسن بنا – ابتداء – أن نعرض المناهج المختلفة – بالنسبة إلى تطلب الارتباط – فى التشريعات المقارنة، حيث تجرى هذه التشريعات إلى مدرستين: الأولى، لا تستلزم توافر الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، وتجرى المقاصة بين ديون المفلس والتزاماته عند التقابل بينها وتحقق شروط المقاصة العامة

الأخرى، في حين تذهب المدرسة الأخرى إلى تطلب الارتباط، وكما تقدم فإن القانون الكويتى قد أخذ بالمدرسة الثانية بمقتضى المادة ٥٨١ من قانون التجارة، وهذه المادة مطابقة للمادة ٥٩١ من قانون التجارة المصرى الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لذلك يتعين علينا تحديد المعيار الذى يسترشد به لبيان المقصود بالارتباط. ولذا فإننا نقسم هذا الفرع إلى غصنين: نعرض فى الأول، مناهج التشريعات المقارنة إزاء الارتباط، ونكرس الغصن الثاني لبحث معيار الارتباط.

الغصن الأول:
مناهج التشريعات المقارنة إزاء الارتباط

فى الحقيقة إن تطلب الارتباط من عدمه مبعثه سياسة المشرع وفلسفته فى قانون الإفلاس، حيث تظهر هذه الفلسفة فى المصالح التى ينبغى حمايتها والذود عنها. فالمدرسة الأولى التى لا تتطلب الارتباط، تسعى إلى حماية الدائن، في حين تسعى المدرسة الثانية إلى حماية المدين. وتفصيل ذلك على النحو التالى:

المدرسة الأولى:
عدم تطلب الارتباط بين ديون المفلس والتزاماته

لا تفرق هذه المدرسة – بشكل عام – بين المقاصة بين الموسرين وبين مقاصة الإفلاس، بيد أن ذلك يستلزم تضمين قانون الإفلاس ما يفيد وقوع مقاصة الإفلاس، حيث إنه من غير ذلك، يصار إلى تطبيق قاعدة توزيع موجودات التفليسة بناء على قسمة الغرماء، لأن هذه القاعدة من النظام العام فى قوانين الإفلاس فى التشريعات المقارنة.

وعلى سبيل المثال، فى استراليا تسري المادة ٨٦ من قانون الإفلاس لدول "الكومن ولث" فى شأن إقرار مقاصة الإفلاس، وتنص هذه المادة على أنه " عند وجود تقابل بين ديون أو تقابل بين حقوق، أو تقابل فى التعامل بين طرف مفلس وآخر يسعى إلى إثبات حقه فى إجراءات التفليسة، فإنه يأخذ فى الاعتبار ما حل من التعامل بين الطرفين، وتجرى المقاصة بين المبالغ الحالة

بين الطرفين، وعلى حسب نتيجة الحساب أو المقاصة، يؤدى المبلغ إلى التفليسة أو يطلب منها أداء المبلغ إلى الطرف الآخر[٧٩]".

وعلى العموم، فقد اهتدت كل الدول التى تطبق مقاصة الإفلاس بنص المادة ٣١ من قانون الإفلاس لإنجلترا لسنة ١٩٤١ التى تقضي بأنه "عند وجود تقابل بين الديون أو الحقوق أو تقابل فى التعامل بين مفلس وآخر يسعى إلى تحقيق ديونه، فإن الذى يأخذ فى الاعتبار هو الرصيد الحال بعد إعمال المقاصة بين تلك الديون، وعلى الطرف المدين بالرصيد الناتج عن المقاصة أداؤه إما إلى التفليسة وإما إلى الطرف الآخر[٨٠]".

ومن جانب آخر، فإنه لا يقتصر الأخذ بمقاصة الإفلاس على الدول التى تنتهج النظام القانونى الإنجليزى، بل إن بعض دول القانون اللاتيني، تذهب إلى إقرار مقاصة الإفلاس، فعلى سبيل المثال، فإن المادتين (٥٣) و (٥٤) من قانون الإفلاس الألمانى تقضيان على التتابع بأنه "لا تخضع ادعاءات المقاصة إلى إجراءات تحقيق الديون". "ولا تمنع المقاصة عند الإفلاس، أو عند عدم حلول أحد الديون، أو تعليقه على شرط، أو عدم وجود التماثل بين الديون".[٨١]

---

(٧٩) قانون الإفلاس لدول الكومن ولث لسنة ١٩٦٦، حيث يطبق هذا القانون فى القوانين الوطنية لدول الكومن ولث، وهو يستند بدرجة كبيرة إلى قوانين الإفلاس للمملكة المتحدة. انظر المادة ٩٣ من قانون الإفلاس النيوزلندى لسنة ١٩٦٧. والمادة ٣٥ من قانون الإفلاس لهونغ كونغ، والمادة ٢٣٥ من قانون شركات برمودا لسنة ١٩٨١. ومن الأحرى التنويه بأن القوانين المقارنة التى تم بحثها أو الإشارة إليها فى هذه الدراسة قد ترجمت إلى اللغة الإنجليزية، وهى واردة فى المؤلف التالى:
Philip R. Wood," English and International Set-Off," Sweet & Maxwell, London, 1989, Section 24.

(٨٠) انظر المادة ٣٥ من قانون الشركات القبرصي، والمادة ٤١ من قانون الشركات لسنغافورة، والمادة ٢٨٤ من قانون الشركات لسنة ١٩٨٣ لجمهورية إيرلندا، والمادة ٣٣ من قانون الإفلاس لسنة ١٩٧٩ لنيجيريا، والمادة ٤١ من قانون الإفلاس لسنة ١٩٦٧ لماليزيا.

(٨١) انظر نصوص المواد ٥٣–٥٦ من قانون هولندا للإفلاس، والمادة ٥٦ من قانون الإفلاس الإيطالى لسنة ١٩٤٢، والمادة ١٠٢ من قانون تايلاند للإفلاس.

ونصت المادة ١٢٣ من قانون الالتزامات السويسرى على أنه " فى حالة إفلاس المدين، فإنه يمكن للدائنين إجراء المقاصة فيما يخصهم من حقوق مع ما عليهم من ديون للمفلس، ولو لم تكن حالة، ما لم ينص على خلاف ذلك فى قانون الإفلاس". وقد نص قانون الإفلاس السويسرى لسنة ١٨٨٩ فى المادة ٢١٣ على أنه " للدائن إجراء المقاصة بين ما يخصه من حقوق مع ما عليه من ديون للمفلس، ويستثنى من حق المقاصة ما يلى: عندما تنشأ حقوق المفلس أو التزاماته بعد الحكم بالإفلاس، أو عندما يصبح الشخص دائنا للمفلس قبل الحكم بالإفلاس، مع علمه بعدم مقدرة المفلس على الوفاء، من أجل تحقيق مصلحة له أو للغير فى إجراء المقاصة إضرارا بدائني التفليسة".

وكما يظهر فإن هناك كثيراً من الدول التى تطبق مقاصة الإفلاس، وهذه المقاصة على العموم، أوسع من المقاصة بين الموسرين، على اعتبار أنها تسرى بغض النظر عن حلول موعد الاستحقاق فى الدينين، أو تعليق أحد الدينين على شرط، أو عدم التماثل بين الديون. وبالجملة فإن هذه التشريعات لا تشترط وجود الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته.

ومقاصة الإفلاس تستهدف تحقيق كثير من المصالح، وهى تحقيق مصلحة الدائن بأن يؤدى الدين الذى عليه للمفلس ويأخذ الحق الذى له على المفلس، ولا يضطر إلى أداء ما عليه من الديون للمفلس، ثم التقدم بحقوقه إلى التفليسة لإثباتها، وهى تحقق من ناحية أخرى مصلحة المدين من حيث تمكينه من التعامل مع الغير قبل الحكم عليه بالإفلاس، ولا يخشى الغير عدم مقدرة المدين على الوفاء، ولاسيما إذا كان المفلس دائنا فى الوقت نفسه له، وفضلا عن ذلك، فإن إعمال مقاصة الإفلاس يؤدى إلى تصفية التفليسة بالسرعة الممكنة، حيث إن المقاصة طريق ميسر لانقضاء الديون المتقابلة.[٨٢]

(٨٢) ومن الدول التى تأخذ بمقاصة الإفلاس، النمسا والدينمارك، والسويد، والنرويج، وفنلندا، واليابان، وكوريا، والهند، وسريلانكا، والصين، والولايات المتحدة الأمريكية، وكندا، انظر، Ross Caanston, ed," Banks and Remedies," Lloyd,s of London Press Ltd, London, 1992, P. 9.

المدرسة الثانية:
ضرورة وجود الارتباط بين ديون المفلس والتزاماته:

تذهب المدرسة الثانية إلى حظر وقوع المقاصة بين ديون المفلس والتزاماته، ولكن يرد على هذا الأصل العام استثناء قوامه إمكان وقوع المقاصة فى حالة وجود الارتباط بين ديون المفلس والتزاماته، وذلك لأن العدالة تبرر الرجوع عن تطبيق قاعدة توزيع موجودات التفليسة بناء على قسمة الغرماء فى حالة وجود الارتباط بين ديون المفلس والتزاماته، حيث لا يعقل أن يطلب من دائن المفلس الوفاء بالتزاماته فى الوقت الذى يعجز فيه الأخير عن القيام بواجبه المنبثق عن العقد نفسه، فمقاصة الإفلاس فى حالة الارتباط تستند إلى – حد بعيد – إلى الحق فى الحبس، الذى يخول كل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام عليه مستحق الأداء.

وتجرى قوانين الدول التى تحظر المقاصة على غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، ولا سيما أداء ديونه أو استيفاؤها، ومثال ذلك المادة ٥٨٩ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، ونص المادة ١٥ من قانون الإفلاس الفرنسي رقم ٥٦٣ الصادر فى ١٩٦٧/٧/١٣، الذى حل محله بالحكم نفسه القانون الصادر فى ١٩٨٥/١٢/٢٧. وقد نصت المادة ٨٦٢ من قانون الإفلاس الأرجنتيني على أنه " يجوز لدائن المفلس أو مدينه إجراء المقاصة بالنسبة إلى الديون التى نشأت وحل موعد استحقاقها قبل حكم الإفلاس، ولكن ليس للديون التى نشأت أو حلت بعد ذلك التاريخ، وعلى المدين فى هذه الحالة أداء ديونه للتفليسة، والمطالبة بحقوقه وفقا لإجراءات تحقيق الديون.[٨٣] ففى دعوى Watkins V. Bank & Morgan City & Trustees, قضي بعدم أحقية المودع بإجراء المقاصة بين المبلغ الذى يخصه والمودع لدى البنك والتزامه بأداء قيمة السند للبنك بعد إفلاس البنك المودع لديه[٨٤].

(٨٣) انظر نص المادة ١٢٨ من قانون الإفلاس المكسيكى، والمادة ٣٦ من قانون الإفلاس البحريني رقم ١١ لسنة ١٩٨٧.

(٨٤) ولاية لويزيانا فى الولايات المتحدة تتبع النظام اللاتينى، ولا تقر مقاصة الإفلاس. 162 So. 262 (La. App. 1st Cir. 1935).

ومن جانب آخر، لا يحق فى تشريعات الدول التى تحظر مقاصة الإفلاس الاتفاق على إجرائها خلال فترة الريبة من أجل تفادى ذلك الحظر بعد الحكم بالإفلاس من خلال تعجيل موعد الاستحقاق، أو حوالة الحق، فقد نصت المادة ١٠٧ من قانون الإفلاس الفرنسي لسنة ١٩٨٥ على بطلان وفاء الديون قبل حلول الأجل أيا كانت كيفية هذا الوفاء أو وفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه.

ويترتب على ذلك نتيجة مهمة قوامها أنه فى حالة قيام البنك بضمان أحد عملائه فى تعامله مع الغير بمقتضى خطاب ضمان، ومقابل وديعة نقود للعميل مودعة لدى البنك، وتحققت مسئولية العميل نحو الغير، وقام الأخير بطلب ضمان البنك الذى بدوره أوفى بالتزامه، فإذا أفلس العميل فى هذه الأثناء، فلا يجوز للبنك إجراء المقاصة بين المبلغ الذى أداه للغير فى ضمان العميل والمبلغ المودع من العميل لديه.

وإذا كان الأصل العام هو عدم وقوع المقاصة بين ديون المفلس والتزاماته، فإنه يستثنى من ذلك حالة وجود الارتباط بين هذه الديون وتلك الالتزامات، ويوجد الارتباط بشكل خاص إذا كانت حقوق المفلس والتزاماته ناشئة عن عقد واحد أو ضمها حساب جار، مع الوضع فى الاعتبار أنه لا مقاصة بين الأرصدة النهائية للحسابات الجارية المتعددة، إذ إن المقاصة تكون بين مفردات الحساب الجارى الواحد.(٨٥)

إذن فالمدرسة الأولى تعتمد على تفضيل الدائن، لأن بمقدوره إعمال المقاصة بين حقوقه والتزاماته نحو المفلس، وفى ذلك يتجلى المعنى الحقيقي للمقاصة فى كونها أداة ضمان، ومن ثم تلتفت هذه المدرسة عن قاعدة المساواة

(٨٥) ومن الدول التى لا تقر مقاصة الإفلاس، إلا فى حالة الارتباط أو الحساب الجارى، بلجيكا ولكسومبرغ وإسبانيا والبرتغال واليونان وجنوب إفريقيا وكولومبيا وفنزويلا ومصر. انظر المادة ٥٩١ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
Roo Cranston, ed., "Banks and Remedies," Lloyd,s of London Press Ltd. London, 1992, P. 10.

بين الدائنين فى تطبيق مبدأ قسمة الغرماء، في حين تنحاز المدرسة الثانية إلى تفضيل المدين، لأنها تستلزم الوفاء بحقوقه بالكامل، وعلى دائنيه الخضوع لقسمة الغرماء فيما يخصهم من حقوق نحو المفلس، لأنه يجب المساواة بين الدائنين العاديين، ما لم يوجد ارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته.

الوضع فى قانون التجارة الكويتي:

تنص المادة ٥٨١ من قانون التجارة على أنه "لا تقع المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إلا إذا وجد ارتباط بينها. ويوجد الارتباط بوجه خاص إذا نشأت الحقوق والالتزامات المذكورة عن سبب واحد أو شملها حساب جار".

ولنا كثير من الملاحظات على هذه المادة نجملها فيما يلي:

أولا : أرسى المشرع الكويتي منهج المدرسة الثانية، بما يعني أن الأصل العام هو عدم إقرار مقاصة الإفلاس، ويفيد ذلك التشيع لمبدأ المساواة بين الدائنين العاديين، بيد أنه استثنى حالة الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته التى تستحق الخروج على مبدأ المساواة من أجل تحقيق العدالة فى الآثار الناتجة عن التصرف بين الدائن والمفلس.

ثانيا : حدد المشرع الوقت الفاصل بين الأصل العام فى إباحة المقاصة (المادة ٤٢٥ من القانون المدني)، وبين الأصل العام فى حظر مقاصة الإفلاس (المادة ٥٨١ من قانون التجارة)، وهو تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس، فبهذا التاريخ يتحول الأصل العام من إجازة المقاصة إلى حظرها، وهذا الحكم يتفق مع القانون الإيطالى(٨٦)، بيد أنه يختلف عن موقف بعض التشريعات، مثل القانون الألمانى الذى يبدأ فيه التحول إلى قواعد مقاصة الإفلاس من بداية إجراءات الإفلاس(٨٧)، ويفهم ذلك من تاريخ تقديم طلب شهر الإفلاس.

(٨٦) Giancarlo Elia," Rights of Set-Off as Security under Italian Law," Published in Using Set-Off as Security, P. 227.

(٨٧) Georg Maier-Reimer," Set-Off Under German Law," Published in Using Set-Off as Security, edited by Francis W. Neate, Graham & Trotman, 1990, P. 155.

ثالثا : أورد المشرع الحالات التى يتوافر فيها الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته على سبيل المثال، وهما حالة نشوء الحقوق والالتزامات عن سبب واحد، أى منبثقة عن عقد واحد Transaction Set-Off أو شملها حساب جار Current Account. بيد أن المشرع ليس فى حاجة إلى ذكر الحساب الجارى ضمن الحالات التى يتحقق بها الارتباط، لأنه نص فى المادة ٣٩٨ (١) من قانون التجارة على أن "مفردات الحساب الجارى لا تقبل التجزئة قبل إقفال الحساب واستخراج الرصيد النهائي، وإقفال الحساب وحده هو الذى تنشأ عنه المقاصة الإجمالية لجميع مفردات الحساب.(٨٨) ويؤدى إفلاس أحد الطرفين إلى إقفال الحساب الجارى(٨٩)".

رابعا : على الرغم من اختلاف المصطلحات التى استخدمها المشرع فى المادة ١/٤٢٥ من القانون المدني، حيث نص على حق المدين فى إجراء المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له قبل هذا الدائن وبين نص المادة ٥٨١ من قانون التجارة، حيث نص على جواز وقوع المقاصة بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إذا وجد ارتباط بينهما، فإن هذا الاختلاف لا يؤدى إلى تغيير فى المعنى أو يفيد هذا الاختلاف الإشارة إلى نطاق مقاصة الإفلاس ضيقا أو اتساعا، وذلك لأن كل المصطلحات المستخدمة فى القانونين تفيد العموم، ويتعين تفسير مقاصة الإفلاس على ضوء معنى المقاصة العامة، من حيث تماثل الدينين.

خامسا : على الرغم من الأهمية البالغة للارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته فى إقرار المقاصة بينهما، فإن المشرع الكويتي لم يحدد المقصود بالارتباط أو يبين معيار ذلك الارتباط. وتفصيل المقصود بالارتباط نطرحه فيما يلى:

---

(٨٨) ويقفل الحساب الجارى بحكم القانون عند إفلاس أحد طرفي الحساب، وذلك بمقتضى المادة ٣/٣٩٩ من قانون التجارة.

(٨٩) انظر نص المادة ٣/٣٩٩ من قانون التجارة الكويتي.

الغصن الثاني:
معيار الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته

لما كان المشرع قد تطلب – كما تقدم – فى المادة ٥٨١ من قانون التجارة الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته لإعمال المقاصة بينهما، فإنه لم يتطرق إلى المعيار الذى يستهدى به للوقوف على ماهية ذلك الارتباط. وهناك منهجين للتعرف على ذلك الارتباط، الأول موضوعي ينبثق من كون الحق فى المقاصة يقترب من الحق فى الحبس، بمقتضى المادة ٣١٨ من القانون المدني، والثانى إجرائي ينبثق من كون المقاصة طلبا عارضا بمقتضى المادة ٨٥ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية. فالحق فى المقاصة يقترب من الحق فى الحبس، ذلك أن الحق الأخير، وإن كان يختلف عن الحق فى المقاصة من حيث الأثر ومن حيث الشروط والنطاق، لأن الحبس أداة للامتناع المؤقت عن تنفيذ الالتزام، وليست وسيلة لانقضائه، كما أن شروط الحق فى الحبس أقل من شروط المقاصة وهى أوسع نطاقا منه، فإن الحق فى الحبس يقرر لكل من التزم بأداء شيء أن يمتنع عن الوفاء به، ما دام الدائن لم يعرض الوفاء بالتزام مستحق الأداء، ومرتبط بالتزام المدين. ومن جانب آخر، فقد قرر المشرع فى المادة ٨٥ من قانون المرافعات بأن " للمدعي أو المدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يكون مرتبطا بالطلب الأصلي ارتباطا يجعل من حسن سير العدالة نظرهما معا..." . وقد أبان المشرع فى المذكرة الإيضاحية أن من ضمن الحالات التى يتوافر فيها الارتباط طلب المقاصة القضائية.

ونعرض فيما يلي أولا، المقصود بالارتباط فى ظل الحق فى الحبس، ثم نتناوله ثانيا، فى ظل الطلب العارض، ونتناول ثالثا، المقصود بالارتباط فى مقاصة الإفلاس، ذلك الارتباط فى ظل الحق بالحبس أو الارتباط فى ظل الطلب العارض، ثم نتطرق رابعا، إلى ركون المشرع إلى معيار الارتباط فى ظل الطلب العارض من أجل معالجة أزمة سوق الكويت للأوراق المالية.

أولا: الارتباط فى ظل الحق فى الحبس:

فى الحقيقة لم يرد فى قانون التجارة مصطلح الارتباط – فى موضع آخر غير المادة ٥٨١ – حتى يمكن الاستهداء به للوقوف على ماهية معياره أو ضابطه العام، وفى هذه الحالة، لابد من اللجوء إلى القانون المدنى، ولاسيما أنه المصدر الثانى لقانون التجارة بعد العرف التجارى، وذلك بمقتضى المادة الثانية من قانون التجارة.

الارتباط بالنسبة لحق الحبس يقوم على أساس البحث عن الصلة التى تنشأ فى ذمة المحبوس عنه من دين وبين ما لهذا الأخير فى ذمة الأول، حيث ينشأ كلا الالتزامين بمناسبة الالتزام الآخر. وقد اختلف الفقه الفرنسي فى بحث هذه الصلة إلى ثلاثة آراء(٩٠):

الرأى الأول (الواسع): الاكتفاء بمجرد التقابل:

يذهب هذا الرأى إلى أن الارتباط يتحقق بمجرد التقابل بين التزام الحابس والتزام المحبوس عنه، لأن الحق فى الحبس عبارة عن مقاصة، ولم تشترط المادة ١٢٩٣ من القانون المدنى الفرنسي إلا التقابل بين الدينين. ومن ثم يكفى لنشوء الارتباط وجود التقابل بين الدينين.

الرأى الثاني (الضيق): نشوء الالتزام بمناسبة الالتزام الآخر بسبب وجود علاقة قانونية:

وذهب الرأى الثانى إلى أن الارتباط ينشأ عند نشأة أحد الالتزامين بمناسبة الالتزام الآخر بسبب وجود علاقة قانونية بين الطرفين، ومن ثم يتحقق الارتباط فى مجال الالتزامات العقدية أو شبه العقدية، وينحسر عن الالتزامات الناشئة عن غير العقد، وذلك لأن المادة ١١٣٤ من القانون المدنى الفرنسي قد حددت مجال استعمال حق الحبس فى نطاق مبدأ تنفيذ الالتزامات بحسن نية،

(٩٠) انظر فى عرض هذه الآراء، اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثانى، أحكام الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٦٧، فقرة ١٠٩، ص ٢٤٢/٢٤٣. عبدالسميع عبدالوهاب أبوالخير، الحق فى الحبس فى الفقه الإسلامي والقانون المدني، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١٠٦–١١٠.

وحيث إن نطاق هذا المبدأ يقتصر على الالتزامات العقدية، فإن حق الحبس ينحصر فى الارتباط بين الالتزامات العقدية. وفضلا عن ذلك، فإن مضمون حق الحبس يقتضي إعطاء أفضلية واقعية لبعض الدائنين على حساب الآخرين، خلافا لقاعدة المساواة بين الدائنين أمام الضمان العام، بما حاصله ضرورة التقيد بحالات الحبس المنصوص عليها وعدم القياس عليها أو التوسع فيها.

الرأى الأخير (الوسط): الاكتفاء بنشوء الالتزام بمناسبة الالتزام الآخر:

ويذهب هذا الرأى إلى أن الارتباط يتحدد بضرورة نشأة حق الدائنية بمناسبة نشأة الدين الآخر، ويستوى أن توجد هذه المناسبة بصدد الارتباط القانوني أو الارتباط المادي. وتطبيقا لذلك قضى القضاء الفرنسي بوقوع المقاصة بين حساب المدين لدى أحد فروع البنك وبين مبلغ الكفالة التى أداها البنك للغير نتيجة كفالة المدين.(٩١)

بيد أن هناك بعض الأحكام التى قد تبدو – فى الظاهر – صعوبة التوفيق بينها، فمن جانب استندت محكمة النقض الفرنسية إلى النية المشتركة للطرفين للقول بوجود ارتباط بين الدينين المتقابلين، إذ أقرت المقاصة بين الدين المستحق للعميل من سند الخزانة الذى اكتتب به لدى البنك وقام برهنه لديه، وبين القرض الذى قدمه البنك لذلك العميل، فقيام العميل برهنه لدى البنك أدى إلى إيجاد صلة الارتباط، فضلا عن وجود النية المشتركة(٩٢). في حين لم يقر القضاء الفرنسي المقاصة بين مبلغ التعويض الذى حكم به للمدين – الذى وضع تحت إجراءات الإدارة القضائية من جراء قيام الدائن بطلب فسخ عقد التأجير التمويلي – وبين الأقساط المستحقة للدائن من ذلك العقد(٩٣)، على

(٩١) Cassation Commerciale, February 6, 1996, Le Quotidien de Jurisprudence1996 no. 59 at p. 8. Mentioned in Omar & Sorensen," Set-off: The French Perspective of a Universal Institution, P. 411.

(٩٢) 18 February 1986 (Bull.IV, n 21). Bernard Carrez," Set-Off Under French Law," Published in " Using Set-Off as Security," P. 217.

(٩٣) Cassation Commerciale, April 22, 1997, Le Quotidien de jurisprudence 1997 no. 41 at p. 5. Mentioned at Omar and Sorensen, Set-Off: The French Perspective of a Universal Institution," P. 411.

الرغم من أن الأقساط المستحقة للمدين والمبلغ المحكوم به ضد الدائن انبثقت من عقد التأجير التمويلي. ومن المسلم به أنه إذا كانت الحقوق والالتزامات بين الطرفين منبثقة عن عقود مستقلة بين الطرفين، فإنه لا يصح إجراء المقاصة لعدم وجود الارتباط بين هذه الحقوق وتلك الالتزامات، لذلك فلم يقر القضاء الفرنسي المقاصة فى حال كون الصفقة لغرض بيع شقق سكنية محددة على استقلال فى عقد بيع الأرض، ولم يكن هناك عقد شامل لبيع بعض هذه الشقق المستقلة عن بعضها الآخر.(٩٤)

موقف المشرع الكويتى:

وموقف المشرع الكويتي من الآراء التى قيلت فى ظل الفقه الفرنسي بصدد تحديد ماهية الارتباط، يتحدد فى أنه لا يمكن الأخذ بالرأى الأول الذى يكتفى بالتقابل بين الدينين على أساس أن حق الحبس يماثل المقاصة التى تكتفى بالتقابل، لأن ما نحن بصدد بحثه هو الارتباط الذى نص عليه فى المادة (٥٨١) من قانون التجارة الكويتى، التى اشترطت لإعمال مقاصة الإفلاس وجود ارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، إذ إن الارتباط قد نص عليه بحكم القانون.

وفضلا عن ذلك، فإنه لا يصح التضييق من نطاق الارتباط وحصره فى العلاقات المرتبطة ارتباطا قانونيا، لأن المشرع الكويتى من جانب أورد لفظ الارتباط فى المادة ٥٨١ من قانون التجارة والمادة ٣١٨ من القانون المدنى بصيغة عامة، والعام – كما هو معروف – يؤخذ على عمومه. ومن جانب آخر، لم يشترط فى حق الحبس – مثلما فعل المشرع المصرى – أن ينشأ الالتزام بسبب الالتزام الآخر الذى قد يوحي بضرورة حصر الارتباط فى الالتزامات العقدية، أى التى تستلزم وجود رابطة السببية بينها، وذلك لأن المشرع الكويتى قد نص فى المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى على أنه "فى بيان صلة التزام

(٩٤) Cassation Civile, July 18, 1995, Les Petites Affiches 1996 no. 14 at p. 20. Mentioned at Omar & Sorensen," Set-Off: The French Perspective of a Universal Institution," P. 412.

المدين بالتزام الدائن اكتفى المشروع بالنص على الارتباط بينهما، فى حين أن النصوص العربية وكلها متأثرة فى ذلك بالنص المصرى تتطلب وجود رابطة سببية بين الالتزامين، وهو حكم غير صحيح، ولعله وجد فى نص القانون المصرى، ومن ثم بعده فى التشريعات العربية الأخرى، نتيجة خطأ فى ترجمة عبارة النص الأصلي، الذى كتب بالفرنسية للمشروع التمهيدى للقانون المصرى، فقد ترجمت عبارة a l'occasion أي بمناسبة بكلمة "بسبب" فى النص العربي. فإذا كانت السببية هذه تتحقق عندما ينشأ الالتزامان من عقد ملزم للجانبين، فإن نطاق الحق فى الحبس لا يقتصر على دائرة هذه العقود، فقد يكون خارج نطاق الروابط العقدية.[٩٥]" هذا، وحتى فى ظل القانون المصرى فإن الفقه يكاد يجمع على أن الارتباط لا ينحصر فى الروابط القانونية بل ينسحب إلى المادية أيضا.[٩٦]

ثانيا: الارتباط فى ظل قواعد الطلب العارض:

تنص المادة ٨٥ من قانون الإجراءات المدنية والتجارية الكويتى على أنه "للمدعي أو المدعى عليه أن يقدم من الطلبات العارضة ما يكون مرتبطا بالطلب الأصلى يجعل من حسن سير العدالة نظرهما معا ...". وقد نصت المذكرة الإيضاحية على طلبات عارضة يتحقق بها الارتباط مع الطلب الأصلي، ومنها طلب المدعى عليه المقاصة القضائية وأي طلب يترتب على إجابته ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها، أو يحكم بها له مقيدة لمصلحة المدعى عليه، أو الحكم له بتضمينات عن ضرر لحقه من الدعوى الأصلية أو من إجراء فيها".

(٩٥) المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى الكويتي، مجلس الوزراء، مكتب وزير الدولة للشئون القانونية والإدارية، ص ٢٨٧.

(٩٦) عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء الثانى، نظرية الالتزام بوجه عام، دار إحياء التراث العربى، بيروت، ص ١١٤٥-١١٥١. عبدالسميع أبو الخير، الحق فى الحبس فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى، دار النهضة العربية، ١٩٩٤، ص ١١٠.

ويتشابه – إلى حد بعيد – الطلب العارض مع المقاصة القضائية، أو بتعبير آخر المقاصة القضائية هى طلب عارض، لأن المشرع الكويتى قد نص على أن المقاصة يتحقق بها الارتباط بحكم القانون من دون النظر إلى مدى توافر الارتباط فيها. ويظهر بأن المشرع قد توسع فى مفهوم الارتباط وأرسى المعيار الغائي، الذى يتمثل فى "من حسن سير العدالة نظرهما معا"، أى الطلب الأصلي والطلب العارض.

ويتحقق معيار الارتباط فى حالة وجود صلة للطلب العارض بعنصر من عناصر الطلب الأصلى، وهى الأشخاص أو الموضوع أو السبب(٩٧). وبذا يتحقق دائما فى المقاصة القضائية معيار الارتباط بالطلب الأصلى، لأن هناك صلة بين الطلب العارض والطلب الأصلي من جانب وحدة الخصوم، أي طرفي الدعوى، وهذه الصلة تجعل من حسن سير العدالة نظرهما – الطلب الأصلي والطلب العارض – معا، لأنه يترتب على نظر المقاصة القضائية ألا يحكم للمدعي بطلباته كلها أو بعضها أو أن يحكم له بها مقيدة لمصلحة المدعى عليه.(٩٨) وبسبب وجود التشابه أو التداخل بين المقاصة والطلب العارض، فقد نص فى القانون النموذجى "للأنسيترال" على أنه «يتعين عند تمسك المدعى عليه بالمقاصة أن يبين الوقائع التى تدعم دفاعه بنفس طريقة تقديم الطلب

(٩٧) سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، وفقا لقانون المرافعات الكويتى، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٨، ص ٤٧٧. يقصد بموضوع الدعوى أو محلها ما يطلب من القاضى، أو الحق المطالب به أو الالتزام المطلوب وفاؤه، أما سبب الدعوى فهو الأساس القانوني للحق المدعى به، أو هو مجموعة الوقائع المؤيدة للحق المدعى به. انظر أحمد هندى، " ارتباط الدعاوى والطلبات فى قانون المرافعات،" الدار الجامعية، ١٩٩١، ص ٣٥–٤٤.

(٩٨) يذهب رأى فى الفقه إلى أن وحدة العنصر الشخصي بين الدعويين ليست بكافية لتحقق الارتباط، إنما تلك الصلة تقوى وتتوطد إذا كان بجوار العنصر الشخصي المتحد عنصر موضوعى – المحل أو السبب – متحد أو مشترك. انظر أحمد هندى، "ارتباط الدعاوى والطلبات فى قانون المرافعات،" الدار الجامعية، ١٩٩١، ص ٣٣.

العارض."[٩٩] وعلى المنوال نفسه المادة ١٩(٤) والمادة ١٨(٢) من قواعد تحكيم الأنسيترال، والمادة ٤٢ من قواعد تحكيم الوايبو[١٠٠]، ومن ثم فإن المشرع يقيم قرينة قانونية قاطعة لا تقبل إثبات العكس، بأن الارتباط فى المقاصة القضائية مع الطلب الأصلي محقق الوجود، مما يغدو معه معيار الارتباط أو البحث عنه ليس له محل أو أهمية.

وهذا المنحى يختلف عن توجه القضاء فى المملكة المتحدة الذى يشترط الارتباط الوثيق بين الطلب العارض والطلب الأصلي. ففى دعوى، Dole Dried Fruit and Nut Co., V. Trustin Kerwood Ltd, كان المدعي منتجا للفاكهة المجففة من كاليفورنيا، ويعتمد على المدعى عليه لتسويقها فى إنجلترا، حيث قام المدعي (المنتج) بتعيين المدعى عليه موزعا حصريا لاستيراد منتجاته وتوزيعها. وكان الموزع يبرم عقود شراء مستقلة مع المنتج فى كل مرة يستورد فيها الفاكهة المجففة، وقد نشأ الخلاف عندما قام المدعي (المنتج) بإنهاء العقد مع (الموزع) المدعى عليه، مما دفع الأخير إلى البدء فى إجراءات المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى لحق به من جراء إنهاء عقد التوزيع من دون إخطار، مما حدا به من جانب آخر إلى الامتناع عن أداء ثمن المنتجات التى كان قد اشتراها من المنتج (المدعي)، وفى إثر ذلك – ولأن الموزع لم ينكر استحقاق المنتج لثمن المنتجات المشتراة – قام المنتج برفع دعوى لاستصدار حكم مستعجل للمطالبة بثمن المنتجات المشتراة، الأمر الذى دفع الموزع (المدعى عليه) إلى المطالبة بإجراء المقاصة بين ما هو مستحق عليه من ثمن المنتجات المشتراة بعقود شراء مستقلة، وبين ما هو مستحق له من تعويض بسبب إنهاء عقد التوزيع. وقد قرر القضاء بأن مناط قبول المقاصة هو وجود ارتباط غير قابل للتجزئة أو وثيق بين الدينين، "Whether the Counterclaim was one which Flowed out of and was insparably connected with the

(٩٩) UN Doc. A/CN.9/264, Art. 23, para. 7 in fine.

(١٠٠) Klaus Peter Berger," Set-Off in International Economic Arbitration," 15(1) Arbitration International, 1999, P. 59.

dealings and transactions which gave rise to the claim,"، فهل كانت عقود الشراء التى نتجت عنها مديونية المدعى عليه مستقلة عن عقد التوزيع الذى نتج عنه مسئولية المدعي نحو المدعى عليه عن التعويض، أو كان ثمة ارتباط وثيق بينها. وقد ذهب القضاء إلى أن عقد التوزيع كان كالمظلة لعقود الشراء، ولولا وجود عقد التوزيع لما أبرمت عقود الشراء، لذا فهناك ارتباط وثيق بينها، ومن ثم قبل طلب المقاصة(١٠١).

ويظهر بأن القضاء فى المملكة المتحدة يستعمل كثيراً من معايير الارتباط، وذلك على حسب وقائع طلب المقاصة وظروفها، إذ درج على عدم إقرار المقاصة القضائية فى الغالب من الأحوال، إذا كانت مقاصة الطلب العارض المطلوبة، من أجل عدم أداء أجرة النقل البحرى من قبل المرسل أو المرسل إليه، وذلك فى حال وصول البضاعة متأخرة أو كونها معيبة، إذ يعد حق الناقل فى الأجرة مقدسا، فالمعيار الذى يطبق هو "Impeached the title to the legal demand"، أي إهدار الطلب فى الدعوى الأصلية.(١٠٢)

وخلاصة القول، إن طلب المقاصة فى صورة طلب عارض، يكون مقبولا – إذا تحققت الشروط الأخرى للمقاصة – فى كل الأحوال، لأن المشرع قرر فى قانون المرافعات تحقق الارتباط بين الطلب الأصلى والمقاصة القضائية، وذلك لوحدة الخصوم، والذى يشكل عنصر الارتباط، ولأن الأخذ بالمقاصة قد يؤدى إلى تجنب الحكم للمدعي بكل طلباته أو بعضها. وتترتب على ذلك نتيجة مهمة تتحصل فى أنه إذا كانت حقوق المفلس والتزاماته منبثقة عن عقود يستقل بعضها عن البعض الآخر نحو أحد دائنيه، فإنه يوجد ارتباط بينها عند الأخذ

(١٠١) A. J. Waldron," Set-Off and Counterclaim - The Necessary Connection," Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1990, Part 1, Feb. 1990, PP. 472-478.

(١٠٢) John P. McMahon," Under English Law, Voyage Charterer not Entitled to Equitable Set-Off of Damages Resulting from Owner's Repudiation Against Guaranteed Freight," 20 (3) Journal of Maritime law and Commerce, July, 1989. A.J. Waldron," Set-Off and Counterclaim - The Necessary Connection, P. 474-475.

بمعيار الارتباط بالنسبة إلى الطلب العارض، لأنه توجد وحدة بين الخصوم، في حين لا يوجد ارتباط بالنسبة إلى حق الحبس، لأنه لا يوجد ارتباط قانونى أو مادى.

ثالثا: ماهية الارتباط المطلوب فى مقاصة الإفلاس، فهل هو الارتباط فى حق الحبس، أو هو الارتباط فى الطلب العارض؟

يتماثل الحق فى الحبس مع الطلب العارض فى أن كليهما أوسع نطاقا من المقاصة، لأن حق الحبس يسرى على الالتزام بالقيام أو الامتناع عن عمل، في حين تنحسر المقاصة عن ذلك. ومن ناحية أخرى، فإن المقاصة تشكل جزءا بسيطا من مصطلح الطلب العارض الذى يشمل كثيراً من الطلبات التى تكون مرتبطة بالطلب الأصلي. بيد أن الذى يعنينا فى هذا الصدد هو معنى الارتباط فى حق الحبس والطلب العارض، ومدى سريانه على الارتباط المعنى فى مقاصة الإفلاس.

فى الحقيقة إن الطلب العارض يسرى فقط على المقاصة القضائية، إذا لم يتحقق أحد شروط المقاصة القانونية، وهذه الأخيرة تنشأ فى صورة دفع أمام المحكمة المختصة، والذى يجوز إبداؤه فى أي وقت، أو أول مرة أمام محكمة الاستئناف. في حين أن المقاصة القضائية على خلاف ذلك، إذ قررت محكمة التمييز الكويتية أن: "يشترط لإجراء المقاصة القضائية طبقا للمادة ٨٥ من قانون المرافعات المدنية والتجارية أن تبدى فى صورة طلب عارض يقدمه المدعى عليه ردا على دعوى خصمه الأصلية طبقا للإجراءات المنصوص عليها فى هذه المادة، ولا يجوز طلبها فى صورة دفع لدعوى الخصم، كما لا يجوز طلبها لأول مرة أمام محكمة الاستئناف."[(١٠٣)] ويترتب على ذلك أن الطلب

(١٠٣) الطعن ٩٦/٦٤ تجارى، جلسة ١٩٩٦/١١/١١. انظر القواعد القانونية الأخرى المماثلة، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز، القسم الثالث، المجلد الثانى، يوليو ١٩٩٩، ص ٩٣٦-٩٣٩.

العارض يغطي جزءا من المقاصة – وهى المقاصة القضائية – ولا يشملها كلها، لأن الأمر يستدعى الوقوف على معيار الارتباط فى المقاصة القانونية.

ومن جانب آخر، لا يمكن الأخذ بمعيار الارتباط فى الطلب العارض أو فى المقاصة القضائية، لأنه يؤدى إلى عدم منطقية مقاصة الإفلاس أو عبثية الارتباط المطلوب فيها، لأنه فى كل الأحوال يوجد ارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته نحو أحد دائنيه لوحدة الخصوم، ومن ثم تجرى المقاصة بين الحقوق والالتزامات فى كل الأحوال، مما يثير الغموض حول هدف تشريع مقاصة الإفلاس، إذ كان الأولى الركون إلى القواعد العامة للمقاصة.

وفضلا عن ذلك، فإن المقاصة المقصودة فى المادة ٥٨١ من قانون التجارة هى تلك التى تؤدى إلى انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، في حين يؤدى الطلب العارض إلى إمكانية صدور حكمين مستقلين فى الطلب الأصلي والطلب العارض، لأن الطلب العارض هو دعوى المدعى عليه ضد المدعي، أي أن المقاصة القانونية هى دفاع، في حين أن المقاصة القضائية فى هيئة الطلب العارض وسيلة هجوم من المدعى عليه ضد المدعي. ويترتب على ذلك أن المقاصة القانونية – لأنها دفع – يجوز إبداؤها أمام هيئة التحكيم، في حين أن المقاصة القضائية – لأنها طلب عارض – لا يجوز إبداؤه أمام هيئة التحكيم إلا إذا كان هناك شرط أو مشارطة للتحكيم بين المحتكم والمحتكم ضده.

لذا فإن المقصود بالارتباط فى مقاصة الإفلاس بمقتضى المادة ٥٨١ من قانون التجارة، هو الارتباط فى حق الحبس الذى تنظمه المادة ٣١٨ (١) من القانون المدنى، وذلك لأن الفقه فى تمييزه للمقاصة عن حق الحبس يورد أن الأولى لا تتطلب الارتباط على خلاف الآخر الذى يشترط الارتباط[١٠٤]، ومن ثم يتطابق حق الحبس فى تطلب الارتباط مع مقاصة الإفلاس.

(١٠٤) إبراهيم الدسوقى أبوالليل، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الشريف للنشر، ٩٥/ ١٩٩٦، ص ٤٠١. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ٥٠٩.

وفضلا عن ذلك، فإنه لما كانت المقاصة تفترض وجود دينين متقابلين ومتماثلين فى المضمون، ولا يعمل بالمقاصة إلا إذا كان الدينان خاليين من النزاع ومستحقي الأداء، وكان الحق فى الحبس يفترض وجود دينين يختلفان فى المضمون على خلاف شروط المقاصة العامة، فإن القواعد الخاصة فى إجراءات الإفلاس والشروط الخاصة بمقاصة الإفلاس، ولاسيما إجراءات تحقيق الديون[١٠٥]، وسقوط آجال جميع الديون النقدية التى على المفلس[١٠٦]، وإمكانية اشتراك الدائن المعلق دينه على شرط فاسخ فى التفليسة بشرط تقديم كفيل، وتجنيب نصيب الدائن المعلق دينه على شرط واقف فى التوزيعات إلى أن يتبين مصير الدين،[١٠٧]هذه الأحكام من شأنها أن تقرب بين مقاصة الإفلاس وحق الحبس، مما يؤيد الركون إلى معنى الارتباط فى حق الحبس لبيان المقصود بالارتباط المطلوب بين حقوق المفلس والتزاماته لإقرار مقاصة الإفلاس. بيد أن المشرع الكويتي فى معالجة أزمة سوق الأوراق المالية قد تخلى عن معيار الارتباط فى حق الحبس واهتدى بالمعيار الأوسع نطاقا، وهو الارتباط فى الطلب العارض من أجل وقوع مقاصة الإفلاس. وتفصيل ذلك على النحو التالى:

رابعا: اهتداء المشرع بمعيار الارتباط فى الطلب العارض من أجل معالجة أزمة سوق الكويت للأوراق المالية:

نشأت أزمة سوق الأوراق المالية أو ما اصطلح على تسميتها أزمة المناخ[١٠٨]، فى مستهل عقد الثمانينيات، عندما قام المتعاملون بالتعامل بالأجل في أوراق مالية عائدة إلى شركات يغلب عليها الطابع الوهمي، ونتج فى إثر ذلك تعرض كثير من المتعاملين للإفلاس، بسبب إصرار حامل الشيك أو السند أو وسائل الوفاء الأخرى على أداء مقابل الوفاء له نقدا، وليس بمقتضى أداة وفاء أخرى مؤجلة.

(١٠٥) المواد ٦٥٥–٦٦٤ من قانون التجارة الكويتي.

(١٠٦) المادة ٥٩٢ من قانون التجارة الكويتى. وانظر كذلك المادة ٦٠٦ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(١٠٧) المادة ٥٩٥ من قانون التجارة الكويتى.

(١٠٨) سوق المناخ هو مكان للتعامل بالأوراق المالية وهو سوق غير رسمية، وأطلق عليه سوق المناخ، لأنه كان فى القدم محلا لمناخ الإبل.

وقد ترتب على تطبيق القواعد العامة للإفلاس، أن ألزم مدين المفلس بالوفاء له بالكامل، في حين طلب من دائن المفلس الدخول فى قسمة الغرماء بنسبة دينه، ومن جانب آخر حلت ديون المفلس الآجلة، في حين أنه يتعين على المفلس أن ينتظر حتى حلول موعد استحقاق ديونه على الغير، وقد نشأ عن هذا الوضع تعقيد لإجراءات حل الأزمة وإطالة لأمدها، الأمر الذى دفع المشرع إلى التدخل وإصدار خمسة تشريعات خاصة لحل هذه الأزمة.(١٠٩)

ونصت المادة ١٧ من قانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ على أن " تحل أجل الديون الناشئة عن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل... إذا لم تكن قد حلت حتى تاريخ صدور القانون..."، ومن ناحية أخرى نصت هذه المادة على أن " تقع المقاصة بين ما لأطراف هذه المعاملات من حقوق وما عليهم من التزامات ناشئة عنها... ولو كان أحد الطرفين أو كلاهما مفلسا". وقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى تبرير إصدار هذه المادة بأنه "وفقا للمادة ٥٨١ من قانون التجارة لا تقع المقاصة بعد صدور حكم الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إلا إذا وجد ارتباط بينهما، ولما كان إبرام صفقتي بيع أسهم بالأجل بين المفلس وأحد دائنيه لا يعتبر ارتباطا فى حكم القانون، فإن معنى ذلك أن المدين بدين للمفلس عليه أن يسدده بمجرد حلول أجله بينما لا يستطيع أن يحصل على دينه الذى حل لدى المفلس إلا عند انتهاء التفليسة مما يجره بدوره حتما إلى الإفلاس". ومن ناحية أخرى قضت المادة ٢ من قانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٣ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل على أن "... لكل طرف من أطراف المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى

(١٠٩) وهذه التشريعات هي: مرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ فى شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل، والقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ فى شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل وضمان حقوق الدائنين المتعلقة بها. والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل، والقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٣ فى شأن بعض الأحكام الخاصة بتسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل، وأخيرا مرسوم بقانون رقم ٤٢ لسنة ١٩٨٨ بشأن تصفية الأوضاع الناشئة عن معاملات الأسهم بالأجل.

تمت بالأجل أن يتمسك بوقوع المقاصة بين ما له من حقوق وما عليه من التزامات ناشئة عن هذه المعاملات".

تؤكد المادة ١٧ من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بأن الإشكال الذى كان يواجه المشرع هو كيفية وقوع المقاصة بين صفقات بيع الأسهم الآجلة والمستقلة وشرائها بين طرفين فى ظل المادة ٥٨١ التى تشترط الارتباط بين تلك الصفقات، وتؤكد هذه المادة – من جانب آخر – على أن المشرع لم يكن يأخذ بالارتباط فى الطلب العارض، لأنه لو كان الأمر خلاف ذلك، لما كان ثمة إشكال أو لجوء إلى إصدار هذه المادة.

وبمقتضى المادة ١٧ المتقدمة والمادة ٢ من القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٣، فإن المشرع لم يستثن المادة ٥٨١ من قانون التجارة، أي أنه لم ينص فى مستهل هاتين المادتين على أنه بالاستثناء من تطبيق المادة ٥٨١ تقع المقاصة ...، مما يؤكد على أن المشرع مازال يصر على الارتباط لوقوع مقاصة الإفلاس، لكنه ركن إلى معيار يتسع للصفقات المستقلة بين الطرفين، وهو معيار وحدة الخصوم، الذى يأخذ به المشرع باعتباره أحد عناصر الارتباط فى الطلب العارض. وهذا المنحى – فى الحقيقة – يثير التساؤل حول مسوغ الركون إلى معيار وحدة الخصوم، وهو فى الأصل مفترض فى ظل الشروط العامة للمقاصة، ويقصد بذلك شرط التقابل بين الدينين(١١٠).

(١١٠) وقد قيل فى تفسير المادة ١٧ المتقدمة ما يلي: "ونحن نعتقد أن نص المادة (١٧) لو اعتبر الديون الناشئة عن معاملات الأسهم التى تمت بالأجل ديونا مرتبطة فى حكم المادة ٥٨١ من قانون التجارة لكان أكثر تحقيقا للعدالة ولأسهم فى تفادى إشهار إفلاس العديد من دائني المفلس، ولكان أكثر انسجاما مع أهداف المشرع فى تقليل الإفلاسات إلى أقل حد ممكن كما عبر عنها فى مذكرته الإيضاحية". انظر عزيز العكيلي، "ملاحظات حول بعض مواد القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل"، مجلة الحقوق، السنة السابعة، العدد الثاني، يونيو ١٩٨٣، ص ٣٤. ونحن نختلف مع هذا الرأى، لأن المشرع فى المادة ١٧ قد نص صراحة على وقوع المقاصة بين معاملات الأسهم التى تمت بالأجل، وتأكد هذا التوجه فيما عبر عنه فى المذكرة الإيضاحية، الأمر =

الفرع الثانى:
نشوء الحقوق والالتزامات قبل صدور حكم بالإفلاس

لابد أن تنشأ كل حقوق المفلس والتزاماته الصالحة للتقاص قبل صدور حكم الإفلاس،(١١١) فلا يكفى أن ينشأ أحدهما قبل صدور حكم الإفلاس وينشأ الآخر بعده، فالحد الفاصل بين الحقوق والالتزامات الصالحة للتقاص هو حكم الإفلاس. وقد يحدد المشرع فى بعض التشريعات وقتا آخر، كما فعل فى إفلاس الشركات، وبالتحديد فى حالة التصفية الاختيارية لها، فيوضع الحد الفاصل منذ طلب التصفية المقدم إلى القضاء أو منذ صدور قرار الجمعية العمومية بالتصفية. ويحدد قانون الإفلاس الإنجليزى ذلك الحد الفاصل منذ ثبوت الإفلاس قانونا، ويقصد بذلك منذ صدور حكم الإفلاس، وليس منذ نظر القضاء طلب شهر الإفلاس.(١١٢)

والعلة من تطلب هذا الشرط تكمن فى دفع مظنة التواطؤ مع المفلس من أجل المروغ من تطبيق قاعدة توزيع موجوداته بناء على قسمة الغرماء، فقد يكون الغير دائنا للمفلس، فيلجأ إلى الشراء من بضائع المفلس، ويمتنع عن أداء ثمنها، ويطلب هذا الدائن إجراء المقاصة بين ما هو مستحق له – حقه الذى نشأ قبل حكم الإفلاس – وبين ما هو مستحق عليه – ثمن شراء بضائع المفلس بعد صدور حكم الإفلاس – وفضلا عن ذلك، فإن المصلحة العامة

= الذى يعني وجود ارتباط بين معاملات الأسهم التى تمت بالأجل، وإلا لما أمكن إجراء المقاصة بين هذه المعاملات، وأما سبب ركون المشرع إلى مراعاة تخفيض الديون بنسبة العجز المتوقع فى أموال المدين حسب تقدير مؤسسة تسوية معاملات الأسهم التى تمت بالأجل، فهو لأن المشرع أخذ بمقاصة الإغلاق التى تفيد إنهاء آجال العقود المتعددة وتسوية الربح والخسارة فيها بحسب الطريقة المتفق عليها، وسنتطرق إلى مقاصة الإغلاق فى المبحث الثالث من الفصل الثاني.

(١١١) Herzog and King," 1996 Bankruptcy Code," Part 1, Mattew - Bender, 1996, P. 644-648. Epstein, Nickles and White," Bankruptcy," West Publishing, St.Paul, Minn., 1993, P. 362.

(١١٢) S.R. Derham," Set-Off," 2nd. ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, P. 167.

تستدعى وضع حد فاصل ونهائي لتعاملات المدين المفلس، من أجل الوقوف على حجم حقوقه والتزاماته، ومن ثم استخدام أمواله للوفاء بها، فلا يمكن أن يترك الأمر مفتوحا إلى ما لا نهاية، وهذا هو مناط قاعدة غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف بها، وتعد جميع التصرفات التى يجريها المفلس يوم صدور حكم الإفلاس حاصلة بعد صدوره.(١١٣)

ومن جانب آخر، فإن الالتزامات التى تنشأ نتيجة للتصرفات التى يجريها مدير التفليسة بغية إجراء التصفية وتنفيذ حكم الإفلاس، يكون لها الأولوية على باقى الدائنين، ولو كان الأمر خلاف ذلك، لتعذر تصفية موجودات المفلس.

وإذا كان هناك تباين فى المناهج بين التشريعات المقارنة إزاء مدى تطلب الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، فإن هذه التشريعات تكاد تجمع على شرط نشوء حقوق المفلس والتزاماته قبل صدور حكم الإفلاس(١١٤)، وفى ذلك نصت المادة ٢١٣ من قانون الإفلاس السويسرى لسنة ١٨٨٩ على أنه: "يحق للدائن التقاص فى حقوقه والتزاماته نحو المفلس، ويستثنى من ذلك (١) عندما يصبح مدين المفلس دائنا له بعد صدور حكم الإفلاس. (٢) عندما يصبح مدين المفلس دائنا له أو للتفليسة بعد صدور حكم الإفلاس".(١١٥)

وأما فى قانون التجارة الكويتي فإن المادة ٥٨١ تتطلب ضمنيا لإجراء المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته – بعد تحقق الارتباط – أن تنشأ هذه

---

(١١٣) نص المادة ٥٧٧ /١ من قانون التجارة الكويتى. انظر المادة ١/٥٨٩ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(١١٤) Philip R. Wood," English and International Set-Off," P. 1181.

(١١٥) انظر نص المادة ٥٦ من قانون الإفلاس الايطالي رقم ٢٦٧ الصادر فى ١٦ مارس ١٩٤٢. والمادة ١/٨ من قانون الإفلاس النرويجي لسنة ١٩٨٤. والمادة ٨٦ من قانون الإفلاس لدول الكومن ولث. والمادة ٩٣ من قانون الإفلاس لنيوزلندا. والمادة ٥٥٣ من قانون الإفلاس للولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٩٧٨. انظر James L. Bishop," Set-Off in the Administration of Inslovent and Bankrupt Estates," 1 Columbia Law Review, 1961, P. 391.

الحقوق وتلك الالتزامات قبل صدور حكم الإفلاس، لأن ذلك هو المقصود بالحقوق والالتزامات، حيث إن بعد هذا التاريخ تغل يد المفلس عن التصرف فى أمواله أو إدارتها[١١٦]، والتصرفات التى تنشأ بعد ذلك التاريخ – سواء على هيئة حق أو التزام – تكون فى مواجهة جماعة الدائنين أو مدير التفليسة وليس نحو المفلس، لأنه لم يقم بها بسبب غل يده. ومن جانب آخر، فقد حظرت المادة (٥٨٠) من قانون التجارة على المفلس بعد صدور حكم شهر الإفلاس الوفاء بما عليه من الديون أو استيفاء ما له من الحقوق.

وقد يأخذ التصرف الذى نشأ قبل صدور حكم شهر الإفلاس، حكم التصرف الذى نشأ بعده، إما بسبب علم الغير بأن المفلس قد توقف عن أداء ديونه[١١٧]، وإما بسبب إرجاع حكم الإفلاس إلى الفترة التى توقف فيها المدين المفلس عن أداء ديونه أو تبديد أمواله، ليشمل فترة الريبة،[١١٨] وكان الغير يعلم وقت وقوع التصرف بتوقف المفلس عن الدفع[١١٩]، أو عندما يخطر الغير بأن المدين بصدد شهر إفلاسه، أى البدء نحوه بإجراءات شهر الإفلاس.[١٢٠] أو أن يلجأ المشرع إلى تحديد فترة زمنية قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس – غير فترة الريبة – لا يقبل فيها طلبات المقاصة، إذا كان الدائن يعلم أو ينبغي عليه العلم بأن المدين غير قادر على الوفاء بديونه، ومثال ذلك قبل ستة أشهر من صدور حكم شهر الإفلاس.[١٢١]

---

(١١٦) المادة ٥٧٧ (١) من قانون التجارة الكويتي.

(١١٧) نص المادة ٢١٤ من قانون الإفلاس السويسرى لسنة ١٨٨٩.

(١١٨) تنص المادة ٥٦٧ من قانون التجارة الكويتى على أنه "تحدد المحكمة فى حكم شهر الإفلاس تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع، فإذا لم تحدده اعتبر تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس هو التاريخ المؤقت". ونصت المادة ٥٦٨ (٢) على أنه "ولا يجوز بأى حال إرجاع تاريخ الوقوف عن الدفع إلى أكثر من سنتين من تاريخ صدور الحكم بشهر الإفلاس".

(١١٩) المادة ٢/٥٨٤ من قانون التجارة الكويتي.

(١٢٠) انظر نص المادة ٩٣ من قانون الإفلاس النيوزلندى لسنة ١٩٦٧.

(١٢١) Friedrich Schwank," Set-Off in Austria," Published in International Corporate Insolvency Law," Edited by Dennis Campbell, Butterworths, 1992, P. 45.

وإذا كان تحديد تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس لا يثير أي إشكالات، فإن تحديد تاريخ نشوء الحق أو الالتزام، من شأنه أن يلقي ببعض الصعوبة فى ثناياه، وذلك من ناحية العقود المستمرة (أولا)، وبالنسبة إلى الحقوق أو الالتزامات المعلقة على شرط واقف أو مضافة إلى أجل (ثانيا).

أولا: المقاصة فى العقود المستمرة:

ففى دعوى Melco System v. Receivers of Trans-America Insurance Co.,[(١٢٢)]، والتي تتحصل وقائعها فى رفض إجراء المقاصة بين دين شركة التأمين المؤمنة ودين شركة أخرى لإعادة التأمين، حيث أفلست الشركة المؤمنة Trans-America وكانت قد أبرمت اتفاقية إعادة التأمين قبل الإفلاس مع شركة Employers Reinsurance Corporation of Kansas، وفضلا عن ذلك أبرم الطرفان عقدا ينظم مسئولية كل منهما فى حالة الإفلاس، من حيث قيام شركة إعادة التأمين بأداء تعويضات الأشخاص المؤمن عليهم والمسئولة عنها الشركة المؤمنة فى حالة إفلاس الأخيرة، وبعد إفلاس الشركة المؤمنة وافقت شركة إعادة التأمين على دفع التعويضات، ولكن طلبت المقاصة مع أقساط التأمين غير المدفوعة من قبل الشركة المؤمنة وهى Trans-America، وقد ركز القضاء على مسألة الوقت الذى أصبحت فيه شركة إعادة التأمين مسئولة أمام مدير التفليسة، ووصلت إلى نتيجة قوامها أنه لم تصبح شركة إعادة التأمين مسئولة إلا بعد قيام الشركة المؤمنة بدفع تعويضات الأشخاص المؤمن عليهم. ومن جانب آخر، لا تعمل اتفاقية الإفلاس المبرمة بين الطرفين، إلا بعد إفلاس الشركة المؤمنة، وفى المقابل فإن أقساط التأمين المتأخرة تكون مستحقة على الشركة المؤمنة قبل إفلاسها، وعليه فلا مقاصة لأنه لم ينشأ الدينان قبل الحكم بشهر الإفلاس.

(١٢٢) 268 Ala. 152, 105 So. 2nd 43 (1958).

وفى دعوى أخرى توصل القضاء إلي نتيجة مغايرة، إذ إنه فى دعوى O'Connor v. Insurance Co. of North America,[١٢٣] أفلس المدعي، وهو شركة مؤمنة، وفى إثر ذلك قام مدير التفليسة بتحصيل حقوقها قبل شركة إعادة التأمين بمقتضى اتفاقية إعادة التأمين، ولكن طلبت هذه الشركة إجراء المقاصة مع ما هو مستحق لها قبل الشركة المؤمنة، وقد دفع مدير التفليسة بأن الديون المستحقة للشركة المؤمنة (المفلسة) نتجت عن فسخ عقود التأمين بسبب الإفلاس، في حين أن الديون المستحقة لشركة إعادة التأمين نشأت قبل حكم شهر الإفلاس، وقد ردت شركة إعادة التأمين بأن حقوقها مستحقة بمقتضى عقد إعادة التأمين الذى أبرم ونفذ قبل حكم الإفلاس، ومن ثم فإن هذه الحقوق نشأت قبل حكم الإفلاس، وقد قضي بوقوع المقاصة لنشوء الدينين قبل الحكم بشهر الإفلاس، حيث استندت المحكمة إلي عقد إعادة التأمين الذى نص على أن: " المسئولية التى تقع على شركة إعادة التأمين فى دفع تعويضات الأخطار المؤمن ضدها أو أقساط التأمين غير المدفوعة للشركة المؤمنة، هى ناتجة عن نص فى اتفاقية إعادة التأمين التى أبرمت فى السابق قبل حكم شهر الإفلاس،" بما حاصله أن المديونية قد نشأت بسبب عقد أبرم قبل حكم الإفلاس، أو أن الأصل هو وقت التقابل بين الالتزامين، وليس تحديد وقت الوفاء بالالتزام، ولا يخل بهذه النتيجة كون الالتزام غير محدد المقدار أو معلقا على شرط واقف، مادام قد نشأ قبل الحكم بالإفلاس.

ويظهر أن عقود إعادة التأمين فى الحكمين الآنفين كانت مستمرة قبل الحكم بشهر الإفلاس، وانتهت بمجرد صدور ذلك الحكم، وهى تختلف عن العقود المستمرة التى يفضل مدير التفليسة الاستمرار فى تنفيذها إلى ما بعد صدور حكم شهر الإفلاس مثل عقود التوريد. ففي هذه الطائفة من العقود، نجد أن الأصل العام فى القانون الكويتي، أنها لا تنفسخ بمجرد صدور الحكم بشهر الإفلاس، إلا إذا كانت قائمة على اعتبارات شخصية[١٢٤].

---

(١٢٣) 622 F. Supp. 611 (N.D. I11. 1985).

(١٢٤) محسن شفيق، القانون التجارى الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٤٦٣-٤٦٤. عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس فى قانون التجارة الكويتي، الطبعة الأولى، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ١٩٨٧، ص ١٥٩-١٦٣.

ويثور التساؤل حول مدى أحقية الطرف الآخر فى العقد المستمر فى طلب إجراء المقاصة بين الحقوق والالتزامات الناشئة عن ذلك العقد، ونرى أن الأمر لا يخلو من ثلاثة فروض: الأول، بالنسبة إلى الحقوق والالتزامات الناشئة قبل الحكم بشهر الإفلاس، فإن الشرط يكون متحققا، ومن ثم يجوز إجراء المقاصة. والفرض الثانى، هو نشوء الحقوق والالتزامات بعد صدور ذلك الحكم، فإن المقاصة، لا تقع، بين دين آخر مستقل للطرف الثاني قبل المفلس، وبين الحقوق المنبثقة عن الاستمرار فى تنفيذ العقد المستمر، وذلك لعدم نشوء الدينين قبل الحكم بشهر الإفلاس، فضلا عن أن الحقوق المنبثقة عن الاستمرار فى تنفيذ العقد تكون تجاه مدير التفليسة أو جماعة الدائنين، لا المفلس، لأن الأخير غلت يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بيد أنه يجوز إجراء المقاصة بين الحقوق والالتزامات المنبثقة عن ذلك العقد بعد صدور الحكم بشهر الإفلاس، وتكون – أيضا – قبل مدير التفليسة، بل إن حقوق الطرف الآخر المنبثقة عن العقد المستمر تكون لها الأولوية على باقى الديون العادية، لأنها تكون تجاه مدير التفليسة، وهى لمصلحة باقى الدائنين وإلا لما أقدم مدير التفليسة على تنفيذها، والقول بغير ذلك يعنى قيام دائن المفلس بشراء البضائع من المفلس والامتناع عن سداد ثمنها من أجل إجراء المقاصة بين ثمنها وبين حقه قبل المفلس الذى نشأ قبل الحكم بشهر الإفلاس، حيث يعد ذلك رواغا من قاعدة متعلقة بالنظام العام، نص عليها المشرع فى المادة ٧٢٦ من قانون التجارة قوامها توزيع موجودات التفليسة بناء على قسمة الغرماء. وأما الفرض الآخر، فهو امتناع مدير التفليسة عن تنفيذ العقد، ولجوء الطرف الآخر إلى فسخه والمطالبة بالتعويض، ففى هذه الحالة تنص المادة ٦١٤ (٢) من قانون التجارة على أنه: "وإذا لم ينفذ مدير التفليسة العقد، جاز للطرف الآخر أن يطلب الفسخ، ويشترط فى التفليسة بالتعويض المترتب على الفسخ". ويفيد النص عدم وقوع المقاصة بين دين نشأ للمفلس قبل الحكم بالإفلاس وبين دين التعويض الذى نشأ للطرف الآخر نتيجة عدم تنفيذ مدير التفليسة للعقد المستمر، لأن الحق فى التعويض نشأ بعد الحكم بشهر الإفلاس، وهو بسبب عمل قام به مدير

التفليسة.[١٢٥] ومن الأحرى التنويه بأن الفرض الذى نحن بصدد التصدى له، يختلف عن حالة التصريح للمفلس فى ممارسة تجارة جديدة، حيث يكون للدائنين الذين تنشأ ديونهم بمناسبة هذه التجارة الأولوية فى استيفاء حقوقهم من أموالها بمقتضى المادة ٥٩١ من قانون التجارة، وفضلا عن ذلك، فإن التجارة الجديدة تفترض عدم وجود عقود أبرمت قبل الحكم بشهر الإفلاس.

ثانيا: الالتزامات المضافة إلى أجل أو المعلقة على شرط:

الدين الذى نشأ قبل الحكم بالإفلاس، ولكنه مضاف إلى أجل واقف يحل بعده، لا يقدح فى كونه نشأ قبل الحكم بشهر الإفلاس، لأن الأجل يحل بمجرد الحكم بإفلاس المدين، أما إذا كان الأجل لمصلحة الدائن، فإن الدائن بمقدوره التنازل عن هذا الأجل، فى مقابل إجراء المقاصة مع ما هو مستحق عليه للمدين المفلس.

بيد أن الأمر يحتاج إلى بعض التفصيل بالنسبة إلى الالتزام المعلق على شرط واقف، فنرى أن الأصل هو الوقت الذى ينتج فيه أثر الالتزام، فإن كان الأثر ينتج بعد الحكم بالإفلاس، فإنه لا يصح إجراء المقاصة، أما إذا كان الأثر ينتج قبل ذلك الحكم، فإن شرط نشوء الدينين قبل الحكم بالإفلاس يكون متحققا. وقد نصت المادة ٣٢٨ من القانون المدني على أنه: "إذا تحقق الشرط، واقفا كان أو فاسخا، استند أثره إلى الوقت الذى تم فيه العقد، إلا إذا تبين من إرادة المتعاقدين أو من طبيعة العقد أن وجود الالتزام أو زواله يكون فى الوقت الذى تحقق فيه الشرط". وفضلا عن ذلك فقد نصت المادة ٥٩٥ من قانون التجارة على أن الدائن المعلق دينه على شرط واقف يشترك فى التفليسة فيجنب نصيبه فى التوزيعات إلى أن يتبين مصير الدين. ومن ثم إذا أبرم المفلس عقد تأمين، وتحقق الضرر المؤمن ضده بعد الحكم بشهر إفلاسه، فإنه بمقدور المؤمن أن يطلب إجراء المقاصة بين الدين المستحق له – وهو أقساط

(١٢٥) وفى رأى مخالف انظر، Philip R. Wood," English and International Set-Off," P. 1192.

التأمين المتأخرة – وبين مبلغ التعويض المستحق عليه، لأن دينه معلق على شرط واقف، قوامه تحقق الخطر المؤمن ضده. بيد أنه فى المقابل، إذا أفلس المؤمن وكانت ثمة أقساط متأخرة على المؤمن له، وفضل مدير التفليسة الاستمرار فى عقد التأمين، وطلب من المؤمن له أداء الأقساط المتأخرة وقام بأدائها، ثم تحقق الخطر المؤمن ضده قبل انتهاء وثيقة التأمين، فنرى أن يكون للمؤمن له طلب الوفاء له بمبلغ التعويض، وفى هذه الحالة، من المفترض أن تكون له الأولوية فى استيفاء هذا المبلغ، لأنه كان له أن يجرى المقاصة بين الدين المستحق له وبين الدين المستحق عليه، ولأن الاستمرار فى تنفيذ العقد يعطيه الأولوية فى استيفاء حقوقه.

وقد ذهب قانون الإفلاس الألماني فى المادة ٥٤ إلى إمكانية إجراء المقاصة حتى فى حالة حلول الأجل بعد صدور حكم الإفلاس، أو كان الالتزام معلقا على شرط.(١٢٦) وعلى هذا النحو سار المشرع اليابانى فى المادة ٩٩ من قانون الإفلاس.(١٢٧) والقانون التايلندى فى المادة ١٠٢ من قانون الإفلاس لسنة ١٩٤٠. وقانون الإفلاس السويدى لسنة ١٩٢١ فى المادة ١٢١.(١٢٨) في حين ذهب المشرع الأرجنتيني إلى منهج مغاير، فقد تطلب فى المادة ٨٦٢ من قانون التجارة للأخذ بمقاصة الإفلاس أن ينشأ الالتزام ويحل قبل الحكم بشهر الإفلاس، وفى حالة حلول الالتزام بعد الحكم بالإفلاس، يجب على المدين الوفاء بما هو مستحق عليه للتفليسة، والمطالبة بحقه باعتباره دائنا عاديا.(١٢٩)

وتتعين التفرقة بين المسائل الآنفة فى العقود المستمرة والالتزام المضاف إلى أجل أو المعلق على شرط، وبين نشوء حق الكفيل قبل المكفول بعد صدور حكم شهر الإفلاس، ففى هذه الحالة لا تجرى المقاصة مع حق المكفول الذى

(١٢٦) Philip R. Wood, "English and International Set-Off," Sweet & Maxwell, London, 1989, P. 1173.

(١٢٧) Philip R. Wood, "English & International Set-Off," P. 1174.

(١٢٨) Philip R. Wood, "English & International Set-Off," P. 1177.

(١٢٩) Philip R. Wood, "English and International Set-Off," Sweet & Maxwell, London, 1989, P. 1167.

نشأ قبل الحكم بالإفلاس، ومثال ذلك، إذا أودع العميل مبلغا من المال لدى البنك، وقام الأخير بكفالة العميل لدى الغير، وتحققت شروط الكفالة بعد صدور حكم شهر إفلاس العميل، وفى إثر ذلك، قام الغير بالتنفيذ على الكفالة، فإن دين البنك المستحق على العميل قد نشأ بعد الحكم بإفلاس العميل، أما دين البنك المستحق للعميل – المبلغ المودع – فإنه قد نشأ قبل الحكم بالإفلاس، ومن ثم لا يكون للبنك طلب إجراء المقاصة بينهما(١٣٠). هذا، وقد نصت المادة ٧٧١ من القانون المدنى على أنه: "إذا وفى الكفيل كل الدين أو بعضه، حل محل الدائن فى حقه طبقا لقواعد الحلول القانوني". ونصت المادة ٣٩٦ من القانون المدنى على أن: "من حل قانونا أو اتفاقا محل الدائن، كان له حقه بما لهذا الحق من خصائص وما يلحقه من توابع، وما يكفله من تأمينات وما يرد عليه من دفوع..." ويستفاد من ذلك أن قواعد الحلول القانوني تمكن البنك من الحلول محل دائن المفلس فى مطالبة المفلس، بالحق نفسه وما يتصف به من خصائص، أى الحق بين العميل المكفول وبين دائنه، وهى لا تنظر إلى وقت نشوء حق البنك نحو العميل المفلس، فهذا الحق نشأ بعد الحكم بشهر الإفلاس، وفضلا عن ذلك، فإن شرط نشوء الحقوق والالتزامات قبل الحكم بشهر الإفلاس، هو شرط خاص ورد فى قانون التجارة، يكمل قواعد الحلول القانوني إذا كان المدين مفلسا، وعلى ذلك، يتعين على البنك أداء المبلغ المودع إلى مدير التفليسة، ودخوله فى قسمة الغرماء بالنسبة إلى حقه.

الفرع الثالث:
تحقيق الديون وتأييدها

تقدم القول بأن المقاصة تقوم بدور الوفاء المزدوج، أو بتعبير أدق تعمل على انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، فهى طريقة ميسرة ومختصرة لانقضاء

(١٣٠) وهذا هو الحكم فى كل من فرنسا وإنجلترا. انظر Philip R. Wood, "English & International Set-Off," P. 1168. Pennington's Corporate Insolvency Law," 2nd., ed., Butterworths, London, 1997, P. 320-321.

الالتزام، بيد أن ذلك لا يعني – فى ظل أحكام الإفلاس – أن يتفق طرفا المقاصة، على وقوعها عند تمسك المدين المفلس أو الطرف الآخر بها، لأن المفلس لا يملك ذلك نتيجة غل يده عن إدارة أمواله أو التصرف بها أو نتيجة حظر وفائه بديونه أو استيفاء حقوقه.(١٣١) لذا، فلابد من تحقيق الديون المستحقة على المفلس وقبولها وتأييدها من أجل وقوع مقاصة الإفلاس، وخصوصا أنه لا يجوز بعد صدور حكم شهر الإفلاس رفع دعوى من المفلس أو عليه أو السير فيها.(١٣٢)

ويقصد بتحقيق الديون حصر ديون المفلس والتحقق من صحتها وجديتها لاستبعاد الديون المختلقة أو الباطلة أو التى سقطت بالوفاء أو بالتقادم، وهو إجراء يقوم به قاضي التفليسة ومديرها – مع تخويل الدائنين والمفلس حق المنازعة فى الديون – وذلك بدلا من القضاء العادى بغية تبسيط الإجراءات والوصول بالتفليسة إلى الحل بالسرعة الممكنة.(١٣٣)

وتنبع أهمية هذا الإجراء فى كثير من النواحي، وتتمثل: أولا، فى الوقوف على مدى تحقق شرط الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته فى الدول التى تشترط ذلك، ثانيا، للتعرف على طلبات إجراء المقاصة القضائية التى يتقدم بها دائنو المفلس إلى التفليسة، ولاسيما إذا كان الحق المطالب به غير محدد المقدار أو غير محقق الوجود، فإذا كان الدائن معلقا دينه على شرط واقف يجنب نصيبه فى التوزيعات إلى أن يتبين مصير الدين.(١٣٤) وأخيرا، لاستبعاد الديون التى لا تحقق فى التشريعات التى تحدد الديون التى تخضع للتحقيق، حيث إن الديون التى تقبل فى التحقيق – فى الغالب – هى الديون التى يمكن التقاص بينها.

---

(١٣١) انظر نص المادتين ٥٧٧ (١) و ٥٨٠ (١) من قانون التجارة الكويتي.

(١٣٢) المادة ٥٨٢ من قانون التجارة الكويتي.

(١٣٣) محسن شفيق، القانون التجارى الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٤٥٤–٤٥٥. أحمد محمد محرز، القانون التجارى – عمليات المصارف – والإفلاس، ١٩٩٨، ص ٥٠٣–٥٠٤. على حسن يونس، الإفلاس والصلح الواقي، مطبعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٣٩٦–٣٩٧. حول تحقيق الديون، انظر المواد ٦٥٠–٦٥٧ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(١٣٤) المادة ٥٩٥ من قانون التجارة الكويتي.

ويثور التساؤل حول ماهية الديون الخاضعة للتحقيق، فهل تعتمد على صفة الدائن أو المدين، أو هى تعتمد على طبيعة الدين وصفته؟ عرضت هذه المسألة على القضاء الاسترالي فى دعوى Graham V. Russell,[١٣٥]، وتتحصل وقائعها فى تحقق الخطر المؤمن ضده بعد إفلاس المؤمن له، حيث طلب المؤمن إجراء المقاصة بين ما هو مستحق عليه من التعويض وبين ما هو مستحق له من أقساط التأمين، وقد قرر القضاء أن الدين المستحق للمؤمن له – التعويض – كان سيخضع للتحقيق لو أن المفلس هو المؤمن، أى كان يمكن إعمال المقاصة، وعليه يمكن للمؤمن إجراء المقاصة بين ما هو مستحق عليه من التعويض وبين ما هو مستحق له من أقساط التأمين المتأخرة. ويترتب على هذا القضاء بمفهوم المخالفة أنه إذا كان الدين المستحق للمفلس ضد الدائن ليس خاضعا للتحقيق فى حال إفلاس الدائن، فإن الأخير لا يستطيع إجراء المقاصة فى ذلك الدين. فى الحقيقة يعول هذا المنهج على إن كان الدين سيخضع للتحقيق، أى صلاحيته للمقاصة، لو أن الدائن هو المفلس. بيد أن هذا القضاء منتقد، لأن الديون التى تخضع للتحقيق هى الديون المستحقة على المفلس، وليست تلك المستحقة له، وتحقيق الديون يعتمد على طبيعة الدين وصفته، وفضلا عن ذلك، فإن هذه الدعوى مبنية على قانون خاص، وقد عدل القضاء الاسترالى عن هذا المنهج.[١٣٦]

ولما كان تحقيق الديون يعتمد على طبيعة هذه الديون، فإن بعض التشريعات يذهب إلى تطلب تحقيق الديون debts، أو الديون والمطالبات debts and liabilities[١٣٧]، في حين يتوسع البعض الآخر فى تطلب تحقيق الديون المتقابلة أو الحقوق المتقابلة أو التعامل المتقابل mutual credits, mutual

(١٣٥) S.R. Derham," Set-Off," 2nd., ed., مشار إليه لدى (1816) 5 M & S 498, 502. Clarendon Press, Oxford, 1996, P. 220.

(١٣٦) Gye v. McIntyre (1991) 171 CLR 609.

(١٣٧) المادة ٣٠ من قانون الإفلاس الإنجليزى لسنة ١٩١٤. والمادة ٩٥ من قانون الإفلاس الكندى.

debts, or other mutual dealing[١٣٨] في حين أن الجانب الأخير يتطلب تحقيق الادعاءات claims[١٣٩]. ونرى أن هذا الاختلاف فى المصطلحات، ليس نظريا، لأن تحقيق الادعاءات مصطلح واسع، ويشمل كلاً من الديون غير محققة الوجود أو غير معلومة المقدار، أو المعلقة على شرط واقف، والتى ربما لا تتصف – بالمفهوم الدقيق – بوصف الدين، الأمر الذى جعل القضاء فى إنجلترا والدول الأخرى التى تستقى من تشريع الإفلاس الإنجليزى، عدم إدخال التعويض غير معلوم المقدار عن المسئولية التقصيرية للمفلس ضمن الديون الخاضعة للتحقيق، لأنها لم تصبح ديونا بعد، فضلا عن عدم تحقق وصف التعامل dealing بين المضرور والمفلس. ويوجد منهجان فى التشريعات المقارنة بالنسبة إلى تطلب تحقيق الديون: الأول، يذهب إلى الإعفاء من تحقيق الديون (الغصن الأول)، والآخر، يرى ضرورة تحقيق الديون (الغصن الثاني)، ثم نعرض نظرة تحليلية فى المنهجين (الغصن الثالث).

الغصن الأول:
منهج الإعفاء من تحقيق الديون

يعتنق هذا المنهج – فى الأساس – قانون الإفلاس الألمانى، حيث نصت المادة ٥٣ منه على أنه إذا كان يحق للدائن طلب المقاصة فلا حاجة إلى تحقيق دينه، أو توثيق ادعائه ضمن إجراءات التفليسة. وأخذ قانون الإفلاس اليابانى بعدم ضرورة الدخول فى إجراءات التفليسة عند إعمال المقاصة.[١٤٠] وفى القانون الكندى، فإن الدائن ليس فى حاجة إلى تحقيق دينه إذا كان الدين

(١٣٨) المادة ٨٦ من قانون الإفلاس لدول الكومن ولث لسنة ١٩٦٦.

(١٣٩) المادة ١٢١ من قانون الإفلاس السويدى لسنة ١٩٢١. والمادة ٥٠٢ من قانون الإفلاس للولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٩٧٨.

(١٤٠) المادة ٩٨ من قانون الإفلاس اليابانى٠ والمواد ٨٩–٩٤ من قانون الإفلاس لكوريا الجنوبية٠ والمادة ٣٢ من قانون الإفلاس لإمارة ليشتنشتاين٠ (إمارة فى جبال الألب تجاورها سويسرا غربا والنمسا شرقا).

المستحق عليه للمفلس أكبر من الدين المستحق له، لأنه فى هذه الحالة ليس دائنا وإنما هو مدين للمفلس(١٤١). وفى أستراليا، فإن المقاصة القانونية، لا تدخل فى إجراءات التفليسة، بيد أن الحاجة تظهر فى المقاصة القضائية فى الدخول فى هذه الإجراءات، من أجل إكمال الشروط الناقصة.(١٤٢)

والسبب الذى يجعل المشرع يلتفت عن الدخول فى إجراءات الإفلاس فى هذه المدرسة، هو لأن المقاصة تقع بإعلان الإرادة الذى يصدر من أحد الطرفين للآخر بطلب انقضاء الدينين المتقابلين، فتقع المقاصة بأثر رجعي من وقت توافر الشروط، وليس من وقت الإعلان عن الإرادة، ومن ثم فهى تصرف قانونى صادر من جانب واحد. ويؤدى ذلك إلى تبسيط الإجراءات والوصول بالتفليسة إلى الحل، وتصفيتها، بالسرعة الممكنة.

الغصن الثاني:
منهج ضرورة تحقيق الديون

تذهب معظم التشريعات إلى ضرورة تحقيق ديون المفلس، من أجل إمكانية إعمال المقاصة بين ما هو مستحق له وبين ما هو مستحق عليه، حيث يوضع مبدأ عام، قوامه ضرورة تحقيق جميع الديون، ثم يقوم المشرع باستثناء بعض الديون التى لا تخضع للتحقيق، وفى الغالب لا تكون هذه الديون صالحة للمقاصة، أى لا يحتج بها على جماعة الدائنين. وعلى العموم، فإن كثيراً من الدول التى تستقى من تشريعات الإفلاس الإنجليزية المتعاقبة، تذهب إلى تحديد الديون الخاضعة للتحقيق بشكل عام، ثم تشرع فى تحديد الديون غير المقبولة للتحقيق، فقد نصت المادة ٣٠ من قانون الإفلاس الإنجليزى لسنة ١٩١٤ على أن: "تخضع كل الديون والمطالبات للتحقيق، سواء الحالة منها أو المستقبلة، وسواء أكانت محددة أم مستمرة، وذلك المدين بها المفلس فى يوم شهر

(١٤١) L.W. Houlden," The 1996 Annotated Bankruptcy and Insolvency," P. 152.

(١٤٢) Friedrich Schwank," International Corporate Insolvency Law," Edited by Dennis Campbell, Butterworths, 1992, P. 44.

إفلاسه. ولا تخضع الديون التالية للتحقيق: – لا تقبل فيها المقاصة ولا يحتج فيها على جماعة الدائنين – طلبات التعويض غير محددة القيمة الناشئة عن غير المسئولية العقدية، والديون التى ترتبت فى ذمة المدين المفلس بعد أن أخطر الدائن بأن المدين قد بوشرت نحوه أى من إجراءات الإفلاس".[١٤٣] وقد نصت المادة ٩٥ من قانون الإفلاس الكندى، على تحقيق كل الديون والطلبات الناشئة قبل الحكم بشهر الإفلاس، أو التى التزم بها المفلس قبل شهر إفلاسه.

وبالنسبة إلى موقف المشرع الكويتى فقد نظم فى المواد ٦٥٥–٦٦٤ الديون الخاضعة للتحقيق وإجراءات التقديم وآثارها وإجراءات التحقيق والمنازعة بالدين وقبوله والتأخير فى التقدم به. ويظهر من قراءة المادة ٦٥٥ أن المشرع أخضع كل الديون للتحقيق[١٤٤]، ولو كانت الديون مضمونة بتأمينات خاصة عقارية أو منقولة، وسواء أكانت الديون مدنية أم تجارية، ثابتة بسند عادى أم بحكم حائز درجة البتات، ثابتة أم معلقة على شرط واقف أو فاسخ، متنازع عليه أم محقق الوجود، بيد أن قبول الدين فى هذه الحالة يتوقف على فصل القضاء فى وجوده وفى مقداره،[١٤٥] حيث نصت المادة ٢/٧٢٦ من قانون التجارة

(١٤٣) Philip R. Wood," English and International Set-Off," P. 1185. وقد عدل المشرع فى إنجلترا عن موقفه الخاص فى عدم تحقيق الديون غير محددة المقدار الناشئة عن المسئولية التقصيرية، انظر J.H. Farrar," Insolvency, The Reform of Insolvency Law - III," Journal of Business Law, 1983, P. 429.

انظر نص المادة ٥٠٢ من قانون الإفلاس للولايات المتحدة الأمريكية لسنة ١٩٧٨ التى تحدد الادعاءات (الديون) الخاضعة للتحقيق، والمادة ١٠(٤) التى تعرف المقصود بالادعاء.

(١٤٤) بيد أن المشرع قد أورد استثناء فى المادة ٦٧٨ من قانون التجارة على مبدأ تحقيق كل الديون، حيث لم يخضع سندات القرض التى أصدرتها الشركة لإجراءات تحقيق الديون، وتقبل هذه السندات فى التفليسة بقيمتها الاسمية بعد استنزال ما دفعته الشركة من هذه القيمة·ويظهر أن العلة من هذا الاستثناء تكمن فى توافر العلانية والرسمية فى سندات القرض الأمر الذى يغني عن تحقيقها. وفى الاتجاه نفسه، انظر المادتين ٦٥٠ و ٧٠٧ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(١٤٥) فى الفقه المصرى، انظر، أحمد محمد محرز، القانون التجارى، عمليات المصارف – الإفلاس، ١٩٩٨، ص ٥٠٤–٥٠٥.

على أن: "تجنب حصة للديون المتنازع عليها، وتحفظ حتى يصدر حكم نهائي بقبولها". وترجع علة تحقيق جميع الديون إلى أنه ربما يكون الدين المستحق للدائن أكبر من الدين المستحق للمدين، فينقضي جزء من حق الدائن، ويبقي الجزء الباقي يخضع به لقسمة الغرماء.

بذا، تفادى المشرع الخلاف الذى نشب فى الفقهين الفرنسي والمصرى فى شأن مدى جدوى تحقيق الديون المضمونة بتأمينات خاصة، لأن أصحاب هذه الديون بمقدورهم التنفيذ على التأمين الخاص مباشرة، من دون أن يؤثر ذلك فى إفلاس المدين، كما أنهم يستوفون ديونهم بالأولوية من ثمن المال المرهون على الدائنين العاديين، إلا أن الرأى استقر على أن الدائن صاحب التأمين الخاص، هو فى البداية دائن عادى، وفضلا عن ذلك فمن المحتمل ألا يكفى التأمين الخاص للوفاء بكامل الدين، الأمر الذى يدفع ذلك الدائن إلى التقدم بباقى دينه فى تفليسة المدين والخضوع من ثم لقسمة الغرماء.(١٤٦)

وعليه، فلابد لإعمال المقاصة من تقديم الديون للتحقيق، وقبولها من مدير التفليسة ومن ثم تأييد هذا القبول من قاضى التفليسة لعدم الاعتراض عليه أو بعد الاعتراض عليه ورفضه من قبل قاضي التفليسة.

الغصن الثالث:
نظرة تحليلية فى المنهجين

يظهر أن المنهج الأول ينطوى على بعض التسهيل والتخفيف من عبء تصفية أموال المفلس، لأنه لا يدخل إجراء المقاصة ضمن إجراءات التفليسة،

(١٤٦) وقد كان هذا هو الوضع فى ظل قانون التجارة القديم، رقم ٢ لسنة ١٩٦١، انظر محسن شفيق، القانون التجارى الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٤٥٤–٤٥٥. وفى الفقه المصرى، انظر على حسن يونس، الإفلاس والصلح الواقي، مطبعة جامعة عين شمس، ١٩٩١، ص ٣٩٩–٤٠١. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧، ص ٤٣٤–٤٣٥. عبدالفتاح السيد بيك، رسالة فى الإفلاس، المطبعة الرحمانية بمصر، ١٩٢٦، ص ١١٨.

ومن ثم يؤدى إلى تصفية أموال التفليسة بالسرعة الممكنة، بحسبان أن المقاصة تقوم بدور الوفاء المزدوج. بيد أنه من المتوقع أن يؤدى ذلك إلى التواطؤ بين المفلس والطرف الآخر فى اختلاق ديون مستحقة على المفلس، الأمر الذى يؤدى إلى الإخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين أو توزيع موجودات التفليسة بناء على قسمة الغرماء.

وعلى الرغم من أن المنهج الثانى – طبقا للقواعد العامة – يعد إعمال المقاصة واقعة مادية، لا يتطلب للتمسك بها توافر أهلية الأداء، لأنها تتم بحكم القانون، من وقت تقابل الدينين(١٤٧)، فإنه ليس للمفلس أن يجريها، لأنه محظور عليه الوفاء بما عليه من الديون أو استيفاء ما له من الحقوق(١٤٨)، وفى المقابل فإن المنهج الأول يعطي المفلس أو دائنه الحق فى إجراء المقاصة بمجرد إعلان الإرادة عن الرغبة فى إجرائها، وهذا الإعلان عن الإرادة، يعد تصرفا قانونيا، يتطلب أهلية الأداء، لأنه ينتج أثره فى الوفاء أو انقضاء الالتزام.

ومن جانب آخر، فإن إخضاع الديون للتحقيق، وإخراج بعضها لعدم صلاحيته للمقاصة، من شأنه تقليص الديون الصالحة للتقاص فى الإفلاس، الأمر الذى يؤدى إلى تقييد نطاق مقاصة الإفلاس عن نطاق المقاصة التى تخضع للقواعد العامة، بحسبان أن هناك ديونا لا تحقق، ومن ثم غير صالحة للتقاص، وفضلا عن ذلك، فإن هناك ديونا أخرى لا تقبل بعد تحقيقها أو لا تؤيد.

ويثور التساؤل حول ماهية تحقيق الديون، فهل هذا التحقيق الذى يتطلب قبول الدين من مدير التفليسة ثم تأييده من قاضيها، يجعل مقاصة الإفلاس أقرب إلى المقاصة القضائية منها إلى المقاصة القانونية؟ فى البداية، يحسن بنا أن نقرر أن مقاصة الإفلاس ليست مقاصة اختيارية، وذلك بسبب غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، حيث لا يكون بمقدوره التنازل عن أى شرط

(١٤٧) المادة ٢/٤٢٨ من القانون المدني الكويتي.
(١٤٨) المادة ١/٥٨٠ من قانون التجارة الكويتي.

من شروط المقاصة القانونية، مثلا عدم التماثل بين الدينين، أو عدم تحديد مقدار الدين أو الإقرار بثبوته بعد أن كان الدين متنازعا عليه قبل الحكم بشهر الإفلاس، وفضلا عن ذلك، فإن تحقيق الديون كفيل بنفي صفة المقاصة الاختيارية عن مقاصة الإفلاس. ونرى أن مقاصة الإفلاس أقرب إلى المقاصة القضائية منها إلى المقاصة القانونية، لأن المفلس محظور عليه الوفاء بديونه أو استيفاء حقوقه، وبعد شهر الإفلاس، فإن موازنة المفلس التى تتضمن أصوله وخصومه، يكون الأصل العام هو الشك فيها، الأمر الذى يقتضى تحقيقها من مدير التفليسة وتأييدها من قاضيها، وإجراء التقدم بالدين ثم تحقيقه وتأييده يكون كالمطالبة القضائية به،(١٤٩) بما حاصله أن إجراءات تحقيق الديون وقبولها ثم تأييدها من شأنها تحويل هذه الديون، من متنازع عليها إلى ثابتة، وهو الذى يقترب من المقاصة القضائية، وآية ذلك أن الدين المقبول من مدير التفليسة، يجوز المنازعة فيه من المفلس أو من أى دائن آخر(١٥٠)، وفضلا عن ذلك، فإنه يجوز لقاضي التفليسة اعتبار الدين متنازعا عليه ولو لم تقدم بشأنه منازعة، وكما أنه يجوز الطعن فى القرار الصادر من قاضي التفليسة بقبول الدين أو رفضه إذا كانت قيمته تزيد على النصاب النهائي للمحكمة الكلية.(١٥١) ويضاف إلى ذلك، أن توزيع الحقوق على الدائنين يكون بأمر من قاضي التفليسة، حيث يعين مقدار المبلغ الذى يوزع.(١٥٢)

(١٤٩) عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس فى قانون التجارة الكويتي، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ٢٥٣.

(١٥٠) المادة ١/٦٦٠ من قانون التجارة الكويتي.

(١٥١) المادة ٦٦٣ من قانون التجارة الكويتي.

(١٥٢) المادة ٧٢٧ من قانون التجارة الكويتي.

والقول بأن مقاصة الإفلاس هى مقاصة تقترب من المقاصة القضائية، يؤدى إلى بحث مسألة فى غاية الأهمية، قوامها الوقوف على وقت وقوع مقاصة الإفلاس، وهو محل البحث الآتى:

المبحث الثالث
وقت وقوع مقاصة الإفلاس ونطاقها وخصائصها

تقسيم:

بحث النظرية العامة لمقاصة الإفلاس يستلزم التطرق إلى تحديد وقت وقوع المقاصة، ويرجع ذلك للآثار العملية التى تنجم عن ذلك، ومنها تحديد وقت انقضاء الديون، (مطلب أول)، وثمة ديون تمنع فيها المقاصة، حتى فى حال تحقق باقي الشروط، ولابد من النظر إلى نطاق مقاصة الإفلاس (مطلب ثان)، وفى نهاية بحث النظرية العامة لمقاصة الإفلاس نكون على أرضية تمكننا من عرض الخصائص العامة لمقاصة الإفلاس، (مطلب ثالث).

المطلب الأول:
وقت وقوع مقاصة الإفلاس

من الأهمية بمكان الوقوف على وقت وقوع مقاصة الإفلاس، وذلك من أجل الاهتداء إلى الوقت الذى تنتج فيه مقاصة الإفلاس آثارها. وتكاد تجمع التشريعات المقارنة على عدم تحديد وقت وقوع مقاصة الإفلاس بنصوص صريحة، الأمر الذى يقتضي الركون إلى آراء الفقهاء وأحكام القضاء فى تفسير النصوص العامة الخاصة بمقاصة الإفلاس. وقد تفتقت الأحكام القضائية والآراء الفقهية عن تشييد نظريتين:

الأولى: تذهب إلى أن مقاصة الإفلاس، تقع تلقائيا أو آليا بحكم القانون منذ صدور حكم شهر الإفلاس (الفرع الأول).

والثانية: تذهب إلى أن مقاصة الإفلاس إجرائية تعتمد على التقدم بالدين وطلب التمسك بها لإعمالها (الفرع الثاني). ونعرض هاتين النظريتين، ثم نبين أهمية التفريق بينهما مع نظرة تحليلية لكلتيهما (الفرع الثالث)، ومن بعد نعرض موقف المشرع الكويتي (الفرع الرابع).

الفرع الأول:
النظرية التلقائية – وقوع المقاصة تلقائيا بقوة القانون بصدور حكم الإفلاس:

تذهب النظرية التلقائية إلى أن مقاصة الإفلاس تقع عند صدور حكم شهر الإفلاس بين ما هو مستحق للمفلس وبين ما هو مستحق عليه، ويتم ذلك تلقائيا، أي بقوة القانون من دون حاجة إلى القيام بأى إجراء معين، والرصيد الناتج عن هذه المقاصة التلقائية يكون هو الصالح وحده للمطالبة به أو خضوعه لتحقيق الديون. وتستند هذه النظرية إلى تفسير نصوص قانون الإفلاس الخاصة بالمقاصة وأحكام القضاء والمصلحة العامة، وهاك التفصيل:

أولا: تقضي المادة ٨٦ (١) من قانون الإفلاس الإنجليزى بأن " تجرى المقاصة عند صدور حكم شهر الإفلاس بين ما هو مستحق للمفلس وبين ما هو مستحق عليه من ديون حالة، والرصيد الناتج عن هذه المقاصة يكون هو الصالح للأداء أو القابل للتحقيق." وقانون الإفلاس على هذا النحو يفرق من ناحية بين المطالبة بالديون أو الادعاء بها due بين المفلس ودائنه، وبين الرصيد القابل للأداء من ناحية أخرى Payable or Recoverable، فعند صدور حكم الإفلاس تتقاص المطالبات أو الادعاءات بين المفلس ودائنه، والرصيد الناتج عن هذه المقاصة هو الذى يخضع للتحقيق أو للأداء. ومن ناحية أخرى، فقد لوحظ أن قانون الإفلاس الإنجليزى يستخدم صياغة آمرة فى وقوع المقاصة عند الحكم بشهر الإفلاس، حيث إن المادة ٣١ من قانون الإفلاس لسنة ١٩١٤ (تقابل المادة ٣٢٣(٢) من قانون الإفلاس لسنة ١٩٨٦) تنص على أن تتقاص الديون المتقابلة، وأن الرصيد الناتج يكون هو الصالح للتحقيق فقط، حيث إن المشرع عبر عن ذلك بكلمة Shall وهى تفيد الإلزام، وليس May be التى تفيد التخيير.

وصياغة نص المادة ٣٢٣ من القانون الإنجليزى لسنة ١٩٦٦ تتفق مع كثير من تشريعات الإفلاس، فقد نصت المادة ٨٦ أيضا من قانون الإفلاس لدول الكومن ولث على "جريان المقاصة بين الديون أو الحقوق أو التعاملات المتقابلة بين المفلس والغير، والرصيد الناتج عن هذه المقاصة هو الذى يطالب به فى التفليسة".(١٥٣) بل يذهب القانون الكندى إلى وقوع المقاصة بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس أو بداية تصفية الشركة بين الحقوق وبين ديون المفلس المستحقة له أو عليه بالطريقة نفسها المتبعة فى الأحوال العادية، أى كما لو لم يصدر حكم الإفلاس.(١٥٤)

ثانيا: قرر القضاء الأسترالي فى دعوى Gye V. McIntyre – والتى صدر فيها الحكم بإجماع القضاة – بأن "مقاصة الإفلاس فى الحقيقة توجيه قانوني... وهي تعمل منذ صدور حكم شهر الإفلاس..وتنفذ ذاتيا... بما حاصله أنها تعمل تلقائيا"(١٥٥). وفى دعوى Farley V. Housing & Commercial Development Ltd, والتى تتعلق وقائعها فى قيام مصفي الشركة بحوالة الدين المستحق للشركة وهى فى دور التصفية. وقد كان للمدين المحول إليه مطالبة ضد الشركة، بيد أنه لم يتمكن من التقدم بغية تحقيق هذه المطالبة. وبعد الانتهاء من تصفية الشركة، قام المحول له بمطالبة المدين بأداء الدين. وقد قرر القضاء بأن المقاصة قد وقعت فى السابق تلقائيا بين الدين المستحق للشركة التى صفيت وبين الدين المستحق عليها، وأن المحول له تلقى الحوالة وهى خاضعة لدفع سبق وقوع المقاصة.(١٥٦) ويشير هذا الحكم بوضوح إلى أنه لو

(١٥٣) انظر المادة ٩٣ من قانون الإفلاس النيوزلندى لسنة ١٩٦٧. والمادة ١٢/١٠ من قواعد المحكمة الملكية لسنة ١٩٨٢ لمملكة جيرسي. والمادة ٨٦ من قانون الإفلاس الأسترالي.

(١٥٤) Philip R. Wood," English and International Set-Off," P. 1178.

(١٥٥) (1991) 171 CLR 609. See Also, Rory Derham," Recent Issues in Relation to Set-Off," 86 (5) The Australian Law Journal, May 1994, P. 356.

(١٥٦) (1980) 26 Build L.R. 66.

كانت المقاصة إجرائية، لامتنع على المدين أن يتمسك بها، لأنه فقد حقه منذ عدم تمكنه من تحقيق دينه.

ثالثا: إن وقوع المقاصة تلقائيا بحكم القانون يتفق مع ما قرره كثير من الأحكام والتشريعات من أن قواعد الإفلاس بصفة عامة ومقاصة الإفلاس بصفة خاصة تتعلق بالنظام العام، ومن ثم لا يجوز الاتفاق على خلافها. وقد نظر القضاء الإنجليزى إلى صياغة نص المادة ٣١ من قانون الإفلاس لسنة ١٩١٤ (مقابلة لنص المادة ٣٢٣ من قانون الإفلاس لسنة ١٩٨٦) التى تتعلق بمقاصة الإفلاس، ووصل إلي نتيجة بأن المقاصة لم تشرع لمصلحة طرف معين، حتى يمكن الاتفاق على خلافها، فهي ليست لتحقيق مصلحة خاصة، وإنما لتحقيق مصلحة عامة هى مصلحة المجتمع التجارى بشكل عام.(١٥٧)

الفرع الثاني:
النظرية الإجرائية – خضوع المقاصة لإجراءات معينة

تذهب النظرية الإجرائية إلى أن مقاصة الإفلاس لا تقع بحكم القانون، بل لابد من تمسك أحد الطرفين بها، فهى لا تعمل إلا إذا تم اتخاذ إجراء معين بعد الحكم بشهر الإفلاس. وتستند مبررات هذه النظرية إلى تفسير نصوص تشريعات الإفلاس المقارنة وإلى أحكام القضاء. وتفصيل ذلك على النحو التالى:

أولا: تنص بعض التشريعات على تطبيق المقاصة على الديون أو الحقوق أو التعاملات المتقابلة بين المفلس والغير الذى يطالب بتحقيق الدين فى إجراءات التفليسة، Person Claiming to Prove a debt in the Bankruptcy، وعبارة "يطالب بتحقيق الديون" تشير إلى وجود الديون المتقابلة بعد الحكم بشهر

(١٥٧) Alan Berg," Contracting Out of Set-Off in A Winding Up.," [1996] LMCLQ Part (1) Feb. 1996, P. 53.

الإفلاس، إذ لم يتم انقضاء هذه الديون تلقائيا. وعلى صعيد متصل، تقضي بعض التشريعات بأنه ليس للشخص المطالبة بميزة المقاصة، إذا كان فى وقت التعامل مع المدين قد أخطر بتوقفه عن الدفع. وتشير عبارة "المطالبة بالمقاصة" إلى أنها إجرائية وليست تلقائية، ولو كانت كذلك لنص المشرع على أنه "لا تقع المقاصة".(١٥٨) ومن جانب آخر، فقد نصت بعض تشريعات الإفلاس على أنه: "يحق للدائن أن يستخدم الديون المستحقه له على المفلس فى قضاء الديون المستحقة عليه لذلك المفلس". ففى عبارة "استخدام الدائن للديون" إشارة إلى أن المقاصة لا تقع إلا إذا تم التمسك بها من أحد الأطراف(١٥٩)، بما حاصله أنها لا تقع بحكم القانون، وإنما تتطلب إجراءات معينة، حيث إن وقوع المقاصة تلقائيا لا يستدعي استخدامها من أجل المطالبة بانقضاء الديون المتقابلة من خلال المقاصة. وفضلا عن ذلك، فالقول بأن المقاصة إجرائية يتفق مع منهج المشرع الألماني، الذى يوقع المقاصة بين الديون المتقابلة عند إعلان الإرادة من أحد الطرفين برغبته فى إجراء المقاصة.

ثانيا: قرر القضاء الإنجليزى فى بعض الأحكام بأن المعول عليه فى جريان المقاصة هو بوقت التقدم بالديون فى إجراءات التفليسة.(١٦٠) ففي دعوى Stein V. Blake,(١٦١)، قام المدعي – قبل الحكم بشهر إفلاسه – بمقاضاة المدعى عليه بدعوى الإخلال بالتزام تعاقدى، وقد قدم المدعى عليه طلبا عارضا للمطالبة بالتعويض عن تدليس المدعي فى أثناء إبرام العقد. وبعد الحكم بشهر إفلاس المدعي أبرم الأخير وكفيله مع مدير التفليسة سند تنازل، بمقتضاه

(١٥٨) انظر المادة ٨٦ من قانون الإفلاس الأسترالي لسنة ١٩٦٦. والفقرة الثانية من المادة ٩٣ من قانون الإفلاس لسنة ١٩٦٧ لنيوزلندا. والمادة ٨٦(٢) من قانون الإفلاس لدول الكومن ولث.

(١٥٩) انظر المادة ٥٦ من قانون الإفلاس الإيطالي رقم ٢٦٧ لسنة ١٩٤٢. والمادة ١٢١ من قانون الإفلاس السويدى لسنة ١٩٢١. والمادة ١٥٧٨ من قانون التجارة لبنما.

(١٦٠) Rory Derham," Recent Issues in Relation to Set-Off," P. 355.

(١٦١) [1995] 2 W.L.R. 710.

يحول مدير التفليسة الادعاء إلى المفلس ضد المدعى عليه. وبمجرد قيام المفلس برفع الدعوى ضد المدعى عليه، قام المدعى عليه باستصدار أمر بوقف الإجراءات المتخذة ضده لأنها تشكل إساءة لاستخدام حق التقاضي. وقد استند المدعى عليه فى ذلك إلى أن المقاصة تقع بحكم القانون بمجرد صدور حكم الإفلاس، وأن الادعاء الأول والطلب العارض لم يعد لهما وجود مستقل، لأن الموجود حاليا هو الرصيد النهائي بين الدينين، وينبني على ذلك، أنه لا يوجد شيء يمكن أن يكون محلا للحوالة بين المفلس ومدير التفليسة. بيد أن محكمة الاستئناف رفضت هذه الحجة بدعوى أن مقاصة الإفلاس إجرائية، وأن حكم شهر الإفلاس لا يؤدى بنفسه إلى انقضاء الديون المتقابلة.

ثالثا: تتفق النظرية الإجرائية مع بعض التشريعات والأقضية المقارنة التى تعدها لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافها، ومثال ذلك فى الولايات المتحدة الأمريكية، تقدم الدائن إلى التفليسة لتحقيق ديونه من دون طلب إجراء المقاصة أو قبول التوزيعات بنسبة دينه. وقد قضي فى هولندا بأن مقاصة الإفلاس ليست إلزامية، ويجوز الاتفاق على خلافها.(١٦٢) وقد قررت محكمة التمييز الفرنسية بأن الدائن الذى يدعي مقاصة الإفلاس، عليه إثبات شرط الارتباط فى أثناء تقديم الديون للتحقيق.(١٦٣)

الفرع الثالث:
نظرة تحليلية مقارنة فى النظرية التلقائية والنظرية الإجرائية

تبين أن النظرية التلقائية تختلف عن النظرية الإجرائية من ناحيتين: الأولى، من حيث تحديد وقت وقوع المقاصة والثانية من حيث إذا ما كان يتعين اتخاذ

(١٦٢) Phlilip R. Wood, "Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," Sweet & Maxwell, London, 1995, Note 6-36.

(١٦٣) مشار إليه Cassation Commerciale, February 22, 1994, J.C.P. 1994.II.22267. لدى Omar & Sorensen," Set-Off: The French Perspective of a Universal Institution," P. 411.

إجراء ما لإعمالها، ذلك أن النظرية التلقائية تحدد تاريخ حكم شهر الإفلاس لإعمال المقاصة، وتقع هذه المقاصة تلقائيا من دون حاجة إلى القيام بأى إجراء، في حين تستلزم النظرية الإجرائية القيام بإجراء معين لإعمال المقاصة، وتتم المقاصة منذ القيام بذلك الإجراء. ومما لا شك فيه أن تحديد وقت وقوع المقاصة ينطوى على أهمية بالغة، وخصوصا إذا ما كان أحد الدينين أو كلاهما من عملة أجنبية، حيث يتعين الوقوف على سعر تحويل العملة فى يوم وقوع المقاصة.

بيد أن النظرية التلقائية، وإن كانت محددة فى تاريخ وقوعها، لا تختلف من حالة إلى أخرى، الأمر الذى يؤدى إلى حسم وقت وقوعها، ومن ثم تفادى نشوب أي خلاف فى هذا الشأن، فإن هذه النظرية تؤدى إلى إحباط توقعات طرفيها، ولاسيما إذا ما كان هناك اتفاق بينهما قبل وقوع المقاصة على عدم وقوعها، ومثال ذلك، عند اتفاق العميل مع البنك على عدم دمج حسابات العميل بغية إجراء المقاصة بين هذه الحسابات، أو اتفاق الكفيل مع الدائن على عدم قيام الأول بإعمال المقاصة بين حق مستحق له قبل المدين وحق مستحق عليه لذلك المدين، من أجل تمكين الدائن من التنفيذ على أموال المدين من دون منافسة من الكفيل، هو الذى يطلق عليه شرط عدم المنافسة No Competition،(١٦٤) ففى ظل النظرية التلقائية، فإن المقاصة تقع بحكم القانون منذ تاريخ شهر الإفلاس، من دون النظر إلى الاتفاق الذى بينهما، لأنها تتعلق بالنظام العام، وتستهدف تحقيق المصلحة العامة.

ومن جانب آخر، فإن الإشكال يثور فى تحديد وقت وقوع المقاصة فى حال كون الدين المستحق للمفلس معلقا على شرط غير محقق الوجود أو مضاف إلى أجل لم يحل قبل الحكم بشهر الإفلاس، ذلك أنه من المؤكد فى هاتين الحالتين أن المقاصة لا تقع من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس، لأنه لا يوجد تقابل بين دينين، ومن ثم يتعين البحث عن تاريخ وقوع هذه المقاصة،

(١٦٤) Rory Derham, "Recent Issues in Relation to Set-Off," P. 357.

فهل تقع منذ تحقق الشرط أو منذ تاريخ إبرام العقد، وإذا تحقق الشرط فهل يرتد الأثر إلى تاريخ إبرام العقد؟ فى الحقيقة، هذا الوضع يتناقض مع قواعد النظرية التلقائية. وعلى المنوال نفسه، يثور الإشكال إذا ما كان أحد الدينين، غير معين المقدار أو متنازعا فيه، عند صدور حكم الإفلاس، حيث تثور صعوبة فى تحديد وقت وقوع المقاصة فى حالة المقاصة القضائية.

ومن جانب آخر، فإن النظرية التلقائية تؤدى إلى حرمان المفلس أو مدير التفليسة من ناحية، أو الطرف الآخر فى المقاصة من ناحية آخرى، من فرصة التصرف فى الدين بعد صدور حكم الإفلاس، ومثال ذلك، حوالة الحق أو الدين، إذ لا تصح الحوالة بعد صدور حكم شهر الإفلاس، لأن فى ذلك التاريخ تكون المقاصة قد وقعت، ومن ثم لا يوجد شيء لحوالته.

أما النظرية الإجرائية فإنها، وإن كانت تقرر – بكل تأكيد – أن المقاصة لا تقع من تاريخ صدور حكم الإفلاس، إلا أن أهم صعوبة تعترى تطبيقها هي تحديد وقت وقوع المقاصة، فهل تقع من وقت تقديم الدين للتحقيق، أو من وقت إقرار الدين من قبل مدير التفليسة؟ أو منذ إصدار قرار الوفاء بالديون؟. ويزيد الأمر صعوبة أن هذه النظرية تعتمد على قيام الدائن بإجراء معين نحو إجراء المقاصة، بما حاصله أنها لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على خلافها، أو على عدم وقوعها.

الفرع الرابع:
الوضع فى القانون الكويتي

بالنظر إلى نصوص القانون الكويتى، سواء أكان القانون المدني أم قانون التجارة يمكن الاهتداء إلى النصوص التى تدعم كلاً من النظريتين، ونقوم ببسط الأدلة التى نهتدى إليها فى دعم النظرية التلقائية، ومن ثم النظرية الإجرائية، من أجل الوقوف على الرأى الراجح.

أولا : الأدلة التى تؤيد النظرية التلقائية:

أولا: تنص المادة ٥٨١ من قانون التجارة على أنه: "لا تقع المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس بين ما للمفلس من حقوق وما عليه من التزامات إلا إذا وجد ارتباط بينها..." فهذه المادة تقرر وقوع المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس فى حالة وجود الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته. فالمقاصة تقع بحكم القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس، من دون حاجة إلى اتخاذ أى إجراء، وذلك للصيغة الآمرة التى وردت فى النص، إذ إن المشرع لم يستخدم لفظاً يفيد التخيير أو ضرورة القيام بإجراء معين من أجل إعمال المقاصة، ذلك أن المشرع لو علق وقوع المقاصة على ضرورة القيام بإجراء معين، لنص على ذلك صراحة، ومثال ذلك، ضرورة تحقيق الدين، حيث يتعين أن ينص على مراعاة نص المادة ٦٥٥ فى شأن تحقيق الديون.

ثانيا: يعد نص المادة ٥٨١ من قانون التجارة نصا خاصا يسرى على مقاصة الإفلاس، وهو يختلف عن القواعد العامة التى أرساها المشرع فى القانون المدنى، فقد نصت المادة ٤٢٨/١-٢ على أنه: "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له حق فيها..." ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة". إذ إن المشرع نص صراحة فى المادة ٥٨١ من قانون التجارة على أن تقع المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس، وليس منذ الوقت الذى يصبح فيه الدينان صالحين للمقاصة، ومن جانب آخر، لم يستلزم المشرع ضرورة تمسك أحد الطرفين بالمقاصة، بل جاء النص خاليا من ذلك القيد بما يفيد التلقائية أو الآلية فى تطبيق مقاصة الإفلاس وفى مضمون آمر.

ثالثا: وقوع المقاصة بحكم القانون وبطريقة تلقائية ينسجم مع قواعد نظام الإفلاس الآمرة، بحسبان أنها تتعلق بالنظام العام.

رابعا: المادة ٥٨١ من قانون التجارة فى شأن مقاصة الإفلاس قد وردت مباشرة بعد الحكم الذى يقرر حظر قيام المفلس بالوفاء بما عليه من الديون أو استيفاء ما له من الحقوق بعد صدور حكم شهر الإفلاس الوارد فى المادة

٥٨٠، بما حاصله أن انقضاء الدينين فى مقاصة الإفلاس يكون استثناء من قاعدة حظر وفاء المفلس بالديون أو استيفاء الحقوق، ومن ثم فإن المفلس يكون بمقدوره استبعاد الدين المستحق عليه لدائنه من خلال استبعاد الدين المستحق له قبل ذلك الدائن، والمشرع قرر وقوع المقاصة بحكم القانون من دون أن يعطى مدير التفليسة حق المعارضة فى انقضاء الدينين، مثلما فعل فى المادة ٢/٥٨٠ من قانون التجارة بالنسبة إلى الوفاء للمفلس إذا كان حاملا ورقة تجارية عند حلول موعد استحقاقها، إلا إذا عارض مدير التفليسة.

ثانيا: الأدلة التى تؤيد النظرية الإجرائية:

أولا: يتعين تفسير المادة ٥٨١ من قانون التجارة جنبا إلى جنب المادة ١/٤٢٨ من القانون المدنى التى تقرر أنه: "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له حق فيها..." لأن القانون المدني يقرر القواعد العامة، وتسرى هذه القواعد فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون التجارة، إعمالا لنص المادة الثانية من قانون التجارة التى رتبت مصادر هذا القانون. فالمادة ٥٨١ لم تحدد بصياغة قاطعة وقت وقوع المقاصة، وإنما نصت على أن المقاصة تقع بعد صدور حكم شهر الإفلاس، وهذا الوقت يبدأ منذ صدور حكم شهر الإفلاس إلى آخر إجراء فى تصفية أموال التفليسة، إذ إن المشرع لم يستخدم عبارة وقوع المقاصة منذ صدور حكم شهر الإفلاس أو بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس، وفضلا عن ذلك، فإن المشرع فى المادة ٥٨١ ليس بصدد تحديد وقت وقوع المقاصة، وإنما كان بصدد تقرير مبدأ عدم جواز وقوعها لمصلحة جماعة الدائنين، إلا إذا وجد ارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، ومن ثم وجوب التمسك بالمقاصة ممن له حق فيها يقتضي القول بأنها إجرائية ولا تقع تلقائيا.

ثانيا: تطلب المشرع فى المادة ٦٥٥ من قانون التجارة ضرورة تقديم كل الديون إلى مدير التفليسة للتحقيق، بما فيها الديون المضمونة بتأمينات خاصة، ولم يستثن المشرع من ذلك الديون التى تنقضي بمقاصة الإفلاس، وهذا الحكم منطقي لأنه لا يمكن أن يقبل مدير التفليسة بانقضاء حقوق المفلس بالمقاصة، إلا إذا قبل وتأيد الدين الذى عليه، والقول بغير ذلك يعنى فتح باب التحايل على

إجراءات التفليسة، وانقضاء حقوق حقيقية للمفلس بطريقة غير مشروعة، فضلا عن مخالفتها لقاعدة المساواة بين الدائنين[١٦٥].

ثالثا: بمجرد صدور حكم الإفلاس، تثور الشبهة فى الديون المستحقة على المفلس، الأمر الذى يقتضي تحقيق هذه الديون من مدير التفليسة بمعاونة مراقب التفليسة، ومن ثم تأييدها من قاضي التفليسة، والأصل العام فى هذه الديون عدم البتات، لأنه من حق الدائنين أو المفلس أو مدير التفليسة المنازعة فى مقدار الدين أو وجوده، وفضلا عن ذلك، فإنه من حق قاضي التفليسة اعتبار الدين متنازعا عليه ولو لم تقدم بشأنه منازعة، إلى جانب ذلك، يجوز الطعن فى القرار الصادر من قاضي التفليسة بقبول الدين أو رفضه إذا كانت قيمته تزيد على النصاب النهائي للمحكمة الكلية.[١٦٦] ومما يؤكد هذا القول إنه لا يشترك الدائنون الذين لم يقدموا طلباتهم فى المواعيد المقررة فى التوزيعات الجارية، ذلك أن حقهم فى الاشتراك فى التوزيعات مرهون بإثبات ديونهم.[١٦٧]

رابعا: بعد صدور حكم الإفلاس، تغل يد المفلس عن الوفاء بديونه أو استيفاء حقوقه، حيث تنتقل هذه الإجراءات إلى الأشخاص الذين يديرون التفليسة، وهم: مديرها، والمراقب وقاضي التفليسة. ولما كانت المقاصة عبارة عن وفاء مزدوج، فإن الوفاء بديون المفلس تنظمه المادة ٧٢٧ من قانون التجارة التى تقضي بأن: "يأمر قاضي التفليسة بإجراء التوزيعات بين الدائنين، ويعين مقدار المبلغ الذى يوزع...". وفضلا عن ذلك، لا يجوز لمدير الاتحاد الوفاء بحصة الدائن فى التوزيعات إلا إذا قدم سند الدين مؤشرا عليه بتحقيقه وقبوله.[١٦٨] بما حاصله أن المقاصة لا تقع إلا باتخاذ الإجراءات الآنفة.

---

(١٦٥) لم يستثن المشرع من تحقيق الديون إلا حالة واحدة تتمثل فى سندات القرض التى أصدرتها الشركة، وتقبل هذه السندات فى التفليسة بقيمتها الاسمية بعد استنزال ما دفعته الشركة من هذه القيمة. انظر المادة ٦٧٨ من قانون التجارة الكويتي.

(١٦٦) نصوص المواد ٦٥٧ و ٦٦٠ و ٦٦١ و ٦٦٣ من قانون التجارة.

(١٦٧) المادة ٦٦٤ من قانون التجارة.

(١٦٨) المادة ٧٢٨ من قانون التجارة.

ثالثا: ترجيح النظرية الإجرائية:

فى الحقيقة إن المعول عليه فى تحديد النظرية التى تحكم مقاصة الإفلاس ليس النظر إلى مادة معينة فحسب، مثل المادة ٥٨١، بل يتعين تفسير هذا النص على ضوء القواعد العامة فى الإفلاس، والنظر إلى فلسفة هذه القواعد والمصلحة العامة التى تسعى إلى ترجيحها. وعلى ضوء ذلك فإننا نرجح النظرية الإجرائية، ونستند فى ذلك إلى الحجج التالية:

أولا: إن مضمون المقاصة هو التمسك بحق نحو الطرف الآخر، ومن المعلوم أن الدين مطلوب وليس محمولا، والقاعدة العامة فى نظام الإفلاس هى تطبيق مبدأ المساواة بين الدائنين، ويعنى ذلك، التصفية الجماعية لأموال المفلس وتوزيعها بناء على قسمة الغرماء، فإذا أراد الدائن التمسك بالمقاصة، فعليه المطالبة بها إعمالا لنص المادة ١/٤٢٨ من القانون المدنى، التى تقضي بأنه: "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له حق فيها..." فإذا لم يتمسك فيها، فيتعين الرجوع إلى القواعد العامة، وهي توزيع أموال المفلس بناء على قسمة الغرماء، ذلك أن من الممكن أن يتنازل الدائن عن حقه نحو المفلس من خلال عدم التقدم بحقه فى إجراءات تحقيق الديون. وبذا، فلا يحق للدائن المطالبة بالوفاء له، لأنه لم يحقق دينه إعمالا للمادة ٦٥٥ من قانون التجارة، وعليه فى هذه الحالة وفاء الدين المستحق عليه للمفلس.

ثانيا: تقضي المادة ٧٢٦ من قانون التجارة بأن: "تستنزل من المبالغ الناتجة عن بيع أموال المفلس الرسوم ومصروفات إدارة التفليسة والنفقة المقررة للمفلس ولمن يعولهم والمبالغ المستحقة للدائنين الممتازين. ويوزع الباقى بين الدائنين بنسبة ديونهم المحققة". وتستخلص من هذه المادة نتيجتان: الأولى، أن الوفاء المزدوج في المقاصة يكون من خلال التوزيعات التى تتم بعد تحقيق الديون، حيث ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، بالأولوية على الدائنين العاديين، لأن ضمان الوفاء للدائن فى المقاصة يجعله فى حكم الدائن

الممتاز.[١٦٩] والنتيجة الثانية، أنه لا يحصل الدائن حقه من خلال الوفاء المزدوج إلا بتحقيق دينه.

ثالثا: لا يمكن أن يفسر نص المادة ٥٨١ من قانون التجارة بمعزل عن المادة ٦٥٥ من قانون التجارة الخاصة بتحقيق الديون، والتى لم تستثن أي دين من التحقيق، وكذلك المادة ١/٤٢٨ من القانون المدني التى تقضي بأنه: "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له حق فيها..." فمن جماع هذه النصوص نخلص إلى أن مقاصة الإفلاس لا تقع تلقائيا بحكم القانون منذ صدور حكم شهر الإفلاس، بل هي إجرائية تتطلب ضرورة التمسك بها.

رابعا: ويثور التساؤل حول الوقت الذى تقع فيه مقاصة الإفلاس حال كونها إجرائية، وفى الحقيقة أن مقاصة الإفلاس تقترب من المقاصة القضائية أكثر من المقاصة القانونية، وذلك لاعتبارات تقديم الديون وتحقيقها، ومن ثم تأييدها، وإمكانية الطعن بقرار التأييد أو الرفض أمام محكمة الاستئناف، ومن ثم فإن نص المادة ٢/٤٢٨ من القانون المدني التى تقضي بأنه: "... ويترتب على المقاصة انقضاء الدينين بقدر الأقل منهما منذ الوقت الذى يصبحان فيه صالحين للمقاصة". ليس له محل فى التطبيق، لأنه يسرى على المقاصة القانونية. ومادامت مقاصة الإفلاس فى حكم المقاصة القضائية، فإن وقت وقوعها هو وقت قبول الدين المستحق فى ذمة المفلس وتأييده.

خامسا: وعلى الرغم من أن مقاصة الإفلاس أقرب إلى المقاصة القضائية، فإن القضاء ملزم بإجرائها، وليس له سلطة تقديرية، كما هو الشأن فى المقاصة القضائية، لأن نص المادة ٥٨١ من قانون التجارة ورد بصيغة آمرة، ولأن عدم إجرائها يؤدى إلى وقوع ضرر على الدائن المطالب بها، الذى يتمثل فى أداء دينه إلى المفلس والخضوع إلى قسمة الغرماء بالنسبة إلى حقوقه تجاه المفلس، ما

(١٦٩) عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدنى، الجزء ٣، المجلد ٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ١٠٢٤. أنور طلبة، الوسيط فى شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، ١٩٨٨، ص ٨٦٤. رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨، ص ٥٠٨.

لم يكن رفضها بسبب عدم تحقق الشروط الخاصة بها، ومثال ذلك عدم وجود الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، أو ترتب أحد الدينين بعد الحكم بشهر الإفلاس أو خلال فترة الريبة أو أنه لم يخضع الدين للتقديم والتحقيق، وقرار رفض مدير التفليسة إجراء المقاصة وتأييد ذلك من قبل قاضيها، يخول الدائن الطعن بالقرار أمام محكمة الاستئناف.

المطلب الثاني:
نطاق مقاصة الإفلاس

مقدمة

الأصل العام – حسبما أوردته المادة ٤٢٧ من القانون المدني – أن المقاصة تقع فى كل الديون أيا كان مصدرها، بيد أن هناك أحوالا تمتنع فيها المقاصة، أوردها المشرع فى هذه المادة على سبيل الحصر، وهى (أ) إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء نزع من دون حق من يد مالكه (ب) إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء مودع أو معار[١٧٠]. (ج) إذا كان محل أحد الدينين غير قابل للحجز. (د) إذا كان أحد الدينين مستحقا للنفقة. وغني عن البيان أن هذه الحالات تسرى على مقاصة الإفلاس، لأن القانون المدني مصدر من مصادر قانون التجارة فتطبق أحكامه فى كل ما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون التجارة.[١٧١]

وهذه الحالات تستهدف تحقيق مصلحة خاصة، فهى لا تتعلق بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق على عدم سريانها[١٧٢]، وهى تسرى من ناحية

(١٧٠) ويضيف المشرع الفرنسي إلى هاتين الحالتين حالة أخرى هى إذا كان الدين قد نشأ بسبب شراء أشياء غذائية، انظر المادة ١٢٩٣ من القانون المدني الفرنسي.

(١٧١) للمزيد من التفصيل انظر إبراهيم الدسوقى أبوالليل، أحكام الالتزام، مطبعة دار الشريف، الطبعة الأولى، ١٩٩٦/٩٥، ص ٤٠٧–٤١٠.

(١٧٢) Omar and مشار إليه لدى Cassation Civile, May 6, 1969, Bull. Civ. I No. 166. Sorensen, "Set-Off: The French Perspective Institution," P. 410.

أخرى على المقاصة القانونية، إذ إنه فى حالة عدم وجود اتفاق على مخالفتها، فإن توافر إحدى هذه الحالات يعوق تحقق المقاصة القانونية.

وفى مجال قانون التجارة، فإن المشرع الكويتي لم يورد – كما هو الشأن فى القانون المدني – بعض الحالات التى تمتنع فيها مقاصة الإفلاس. وثمة حالات – فى الحقيقة – يمتنع فيها إجراء مقاصة الإفلاس، مستنبطة من قوانين خاصة فى التشريعات المقارنة أو هى عبارة عن تطبيق للقواعد العامة. وهذه الحالات هي مساهمة الدائن فى إفلاس المدين (الفرع الأول)، وأداء أقساط الأسهم عند تصفية الشركة (الفرع الثاني)، والديون ذات الاعتبار الخاص (الفرع الثالث)، والأموال المخصصة لغرض معين (الفرع الرابع)، وهاك التفصيل:

الفرع الأول:
مساهمة الدائن فى إفلاس المدين

من المسلم به أن مساهمة الدائن فى إفلاس المدين تتدرج على مستويات مختلفة، فقد يتدخل الدائن فى إدارة أعمال المفلس التجارية، ويتخذ القرار التجارى كما لو كان هو صاحب المشروع، وقد يتمادى الدائن فى إقراض المفلس ويقوده إلى هاوية الإفلاس، ومن ثم فإن موقف المشرع إزاء مساهمة الدائن فى إفلاس المدين تتدرج على حسب مستوى المساهمة. فقد يكتفى المشرع أو القضاء بعدم إقرار مقاصة الإفلاس، ويتطلب من الدائن الوفاء بما عليه من الديون، والانتظار حتى يستوفى الدائن العادى دينه، ثم بعد ذلك يوفي للدائن الذى أسهم فى إفلاس المدين، إلا أن المشرع ربما لا يكتفى بذلك، عندما يكون مستوى المساهمة فى إفلاس المدين من الجسامة بمكان، بحيث لولا تدخل الدائن لما أفلس المدين، إذ يقرر المشرع أو القضاء فى هذه الحالة ضرورة تحميل ذلك الدائن كل الديون أو جزءا منها التى تثقل تفليسة المدين. وعليه، فقد يكون الجزاء الذى يوقع على الدائن إزاء مساهمته فى إفلاس المدين على ثلاثة مستويات، وذلك على النحو التالي:

المستوى الأول: الاكتفاء بعدم إقرار مقاصة الإفلاس: وفى تطبيق ذلك، قرر القضاء الفرنسي بأن مسئولية الدائن عن تعويض المدين فى حالة الإخلال بعقد التوريد، والتى أدت إلى إفلاس المدين، ليس خاضعا للمقاصة مع الدين المستحق لذلك الدائن تجاه المدين المفلس.(١٧٣)

والمستوى الثاني: عدم إقرار مقاصة الإفلاس مع تأخير مرتبة الدين: فمن الممكن أن يذهب القضاء أو المشرع إلى عدم إجراء المقاصة بين الدائن الذى خالف قواعد الإفلاس أو إجراءاته أو أسهم فى إفلاس المدين، من خلال تأخير مرتبة الدين المستحق على المفلس Subordinated Debts(١٧٤). بما حاصله أن يحصل على حقه بعد الدائن العادى، أو إذا كان صاحب تأمين خاص، يحصل على حقه باعتباره دائنا عاديا.

والمستوى الأخير، أن يتحمل الدائن جزءا من الديون أو كلها: فقد يتدخل الدائن فى إدارة أعمال المفلس التجارية، ويصير كعضو مجلس إدارة فى مشروع المدين، أو يقوم البنك بتقديم القروض إلى المدين من دون الإشراف على وجه صرف هذه الأموال – إذا كان عقد القرض ينص على ضرورة الإشراف(١٧٥) – الأمر الذى يجعل القضاء، لا يكتفي فقط بعدم إقرار مقاصة الإفلاس، بل أيضا يحمل الدائن كل ديون التفليسة أو جزءا منها. ويتعين إثبات خطأ الدائن من خلال علمه بحقيقة المركز المالي الضعيف للمدين، ووجود رابطة سببية بين خطأ الدائن وإفلاس المدين، ومن ثم إذا ثبت أن المدين أفلس بسبب فعل الغير أو أن مساهمة الدائن فى إفلاس المدين بسيطة، فإن الدائن يتحلل من المسئولية، وقد يعطى حق إجراء مقاصة الإفلاس.(١٧٦) أما فى حال ثبوت

---

(١٧٣) Cassation Commerciale, March 28, 1995, Les Petites Affiches 1995 no. 86 at P. 15. مشار إليه لدى، Omar & Sorensen," Set-off: The French Perspective of a Universal Institution," P. 412.

(١٧٤) Philip R. Wood," Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," note 6-21.

(١٧٥) Cassation Commerciale, May 18, 1993, Bull. Civ. IV, No. 190.

(١٧٦) Cassation Commerciale, May 2, 1983, D., 1984. IR. 89. مشار إليه لدى، Paul J. Omar," The Supply of Credit in French Insolvencies," 5 J.I.B.L. [1997] P. 195.

مساهمة الدائن فى إفلاس المدين فقد يلجأ القضاء إلى تحميل الدائن كل مديونية التفليسة أو بعضها.(١٧٧)

ويظهر أن الأساس المنطقي فى عدم إقرار مقاصة الإفلاس فى هذه الحالات هو تطبيق قاعدة وجوب عدم استفادة الشخص من فعله الخاطيء No Man Can Take Advantage of his Own Wrong، ونرى أن أساسها القانوني هو فكرة المشاركة فى الخطأ، فقد نصت المادة ٢٢٩ من القانون المدني الكويتي على أنه: "إذا كان الخطأ الذى رتب الضرر قد وقع من مرتكبه نتيجة تحريض أو مساعدة، اعتبر الضرر ناجما عن خطأ كل من الفاعل الأصلي والشركاء وانشغلت مسئوليتهم عن تعويضه".

والسؤال الذى يثور فى هذا الصدد هو مدى إمكانية تطبيق هذه المستويات الثلاثة فى عدم إقرار مقاصة الإفلاس فى الكويت؟ فى الحقيقة، أن تطبيق المستوى الأول الذى يتمثل فى الاكتفاء بعدم إقرار مقاصة الإفلاس، يكون ضمن السلطة التقديرية لمدير التفليسة تحت إشراف قاضيها، ذلك أن مقاصة الإفلاس – كما تقدم – تقترب من أن تكون مقاصة قضائية، والأمر على هذه الصورة يقع ضمن السلطة التقديرية، وقرار عدم إقرار المقاصة خاضع للاستئناف، للتأكد من مشروعيته ونسبة الخطأ إلى الدائن. بيد أن المستوى الثانى – فى الحقيقة – يحتاج إلى نص قانوني صريح يخول القضاء تأخير أداء الدين أو الإنزال من مرتبته، ويخلو القانون الكويتي من ذلك النص الخاص.

أما المستوى الأخير، فقد نصت المادة ٦٨٣ من قانون التجارة – وهذه المادة مطابقة للمادة ١/٧٠٤ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – على أنه: " إذا طلب شهر إفلاس الشركة، جاز للمحكمة أن تقضي بشهر إفلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص

(١٧٧) للمزيد التفصيل انظر Paul J. Omar, "The Supply of Credit in French Insolvencies," PP. 195-201.

وتصرف فى أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة." ونود فى عجالة إبداء بعض الملاحظات على هذه المادة:

أولا: تطبيق هذه المادة جوازيا للمحكمة، فهو يقع ضمن سلطتها التقديرية، إن شاءت أخذت به أو أهدرته حتى فى حال تحقق شروط إعمال النص.

ثانيا: يظهر من الوهلة الأولى أن هذه المادة تسرى على الشركات فقط، لأنها وردت فى قانون التجارة ضمن سياق إفلاس الشركات، ولأن صياغة النص تشير إلى الشركة، بيد أن علة هذه المادة ليست مقصورة على الشركة، فقد تتحقق العلة فى سياق الشخص الطبيعى أو المعنوى، وعدم توسعة نطاق النص بغية سريانه على الشخص الطبيعي يعني الالتفات عن حالات مماثلة، مما يصيب قانون التجارة بالقصور.(١٧٨)

ثالثا: على الرغم من أن النص لم يشر إلى عدم إجراء مقاصة الإفلاس بين ديون الشركة المفلسة وبين ديون الشخص الذى قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية، فإن مضمون النص يفيد هذا المعنى، لأن النص يشير إلى عضو مجلس الإدارة الظل، Shadow Director،(١٧٩) ومن المعلوم فى تصفية الشركة أن تكون الأولوية لدائن الشركة، فإذا أجريت المقاصة بين ديون الشركة وديون

(١٧٨) ومثال على حالة مماثلة، صدور الترخيص لممارسة العمل التجارى لشخص كويتي، وقيام شخص غير كويتى باستئجار الترخيص أو استغلاله فى ممارسة العمل التجارى، باسم صاحب الترخيص ولكن لحساب غير الكويتي، وقد نصت المادة ١٣/ ٢ من قانون التجارة على أن "تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر، فضلا عن ثبوتها للشخص الظاهر".

(١٧٩) ويقول محسن شفيق فى تفسير النص "إن المقصود من هذا الحكم تعقب الأشخاص الذين يسيطرون فى الخفاء على إدارة الشركة، ويمارسون التجارة وراء ستارها، ويكونون فى الواقع الملاك الحقيقيين لمشروعها، حتى إذا ما اضطربت أعمالهم ووقفوا عن الدفع، صدروا الشركة لملاقاة صدمة الإفلاس ووقفوا هم بمنأى عنه". القانون التجارى الكويتي" مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢، ص ٥٠٤.

الشخص الذى قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية، فيؤدى ذلك إلى تأخير أداء حقوق دائني الشركة، حيث تكون الأولوية فى هذه الحالة للشركاء.

الفرع الثاني:
أداء أقساط الأسهم عند تصفية الشركة

تصفية الشركة تقتضي السير فى إجراءات مرتبة، تتطلب تقاضي المصفي ما للشركة من ديون فى ذمة الغير وفى ذمة الشركاء، ويتعين قبل كل شيء – عند تصفية الشركة – الوفاء بديونها، حيث إن رأس مال الشركة هو الضمان العام للدائنين،(١٨٠) ومن مكونات رأس المال حصص الشركاء أو أقساط الأسهم التى لم تؤد من الشركاء، وقد نصت المادة ٢/٦٨٠ من قانون التجارة على أن: "تتألف أصول تفليسة الشركة من موجوداتها بما فيها حصص الشركاء..." ومن ثم لا يجوز إجراء مقاصة الإفلاس بين دين الشريك فى أداء أقساط الأسهم للشركة وبين دين مستحق للشريك تجاه الشركة، مثلا فى أداء أرباح الأسهم الممتازة المجمعة، لأن إجراء المقاصة يعني تقديم الوفاء للشريك قبل دائني الشركة، وفى ذلك مخالفة لإجراءات تصفية الشركة من جانب، ومخالفة للقاعدة القائلة بأن رأس المال هو الضمان العام للدائنين من جانب آخر.(١٨١)

وفضلا عن ذلك، فإن المشرع يعطي مدير التفليسة، بعد استئذان قاضيها، حق الطلب من الشركاء في دفع باقي حصصهم ولو لم يحل ميعاد الاستحقاق، ولقاضي التفليسة أن يأمر بقصر هذه المطالبة على القدر اللازم لوفاء ديون

(١٨٠) ثروت على عبدالرحيم، شرح القانون التجارى الكويتى، الأعمال التجارية والتجار – والشركات التجارية، دار البحوث العلمية، ١٩٧٥، ص ٢٦٥.

(١٨١) وتعد هذه قاعدة عامة فى التشريعات المقارنة، انظر "Danish Insolvency Law," English Translation by Hanne Gron," 1996, P. 144. Re White Star Ltd. [1938] Ch. 458; Re Pinecord Ltd. [1995] 2 B.C.L.C. 57, 61. Alan Berg," Contracting out of Set-Off in a Winding up," P. 53.

عبد على شخانبه، النظام القانوني لتصفية الشركات التجارية، ١٩٩٢، ص ٣٥٤.

الشركة.[١٨٢]" والأصل العام أن تحل الديون المؤجلة على المدين بمجرد صدور حكم الإفلاس، وذلك لانهيار ائتمانه والثقة به، وهذه المادة تعمل على إسقاط أجل أداء أقساط الأسهم غير الحالة، وهى ديون للشركة فى ذمة الشركاء، من أجل الوفاء بديون الشركة، وفى هذه الحالة يتعذر إجراء مقاصة الإفلاس بين هذه الأقساط وبين دين مستحق لأحد الشركاء فى ذمة الشركة.

الفرع الثالث:
الديون ذات الاعتبار الخاص

قد يتوانى القضاء أو المشرع عن إقرار مقاصة الإفلاس بسبب يرجع إلى نوعية أحد الدينين، أو لأنه يستهدف حماية المستهلك. ففي المملكة المتحدة، لا تجرى المقاصة بين أجرة النقل البحرى التى تؤدى مقدما فى مشارطة الإيجار بالرحلة والضرر الذى أصاب المستأجر أو المرسل إليه عن عدم تنفيذ المشارطة بسبب يرجع إلى خطأ مالك السفينة. وقد ذهب القضاء فى تبرير هذا الحكم إلى كثير من الأسانيد، فهو تارة يستند إلى أن مالك السفينة يستحق الأجرة مقدما قبل الإخلال التعاقدى، بما حاصله أن الأجرة قد حصل عليها المالك مقدما، وإذا تأخر المستأجر فى سدادها فإنه لا يصح أن يستفيد من ذلك التأخير فى التمسك بالمقاصة، وتارة يستند إلى أن أجرة النقل لا تمس، ولاسيما إذا نص على استحقاقها قبل بدء الرحلة البحرية، بغية دعم حركة النقل البحرى، وتارة أخرى يستند القضاء إلى أنه لا يوجد ارتباط بين استحقاق الأجرة التى يدعي بها مالك السفينة والطلب العارض المقدم من المستأجر فى المطالبة بالتعويض عن الضرر الذى أصابه من جراء عدم تنفيذ كامل الرحلة البحرية.[١٨٣]

---

(١٨٢) نص المادة ٦٧٧ من قانون التجارة.

(١٨٣) Dakin V. Oxley (1864) 15 C.B. (N.S.) 646; The Brede [1974] 1 Q.B. 233. Mentioned in A.J. Waldron, "Set-Off and Counterclaim - The Necessary Connection," P. 474-475.

وقد نشأت هذه القاعدة القائمة على عدم إقرار المقاصة منذ بداية القرن التاسع عشر، انظر حكم اللورد براندون Brandon فى دعوى Colonial Bank v. European Grain and Shipping Ltd., [1989] 1 Lloyd,s Rep. 436.

ففي دعوى Colonial Bank (Now Bank of Boston Connecticut) V. European Grain and Shipping Ltd.,[١٨٤] اتفق بين مالك السفينة ومستأجرها بالرحلة على أن الأجرة تستحق مقدما، وقام المالك بحوالة حقوقه إلى البنك المدعي، وفى أثناء الرحلة حجز بعض الدائنين على السفينة فى كلومبو، ولم يتمكن المالك من رفع الحجز، الأمر الذى أدى إلى بيعها فى المزاد العلني، ومن ثم قام المستأجر بنقل البضائع من خلال سفينة أخرى، وقد قبل المستأجر عدم توفير سفينة أخرى من مالكها أو عدم التمكن من تنفيذ الرحلة على أنه فسخ لعقد مشارطة الإيجار بالرحلة.[١٨٥] وبعد ذلك رفع البنك المحال له حقوق مالك السفينة دعوى تحكيم فى لندن ضد المستأجر للمطالبة بأجرة النقل، حيث دفع الأخير بالمقاصة بين هذه الأجرة والضرر الذى أصابه من جراء فسخ العقد. وقد قررت لجنة التحكيم إقرار المقاصة، وعندما وصلت الدعوى إلى مجلس اللوردات – بعد أن ألغت المحكمة التجارية قرار لجنة التحكيم وقررت لمصلحة مالك السفينة، ومن ثم تأييد محكمة الاستئناف قرار لجنة التحكيم – قرر بأن الأجرة تستحق غير معلقة على شرط مقدما قبل بدء الرحلة، وأن فسخ العقد لا يؤثر فى الحقوق المكتسبة قبل فسخه، ومن ثم لا يجوز إجراء المقاصة.[١٨٦] ويظهر أن هذه القاعدة تسرى فى الوقت الحاضر فى المملكة المتحدة على النقل البرى الداخلي للبضائع.[١٨٧] وعلى العموم، فإن

(١٨٤) [1989] 1 LIoyd's Rep. 431 (H.L.).

(١٨٥) فى مشارطة الايجار بالرحلة يحتفظ المؤجر بالإدارة الملاحية والإدارة التجارية للسفينة. انظر نصوص المواد ١٥٦–١٦٥ من قانون التجارة البحرية الكويتي رقم ٢٨ لسنة ١٩٨٠. أحمد حسني، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف بالأسكندرية، ١٩٨٥، ص ١٣٤.

(١٨٦) للتعليق على الحكم، انظر John P. McMahon," Under English Law, Voyage Charterer not Entitled to Equitable Set-Off of Damages Resulting from Owner's Repudiation Against Guaranteed Freight," 20 (3) Journal of Maritime Law and Commerce, July, 1989.

(١٨٧) United Carrier Ltd., v. Heritage Food Group (U.K.) Ltd. [1995] 4 All E.R. 95.

هذه القاعدة تسرى فى حال النص على أن أجرة النقل تؤدى مقدما أو أنها مضمونة الأداء، ويستلزم ذلك وجود نص خاص بهذا المعنى، ذلك أن الأصل العام هو استحقاق أجرة النقل بعد وصول البضاعة إلى المكان المرسلة إليه.

وثمة قوانين فى الولايات المتحدة الأمريكية تمنع البنك الدائن من إجراء المقاصة مع حقوق العميل بغية حماية المستهلك، فقد نصت المادة ١٦٩ من قانون عدالة الإقراض البريدي على حرمان البنك مصدر بطاقة الائتمان – وذلك أصل عام – من إجراء المقاصة بين حساب الوديعة العائد للعميل حامل البطاقة والدين الناتج عن استعمال البطاقة، ويجوز على سبيل الاستثناء إجراء المقاصة شريطة وجود تفويض كتابي من حامل البطاقة للخصم الدورى من حسابه البنكي لوفاء القرض، مع احتفاظ العميل عند وجود خلاف مع البنك بحق إلغاء ذلك التفويض(١٨٨). والحكمة التى يبتغى المشرع تحقيقها من هذه المادة هى تمكين حامل البطاقة من مواجهة مصدرها فى التمسك بالدفوع الناشئة عن العقود التى يبرمها الحامل مع التجار بوساطة الوفاء بالبطاقة، ذلك أن تمكين البنك من إجراء المقاصة يعني حرمان العميل حامل البطاقة من الامتناع عن الوفاء للتاجر على الرغم من وجود منازعة حقيقية فى عقد البيع المبرم بينهما. وهذه القوانين شرعت من أجل حماية مصلحة المستهلك، ومن ثم يجوز للأخير التنازل عن هذه الحماية، لأنها لا تتعلق بالنظام العام. ومما يؤسف له فى الكويت أنه لا وجود للأحكام الخاصة بمنع المقاصة من أجل حماية المستهلك. بل إن الأمر على خلاف ذلك، حيث لا تصدر البطاقة من البنك إلا إذا حول مرتب العميل إلى البنك، مع وجوب موافقة العميل على إجراء المقاصة، بغض النظر عن وجود منازعة بين العميل المشترى والتاجر البائع.

ويترتب فى ظل القوانين التى تحظر إجراء المقاصة بغية حماية المستهلك أنه يتعين على البنك عند إفلاس العميل الوفاء للتفليسة بحسابات العميل، ومن

(١٨٨) See Also, Section 5.109-5.111 of the Uniform Consumer Credit Code. Cal. Fin. Code Section 864. Fair Credit Billing Act of 1974. (15 U.S.C. Section 1666h).864.

ثم التقدم بالديون المستحقة له لإجراءات تحقيق الديون، والدخول فى قسمة الغرماء.

الفرع الرابع:
الأموال المخصصة لغرض معين

تتطلب مقتضيات الأمانة والثقة عدم إقرار المقاصة فى حال كون أحد الدينين مخصصا للقيام بعمل معين أو لغرض معين، فإذا أودع العميل لدى البنك مبلغا من النقود من أجل شراء أرض معينة، ووافق البنك على ذلك، فإنه ليس بمقدور البنك إجراء المقاصة بين الأموال المودعة لديه لغرض معين وبين الديون المستحقة له تجاه العميل المودع.(١٨٩)

والأساس القانوني لذلك هو حماية مقتضيات الثقة والأمانة التى يتعين أن تسود بين المتعاملين، الأمر الذي دعا المشرع الكويتى إلى تقنين المادة ٤٢٧/ ٢ من القانون المدني التى تمنع وقوع المقاصة إذا كان محل أحد الالتزامين رد شيء مودع أو معار، وفضلا عن ذلك فإن مخالفة أمر تخصيص المال وإجراء المقاصة يعني مخالفة التزام تعاقدي بين الطرفين، وهو الذى تأنفه المادة ١٩٧ من القانون المدني التى توجب تنفيذ العقد طبقا لما يتضمنه من أحكام، وبطريقة تتفق مع ما يقتضيه حسن النية وشرف التعامل.

وتخصيص مقابل الوفاء فى الكمبيالة يؤكد حق الحامل في الحصول على مقابل الوفاء ويمنع الساحب أو المسحوب عليه من إجراء المقاصة بين الدين المستحق للساحب تجاه المسحوب عليه (مقابل الوفاء) وبين الدين المستحق للمسحوب عليه تجاه الساحب. ويترتب على ذلك، أنه إذا أفلس الساحب قبل ميعاد الاستحقاق – ولو لم يخصص مقابل الوفاء – فللحامل دون غيره من دائني الساحب استيفاء حقه من مقابل الوفاء الموجود عند المسحوب عليه.(١٩٠)

(١٨٩) "Danish Insolvency Law" English Translation by Hanne Gron, 1996, P. 144.

(١٩٠) المادة ٤٣٧ من قانون التجارة.

والحكم نفسه يسرى فى حال إفلاس المسحوب عليه وقيام الساحب بتخصيص بعض الأعيان من أجل الوفاء بقيمة الكمبيالة، حيث تكون للحامل الأولوية فى استيفاء حقه منها على باقي الدائنين(١٩١).

المطلب الثالث:
خصائص مقاصة الإفلاس

تتصف مقاصة الإفلاس بجملة من الخصائص التى ترسم نظامها وتحدد الفلسفة التشريعية التى تستمد منها. ونعرض هذه الخصائص على النحو التالي:

أولا: تعد مقاصة الإفلاس مقاصة خاصة، وإن كان ذلك لا يحول دون أن تنطبق عليها القواعد العامة للمقاصة الواردة فى القانون المدني، وذلك فيما لم يرد بشأنه نص خاص فى قانون التجارة، وتكون الأولوية فى تطبيق الأحكام، على مقاصة الإفلاس لنص المادة ٥٨١ من قانون التجارة باعتبارها قاعدة خاصة، ثم القواعد العامة لنظام الإفلاس فى هذا القانون، ومن ثم القواعد العامة للمقاصة فى القانون المدني. وينبني على ذلك – على سبيل المثال – أن مقاصة الإفلاس – شأنها شأن المقاصة العادية – لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها، إعمالا لنص المادة ١/٤٢٨ من القانون المدني.

ثانيا: مقاصة الإفلاس أضيق نطاقا فى الشروط من المقاصة القانونية، وذلك للشروط الخاصة التى يتعين أن تتحقق من أجل إعمال مقاصة الإفلاس، فقد تقدم القول، إنه فضلا عن ضرورة توافر الشروط العامة فى مقاصة الإفلاس، فإنه يجب أن تتحقق شروط خاصة فى مقاصة الإفلاس، وهى وجود الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، وضرورة نشوء هذه الحقوق وتلك

(١٩١) المادة ٢/٤٣٨ من قانون التجارة. للمزيد من التفصيل انظر حسني حسن المصري، الأوراق التجارية فى القانون الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٣، ص ٣٣١-٣٣٢، ٣٣٨-٣٤٠.

الالتزامات قبل صدور حكم شهر الإفلاس، ويتعين تحقيق الدين وقبوله، ومن ثم تأييده، في حين أن مقاصة الإفلاس أوسع نطاقا فى القيود من المقاصة القانونية، ذلك أنه فضلا عن تطبيق نص المادة ٤٢٧ من القانون المدني – التى تمنع وقوع المقاصة فى بعض الحالات – على مقاصة الإفلاس، فإن هناك حالات تقدم بيانها تمتنع فيها مقاصة الإفلاس.

ثالثا: مقاصة الإفلاس أقرب إلى المقاصة القضائية منها إلى المقاصة القانونية، لكنها ليست اختيارية، لأن قواعد الإفلاس يغلب عليها الطابع الإلزامي، ثم إنه لا يجوز للمفلس أن يتنازل عن الشروط الخاصة بمقاصة الإفلاس، إعمالا لمبدأ غل يده عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، أو منعه من الوفاء بما عليه من الديون او استيفاء ما له من الحقوق. ويغلب على هذه المقاصة الطابع القضائي، وذلك لأن فلسفة تحقيق الديون مبنية على عدم الثقة بميزانية المفلس، الأمر الذى يسم الديون المستحقة عليه بالمتنازع فيها، ولا تصبح هذه الديون مستحقة الأداء إلا بعد تقديمها للتحقيق وقبولها، ومن ثم تأييدها من قاضي التفليسة.

رابعا: تعد مقاصة الإفلاس استثناء من مبدأ قسمة الغرماء، الذى نص عليه المشرع الكويتي فى الفقرة الأخيرة من المادة ٧٢٦ من قانون التجارة، وهو من المباديء التى تجمع عليها تشريعات الإفلاس المقارنة. إذ على الرغم من أن الدائن الذى يتمسك بالمقاصة بحسب الأصل دائنا عاديا يخضع لقسمة الغرماء، فإن المقاصة تعد أداة ضمان تجعل من يتمسك بها فى حكم الدائن الممتاز الذى يستوفي حقه بالأولوية على الدائنين العاديين[١٩٢]، أو حتى الدائنين أصحاب الامتياز العام، لأن الدين الذى فى ذمته مخصص للوفاء بحقه.[١٩٣]

(١٩٢) وتجدر الإشارة إلى أن الرأى القائل بأن المقاصة تقع تلقائيا بحكم القانون، لا يؤدى الأخذ به إلى جعل مقاصة الإفلاس استثناء من مبدأ قسمة الغرماء، لأن الرصيد الناتج عن إعمال المقاصة مباشرة بعد صدور حكم شهر الإفلاس هو الذى يدخل فى موجودات التفليسة، ومن ثم تقع المقاصة قبل إجراء التوزيعات.

(١٩٣) أنور طلبة، الوسيط فى شرح القانون المدني، الجزء الثاني، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٨، ص ٨٦٤.

ومن الأحرى التنويه بأنه يجوز للدائن التنازل عن مقاصة الإفلاس بعد ثبوت الحق فيها، من خلال عدم التمسك بها فى أثناء التقدم بالديون للتحقيق، في حين لا يجوز للمفلس الاتفاق على وقوعها مع الدائنين، لأن ذلك يشكل مخالفة لمبدأ قسمة الغرماء، الذى يعد من القواعد الآمرة التى لا يجوز الاتفاق على خلافها، من خلال الحصول على المديونية بالأولوية على الدائنين الآخرين.(١٩٤) وثمة تشريعات مقارنة تنحاز إلى الدائن بشكل كامل، وتقر مقاصة الإفلاس شأنها شأن المقاصة العادية، مثل القانون الإنجليزى، مما يشكل استثناء واضح المعالم من قاعدة قسمة الغرماء، في حين أن ثمة تشريعات تتطلب الارتباط بين ديون المفلس والتزاماته، مثل التشريع الكويتى فى المادة ٥٨١ من قانون التجارة، والتشريع المصرى فى المادة ٥٩١ من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، لإقرار مقاصة الإفلاس، مما ينطوى على استثناء محدود من قاعدة قسمة الغرماء.

خامسا: تستند مقاصة الإفلاس إلى مسوغ العدالة، حيث إنه ليس من المقبول إلزام دائن المفلس بالوفاء له بكامل الدين، في حين يطلب من الدائن التقدم بدينه المستحق فى ذمة المفلس، والخضوع لقسمة الغرماء(١٩٥)، وذلك لأن إقدام أحد الطرفين على إقراض الآخر كان بنية إجراء المقاصة بين دينيهما، أو بنية التمسك بضمان المقاصة، بيد أنه لما كانت العدالة نسبية، فإن بعض التشريعات تذهب إلى أن العدالة تتحقق فى التوسع فى مجال الديون التى تخضع للمقاصة، من أجل مصلحة الدائن، مثل النظام الأنجلوأمريكي، في حين تذهب تشريعات أخرى إلى أن العدالة تتحقق فى وجود الارتباط بين ديون المفلس والتزاماته، بغية الميل صوب المساواة بين الدائنين، إعمالا لمبدأ قسمة الغرماء.

---

(١٩٤) كان يمكن فى السابق الاتفاق على مخالفة قاعدة قسمة الغرماء فى كل من نيوزلندا وأستراليا، إلا أن الوضع قد استقر الآن على عدم جواز الاتفاق على مخالفة قاعدة قسمة الغرماء، انظر John H. Farrar, "Public Policy and the Pari Passu Rule," New Zealand Law Journal, 18 March 1980, PP. 100-103.

(١٩٥) R.M. Goode," Principles of Corporate Insolvency," Sweet & Maxwell, London, 1990, P. 68.

سادسا: تحقق مقاصة الإفلاس فلسفة تصفية التفليسة بأقصى سرعة ممكنة، وذلك نتيجة الوفاء المزدوج الذى تقوم به المقاصة، فقد تقدم القول بأنه يترتب على جريان المقاصة وفاء الدينين بقدر الأقل منهما، ويظهر ذلك بجلاء فى التشريعات التى تذهب إلى أن مقاصة الإفلاس تقع تلقائيا بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس، والرصيد الناتج عن إجراء المقاصة – إذا كان لمصلحة الدائن – هو الذى يتقدم به فى تفليسة المدين للتحقيق، أو يطالب به مدير التفليسة الدائن إذا كان الرصيد الناتج لمصلحة المفلس. وفضلا عن ذلك، فإن مقاصة الإفلاس توفر المال على التفليسة، نتيجة لعدم كلفة إجراءات الوفاء الذى تتميز به(١٩٦).

«نكرس القسم الثاني من هذا البحث – والذي سينشر في العدد القادم من هذه المجلة – لمقاصة الإفلاس في حوالة الحق، وفي الحسابات البنكية، وفي العقود المالية الآجلة».

(١٩٦) عبدالرزاق السنهورى، الوسيط فى شرح القانون المدني، الجزء ٣، المجلد ٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٤، ص ١٠٢٤.