

مقاصة الإفلاس

دراسة مقارنة في النظرية والتطبيق

(القسم الثاني)

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

الفصل الثاني

تطبيقات خاصة لمقاصة الإفلاس

مقدمة:

تنص المادة ١/٤٣٠ من القانون المدني على أنه: "لا يجوز أن تقع المقاصة إضراراً بحقوق الغير". وبمقتضى هذه المادة يضع المشرع قاعدة عامة تمنع وقوع المقاصة إذا ترتب عليها الإضرار بحقوق الغير، ثم يورد المشرع بعض التطبيقات فى المواد من ٢/٤٣٠ - ٤٣٢ يتحقق بها معنى الإضرار بحقوق الغير. وهذه التطبيقات هي: أولاً، إذا أوقع الغير حجزاً تحت يد المدين، ثم أصبح المدين دائناً لدائنه بدين صالح للتقاص، فلا يجوز له أن يتمسك بالمقاصة إضراراً بحقوق الحاجز. ثانياً، إذا حول الدائن حقه إلى الغير وقبل المدين الحوالة دون تحفظ فلا يجوز لهذا المدين أن يتمسك قبل المحال إليه بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها قبل قبوله للحوالة. ثالثاً، إذا وفى المدين ديناً وكان له أن يطلب المقاصة فيه بحق له، امتنع عليه التمسك بالتأمينات التى تكفل حقه إضراراً بالغير، إلا إذا كان يجهل وجود هذا الحق. وقد أورد المشرع هذه التطبيقات على سبيل المثال، ومن ثم يجوز القياس عليها أو التوسع فيها. وتطبيقاً لذلك، قضى فى الولايات المتحدة الأمريكية بأنه يمنع البنك من إجراء المقاصة بين الدين المستحق له فى ذمة العميل ووديعة

العميل النقدية إذا علم البنك بوجود مصلحة للغير في هذه الوديعة، أو أعلن عن بعض المعلومات التي من شأنها أن تدفعه إلى البحث عن صاحب المصلحة في الوديعة.^(١)

ونقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث: نتطرق في الأول إلى مقاصة الإفلاس وحوالة الحق، ونعرض في الثاني مقاصة الإفلاس في الحسابات البنكية المتعددة، ونتناول في الثالث، مقاصة الإفلاس في عقود البورصة الآجلة.

المبحث الأول مقاصة الإفلاس وحوالة الحق

مقدمة:

بحث مقاصة الإفلاس على ضوء حوالة الحق يستدعي النظر إلى ثلاث مسائل تتمثل في: أولاً، حوالة الحق التي تمنع التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له (المطلب الأول). وثانياً، الأحوال التي يمنع فيها التمسك بمقاصة الإفلاس (المطلب الثاني). وثالثاً، الوضع في حالة إفلاس أحد أطراف حوالة الحق (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

القاعدة العامة في حوالة الحق التي يمتنع فيها التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له

القاعدة العامة في حوالة الحق، أنه للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفوع التي كان له، وقت نفاذ الحوالة في حقه، أن يحتج بها على المحيل، كما يجوز له أن يحتج بالدفوع الخاصة به في مواجهة المحال له. وهذا نابع من القاعدة القانونية القائلة بأن المحال عليه أو المدين مكسو بحق الأصيل. بيد أنه - بصدد التمسك بالمقاصة - يوجد منهجان تشريعيان يحددان الأحوال التي يمنع فيها تمسك المدين بالمقاصة في مواجهة المحال له. وهذان المنهجان هما: قبول المدين بالحوالة يمنعه من التمسك بالمقاصة (الفرع الأول)، وعلم المدين بالحوالة يمنعه من التمسك بالمقاصة (الفرع الثاني):

(١) In re Ostrom-Martin Inc., 30 C.B.C. 2d 848, 161 B.R. 800 (B. Ct., C.D. III. 1993. In re Anton, 27 C.B.C. 2d 1543, 146 B.R. 509 (B.Ct. E.D.N.Y. 1992).

الفرع الأول:

قبول المدين بالحوالة يمنعه من التمسك بالمقاصة

يقوم المنهج على أساس أن قبول المدين بالحوالة من دون تحفظ بعد إعلانه بها يؤدي إلى منعه من التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، لأن قبول الحوالة يفيد التنازل الضمني عن التمسك بالمقاصة، لذا فإنه إذا أعلن المدين بالحوالة ولم يصدر منه قبول بها، فيجوز له التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، بحسبان أنه يتعين على المحال له أن يستوثق من حقه ويستعلم عما إذا كان ثمة ديون متقابلة بين المحيل والمدين، وما إذا كان الحق المحال به تعثره دفوع عالقة به بين المدين والمحيل، وليس من واجب المدين أن يعلم المحال له بها قبل الحوالة.^(٢)

ففي دعوى Can Admiral Corp. V. L.F. Dommerich & Co., قرر القضاء الكندي بأن المحال له هو الذي عليه أن يستعلم عما إذا كان ثمة مقاصة بين المدين والمحيل، وليس على المدين واجب المبادرة لإعلام المحال له، ما لم يكن المدين على علم بأن المحيل قد ارتكب غشا في مواجهة المحال له في عدم إعلامه بحق المدين في إجراء المقاصة^(٣).

ويتعين حتى يكون بمقدور المدين التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له أن يكون الدينان المتقابلان - بين المدين والمحيل - حاليين للأداء قبل نفاذ الحوالة، أي يكونان صالحين للمقاصة القانونية، وليس أحد الدينين أو كلاهما غير محقق المقدار أو متنازعا فيه أو غير متماثل مع الآخر، وذلك لضرورة وجود التقابل الزمني بين الحق المحال به وحق المدين تجاه المحيل.

(٢) نص المادة ١٢٩٥ من القانون المدني الفرنسي. ونص المادة ١٢٨٤ من القانون المدني البلجيكي والإيطالي ولكسنبورغ. والمادة ١٢٩١ من القانون المدني لكيب في كندا. والمادة ١٩٠٠ من ولاية لويزيانا في الولايات المتحدة الأمريكية. والمادة ١٣٣٧ من القانون المدني البرتغالي. والمادة ٢٢٠١ و ٢٢٠٢ من القانون المدني المكسيكي. والمادة ٣٦٨ من القانون المدني المصري.

Philip R. Wood, "English and International Set-Off," P. 1228-1229.

(٣) 6 C.B.R. (N.S.) 64, [1964] S.C.R. 238, 43 D.L.R. (2d) 1. L.W. Houlden, "The 1996 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act," P. 281.

ففي دعوى Bank of Louisiana V. Argonaunt Inc. Co., قام المؤمن له بحوالة حقه إلى البنك، وقد كان الحق معلقاً على شرط غير محقق الوقوع، نشأ عن إبرام وثيقة تأمين ضد مسئولية رب العمل، التي قد تتحقق في المستقبل. وقضي بإفلاس المؤمن له (المحيل)، ونتيجة لذلك قام المؤمن بإنهاء وثيقة التأمين، وترتب عليه أن أصبح حق المؤمن له حال الأداء، وكان المؤمن على علم بالحوالة قبل إنهاء وثيقة التأمين. وكان ثمة أقساط تأمين مستحقة للمؤمن، الأمر الذي جعل الأخير يطلب إجراء المقاصة في مواجهة البنك المحال له بين هذه الأقساط والتعويض الذي نشأ من إبرام وثيقة التأمين. وقرر القضاء عدم مشروعية المقاصة، لأن الحق كان احتمالياً عند الحوالة، ولم يكن الحق محقق الوجود أو معين المقدار^(٤). وفي دعوى أخرى، قرر عدم مشروعية المقاصة حتى في حال كون الدين المستحق للمدين قبل المحيل محقق الوجود وحال الأداء، ما دام الحق المحال به غير حال الأداء^(٥).

وعليه، حتى لا يكون بمقدور المدين التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، يتعين أن يقبل الحوالة، عند إعلانه بها، وأن ينشأ الدينان - المستحق له تجاه المحيل، والمستحق للمحيل تجاهه - قبل الحوالة، أي وجود التقابل الزمني بينهما، لأنه ليس من المعقول أن يواجه المحال له بدفع لم يتحقق أو ينشأ عند حوالة الحق له، وفضلاً عن ذلك، فإن علة الحكم تكمن في دفع مظنة غش المدين، من خلال الاتفاق مع المحيل بعد الحوالة، على ترتيب حق للمدين في مواجهته، بغية تمسك المدين بالمقاصة بين الحق الذي نشأ له قبل المحيل بعد الحوالة، والدين المحال به. إذ نصت المادة ٤٣١/٢ من القانون المدني على أنه "إذا كان المدين لم يقبل الحوالة ولكن أعلن بها فلا تمنعه هذه الحوالة من أن يتمسك بالمقاصة، إلا إذا كان الحق الذي يريد التقاص به ثبت في ذمة المحيل بعد إعلان الحوالة"^(٦).

1971, 248 So. 2d 349.

(٤)

Hoge Raad, February 7, 1929, N.J. 1929, P. 885.

(٥)

لا يجوز للمدين بمقتضى المادة ٤٤٨ من القانون المدني اليوناني بعد إعلانه بالحوالة أن يتمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له عن حق نشأ له قبل المحيل بعد الحوالة.

(٦)

وفضلاً عن ذلك، فإنه بعد إعلان الحوالة ينتقل الحق إلى المحال له، فإذا ثبت في ذمة المحيل للمدين دين بعد ذلك، لم يكن هناك محل للمقاصة، بيد أنه ليس ثمة أهمية قانونية بالغة للاستثناء الذي أورده المشرع في عجز المادة ٤٣١/٢ من القانون المدني، لأن تطبيق القواعد العامة في الحوالة كفيل بتحقيق الحكمة من الاستثناء، فقد نصت المادة ٣٧٠ من القانون المدني بأن للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له وقت نفاذ الحوالة في حقه أن يحتج بها على المحيل.

الفرع الثاني:

علم المدين بالحوالة يمنعه من التمسك بالمقاصة

تنص المادة ٤٠٦ من القانون المدني الألماني على أنه " للمدين التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له عن حقوق المدين نحو المحيل، إلا إذا كان المدين على علم بالحوالة عند نشوء حقه قبل المحيل..." وتنص المادة ٢٨/١ من قانون استثمار الديون الدينامركي على أنه " للمدين حق التمسك بالمقاصة عن حقوقه نحو المحيل، إلا إذا كانت هذه الحقوق قد نشأت بعد علمه بالحوالة أو الوقت الذي كان ينبغي عليه العلم بالحوالة^(٧)".

ويظهر أن المنهج الثاني أوسع نطاقاً من الأول من حيث نفاذ الحوالة في حق المدين، حيث يكتفى بالعلم بها، مهما كان مصدر هذا العلم، في حين يذهب المنهج الأول إلى ضرورة قبول المدين بالحوالة. ومن اللافت للنظر أن المنهج الإنجليزى، يذهب إلى نفاذ الحوالة في حق المدين والغير بمجرد إجراء الحوالة بين المحيل والمحال له ولو لم يعلن المدين بها، حيث لا يلزم للنفاذ إعلان المدين بها أو قبوله لها، ذلك أن الإعلان لغرض تحديد الأولوية في تقاضي الديون. في حين تكاد تجمع كل التشريعات المقارنة على أنه يلزم نشوء الدينين بين المدين والمحيل - الذى يتمسك الأول بالمقاصة بينهما، وذلك في مواجهة المحال له - قبل الحوالة. والمقصود بنشوء الدينين هو صلاحيتهما للمقاصة القانونية قبل الحوالة^(٨). بيد أن القانون المدني الشيلي والكولمبي يذهبان إلى

(٧) انظر المادة ١٦٩ من قانون الالتزامات السويسرى.

Section 336(2) of the American Law Institute's Restatement.

(٨)

حق المدين غير القابل للحوالة بالتمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له بين الدين المستحق للمحيل والدين المستحق له تجاه المحيل، حتى لو كان الدين الأخير غير حال ويستحق الأداء بعد نفاذ الحوالة فى حقه^(٩).

المطلب الثانى:

الأحوال الخاصة بحوالة الحق التى يمنع فيها التمسك بمقاصة الإفلاس

مقدمة:

هناك كثير من الأحوال الخاصة التى يمنع فيها التمسك بمقاصة الإفلاس، وهذه الأحوال ليست واردة على سبيل الحصر، فهى مستقاة من التشريعات المقارنة أو من أحكام القضاء، وتتحصل هذه الحالات فى: أولاً، منع التمسك بالمقاصة عند حوالة الحق قبل الحكم بشهر الإفلاس بفترة يسيرة (الفرع الأول)، وثانياً، حوالة الحق من المدين الذى توقف عن الدفع من أجل منع المحال عليه من التمسك بالمقاصة (الفرع الثانى)، ثالثاً، حوالة الحق بعد الحكم بشهر الإفلاس بمقتضى نظرية الإفلاس التلقائية (الفرع الثالث)، رابعاً، سوء نية المحال له (الفرع الرابع)، خامساً، تعليق مقاصة الإفلاس عند الصلح القضائى، (الفرع الخامس).

الفرع الأول:

منع التمسك بالمقاصة عند حوالة الحق قبل الحكم بشهر الإفلاس بفترة يسيرة

تنشأ هذه الحالة بشكل خاص عندما يتوقف المدين عن أداء ديونه، فيسعى الدائنون إلى حوالة حقوقهم بأسعار منخفضة إلى الغير، يكون المحال لهم مدينين

(٩) المادة ١٦٥٩ من القانون المدنى الشيلى. والمادة ١٧١٨ من القانون المدنى الكولمبى. Philip R. Wood, "English and International Set-Off," P. 1232.

فى الوقت نفسه إلى المفلس، فىقوم الدائنون المحال لهم بالتمسك بالمقاصة فى مواجهة المفلس. وتنطوى هذه الطريقة على تصفية لديون المفلس قبل الحكم بشهر الإفلاس، ويؤدى إلى تقديم الوفاء إلى بعض الدائنين إضراراً بالدائنين الآخرين، ثم تقود هذه الطريقة إلى التخلص من الديون بأسعار منخفضة.

ومن أجل منع حوالة الحق - وهذا يسرى أيضا على الحلول القانوني - يحظر المشرع فى بعض قوانين الإفلاس إجراء المقاصة بين الحقوق التى اكتسبها الشخص قبل فترة يسيرة من الحكم بشهر إفلاس المدين. وفى المادة ٥٥٣ (أ) (٢) من قانون الإفلاس الأمريكى لا يجوز التمسك بالمقاصة فى حال اكتساب الحق عن طريق الحوالة قبل ثلاثة أشهر من تقديم طلب شهر إفلاس المدين المحال عليه، حتى إذا لم يكن المحال له على علم بتوقف المدين عن الدفع^(١٠). وعلى المنوال نفسه المادة ٤٢ (٣) من قانون الإفلاس الدينماركى^(١١). وكذلك فى المادة ٨-٢ من القانون النرويجى^(١٢)، فى حين يحدد القانون النمساوى فترة ستة أشهر، ويستلزم علم المحال له بحقيقة وضع المدين بأنه متوقف عن الدفع، أو كان ينبغى عليه العلم بذلك^(١٣).

والعلة من منع المقاصة فى هذه الحالة هى التشابه مع قيام المدين المفلس قبل الحكم بشهر إفلاسه، بأداء ديونه قبل حلول أجلها أو الوفاء بغير الشيء المتفق عليه، فإذا كان لا يجوز للمدين الذى توقف عن الدفع، الإضرار بدائنيه أو تفضيل بعضهم على بعض، فإنه من الأولى عدم جواز ذلك للدائنين.

(١٠) Burton M. Freeman, "Set-off Under The New Bankruptcy Code: The Effect on Bankers," 97 B.L.J. 1980, P. 496.

(١١) Danish Insolvency Law," English Translation by Hanne Gron, 1996, P. 146.

(١٢) Philip R. Wood, "Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," note, 6-39.

(١٣) Philip W. Wood, "Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off, and Netting," note, 6-39.

ومن الأخرى التنويه بأن هذه الحالة لا تسعى إلى إبطال الحوالة أو التصرف - كما هو الشأن في التصرفات التي تقع في فترة الريبة - ولكن تكتفى برد سوء القصد على صاحبه من خلال منع التمسك بالمقاصة، ومن ثم يخضع في المطالبة بالدين إلى قسمة الغرماء.

وينبنى على ذلك، عدم سريان منع التمسك بالمقاصة إذا جاء هذا التمسك من الكفيل الذي وفي عن المدين الذي توقف عن الدفع، وذلك لعدم توافر العلة من الحظر. لذا ينبغي - بصفة عامة - تحقق ثلاثة شروط للحرمان من التمسك بمقاصة الإفلاس: الأول، وجود حوالة حق أو حلول قانوني، يكون المفلس فيها محالاً عليه، ثانياً، تحقق قصد التمسك بالمقاصة من قبل المحال له من أجل تفادي أداء الدين المستحق للمدين الذي توقف عن الدفع، ثالثاً، أن يبرم التصرف خلال الفترة اليسيرة التي تسبق صدور حكم الإفلاس.

وفي الكويت، لا يوجد نص خاص يقضي بمنع المقاصة في حالة حوالة الحق قبل فترة معينة من صدور حكم شهر الإفلاس، وفضلاً عن ذلك، فإن أحكام التصرفات التي يجريها المدين خلال فترة الريبة، تسرى - بطبيعة الحال - على التصرفات التي يقوم بها المدين من أجل تبديد أمواله أو منفعة بعض الدائنين أو الغير على حساب جماعة الدائنين، وقد تعزى العلة في ذلك، إلى عدم تحقق الغاية من منع المقاصة في حالة حوالة الحق أو الحلول القانوني، لأن المشرع قد نص لإجراء المقاصة على ضرورة توافر الارتباط، بين حقوق المفلس والتزاماته، بيد أن الرد على ذلك يكمن في أن المقاصة محل النظر هي التي تقع قبل صدور الحكم بشهر الإفلاس، الأمر الذي لا يتطلب توافر الارتباط. بيد أنه يمكن الاستناد إلى البطلان الجوازي لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة، بمقتضى المادة ٢/٥٨٤ من قانون التجارة، التي تتطلب: أولاً، أن يكون التصرف ضاراً بجماعة الدائنين، والتصرف هنا يكمن في قبول المدين المفلس بالحوالة. وثانياً، أن يكون المتصرف إليه، وهو هنا المحال له أو المحيل، عالماً وقت وقوع الحوالة بوقوف المفلس عن الدفع.

الفرع الثاني:

حوالة الحق من قبل المدين - الذى توقف عن الدفع - من أجل منع المحال عليه من التمسك بالمقاصة

من الممكن أن يلجأ المدين الذى توقف عن دفع ديونه إلى حوالة بعض حقوقه بأسعار منخفضة إلى محال لهم من الغير بغية حرمان المحال عليه من التمسك بالمقاصة فى مواجهته، وقد يقوم بذلك مدير التفليسة بعد الحكم بشهر الإفلاس، ومثال ذلك، قيام الأخير بسحب كمبيالة لمصلحة أحد الدائنين وإقامة أحد المدينين - والذى يكون فى الوقت نفسه دائناً للمفلس - مسحوباً عليه، ففي هذه الحالة، لا يجوز للمسحوب عليه التمسك فى مواجهة الحامل بالمقاصة التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الساحب، إعمالاً لقاعدة تطهير الدفع.

والأمر لا يخلو من الصعوبة، لأننا نكون إزاء تنازع مصلحتين: الأولى، مصلحة المسحوب عليه، فى أحقيته بالتمسك بالمقاصة لانقضاء دينه المستحق للمدين المفلس، والأخرى، مصلحة الحامل فى الحصول على مقابل الوفاء من المسحوب عليه. بيد أن القانونين الدينماركي والنرويجي قد ذهبا إلى تقرير قاعدة عادلة تستند إلى التوفيق بين المصلحتين، حيث منع المسحوب عليه من التمسك بالمقاصة فى مواجهة حامل الكمبيالة، التى كان له أن يتمسك بها فى مواجهة الساحب، وألزم الأخير بتعويض المسحوب عليه عما أصابه من ضرر بسبب عدم تمسكه بالمقاصة، بما حاصله ضرورة وفاء مدير التفليسة بالدين المستحق للمسحوب عليه بالأولوية على باقى الدائنين^(١٤).

وفى الكويت، فإن الأمر لا يخرج عن الفروض التالية: الفرض الأول، أن يكون الحامل سيئ النية، أى على علم بحقيقة المركز المالى للساحب، أو

(١٤) Ole C. Hoie, "Set-Off Under Norwegian Law - Rights of Set-Off as Security," Published in Using Set-Off as Security," Editor Frances W. Neate, P. 198.

بوجود حق المقاصة بين المسحوب عليه والساحب، ففي هذه الحالة يجوز للمسحوب عليه التمسك في مواجهة الحامل بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة الساحب، وذلك لعدم سريان قاعدة تطهير الدفع، الفرض الثاني، امتناع المسحوب عليه عن قبول الكمبيالة أو عدم وفائها، وفي هذه الحالة، لا يكون للحامل إلا الرجوع على الساحب، والفرض الأخير، طلب عدم نفاذ الحوالة بسبب وقوعها في فترة الريبة، وذلك في حالة تحقق الشروط التي نصت عليها المادة ٢/٥٨٤ من قانون التجارة، وهي وقوع التصرف من المدين بعد توقفه عن الدفع وقبل صدور الحكم بشهر إفلاسه، وأن يكون التصرف ضارا بجماعة الدائنين، وأن يكون المتصرف إليه عالما وقت وقوع التصرف بوقوف المفلس عن الدفع.

ويزداد الأمر صعوبة في حال قيام المدين المحال عليه - منذ بدء علاقته مع المفلس - بالتنازل عن حقه في التمسك بالمقاصة في مواجهة الغير المحال له، الذي كان يجوز له التمسك به في مواجهة المدين المفلس - المحيل -، ففي أحد الأحكام التي أصدرها قضاء التمييز السويسري، قام البائع بحوالة حقوقه في الأقساط الباقية من ثمن المبيع إلى البنك، وعند قيام الأخير بمطالبة المشتري، المحال عليه، تمسك الأخير بالمقاصة التي كان له أن يتمسك بها في مواجهة البائع، المحيل، إلا أن القضاء ذهب إلى عدم مشروعية التمسك بالمقاصة في مواجهة البنك المحال له، وألزم المشتري المحال عليه، بأداء الأقساط إلى البنك^(١٥). ومن الأخرى التنويه بأن الوضع في الكويت على خلاف ذلك، لأن شرط التنازل عن التمسك بالمقاصة لا يصح إلا بعد ثبوت الحق في المقاصة، فقد نصت المادة ١/٤٢٨ من القانون المدني على أنه "لا تقع المقاصة إلا إذا تمسك بها من له الحق فيها، ولا يجوز النزول عنها قبل ثبوت الحق فيها".

(١٥) Edmond Tavernier and Pierre-Yves Tschanz, "Swiss Law of Set-Off," Published in Using Set-Off as Security, P. 258.

الفرع الثالث:

حوالة الحق بعد صدور حكم شهر الإفلاس بمقتضى نظرية مقاصة الإفلاس التلقائية

تقدم القول بأن نظرية مقاصة الإفلاس التلقائية تذهب إلى أنه بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس، تنقاص ديون المفلس والتزاماته، وأن الرصيد الناتج عن هذه المقاصة - إذا كان لمصلحة الدائن - هو الذى يتقدم به فى إجراءات تحقيق الديون، فقد نصت المادة ٨٦ من قانون الإفلاس لدول الكومن ولث على أن تنقاص حقوق المفلس والتزاماته نحو الغير، وأن الرصيد الناتج عن ذلك الحساب هو الذى يتقدم به فى إجراءات تحقيق الديون.

وينبني على ذلك، أنه فى حال قيام المفلس أو الطرف الآخر فى العلاقة بحوالة حقه إلى الغير، فإن الحوالة تقع باطلة، لأنه لا يوجد محل للحق المحال به، إذ إن الديون المتقابلة بين المفلس والطرف الآخر قد انقضت بالمقاصة بقدر الأقل منها، وأن الرصيد الباقي هو الذى يصلح للمطالبة به أو لحوالته إلى الغير.

ففى دعوى Stein V. Blake قررت محكمة الاستئناف الإنجليزية أن الديون المتقابلة تظل قابلة للتقاص أو الحوالة إلى الوقت الذى يقوم فيه مدير التفليسة بتحديد الرصيد الناتج عن حقوق المفلس والتزاماته، فإن المقاصة تقع عندما ينتهي مدير التفليسة من تحديد الرصيد النهائي بين المفلس والطرف الآخر فى علاقة المقاصة. بيد أن مجلس اللوردات قد نقض هذا المنهج المتأخر فى وقوع المقاصة، وذهب إلى أنها تقع تلقائيا بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس^(١٦)، بما حاصله، أنه بعد ذلك الوقت، لا تصح الحوالة إلا بالرصيد الناتج عن إجراء المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته نحو الطرف الآخر.

(١٦) Dermot Turing, "Set-Off and Cash Collateral: Three Important Cases of 1995," 4 Journal of International Banking Law [1996] P. 175.

الفرع الرابع: سوء نية المحال له

يقصد بسوء نية المحال له، علمه بأن المدين قد توقف عن أداء ديونه، فيلجأ من أجل التخلص من أداء الدين المستحق عليه للمفلس إلى ترتيب حوالة حق له من أحد دائني المفلس، إذ يقوم الأخير بحوالة حقه إلى المحال له، عندما يتبين بأنه سيحصل بعد إجراء التوزيعات على نسبة من الدين، فيقوم بحوالة حقه بسعر أعلى من النسبة التي سيحصل عليها من المدين، والفرض أن المحال له في هذه الحالة عليه دين مستحق للمفلس، فإذا حول إليه الحق، طلب إجراء المقاصة بين الحق المحال به وبين الدين المستحق عليه للمفلس. ومثال ذلك، إذا كان المحيل دائناً للمحال عليه بمبلغ (١٠٠) دينار، ولكنه تيقن بأنه سيحصل على نسبة من الدين تقدر بمبلغ (٥٠) ديناراً، فيقوم بحوالة حقه إلى المحال له بسعر (٨٠) ديناراً، فيلجأ الأخير - الذي يكون مديناً للمحال عليه - بمبلغ ١٠٠ دينار بطلب إجراء المقاصة حتى يتخلص من دفع الدين للمحال عليه.

والمشكلة التي تكمن في هذه العملية، أن المحال له قد تخلص من أداء الدين المستحق عليه للمحال عليه، الذي توقف عن أداء ديونه، من خلال أداء مبلغ أقل للمحيل، حيث ينطوى ذلك على الإضرار بجماعة الدائنين، ويعد ذلك سوء نية منه، على خلاف المحيل الذي حصل على جزء من حقه وليس الحق كاملاً. لذا يتجه القانون المقارن إلى إبطال هذه الحوالة لما تنطوى عليه من غش وسوء نية، إذا كان المحال له على علم بتوقف المدين عن أداء ديونه أو كان ينبغي عليه العلم بذلك^(١٧)، وذلك من دون النظر إلى المدة القصوى لفترة الريبة، فمن الممكن أن تبطل الحوالة حتى إذا كانت قد أبرمت قبل فترة الريبة.

(١٧) Danish Insolvency Law," English Translation by Hanne Gron, 1996, P. 146- 147.

وفى الكويت، لا تسري على هذا التصرف أحكام البطلان الوجوبي أو الجوازي التى تطبق على التصرفات التى يجريها المدين خلال فترة الريبة، لأن التصرف محل النظر لم يقع من المدين، وإنما من أحد دائنيه وأحد مدينه، وفضلا عن ذلك، لا يصح القول بأنه من المتعذر إجراء المقاصة بين حقوق المحال له والتزاماته فى مواجهة المدين المحال عليه، لأنه لا يوجد ارتباط بينهما، وتكمن عدم صحة ذلك القول فى أن المقاصة تجرى - فى هذه الحالة - قبل صدور حكم شهر الإفلاس، ومن ثم لا يشترط الارتباط بين الحقوق والالتزامات التى نصت عليها المادة ٥٨١ من قانون التجارة. لذا فإنه لا مناص من اللجوء إلى القواعد العامة فى طلب بطلان التصرف بالاستناد إلى قاعدة الغش يفسد كل شيء، أو لا قوة لاتفاق قام على الغش، أو الاتفاق الذى قام على الغش غير ملزم، بما حاصله أن عبء الإثبات يكون على مدير التفليسة فى إثبات سوء نية المحال له، أو يمكن لجوء مدير التفليسة إلى دعوى عدم نفاذ التصرفات فى مواجهة المحيل، لأنه مدينا للمفلس.

الفرع الخامس:

تعليق مقاصة الإفلاس فى حالة الصلح القضائي

يستهدف الصلح القضائي إعطاء المفلس إمكانية إدارة أمواله والتصرف فيها، فى مقابل تعهده بأداء الديون التى تثقل كاهله، حيث يفضل الدائنون اللجوء إلى الصلح القضائي، فى حال تأكدهم من أن الاستمرار فى إجراءات بيع موجودات التفليسة، لن يعود عليهم بأداء كامل ديونهم، فى حين يرجح عند التصالح مع المفلس قضائيا، قدرته على الوفاء بشكل أفضل فى وقت لاحق^(١٨). وقد نصت المادة ٦٩٨ من قانون التجارة على أنه "يجوز أن يتضمن الصلح منح المدين آجالا لوفاء الديون، كما يجوز أن يتضمن إبراء المدين من جزء من الدين،...".

(١٨) للمزيد من التفصيل حول الصلح القضائي، انظر: مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧، ص ٤٤٢.

ففى الولايات المتحدة الأمريكية يترتب على توقيع الصلح القضائي، وقف تلقائي لإجراء المقاصة بين ديون المفلس والتزاماته، من أجل إعطاء المدين فرصة لإدارة أمواله، ويطلق علي ذلك Automatic Stay، وليس بمقدور الدائن إجراء المقاصة إلا من خلال استصدار حكم قضائي^(١٩). في حين لا يؤثر الصلح القضائي فى إيطاليا على حق إجراء مقاصة الإفلاس^(٢٠).

وفى الكويت، نجد أن إمكانية وقوع مقاصة الإفلاس عند إبرام الصلح القضائي تنحصر في منهجين أو رأيين:

الأول، يؤسس على إمكانية تعليق إجراء المقاصة أو توقيفها بين ديون المفلس والتزاماته عند إبرام الصلح القضائي، لأن الصلح ينطوى على منح المدين آجالاً لوفاء الديون، أو إبراء المدين من جزء من الدين، أو كليهما معاً، والصلح مع المفلس على هذا النحو يتعارض مع حق إجراء المقاصة، وقد يترتب على الصلح القضائي أن يضطر الدائن إلى أداء الديون المستحقة عليه إلى المفلس، وتأجيل وفاء الديون المستحقة له قبل المفلس، ولاسيما عند حلول حقوق المفلس قبل التزاماته. وفضلاً عن ذلك، فإن الصلح القضائي يمنع وقوع المقاصة حتى عند عدم موافقة الدائن على الصلح، لأن الدائن صاحب حق المقاصة يعد من الدائنين العاديين الذين تتألف منهم جماعة الدائنين^(٢١).

(١٩) الوقف التلقائي فى القانون الأمريكي لإمكانية إجراء المقاصة لا يسرى على بعض العقود أو الديون، ومثال ذلك، خيارات البيع أو الشراء للأوراق المالية أو عقود شراء البضائع الآجلة . انظر:

Philip R. Wood, "Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," note, 6-44.

(٢٠) Philip R . Wood, "Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," note, 6-45.

(٢١) وتقضي المادة ٦٩٥ من قانون التجارة الكويتي بأنه لا يقع الصلح إلا بموافقة معظم الدائنين الذين قبلت ديونهم نهائياً أو مؤقتاً بشرط أن يكونوا حائزين لثلثي هذه الديون. وقضت المادة ٧٠٤ بأن "التصديق على الصلح يجعله نافذاً فى حق جميع الدائنين الذين تتألف منهم جماعة الدائنين، ولو لم تكن ديونهم قد حققت.

والآخر: يؤسس على أن الدائن صاحب حق المقاصة لا يعد من الدائنين العاديين، بل في مركز الدائن صاحب التأمين على منقول معنوي أو الدائن صاحب الامتياز الخاص، وقد نصت المادة ٦٩٢ من قانون التجارة على أنه " لا يجوز للدائنين أصحاب التأمينات العينية الاشتراك في التصويت على الصلح بديونهم المضمونة بالتأمينات المذكورة، إلا إذا نزلوا عن هذه التأمينات مقدما..." وذلك لاختلاف مصلحتهم عن مصلحة جماعة الدائنين الذين تتألف منهم جمعية الصلح. ومن ثم فإن إبرام الصلح مع المفلس لا يحول وفقا لهذا الرأي دون إمكانية إجراء المقاصة بين ديون المفلس والتزاماته في حالة وجود الارتباط بينهما.

ومن الأهمية بمكان التنويه بعدم عدالة الرأي الأول في حق الدائن الذي يضطر إلى وفاء ديونه للمفلس في حين أنه يحرم من إجراء المقاصة وينتظر إلى حلول الأجل الممنوح للمفلس بمقتضى عقد الصلح القضائي، وربما لا يحصل على كامل حقوقه، إذ يتناقض ذلك مع كون المقاصة أداة ضمان. وفضلا عن ذلك، ليس ثمة نص يقضي صراحة بتعليق حق إجراء مقاصة الإفلاس عند إبرام الصلح القضائي، كما هو الشأن في القانون الأمريكي^(٢٢). ومن جانب آخر، فإن المفلس لن يضرار من إجراء المقاصة، كما أنه ليس ثمة تعارض بينها وبين الصلح القضائي، لأن الأمر لا يخرج عن ثلاثة فروض: الأول، تساوى الدين المستحق على المفلس مع الدين المستحق له. والثاني، أن يكون الدين المستحق للمفلس في ذمة دائنه أكبر من الدين الذي عليه، وفي هذه الحالة ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، وتبرأ ذمة المفلس، والأخير، أن يكون الدين المستحق للدائن في ذمة المفلس أكبر من الدين الذي عليه، ففي هذه الحالة ينقضي الدينان بقدر الأقل منهما، ويدخل الدائن في جمعية الصلح بباقي الدين المستحق له في ذمة المفلس، وكما يتضح لا يوجد في الفروض الثلاثة تعارض بين حق المقاصة والصلح القضائي، والقول بغير ذلك يعني الإضرار بدائن المفلس صاحب حق المقاصة من الصلح القضائي، على خلاف الحكمة من الصلح، وهي تحقيق مصلحة الدائنين والمفلس سواء بسواء. وفضلا عن ذلك، فإن أحد أهداف الصلح

Section 362(a)(7) of the Bankruptcy Reform Act of 1978.

(٢٢)

القضائي هو استيفاء الدائنين حقوقهم بأكبر قدر ممكن، وهذا الهدف - في الأصل - متحقق في إجراء مقاصة الإفلاس.

المطلب الثالث:

الوضع في حالة إفلاس أحد أطراف حوالة الحق

مقدمة:

من المتصور بعد نفاذ حوالة الحق أن يشهر إفلاس أحد أطرافها، سواء أكان المحيل أم المحال له أم المحال عليه؟ (الفرع الأول)، الأمر الذي يتطلب بحث تأثير ذلك في مقاصة الإفلاس، وقد يؤدي الأمر إلى إفلاس جميع الملتزمين بالدين دفعة واحدة ورجوع بعضهم على بعض، (الفرع الثاني)، وفي هذا الصدد من الأهمية النظر إلى تأثير الأوراق التجارية في مقاصة الإفلاس، (الفرع الثالث).

الفرع الأول:

حوالة الحق قبل شهر إفلاس أحد أطرافها

ونتطرق في ذلك إلى حالة إفلاس المحيل (الغصن الأول)، وحالة إفلاس المدين، (الغصن الثاني) وحالة إفلاس المحال له (الغصن الثالث).

الغصن الأول:

إفلاس المحيل Assignor

إذا قام الدائن بحوالة حقه إلى الغير، ثم أشهر إفلاسه، فإن الحق المحال به يخرج من موجودات التفليسة، شريطة ألا تنطوى الحوالة على تفضيل دائن على آخر، أي الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين^(٢٣). وفي إنجلترا تعد الحوالة نافذة في حق المدين دون حاجة إلى اتخاذ المحيل أي إجراء^(٢٤)، في حين أنه في

S.R. Derham, "Set-Off," 2nd., ed., Clarendon Press, 1996, P. 580.

(٢٣)

Re Arthur Sanders Ltd. [1981] 17 Build L.R. 125.

(٢٤)

الولايات المتحدة الأمريكية يتعين إعلان المدين بالحوالة من أجل نفاذها في حقه^(٢٥)، وهو الوضع نفسه في الكويت^(٢٦). الأمر الذي يثير بعض الصعوبات في إثبات وقوع الحوالة في إنجلترا، ولاسيما إذا كان الحق مازال من الناحية المادية في موجودات تفليسة المحيل.

ويترتب على ذلك أنه في الحالة الأولى - نفاذ الحوالة في حق المدين دون حاجة إلى اتخاذ المحيل أى إجراء - لا يستطيع المدين استعمال مقاصة الإفلاس في حق المحيل، على الرغم من عدم علمه بحوالة الحق، في حين أنه في الحالة الأخيرة، يعتمد استعمال المدين مقاصة الإفلاس في حق المحيل على نفاذ حوالة الحق في مواجهته، ويكون ذلك بإعلان الحوالة للمدين، حيث إنه في الحالة الأولى لا يوجد تقابل بين الدينين، لانتقال الحق إلى المحال له، في حين أنه لم ينتقل الحق في الحالة الأخرى، مادام لم يعلن المدين بالحوالة، حيث يوجد التقابل بين الدينين.

ومن جانب آخر، فإن نفاذ الحوالة في حق المدين يعطيه الخيار بين أمرين، بالنسبة إلى التمسك بالمقاصة، الخيار الأول، أن يقوم بالتقدم لتحقيق دينه في تفليسة المحيل، ففي هذه الحالة، قبول الدين، يعني تنازل المدين عن التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، والخيار الآخر، عدم التقدم لتحقيق الدين في تفليسة المحال له، ومن ثم التمسك بالمقاصة في مواجهة المحال له، الذي كان له التمسك بها في مواجهة المحيل.

الغصن الثاني:

إفلاس المدين: Debtor

عند إفلاس المدين بعد نفاذ الحوالة، يثور التساؤل عن إمكانية تمسك مدير التفليسة بالمقاصة في مواجهة المحال له، الذي كان بمقدوره التمسك بها في

Federal Deposit Ins. Corpn. v. Mademoiselle of California, 379 F. 2d 660 (٢٥) [1967]

(٢٦) نص المادة ٣٦٦ من القانون المدني.

مواجهة المحيل، ففي إنجلترا، ليس بمقدور مدير التفليسة التمسك بمقاصة الإفلاس، وذلك بسبب عدم وجود التقابل بين الدينين، فالحق المحال به أصبح مملوكا للمحال له، في حين أن الدين الذي يتمسك به مدير التفليسة يكون مستحقا على المحيل، لذا فإنه من الممكن تمسك مدير التفليسة بالمقاصة القانونية أو القضائية، والتي لا تخلو من الصعوبات، لأن التمسك بهذه المقاصة يكون من خلال دفع أو طلب عارض في أثناء إجراءات نظر دعوى قضائية، الأمر الذي هو غير متحقق في إجراءات التفليسة، لأن رفع دعوى فردية على المفلس يتطلب الحصول على إذن قضائي^(٢٧). بيد أن القضاء الإنجليزي مكن مدير التفليسة من إجراء المقاصة من خلال الركون إلى الاعتبارات المنطقية والإنصافية بدلا من الاعتبارات الفنية الدقيقة^(٢٨).

وفي الكويت، فإن تمسك مدير التفليسة بمقاصة الإفلاس في مواجهة المحال له على النحو الذي كان يمكن له التمسك بها في مواجهة المحيل، لا يخرج عن فرضين: الأول، أن يتمسك مدير التفليسة في مواجهة المحال له بمقاصة الإفلاس، بحيث يطلب انقضاء الحق المحال به في مقابل الدين المستحق له في ذمة المحيل، لأن للمدين أن يتمسك قبل المحال له بالدفع التي كان له، وقت نفاذ الحوالة في حقه، أن يحتج بها على المحيل، والفرض الآخر، أن يكون المحال له مدينا في الوقت نفسه للمدين المفلس المحال عليه، فيطلب مدير التفليسة انقضاء الحق المحال به بالمقاصة وفقا للقواعد العامة فيها، لأنه يجوز للمدين أن يحتج بالدفع الخاصة به في مواجهة المحال له، ففي هذه الحالة لا يجوز التمسك بمقاصة الإفلاس، لأنه لا يوجد ارتباط بين الدين المستحق في ذمة المحال له للمدين المفلس وبين الدين المستحق للمحال له في ذمة المدين المفلس^(٢٩).

S.R. Derham, "Set-Off," 2d., ed., P. 581.

(٢٧)

S.R. Derham, "Set-Off," 2d., ed., P. 582.

(٢٨)

(٢٩) نص المادة ٥٨١ من قانون التجارة الكويتي.

الغصن الثالث:

إفلاس المحال له: Assignee

عند إفلاس المحال له يدخل الحق المحال به فى موجودات تفليسته، ويحصل دائنو التفليسة على الحق محملاً بدفع المقاصة الذى يثقله، أى أنه يمكن للمدين التمسك بمقاصة الإفلاس فى مواجهة المحال له المفلس بالكيفية التى كانت له فى مواجهة المحيل. وعلى المنوال نفسه، ليس بمقدور المدين التمسك بالمقاصة فى مواجهة المحال له إذا كان مديناً للمحال له بدين آخر، لأنه لا يوجد ارتباط بين الحق المحال به والمستحق للمحال له وبين الدين المستحق للمدين قبل المحال له، وذلك على خلاف الوضع فى بعض التشريعات التى لا تتطلب الارتباط، مثل إنجلترا أو الولايات المتحدة الأمريكية، حيث يجوز فى الحالة الأخيرة للمدين أن يتمسك بمقاصة الإفلاس فى مواجهة المحال له^(٣٠).

الفرع الثانى:

إفلاس جميع الملتزمين بالدين دفعة واحدة

ورجوع بعضهم على بعض

ويقصد فى هذه الحالة إفلاس شركة التضامن أو التوصية وإفلاس جميع الشركاء المتضامنين، أو عجز المدين الأصلي والكفيل عن الدفع فيشهر إفلاسهم معا أو عجز المدين الأصلي فى الورقة التجارية وجميع الموقعين عليها عن دفع قيمتها فيشهر إفلاسهم جميعاً. وفى هذه الحالة، فإنه بمقتضى المادة ٦٠٠ من قانون التجارة يجوز للدائن أن يشترك فى كل تفليسة بكل دينه إلى أن يستوفيه بتمامه من أصل وفوائد ومصروفات، لأن حق الدائن يتحدد بصفة ثابتة يوم صدور حكم شهر الإفلاس من دون أن يكون لأى واقعة لاحقة أن تنقص منه^(٣١)، الأمر الذى يؤدى إلى أن تدفع

S.R. Derham, "Set-Off," 2nd., ed., P. 582.

(٣٠)

(٣١) مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧،

ص ٣٩٥. انظر المادة ٦١٢ من قانون التجارة المصرى رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩،

وهى مطابقة لنص المادة ٦٠٠ من قانون التجارة الكويتى.

إحدى التفليسات أكثر من نصيها في الدين، حيث نكون بصد حلول قانوني، فهل يمكن للتفليسة التي دفعت أكثر من نصيها الرجوع بناء على الحلول القانوني على التفليسة التي دفعت أقل من نصيها أو لم تدفع على الإطلاق؟

في الحقيقة أن الإجابة عن هذا السؤال تكون بالنفي، لأن المادة ٦٠٠ من قانون التجارة الكويتي نصت على أنه "ولا يجوز لتفليسة الرجوع على تفليسة أخرى بما أوفته عنها"^(٣٢). وينبني على ذلك نتيجتان: الأولى، أنه مادام لا يجوز لتفليسة الرجوع بما أوفته عن الأخرى، فإنه ليس ثمة مقاصة إفلاس. والأخرى، أنه إذا كان مجموع ما حصل عليه الدائن يزيد على دينه وتوابعه، فإن الزيادة بمقتضى المادة ٦٠٠ من قانون التجارة تعود إلى تفليسة من يكون مكفولا من الآخرين بحسب ترتيب التزاماتهم في الدين، فإذا لم يوجد هذا الترتيب عادت الزيادة إلى التفليسات التي دفعت أكثر من حصتها في الدين، ففي هذه الحالة، يثور التساؤل حول إمكانية تمسك التفليسة التي دفعت أقل من نصيها في الدين أو كانت مكفولة من الآخرين بالمقاصة نحو التفليسة التي دفعت أكثر من نصيها في الدين، وذلك عندما تكون التفليسة الأولى دائنة للتفليسة الأخرى، فإن الإجابة عن ذلك تعتمد على تحقق شروط مقاصة الإفلاس، ولاسيما توافر الارتباط بين الدينين المطلوب التقاص بينهما.

الفرع الثالث:

مقاصة الإفلاس والأوراق التجارية

إذا كان الحق المحال به ثابتا بورقة تجارية، فإنه ليس بمقدور المدين سواء أكان المسحوب عليه أم الساحب أم المظهر أن يتمسك بالدفع في مواجهة الحامل حسن النية التي كان يمكن أن يحتج بها في مواجهة الدائن المباشر له سواء أكان المستفيد الأول أم المظهر إليه، إعمالا لقاعدة تطهير الدفع، ما لم

(٣٢) مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧، ص ٣٩٦-٣٩٧. عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس في قانون التجارة الكويتي، الطبعة الأولى، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ١٩٨٧، ص ١٤٠-١٤٦.

يكن الحامل سييء النية، أى على علم بما يثقل الورقة من دفع (٣٣)، بيد أن المشرع فى المادة ٤٢٩/٢ من قانون التجارة تطلب أن تتجه نية الحامل وقت حصوله على الكمبيالة إلى الإضرار بالمدين، وكذا الحال بين الساحب والمسحوب عليه أو الأخير مع المظهر إليه، حيث لا يجوز للمدين أن يتصل من وفاء الورقة التجارية بسبب تمسكه بالمقاصة نحو الدائن المباشر، أى فى العلاقة الشخصية بينهما، ولاسيما فى حالة عدم وجود الارتباط بين الالتزام المصرفي والدين المقابل، إذا كان ناشئاً عن عقد مستقل (٣٤).

والتساؤل الذى يثور فى هذا الصدد هو مدى إمكانية تطبيق قاعدة تطهير الدفع على الخصم المباشر Direct Debit باعتباره وسيلة حديثة وميسرة للوفاء، فقد نظر القضاء فى المملكة المتحدة هذه المسألة فى دعوى Esso Petroleum Co., v. Milton (٣٥) وتتحصل وقائعها فى ترخيص المدعي شركة Esso للمدعي عليه شركة Milton فى بيع وقود المركبات فى المحطات المحددة له، فى مقابل قيام المدعي عليه بعمل خصم مباشر ومستمر من حسابه البنكي لأداء قيمة مشترياته من الوقود إلى الشركة المدعية، على أن يتنازل المدعي عليه عن حقه فى التمسك بالمقاصة فى مواجهة المدعي، وفضلاً عن ذلك فقد التزم المدعي عليه باتباع سياسة الأسعار التى يحددها له المدعي، على أن تكون غير ضارة به، وفى أثناء تزايد المنافسة فى السوق، قام المدعي بتوجيه المدعي عليه بضرورة خفض الأسعار، الأمر الذى أصاب المدعي عليه بالأضرار،

(٣٣) وقد قضت محكمة التمييز الكويتية (كانت حينئذ دائرة محكمة الاستئناف العليا) بتاريخ ٢٠ أبريل ١٩٨٣ بأن "المراد بسوء النية علم المظهر إليه وقت التظهير بوجود الدفع ولو لم يكن ثمة تواطؤ بينه وبين المظهر". مجلة القضاء والقانون، السنة ١١، العدد ٣، يوليو، ص ١٨٠.

(٣٤) يوجد توجه فى القضاء الأمريكى يقضى بأن التمسك بالمقاصة لا يُعد من الدفع التى لا يحتج بها على الحامل، بما حاصله أنه يكون للمدين المصرفي أن يتمسك بالمقاصة فى مواجهة الحامل حسن النية، انظر:

Robert C. Baptista, "Prior Party Set-Off as a Defence Under U.C.C. Section 3-30(b)," 4 University of Illinois Law Review 1981 PP. 869-895.

[1997] 2 All E.R. 593

(٣٥)

وأصبح عمله غير مربح، مما دفع بالمدعى عليه إلى إلغاء الخصم المباشر الذى أمر به بنكه لمصلحة المدعى، بيد أن الأخير رفع دعوى مستعجلة للمطالبة بالمبالغ الحالة بسبب بيعه الوقود للمدعى عليه، وقد تمسك الأخير بأن رفع الأسعار أدى إلى تضرره، وهو يعد هذه السياسة إخلالاً بعقد الترخيص، الذى يخوله فسخ العقد والمطالبة بالتعويض، الأمر الذى يمكنه من طلب المقاصة بين الضرر الذى أصابه والمبالغ المستحقة عليه بسبب شراء الوقود من المدعى. وقد قررت محكمة أول درجة رفض الطلب المستعجل المقدم من المدعى لوفاء المدعى عليه بمبلغ الشراء، وخولت هذا الأخير فى التمسك بالمقاصة. بيد أن محكمة الاستئناف قررت رفض حكم أول درجة، وحكمت بالمبالغ المستحقة لشركة Esso ولم تعط شركة Milton الحق بالتمسك بالمقاصة، وذلك بالاستناد إلى الأسباب التالية (التي لها علاقة بالأوراق التجارية)^(٣٦):

أولاً: إلغاء الأمر بالخصم المباشر يماثل إعطاء ورقة تجارية دون رصيد أو دون مقابل وفاء، وما دام لا يجوز إعطاء شيك دون رصيد بحجة التمسك بالمقاصة من أجل التنصل من وفاء الشيك، فإن الأمر بالخصم المباشر يماثل الوفاء نقداً أو بورقة تجارية، لأن المستفيد يتطلع إلى وسيلة سهلة وسريعة للوفاء، ومن ثم يتعين عدم إقرار الحق بإلغاء الخصم المباشر، كما هو الشأن فى الوفاء نقداً أو بورقة تجارية، فلا يتصور عند الوفاء نقداً التمسك بالمقاصة، فإنه لا يجوز مع الورقة التجارية التنصل من الوفاء بدعوى التمسك بالمقاصة.

ثانياً: سريان قواعد الأوراق التجارية على الأمر بالخصم المباشر يعد تطوراً طبيعياً ويعكس توجه المعاملات التجارية الحديثة على معاملة الأمر بالخصم المباشر معاملة الوفاء بالشيك، إذ تتجه نية المستفيد من الوفاء بوساطة الأمر بالخصم المباشر إلى معاملة ذلك كما لو كان وفاء نقدياً أو من خلال

Andrew Tettenborn, "Pay Now, Sue Later" - Direct Debits, Set-Off and Commercial Practice," 113 The Law Quarterly Review, July 1997, P. 374-377.
Richard Holley, "Direct Debits and Set-Off - The Tiger Roars," 56 (3) The Cambridge Law Journal, November 1997, P. 500-503.

شيك، من ثم يتعين تطبيق قواعد واحدة على الطريقتين، ويمكن تسويق ذلك بالقول إن العرف التجارى قد تطور إلى إدخال الأمر بالخصم المباشر ضمن طائفة الأوراق التجارية، وقبولها أداة تقوم مقام النقود فى الوفاء، (ولاسيما أن المشرع الكويتي قد عنون الكتاب الثالث من قانون التجارة بالأوراق التجارية، بما يوحي بأن ذكر الكمبيالة والسند لأمر والشيك قد جاء على سبيل المثال، الأمر الذى يسمح بدخول أوراق جديدة ضمن طائفة الأوراق التجارية).

ثالثاً: ونضيف إلى حجج القضاء فى المملكة المتحدة أن المشرع الكويتي قد نص فى المادة ٥٨٤/١ (ج) على أنه " ... ويعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي كالوفاء بالنقود " .

وعلى الرغم من وجهة الرأى الذى اعتنقه قضاء المملكة المتحدة والقائل بتمثيل الوفاء بورقة تجارية مع الأمر بالخصم المباشر، فإن هناك كثيراً من الاختلافات التى قد تفرق بينهما، وتتمثل هذه الاختلافات فى التالى:

أولاً: الوفاء من خلال ورقة تجارية يستلزم وجود عقدين: الأول، العقد الذى نشأ عنه الالتزام بالوفاء، ومثال ذلك عقد البيع. والآخر، عقد الالتزام الصرفي، وهو أداة الوفاء بما حاصله وجود التزامين، وفى حالة عدم الوفاء، فإن المستفيد يكون له خياران: الأول، المطالبة بالوفاء بناء على العقد الأول، والآخر، بناء على الالتزام الصرفي، وفى المقابل، فإن الوفاء من خلال الأمر بالخصم المباشر، ليس من شأنه ترتيب التزامين، كما هو الشأن فى الأوراق التجارية، وللمستفيد رفع دعوى بناء على العقد الأول، وهو الذى نشأ تحت ظله الالتزام بالوفاء، ولا يوجد عقد فى الأمر بالخصم المباشر، لأنه بين البنك وعمله الأمر، ومن ثم ليس من المناسب رفض طلب أمر التمسك بالمقاصة، لأنه يستند إلى عقد البيع، وليس إلى التزام صرفي.

ثانياً: ومن جانب آخر، فإن الحكمة من حرمان المدين من التمسك بالمقاصة فى مواجهة الحامل حسن النية هى تفعيل دور الورقة التجارية فى التداول وقيامها مقام النقود فى الوفاء، وهذه الحكمة غير متحققة فى الأمر بالخصم

المباشر، الذي لا تتجه إرادته أطرافه إلى معاملته على أنه قابل للتداول، كما هو الشأن في الورقة التجارية. وقد يقال بأن الغالب في الوفاء من خلال الشيك أن ينص الساحب على عدم قابليته للتداول أو يدفع فقط في حساب المستفيد (الشيك المسطر)، الأمر الذي يقترب من الأمر بالخصم المباشر، بيد أن هذه الحجة غير صحيحة، لأن تداول الورقة التجارية يجرى في هذه الحالة من خلال حوالة الحق، ومن ثم يجوز للمدين التمسك في مواجهة المحال له بالدفع التي كان له وقت الحوالة التمسك بها في مواجهة المحيل.

ثالثاً: إذا كان المستفيد في الأمر بالخصم المباشر يتطلع إلى الوسيلة السهلة والسريعة في الوفاء التي تماثل النقود أو الورقة التجارية، فإن عليه أن ينص في عقد البيع على تنازل المدين عن حق التمسك بالمقاصة، وهو الشيء الذي عمله المدعي Esso في عقد بيع النقود مع المدعي عليه Milton، حيث نص عقد البيع على أنه "لا يحق للمدعي عليه أن يمتنع عن وفاء أى مبلغ حال لأى سبب كان"، بيد أن القضاء لم يقر هذا الشرط بشكل خاص لأنه يندرج تحت شروط التعاقد غير العادلة التي نظمها قانون سنة ١٩٧٧^(٣٧). وصياغة العقد في القضية الأنفة توحى بأن إرادة الخصوم لم تتجه إلى معاملة الأمر بالخصم المباشر على أنه أداة وفاء تقوم مقام النقود في الوفاء حتى يمكن أن تدخل في زمرة الأوراق التجارية.

رابعاً: بالنسبة إلى المادة ٥٨٤/١ (ج) من قانون التجارة التي تقضي بأنه "ويعتبر الوفاء بطريق الأوراق التجارية أو النقل المصرفي كالوفاء بالنقود". فإن هذه المادة وردت في شأن التصرفات التي يجريها المفلس في فترة الرتبة، حيث لا يجوز التمسك في مواجهة جماعة الدائنين بوفاء الديون الحالة بغير الشيء المتفق عليه، وتعامل الأوراق التجارية أو النقل المصرفي معاملة الوفاء بالنقود، إذن هذه المادة تسرى في إطار ضيق وهو وفاء الديون الحالة بغير

(٣٧) لا يجوز بمقتضى المادة ٤٢٨/١ من القانون المدني الكويتي النزول عن المقاصة قبل ثبوت الحق فيها.

الشيء المتفق عليه، وهي لا تدل على جريان العرف على إدخال الأمر بالخصم المباشر ضمن طائفة الأوراق التجارية، وذلك لعدم ظهور مسألة تداول الأمر بالخصم المباشر بغية سريان قاعدة تطهير الدفع عليه.

وعلى ضوء ما سبق، فإننا نرى بأن الأمر بالخصم المباشر لا يدخل ضمن طائفة الأوراق التجارية على الأقل في الكويت، ومن ثم لا تسرى عليه قاعدة تطهير الدفع، التي من شأنها الحؤول دون التمسك بالمقاصة.

المبحث الثاني

مقاصة الإفلاس بين الحسابات البنكية المتعددة للعميل

مقدمة:

فى كثير من الأحيان يفتح التاجر كثيراً من الحسابات البنكية فى البنك الواحد، ومثال ذلك، حساب وديعة نقدية وحساب جار وحساب توفير، والسؤال الذى يثور فى هذا الصدد هو مدى أحقية البنك فى إجراء التسوية بين هذه الحسابات إذا كان أحدها دائناً والآخر مديناً، بحيث تجرى هذه التسوية بين الحسابات لاستخراج الرصيد النهائى، وإذا قام البنك بذلك، فهل يقوم بإجراء مقاصة، الأمر الذى يتطلب توافر شروطها وقواعدها العامة؟ ومن جانب آخر، فهل يحق للبنك إجراء التسوية من دون ضوابط ومن غير قيود، أو أن الأمر يتعلق بالتكليف القانونى لعملية التسوية التى يقوم بها البنك؟

فى الحقيقة، أن الأمر يتطلب فى البداية تكييف التسوية التى قد يقوم بها البنك لاستخراج الرصيد النهائى بين حسابات العميل المتعددة، سواء قام بهذه التسوية بمحض إرادته أو بناء على موافقة مسبقة من العميل، (المطلب الأول)، ثم نتطرق إلى الأصل العام فى الحسابات المتعددة للعميل، أهو وحدة الحسابات المتعددة أو استقلال بعضها عن بعض (المطلب الثانى)، ومن بعد نعرض شروط وقوع مقاصة الإفلاس بين الحسابات المتعددة، (المطلب الثالث).

المطلب الأول:

التكليف القانوني للتسوية التي يجريها البنك لاستخراج الرصيد النهائي بين حسابات العميل المتعددة

مقدمة:

ينطوى تكليف عملية تسوية الديون التي يجريها البنك بين حسابات العميل المتعددة على أهمية كبيرة، لأن الوصول إلى التكليف السليم يؤدي إلى الوقوف على الأحكام المطبقة عليها، وقد قمنا بتقصي النظريات التي قيلت في شأن هذا التكليف، وهي: أولاً، تسوية الديون عبارة عن إعمال لرهن حيازي للبنك على حسابات العميل (الفرع الأول). ثانياً، التسوية عبارة عن استرداد القيمة أو خصم عكسي (الفرع الثاني). ثالثاً، الأساس القانوني للتسوية هو تجميد الحساب عند إفلاس العميل (الفرع الثالث). رابعاً، التسوية عبارة عن عملية دمج بين الحسابات المتعددة (الفرع الرابع). وتفصيل ذلك على النحو التالي:

الفرع الأول:

التسوية عبارة عن إعمال لرهن حيازي للبنك على حسابات العميل

تذهب هذه النظرية إلى أن التسوية التي يجريها البنك بين حسابات العميل المتعددة لاستخراج الرصيد هي نابعة من الرهن الحيازي للمنقولات المادية التي تقع تحت يده، فإذا كان العميل مديناً للبنك في الحساب الجاري ودائناً له في حساب الوديعة النقدية، فإن الحساب الأخير يكون في حكم المال المرهون لمصلحة البنك بغية تقاضي دينه الذي ترتب على تشغيل الحساب الجاري. وبناءً عليه، فإذا قام البنك بإجراء التسوية بين حسابات العميل لإجراء الرصيد النهائي بينها، فإن مصدر ذلك هو الرهن الحيازي لهذه الحسابات. وأما مصدر

هذا الرهن فهو الشريعة العامة أو السوابق القضائية، حيث إن للبنك رهنا حيازيا على الأموال المادية التي يودعها العميل - والمملوكة له - لدى البنك^(٣٨).

وقد قرر اللورد Hatherley أن "كل النقود المدفوعة إلى البنك تكون محلا للرهن^(٣٩)"، فإذا أودع العميل ورقته التجارية بغية قيام البنك بتحصيلها، فإن الأموال التي تم تحصيلها تكون مرهونة لمصلحة البنك، حتى يقوم العميل بأداء دينه للبنك، ويزول هذا الرهن في حال فقد البنك حيازة المال المرهون. ومن ثم فإذا أفلس العميل، فإن للبنك بمقتضى الرهن الحيازي إجراء التسوية بين حسابات العميل الدائنة وحساباته المدينة، لاستخراج الرصيد النهائي، واستيفاء حقوقه، وذلك بالأولوية على باقي الدائنين.

نقد النظرية:

يؤخذ على نظرية الرهن الحيازي عدم صحة الأساس الذي تستند إليه، لأن الرهن الحيازي يكون على الأموال المادية، والنقود أو الديون لا تندرج ضمن هذه الطائفة من الأموال^(٤٠)، فضلا عن ذلك، فإن التسوية التي يضطلع البنك بإجرائها لاستخراج الرصيد النهائي بين حسابات العميل ليست قائمة على أساس أموال مملوكة للعميل وأخرى مملوكة للبنك، لأن الأموال التي يودعها العميل لدى البنك تكون مملوكة للأخير وليس للعميل، بحسبان أن العلاقة بينهما هي علاقة دائن (العميل) ومدين (البنك)، ومن ثم فلا وجود للأموال التي يمارس عليها البنك ذلك الرهن الحيازي، إذ كيف يمارس البنك الرهن الحيازي على أموال مملوكة له؟ وقد قال لورد Denning بأنه: "يتعين أن نلتفت عن استعمال

(٣٨) Restatement of Security, section 62 (1941). S.R. Derham, "Set-Off," 2d. ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, P. 487.

(٣٩) Misa V. Barnett (1876) 1 App. Cas. 554, 659. See also, In re Keever, a bankrupt, ex parte The Trustee of the Property of the Bankrupt V. Midland Bank Ltd. [1967] 1 Ch. 182.

(٤٠) Barkely Clark, "Bank Exercise of Set-Off: Avoiding The Pitfalls," 98 The Banking Law Journal, 1981, P. 197-198.

كلمة رهن فى هذا السياق، ونتكلم ببساطة عن حق البنك فى دمج الحسابات أو حق المقاصة بين الحساب والآخر^(٤١).

الفرع الثانى: التسوية بين الحسابات المتعددة عبارة عن استرداد للقيمة أو خصم عكسي

تستند هذه النظرية إلى تطبيق فكرة الخصم العكسي للأوراق التجارية أو استرداد قيمة الورقة التى خصمت لدى البنك فى حال عدم تمكنه من استيفاء قيمتها من المدين، إذ يكون بمقدور البنك أن يسترد قيمة الورقة من العميل من خلال القيد العكسي إذا كان بصدد حساب جار، أو إلغاء الاعتماد الذى قيد للجانب الدائن من حساب العميل، وذلك بغض النظر عن قيام العميل بصرف قيمة الورقة التجارية التى عجلها له البنك أو ظلت القيمة مقيدة فى حساب العميل^(٤٢).

ويسرى حق البنك فى الخصم العكسي أو استرداد القيمة من الحساب الدائن حتى إذا كان توقيع الساحب مزورا وقام البنك المسحوب عليه باسترداد قيمتها من البنك الذى خصم الورقة التجارية، إذ يكون بمقدور البنك الأخير إجراء المقاصة بين حسابات العميل المتعددة^(٤٣). ويتعين على البنك عند استرداده لقيمة الورقة التجارية المخصومة لديه أن يخطر العميل بذلك^(٤٤). وقد

Halesowen Presswork & Assemblies Ltd. v. Westminster Bank Ltd, [1971] 1 Q.B 1. (٤١)

Section 4-212(1) of the U.S.A. Uniform Commercial Code (٤٢)

Gregory M. Travalio, " Now You Have It, Now You Don't: The Depositary Bank's Rights of Charge-Back and Set-Off," 30 Arizona Law Review, 1988, P. 719-750. (٤٣)

(٤٤) ويفقد البنك حقه فى استرداد قيمة الورقة التجارية التى لم يتمكن من تحصيل قيمتها من المدين عند تخلف البنك عن إخطار العميل بالخصم العكسي. بيد أن الاتجاه القضائي الحديث يذهب إلى إقرار حق البنك فى الخصم العكسي حتى عند عدم تقديم الإخطار للعميل. انظر: Gregory M. Travalio, " Now You Have It, Now You Don't The Depositary Bank's Rights of Charge-Back and Set-Off," 723-734.

نصت المادة ٢/٣٨١ من قانون التجارة الكويتي على أنه "وللبنك... قبل المستفيد من الخصم حق مستقل فى استرداد المبالغ التى وضعها تحت تصرفه، ... ويكون للبنك استخدام هذا الحق فى حدود الأوراق غير المدفوعة أيا كان سبب الامتناع عن دفعها".

وتصل هذه النظرية إلى أن التسوية بين حسابات العميل المتعددة عبارة عن خصومات عكسية بينه وبين البنك تماثل حق البنك فى إجراء الخصم العكسي للورقة التجارية عند عدم تمكنه من تحصيل قيمتها من المدين، أو بعبارة أخرى، استرداد هذه القيمة من العميل.

نقد النظرية:

فى الحقيقة أن نظام استرداد قيمة الأوراق التجارية المخصومة لدى البنوك عند عدم تمكن البنك من تحصيل قيمتها هو نظام خاص يسرى فقط على خصم الأوراق التجارية غير المدفوعة، ولا يسرى على تسوية الديون المتقابلة بين البنك وعميله فى حال تعدد حسابات العميل، لأن نظام استرداد قيمة الأوراق غير المدفوعة يستهدف تشجيع البنك على خصم الأوراق التجارية من خلال النص على ضمان استرداد القيمة المعجلة بغية تحقيق الأوراق التجارية وظيفتها فى قيامها مقام النقود فى الوفاء.

وفضلا عن ذلك، فإن تسوية الديون بين الحسابات المتعددة تتطلب وجود ديون نهائية، بيد أن خصم الورقة التجارية وتعجيل قيمتها للحامل يكون معلقا على شرط وفائها من المدين، وبتعبير آخر فإن قيمة الورقة التجارية المعجلة للحامل غير مستقرة أو غير نهائية، إذ تغدو باثة عند وفاء قيمتها للبنك. وإجمالاً، لا يمكن تطبيق أحكام الخصم على تسوية الديون بين الحسابات المتعددة للعميل، لأن الخصم نظام خاص بالأوراق التجارية بمقتضى نصوص قانونية صريحة، وهو يختلف فى غايته وأهدافه عن تسوية الديون بين الحسابات المتعددة.

الفرع الثالث:

تسوية الديون بين الحسابات المتعددة أساسها القانوني تجميد الحسابات عند إفلاس العميل

ينص قانون الإفلاس للولايات المتحدة الأمريكية على أنه بمجرد تقديم طلب شهر الإفلاس توقف إجراءات المقاصة ضد المدين، Automatic Stay، ويمتنع على المدين سحب الأموال من حساباته، الأمر الذى ينشئ حالة تجميد أرصدة العميل لدى البنك، بحيث يكون للبنك حق إجراء المقاصة إذا تمكن من استصدار حكم قضائي برفع وقف الإجراءات، وليس بمقدور العميل أو مدير التفليسة سحب أرصدة العميل إلا بعد تقديم تأمين كاف للبنك^(٤٥).

ومن ثم فإن تسوية الديون بين الحسابات المتعددة للعميل فى مواجهة البنك تتبع من الفلسفة الوسطية التى يعتنقها المشرع الأمريكى، فهو من ناحية، يوفر الحماية للعميل، من خلال وقف إجراء المقاصة التى قد يقوم بها البنك، من أجل تمكين العميل من الاستفادة من فرصة الصلح القضائي. ومن ناحية أخرى، يوفر الحماية للبنك من حيث تجميد أرصدة العميل، حتى يتمكن البنك من رفع وقف إجراء المقاصة برفع دعوى قضائية أو الإفراج عن الأرصدة فى حال تقديم العميل أو مدير التفليسة تأميناً كافياً.

نقد النظرية:

يلاحظ بدءاً أن نظرية تجميد حسابات العميل المتعددة تقتصر على حالة إفلاس العميل فقط، وتنحصر عن تنظيم مسألة تسوية الديون بين حسابات العميل المتعددة فى حالة يساره، وفضلاً عن ذلك فهي منظملة فى قانون الإفلاس للولايات المتحدة الأمريكية وليس لها نظير فى التشريعات المقارنة. ومن جانب آخر، فإن القضاء فى الولايات المتحدة الأمريكية غير متفق على هذه

(٤٥) Paul S. Groschadl, "Freezing " the Debtor's Bank Account: A Violation of the Automatic Stay?" 57 American Bankruptcy Law Journal, 1983, PP. 75-81.

النظرية وإنما ينقسم إلى اتجاهين: الأول، يذهب إلى أن تجميد الحسابات المؤسس على حق البنك في الرهن أو التسوية عبارة عن مقاصة مستترة، ومن ثم يعد مخالفاً لمبدأ وقف إجراء المقاصة Automatic Stay^(٤٦)، في حين يذهب الاتجاه الآخر إلى أن تجميد الحسابات في إثر إفلاس العميل لا يعد مقاصة مخالفة لمبدأ وقف إجراءاتها، ومن حق البنك الحصول على تأمين كاف من أجل الإفراج عن أرصدة العميل^(٤٧).

الفرع الرابع: التسوية عبارة عن عملية دمج بين حسابات العميل

للبنك حق دمج حسابات العميل المختلفة لاستخراج الرصيد النهائي، ومصدر هذا الحق إما الاتفاق مع العميل وإما بناء على نص قانوني. ويتنازع تكييف عملية الدمج بين هذه الحسابات اتجاهان: الأول، يذهب إلى أن الدمج عبارة عن قيود مادية في دفاتر البنك يستقل البنك بإجراءاتها. والآخر، يذهب إلى أن الدمج عبارة عن مقاصة بين هذه الحسابات، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

الاتجاه الأول: الدمج عبارة عن قيود دفترية:

يستند هذا الاتجاه إلى أنه ليس ثمة أهمية لتعدد حسابات العميل لدى البنك، فالعبرة بوجود علاقة واحدة بين العميل والبنك. إذ تعد الحسابات المتعددة لدى البنك والعائدة لعميل واحد في حكم الحساب الواحد في نظر البنك، ومن ثم فمن حق البنك نقل حق في حساب معين أو تحويله من أجل وفاء دين في حساب آخر، لأن التسوية عبارة عن عملية محاسبية يقوم بها

(٤٦) Re Kenny's Franchise Corporation, 12 Bankr. 390, 4 Collier Bankr. Cas. 2d (MD) 1112. (1981).

(٤٧) Re Carpenter, 14 Bankr. 405, 8 Bankr. Ct. Dec (CRR) 168 (1982). See also, Paul S. Groschadl, "Freezing" the Debtor's Bank Account: A Violation of the Automatic Stay? P. 78-80.

البنك فى دفاتره، أو بتعبير آخر عبارة عن قيود دفتريه يجريها البنك بغية استخراج الرصيد النهائي للعميل.

ويمثل ذلك توجه القضاء فى المملكة المتحدة، فقد قرر أنه "من الناحية القانونية يوجد حساب واحد بين البنك والعميل، بغض النظر عن تعددها، ولا يوجد دين إلا بعد التسوية بين الحسابين. وحقيقة وضع الحسابين فى أوراق مختلفة من الدفتر ليس له أثر، فلا يختلف وضعه عن وجود حساب واحد فى أكثر من ورقة أو فى أوراق متوالية، فهذا الوضع لا يختلف عن قيام الشخص، لغرض محاسبي بحت، بعمل حسابات متعددة لأعماله، مثال ذلك، حساب المزرعة، وحساب المنزل، وحساب المصنع، فهدف هذه الحسابات هو الترتيب والتنظيم، من أجل الوقوف على مصدر هذه الأموال وكيفية صرفها" (٤٨).

ففى دعوى Halesowen قرر القضاء الإنجليزى أنه "عندما نكون بصدد علاقة واحدة بين البنك وعميله، تظهر فى العديد من الحسابات، فإن الوضع ليس رهنا على الإطلاق، وليس مقاصة أيضا، التى تتطلب التقابل المستقل بين التزامات الطرفين. فهو موضوع محاسبي، ولا يمكن ترتيب مديونية أحد الأطراف على الآخر أو تحديد مقدارها إلا بعد تحديد الرصيد النهائي من معاملتهما المتقابلة" (٤٩).

وقد ذهب إلى هذا الاتجاه القضاء الاسكتلندى، فى دعوى James Kirkwood & sons v. Clydesdale Bank، حيث قرر أن "الوضع المالي بين البنك وعميله يحدد فى أى وقت، بناء على التسوية المحاسبية بين الحسابات المتعددة للعميل" (٥٠). وذهب القضاء الكندى فى هذا الاتجاه فى دعوى Re Sutcliffe & Sons Ltd.، حيث قرر أن "العلاقة بين البنك والعميل هي علاقة دائن ومدين، وأن الإيداع والسحب من حسابات العميل، يمكن التسوية بينها،

(٤٨) Bailey v. Finch, Ex Parte Morier, in re Willis, Percival, & Co., (1879) 12 Ch. D. 491.

(٤٩) [1971] 1 Q.B. 1. 41.

(٥٠) [1908] S.C. 25. S.R. Derham, "Set-Off," 2ed. ed., P. 494. مشار إليه لدى

وتحويل هذه الأموال من حساب دائن إلى حساب مدين، هو ليس مقاصة بالمعنى الدقيق، وإنما مجرد قيود دفترية ناتجة عن مسك الحسابات".

ويترتب على الأخذ بالاتجاه السابق نتيجتان: الأولى، أنه إذا كان لدى العميل حساب دائن في أحد فروع البنك، وحساب مدين في فرع آخر، وقام العميل بسحب شيك على حسابه الدائن، فللبنك عدم صرفه، إذا كان الحساب الدائن ليس كافياً لتغطية الحساب المدين، من دون حاجة إلى إخطار العميل، أو نسبة الخطأ إلى البنك، لأن الحسابات المتعددة عبارة عن حساب واحد، وإن للبنك في أي وقت تغطية الحساب المدين من الحساب الدائن الآخر للعميل من خلال قيد في دفاتر البنك. والنتيجة الأخرى، إذا أفلس العميل أو أفلس البنك، فليس ثمة مانع دون قيام البنك بإجراء التسوية بين حسابات العميل المتعددة لاستخراج الرصيد النهائي، لأن هذه التسوية ليست مقاصة تتطلب الارتباط بين الديون المتقابلة، ثم لا يسرى عليها غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، بحسبان أن التسوية عبارة عن عملية محاسبية.

نقد نظرية:

يسعى هذا الاتجاه إلى تطبيق الأحكام الخاصة بالحساب الجارى، على الحسابات المتعددة للعميل، من حيث وحدة الحساب الجارى أو وحدة الحسابات المتعددة للعميل، فمن الصعوبة بمكان أن تقاس الحسابات المتعددة على الحساب الجارى، لأنه لا يمكن تسوية دين حال في حساب جار في ذمة العميل، مع حساب وديعة نقدية غير حالة، فهذه النظرية تذهب إلى إمكانية البنك في دمج الحسابات المتعددة في أي وقت لأنها تنطوى على قيود دفترية.

ومن جانب آخر، إذا كانت هذه النظرية توفر الاطمئنان للبنك في حالة إفلاس العميل، من حيث سهولة إدراج القيود الدفترية في حسابات البنك لاستيفاء الديون المستحقة في ذمة العميل، فإنها من الجانب الآخر، لا تتفق مع نية العميل في جعل حساباته مستقلة بعضها عن بعض، ولو كانت حسابات العميل بالنسبة له في حكم الحساب الواحد، لما تكلف عناء فتح حسابات

متعددة، ولاسيما أن البنك يستقل في إجراء القيد الدفترى من دون حاجة إلى رضا العميل أو إخطاره بذلك، لأنها مسألة محاسبية في دفاتر البنك.

وفضلاً عن ذلك، فإن جعل الحسابات المتعددة في حكم الحساب الواحد، الأمر الذى يمكن معه إجراء تسوية القيود المدينة من خلال القيود الدائنة، لا يتفق مع الواقع، لأنه من الناحية العملية، تختلف معاملة البنك لحسابات العميل، فحساب الوديعة يستحق عنه فائدة، والحساب الجارى، لا يتبين فيه الرصيد إلا حين قفله، ولا يستحق للعميل - بحسب الأصل - عنه فائدة^(٥١).

والأخذ بهذه النظرية يؤدى إلى منع الحجز على حساب معين أو حوالة الحق فيه بمعزل عن باقي حسابات العميل، مادام أن الحسابات المتعددة في حكم الحساب الواحد. ومن ناحية أخرى، يؤدى الأخذ بهذه النظرية إلى القول بأن المبلغ الذى يودعه العميل فى حساب معين يوفى به المبلغ الذى اقتضاه فى العملية الأخيرة من حساب آخر، بيد أن هذه النظرية ربما لا تتفق مع النية المفترضة أو المسبقة للأطراف، أو حق المدين فى تعيين الدين الذى يريد الوفاء به.

وعلى الرغم من ذلك، فإن هذه النظرية تتفق مع تكييف العلاقة بين البنك والعميل بأنها علاقة دائن بمدين، وأن الأموال المودعة من العميل لدى البنك تكون مملوكة له، وهو مدين بها للعميل، ومن ثم فإن التسوية بين ديون العميل وحقوقه قبل البنك تكون من خلال عملية قيود محاسبية يجريها البنك فى دفاتره.

الاتجاه الثانى: دمج الحسابات المتعددة عبارة عن مقاصة بنكية:

يذهب هذا الاتجاه إلى أن دمج الحسابات المتعددة للعميل هو فى الحقيقة إجراء مقاصة بينها، حيث إن مصطلح دمج الحسابات Combination of Accounts مرادف لمصطلح المقاصة Set-Off، وتحقق شروط المقاصة بين هذه الحسابات، من حيث وجود العلاقة المستمرة بين البنك والعميل التى ترتب

Philip R. Wood, "English and International Set-Off," P. 93.

(٥١)

الديون المتقابلة، وهذه الديون تكون حالة الأداء بعد مدة معقولة من تقديم الإشعار ومحددة المقدار، والمقاصة بين الحسابات المتعددة تشابه المقاصة بين مفردات الحساب الجاري^(٥٢). وإذا قام البنك بالتأشير بانقضاء الدينين بينه وبين العميل بقدر الأقل منهما، فإنه يستخدم أصوله - وهى الحساب المدين للعميل - من أجل وفاء التزاماته المتمثلة فى الحساب الدائن للعميل أو حقوقه^(٥٣). ولاسيما إذا كانت الأموال المودعة من العميل ترد عند الطلب. وقد تقدم أن اللورد Denning قال بأنه: "يتعين أن نلتفت عن كلمة رهن الحسابات المتعددة لمصلحة البنك ونستعمل ببساطة كلمة دمج الحسابات أو حق إجراء المقاصة بين الحساب والآخر"^(٥٤).

لذا فإنه ليس بمقدور البنك إجراء المقاصة فى حال الاتفاق مع العميل على استقلال الحسابات، ولو كان الأمر مجرد قيد دفترى، لأمكن للبنك إجراء القيد الدفترى، والتسوية بين حسابات العميل الدائنة والمدينة، بغض النظر عن رفض العميل. ومن ثم يتعين على البنك - توطئة لإجراء المقاصة بين الحسابات المتعددة للعميل - أن يقوم بإخطاره بذلك.

وقد أقر المشرع الكويتي مصطلح المقاصة بين حسابات العميل المتعددة، فمن ناحية، نصت المادة ٣٣٦ من قانون التجارة الكويتي على أن الأصل العام هو استقلال كل حساب من الحسابات المتعددة عن الآخر، ومن ناحية أخرى، فقد نصت المادة ٣٣٧/٣ من قانون التجارة على أنه "لا يجوز للبنك عند إجراء المقاصة بين الحسابات المختلفة الخاصة بأحد أصحاب الحساب المشترك إدخال هذا الحساب فى المقاصة إلا بموافقة كتابية من باقي الشركاء". ونعرض بعض الملاحظات على موقف المشرع الكويتي، والاتجاهين آنفي الذكر، وذلك على النحو التالي:

Philip R. Wood, "English and International Set-Off," P. 91. (٥٢)

Philip R. Wood, "English and International Set-Off," P. 93. (٥٣)

Halessowen Presswork & Assemblies Ltd., v. Westminster Bank Ltd. [1971] 1 Q.B. 1, 34. (٥٤)

أولاً: يمكن القول من صياغة المادة ٣٣٦ من قانون التجارة إن استقلال الحسابات بعضها عن بعض يفيد عدم إمكانية إجراء المقاصة بين هذه الحسابات، ذلك أن مصطلح استقلال الحسابات يجرى على عكس مصطلح المقاصة بين هذه الحسابات، فلا يمكن إجراء المقاصة بين هذه الحسابات وهي في حالة استقلال.

ثانياً: تطرق المشرع الكويتي في المادة ٣/٣٣٧ من قانون التجارة إلى مسألة المقاصة بين الحسابات بطريق غير مباشر أو غير صريح، حيث لم يعرض المشرع لمدى حق البنك في إجراء المقاصة بين الحسابات المتعددة لأحد العملاء، أو للشروط التي يجب تحققها أو الإجراءات التي يجب اتباعها، وقد تطرق المشرع إلى المقاصة بين الحسابات وهو بصدد بحث مدى إمكانية إدخال الحساب المشترك ضمن الديون التي تتقاص.

ثالثاً: لذا فإن حق البنك أو العميل في إجراء المقاصة بين الحسابات المتعددة مرهون بالاتفاق بينهما على دمج الحسابات المتعددة، فقد نصت المادة ٣٣٦ على أن الأصل هو استقلال الحسابات ما لم يتفق على غير ذلك. وبالاطلاع على نماذج عقود فتح الحسابات لدى البنوك الكويتية نلاحظ تكرار الاتفاق على دمج الحسابات المتعددة للعميل الواحد، وصلاحيه هذه الحسابات للتقاص، على خلاف الأصل العام المقرر في المادة ٣٣٦ من قانون التجارة، ومثال ذلك، البند الثاني من الشروط والأحكام العامة لجميع أنواع الحسابات في بنك الكويت الوطني الذي ينص على أنه " تعتبر جميع حسابات العميل لدى البنك حالياً ومستقبلاً ضامنة بعضها بعضاً بغض النظر عن طبيعتها ومسمياتها، ويحق للبنك أن يقيد في الجانب المدين لأي منها أى مبلغ يستحق له على العميل سداداً للرصيد المدين في الحسابات الأخرى، كما يحق للبنك دمج وتوحيد أى من حسابات العميل في حساب واحد وإجراء المقاصة فيما بينها، والتحويل من حساب لآخر دون الحاجة للحصول على موافقة العميل المسبقة" (٥٥).

(٥٥) وقد نص البند الثالث من القواعد العامة للحسابات لدى بيت التمويل الكويتي على أنه " يحق لبيت التمويل في أى وقت ودون أى إخطار أو معارضة إجراء المقاصة بين جميع الحسابات المختلفة لصاحب الحساب تسوية للديون المستحقة عليه لبيت التمويل الكويتي " .

رابعاً: يلاحظ أن صياغة البند الثاني من القواعد العامة للحسابات لدى البنك الوطني الكويتي شاملة وواسعة، فمن ناحية ترمي إلى تكوين الارتباط بين حسابات العميل المختلفة وحقوق البنك من أجل سريان المقاصة في حالة إفلاس العميل، ومن ناحية ثانية، جعلت جميع حسابات العميل حالياً ومستقبلاً يضمن بعضها بعضاً، بغض النظر عن طبيعتها أو مسمياتها، وذلك تقادياً لعدم الأخذ بذلك الارتباط في حالة إفلاس العميل، لأنه ارتباط اتفاقي وليس قانونياً، ومن ناحية أخرى، إمكانية البنك في التحويل من حساب إلى آخر من دون الحاجة إلى موافقة العميل، وذلك بالمخالفة لنص المادة ٣٥٤ من قانون التجارة التي تشترط أن يكون التحويل الحسابي أو المصرفي بناء على أمر كتابي من الأمر.

خامساً: تبين أن نظرية دمج الحسابات تتفرع إلى اتجاهين: الأول، يُعد الدمج قيوداً محاسبية والآخر، يُعد مقاصة بين الحسابات المتعددة، إلا أن الآثار التي تترتب على ذلك في غاية الأهمية، لأن البنك بمقدوره دمج الحسابات في الاتجاه الأول واستخراج الرصيد النهائي من دون أن يتأثر بإفلاس العميل، في حين أنه في الاتجاه الثاني يتعين في حالة إفلاس العميل أن يكون ثمة ارتباط بين الديون المستحقة للبنك في ذمة العميل والديون المستحقة للعميل في ذمة البنك. وعلى الرغم من ذلك، فإن هذين الاتجاهين ليس لهما أهمية عملية في إنجلترا، لأن القضاء أخذ بنظرية مقاصة الإفلاس التلقائية، حيث إنه بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس تتقاص الديون المتقابلة بحكم القانون، والرصيد النهائي الناتج عن هذه المقاصة هو الذي يتقدم به في إجراءات تحقيق الديون.

المطلب الثاني:

الأصل العام في المقاصة بين الحسابات المتعددة:

مقدمة:

يتنازع مسألة المقاصة بين الحسابات المتعددة منهجان مختلفان: يذهب المنهج الأول إلى أن الأصل العام هو وحدة الحسابات المتعددة، بما حاصله أن

الحسابات المتعددة عبارة عن حساب واحد، ما لم يتفق على غير ذلك (الفرع الأول)، ويرى المنهج الآخر أن الأصل العام هو استقلال الحسابات المتعددة بعضها عن بعض، ما لم يتفق على غير ذلك، (الفرع الثاني)، وهذان المنهجان متفقان من حيث إنهما لا يتعلقان بالنظام العام، ومن ثم يجوز الاتفاق بين البنك وعميله على خلاف الأصل العام، وإليك التفصيل:

الفرع الأول: وحدة الحسابات المتعددة

يقوم المنهج الأول على فلسفة قوامها أنه مهما تعددت حسابات العميل مع البنك، فإن الأصل العام وحدة هذه الحسابات، مادام أن هناك علاقة واحدة بين البنك وعميله، ولأن مناط التعدد هو التنظيم والتبويب لأعمال العميل مع البنك، وذلك لغرض محاسبي بحت^(٥٦)، ما لم يتفق على غير ذلك أو يقضي القانون بخلافه، بيد أن هناك تأسيساً آخر يذهب إلى أن وحدة الحسابات ترمي إلى تيسير إجراء المقاصة بين هذه الحسابات. وفي هذا قرر القضاء في أيرلندا الشمالية أن وجود حساب قرض مدين به العميل بمبلغ يزيد على المبلغ الدائن به العميل للبنك بسبب إقفال الحساب الجارى يجعل من العميل مديناً للبنك، وليس دائناً بالمبلغ الناتج عن قفل الحساب الجارى^(٥٧).

وعلى الرغم من الاختلاف فى تأصيل مسألة وحدة الحسابات المتعددة، فإنه من المتفق عليه عدم ضرورة إخطار العميل بأن البنك قد قام بوفاء دين مقيد على حساب معين من خلال حق دائن به حساب آخر، لأن الأمر يتعلق بقيود محاسبية فى دفاتر البنك الذى يستقل بمسكها أو يتصل بمقاصة تتم بناء

(٥٦) وقد قرر القضاء فى أيرلندا أنه يعنى أن الحساب رقم (١) والحساب رقم (٢) يتعلقان من الناحية القانونية بموضوعات أو بأقسام مختلفة لغرض إدارى مريح، ولكن ذلك لا يعنى من الناحية القانونية بأنهما منفصلين. انظر In re Johnson & Company, Ltd [1902] 1 IR 439, 442.

Re Sutcliffe & Sons Ltd; ex Parte Royal Bank, [1993] 1 DLR 562.

(٥٧)

على وحدة الحسابات المتعددة. بيد أن التأسيس على الديون بين الحسابات المتعددة التي تتقاص فيما بينها يتطلب إخطار العميل بإجراء المقاصة، في حين أنه ليس هناك حاجة لقيام البنك بعمل يستهدف دمج الحسابات من أجل إجراء المقاصة، لأن الأمر يتعلق بقيود محاسبية يستقل البنك بإجرائها^(٥٨). وعلى الرغم من الاختلاف في تأسيس مسألة وحدة الحسابات المتعددة، فإنه لا توجد أهمية عملية عند إفلاس العميل أو البنك، لأن المقاصة تقع بحكم القانون وبشكل تلقائي، وذلك في إنجلترا وأسكتلندا وأيرلندا الشمالية، وفي كندا^(٥٩). وعلى الرغم من أن الأصل هو وحدة الحسابات المتعددة، فإنه يجوز الاتفاق على استقلال هذه الحسابات المتعددة.

الاتفاق على استقلال الحسابات المتعددة:

الأصل العام أنه من الناحية القانونية مجرد فتح أكثر من حساب لدى البنك يفيد وحدة هذه الحسابات، التي ينتج عنها دين واحد، ما لم يوجد اتفاق صريح أو ضمني بخلاف ذلك. وقد قرر القضاء في المملكة المتحدة أنه يوجد اتفاق ضمني على استقلال الحساب الجاري عن حساب القرض بين البنك والعميل المقترض. بيد أن حساب القرض الذي يحل، مثلاً، بعد شهر، يؤدي إلى استقلاله عن الحساب الجاري، ويندمج الحسابان في حال طلب وفاء المبلغ بعد حلول أجله. واستقلال الحساب الجاري عن حساب القرض، لا يسرى بين حساب الوديعة الذي لا يعطي حق إصدار الشيكات وحساب القرض، حيث يفترض في هذين الحسابين الوحدة بينهما^(٦٠).

وقد يقرر القضاء الوحدة بين بعض الحسابات والدمج بين أخرى بناء على الاتفاق الضمني بين البنك وعميله. ففي دعوى (In Re E. J. Morel (1934)

S.R. Derham, "Set-Off," 2nd., ed., P. 488. (٥٨)

L.W. Houlden, "The 1996 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act," P. 281. (٥٩)

S.R. Derham, "Set-Off," 2nd., ed., Clarendon Press, Oxford, 1996, P. 511. (٦٠)

Ltd^(٦١)، فتحت الشركة حسابا جاريا مع البنك رقم (١)، وعند قفله بسبب اضطراب الأحوال المالية للشركة، تبين مديونية لصالح البنك، الأمر الذى أدى بالبنك إلى تجميده، لأن قانون الإفلاس الإنجليزى يعطى الامتياز للدائن الذى أقرض الشركة بهدف وفاء مرتبات موظفيها، وقد فتح للشركة حسابين آخرين: الأول حساب رقم (٢) لعمل الشركة التجارى، والآخر حساب رقم (٣) لوفاء مرتبات موظفيها، وقد اشترط أن يكون الحساب رقم (٢) دائنا دائما لمصلحة العميل من أجل تمكن الشركة من السحب من الحساب الآخر رقم (٣)، وقد قرر القضاء أن الحسابين رقما (٢) و (٣) هما فى الحقيقة حساب واحد، وهما مستقلان عن الحساب رقم (١)، بما حاصله أن للبنك حق امتياز فى تقاضي دينه الثابت فى الحساب رقم (١)، وعليه إثبات المديونية المستحقة فى ذمة الشركة الناتجة عن قفل الحسابين الآخرين فى إجراءات إفلاسها.

ومن ناحية أخرى، فقد يتفق الدائنون مع التاجر - الذى فى حالة إعسار من أجل الموافقة على الصلح القضائي - على تجميد الحساب الجارى المدين لمصلحة البنك، وفتح حساب آخر مستقل يكون على الدوام دائنا لمصلحة العميل، وعلى منع وقوع المقاصة بين الحسابين، بيد أن هذا الاتفاق ليس له أهمية فى دول مثل - المملكة المتحدة - التى تأخذ بمقاصة الإفلاس التلقائية، لأنها تقع بحكم القانون، ولا يعتد بخلاف ذلك. وفى ذلك يتعين أن يفتح الحساب الجارى الجديد فى بنك آخر لتفادى وقوع مقاصة الإفلاس.

على أنه إذا أودع العميل مبلغا من المال من أجل تخصيصه للوفاء بالتزام معين، مثال ذلك، لوفاء ورقة تجارية مسحوبة من العميل على البنك، فذلك قد يعد اتفاقا ضمنيا على استقلال هذه الأموال عن حساب القرض أو الحساب الجارى المدين^(٦٢).

[1962] 1 Ch. 21.

(٦١)

S.R. Derham, "Set-Off," 2ed., ed., P. 517.

(٦٢)

ومن الأخرى التنويه بأنه بفرض استقلال حساب عن الآخر بسبب وجود الاتفاق الصريح أو الضمني، فإن مقاصة الإفلاس تقع وفقا لهذا المنهج، لأنها تترتب بشكل تلقائي بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس.

الفرع الثاني: استقلال الحسابات المتعددة

يذهب المنهج الثاني إلى أنه إذا فتح العميل أكثر من حساب، فإن الأصل العام استقلال كل حساب عن الآخر، ولا يقبل ادعاء البنك بأنه ترك الحساب الجارى مكشوفاً لمصلحة العميل بسبب وديعة العميل النقدية فى الحساب الآخر، ومن ثم تكون هذه الوديعة مرهونة لمصلحة البنك، الأمر الذى يخوله التقاض بينهما، وذلك لاختلاف نية الطرفين فى شأن الوديعة النقدية، إذ إن العميل يقصد استردادها وليس رهنها لمصلحة البنك^(٦٣). وقد أخذ المشرع الكويتي بهذا المنهج، حيث قرر فى المادة ٣٣٦ من قانون التجارة أنه "إذا تعددت حسابات المودع فى بنك واحد أو فى فروع بنك واحد اعتبر كل حساب منها مستقلاً عن الآخر ما لم يتفق على غير ذلك"^(٦٤).

وعليه، فإن استقلال الحسابات البنكية بعضها عن بعض يؤدى إلى نتيجتين: الأولى، إمكانية وقوع المقاصة القانونية بين هذه الحسابات فى حال تحقق شروطها، والأخرى، عدم وقوع مقاصة الإفلاس بين هذه الحسابات، لأن الاستقلال يفيد عدم الارتباط بين الديون الناتجة عن تشغيل الحسابات. بيد أن قاعدة الاستقلال التى أخذ بها المشرع الكويتي لا تتعلق بالنظام العام، لأن

(٦٣) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ١٩٨٩، ص ١٠٣١.
(٦٤) يعقوب يوسف صرخوه، عمليات البنوك من الوجهة القانونية فى القانون الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٨، ص ٣٧. انظر الوضع فى القانون المصرى، حيث يقرر القضاء قاعدة استقلال الحسابات خروجاً على مبدأ وحدة الذمة المالية، مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٥، ص ٤٦٢.

المشرع أردف فى عجز المادة عبارة ما لم يتفق على غير ذلك، بخلاف المشرع المصرى فى قانون التجارة الجديد، وعلى الرغم من تطابق صياغة المادة ٣٠٧ من القانون المصرى، فإن هذه المادة لم يرد بها ما يجيز الاتفاق على خلاف قاعدة استقلال الحسابات المتعددة، الأمر الذى يفهم منه تعلق المادة ٣٠٧ من القانون المصرى بالنظام العام. وعلى العموم، تفاديا لاستقلال الحسابات المتعددة بعضها عن بعض، فإن البنوك تلجأ عادة إلى النص فى عقد فتح الحساب على أن الحسابات المتعددة تعد واحدة أو بعضها ضامن للبعض الآخر، أو تمكن البنك من إجراء المقاصة بين هذه الحسابات^(٦٥)، وما يعيننا فى هذا الصدد هو الاتفاق على وحدة الحسابات المتعددة أو على وقوع المقاصة بينها على خلاف الأصل العام.

الاتفاق على وحدة الحسابات المتعددة أو وقوع المقاصة بينها:

الاتفاق بين البنك وعميله على إمكانية وقوع المقاصة بين أرصدة الحسابات المتعددة، يفيد فى الحقيقة استقلال الحسابات المتعددة إلى أن يستخدم البنك رخصة إجراء المقاصة، وفى حالة إفلاس العميل، فإنه ليس بمقدور البنك التمسك بمقاصة الإفلاس، بالاستناد إلى سببين: الأول، لأن شهر الإفلاس يمنع تنفيذ الاتفاقات السابقة عليه إذا كان من شأنها تكوين مركز ممتاز لأحد الدائنين خلافا لقاعدة المساواة، كما هو الشأن فى حالة اتفاق المقاصة بين الحسابات المتعددة. والآخر، لأن الحسابات كانت مستقلة قبل وقوع المقاصة، ومقاصة الإفلاس تتطلب الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته. لذا يلجأ البنك - فى الغالب - إلى الاتفاق مع العميل على وحدة حساباته المتعددة، بما حاصله تكوين حالة من الارتباط بين هذه الحسابات. ويتعين أن يكون هذا الاتفاق صريحا، وأن يفسر تفسيراً ضيقاً، لأنه يأتى على خلاف الأصل العام.

(٦٥) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ١٩٨٩، ص ١٠٣٢.

ويوجد انقسام فى الفقه والقضاء المقارنين حول جدوى اتفاق وحدة الحسابات أو المقاصة بينها عند إفلاس العميل. وتفصيل ذلك على النحو التالي:

الرأى الأول: وقوع مقاصة الإفلاس:

تستند مسوغات الرأى القائل بوقوع مقاصة الإفلاس عند الاتفاق عليها قبل شهر إفلاس العميل أو على وحدة الحسابات المتعددة إلى ما يلي:

أولاً: قضت محكمة النقض الفرنسية بأن للبنك الحق فى مقاصة الرصيد الدائن لحساب جار لصالحه أقل بسبب إفلاس العميل، ودين نشأ فى ذمة البنك خارج نطاق الحساب، مادام الاتفاق على المقاصة لم يكن وقت إبرامه غير عادى ولا يثير الشك، ومن ثم يجوز إجراء المقاصة بين أرصدة الحسابات المستقلة فى حالة إفلاس أحد طرفيها بناء على الاتفاق السابق بينهما^(٦٦).

ثانياً: الاتفاق على إجراء المقاصة بين الحسابات المتعددة يفيد نزول الطرفين عن استيفاء حقوقهما فوراً ويقيمان بينهما نوعاً من التماسك يعطى كلاً منهما ميزة للآخر تظهر فى تمسك الطرفين بالمقاصة تجاه كل منهما، وفى مواجهة الغير، ومنها جماعة الدائنين، ومن غير ذلك تستفيد جماعة الدائنين على حساب الطرف الآخر فى الحساب. ويذهب بعض الفقهاء إلى صحة الاتفاق شريطة أن يكون له تاريخ ثابت وسابق على فترة الريبة^(٦٧).

(٦٦) محكمة النقض الفرنسية فى ١٣ يوليو ١٩٤٢ (الاسبوع القانوني ١٩٤٣ - ٢ - ٢١٥٧ تعليق هوان ومنشور فى دالوز ١٩٤٤ - قضاء - ١ تعليق شيرون). مشار إليه لدى، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ١٠٤٢-١٠٣٣.

(٦٧) رأى منسوب لجافلدا وستوفيه، ص ٤١٤، وفاسير وماران، ص ٢٨٧-١. استئناف باريس ٥ مارس ١٩٦٩، الفصلية ١٩٦٩، ص ١٠٠٢. مشار إليه لدى، علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ١٠٣٤.

ثالثاً: فى حالة الاتفاق على وحدة الحسابات المتعددة يكون الاتفاق صحيحاً ومنتجاً لآثاره، إذ تُعد الحسابات المتعددة فى الحقيقة أقساماً لحساب واحد.

الرأى الثانى: عدم وقوع مقاصة الإفلاس:

تستند مسوغات الرأى الرافض لصحة اتفاق وحدة الحسابات المتعددة أو المانع لوقوع المقاصة بين أرصدة هذه الحسابات إلى ما يلى:

أولاً: أساس صحة الاتفاق على المقاصة بين الديون المرتبطة هو وحدة المصدر، كما لو كانت ديوناً متقابلة فى حساب جار واحد، فهذا الارتباط طبيعى يعتد القانون بآثاره من دون النظر إلى إرادة الطرفين، على خلاف الوضع فى إنشاء ارتباط مصطنع بإرادة الطرفين بين ديون مستقلة. وقد أنكرت محكمة باريس على البنك أن يتمسك بالمقاصة بين حسابات متعددة يربطها اتفاق دمج هذه الحسابات، لأن البنك سلك دائماً فى محاسبته وفى علاقته بالعميل سلوكاً يفترض أن الحسابات مستقلة ولم يتمسك باتفاق الدمج بين الحسابات إلا عند شهر إفلاس العميل وعندما بدا ذلك فى مصلحته، بما حاصله وجوب أن تكون الحسابات فى الواقع والحقيقة قد سارت العمليات فيها بوصفها حسابات مرتبطة^(٦٨). هذا بالإضافة إلى وجود اتفاق صريح على دمج الحسابات.

ثانياً: أما الحجة التى سيقى من أصحاب الرأى القائل بصحة الاتفاق، المتمثلة فى إرجاء الطرفين تسوية الديون المستقلة بينهما من أجل إقامة نوع من التماسك بينهما، إذ أعطى كل من الطرفين للآخر ميزة التمسك بالمقاصة، فهذه الحجة غير مقبولة فى نظام الإفلاس، الذى لا يجيز تنفيذ الاتفاقات السابقة على شهر الإفلاس إذا نشأت خلال فترة الريبة وأدت إلى تكوين مركز ممتاز لأحد الدائنين، حتى لا ينطوى ذلك على إخلال بقاعدة المساواة بين الدائنين.

(٦٨) حكم محكمة استئناف باريس فى ١٩ يناير ١٩٥٧، مجلة ينك ١٩٦٠، ص ٣٢٢ والفصلية ص ٦٢١. مشار إليه لدى، على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ١٠٣٨.

ثالثا: في كثير من الأحيان لا يستفيد البنك من شرط دمج الحسابات المتعددة أو إجراء المقاصة بينها، لأن البنك يلتزم بإخطار العميل عند رغبته في إجراء المقاصة، باعتبار أن كلا من الحسابين له ذاتيته الخاصة، كما أن من الجائز أن يسحب العميل شيكات على أحد الحسابين فيكون على البنك وفاءها جميعا من دون أن يستطيع رفض الوفاء بحجة وقوع المقاصة بين رصيدي الحسابين^(٦٩).

ترجيح الرأي القائل برفض وقوع مقاصة الإفلاس:

نستند في ترجيح الرأي القائل برفض وقوع مقاصة الإفلاس إلى الأسباب التالية:

أولا: سبق أن أوضحنا أن المادة ٥٨١ من قانون التجارة قد نصت على ضرورة تحقق الارتباط بين حقوق المفلّس والتزاماته من أجل وقوع مقاصة الإفلاس، وقد تضمنت هذه المادة حالتين، ذكرت على سبيل المثال، يتحقق بهما الارتباط، وهما الحساب الجارى، ووحدة السبب، ويبين من هاتين الحالتين أن الارتباط يتحقق فيهما بحكم القانون، لا دخل لإرادة الطرفين به، فالحساب الجارى تتقاص الديون أو القيود الواردة به عند إقفاله بحكم القانون، ووحدة السبب تفترض ترتب الحقوق والالتزامات عن عقد واحد، وفى هاتين الحالتين، فإن الارتباط يكون قانونيا، لا دخل لإرادة الطرفين فى إنشائه، كما هو الشأن فى حالة تكوين الارتباط من خلال الاتفاق على وحدة الحسابات المتعددة.

ثانيا: مادام أن المشرع قد ذكر حالة الارتباط فى الحساب الجارى ووحدة السبب على سبيل المثال وليس على سبيل الحصر، فإنه يمكن القياس عليهما فى حالة التشابه فى الصفة والغاية، ومن ثم يتعين وجود اتفاق بين البنك وعميله على وحدة الحساب، إعمالا لنص المادة ٣٣٦ من قانون التجارة، ويتعين أن تسير الحسابات المتعددة فى الواقع والحقيقة باعتبارها حسابا واحدا،

(٦٩) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، هامش رقم ٥، ص ١٠٣٤.

وبمعنى آخر، أن يكون الارتباط بين مفردات الحسابات المتعددة ارتباطاً حقيقياً وليس مصطنعاً، ومن غير ذلك، يعني تمكين الطرفين من الالتفات عن علة النص بإرادتهما المستقلة. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية برفض وقوع مقاصة الإفلاس، على الرغم من وجود اتفاق وحدة الحسابات المتعددة، لأن البنك سلك دائماً في محاسبته وفي علاقته بالعميل سلوكاً يفترض أن الحسابات مستقلة ولم يتمسك باتفاق وحدة الحسابات إلا عند شهر الإفلاس^(٧٠).

ثالثاً: وإذا افترضنا جدلاً أن مقاصة الإفلاس تقع عند الاتفاق على وحدة الحسابات المتعددة التي سارت مستقلة في أثناء تشغيل هذه الحسابات، فإن مؤدى ذلك هو تمكين الطرفين - الدائن ومدينه المفلس - بإرادتهما المستقلة من أعمال قاعدة غير آمرة - وهي قاعدة استقلال الحسابات - من أجل مخالفة قاعدة آمرة، وهي المادة ٥٨١ من قانون التجارة التي نصت على ضرورة توافر الارتباط بين حقوق والمفلس والتزاماته، ذلك أن المشرع في قانون التجارة قد وازن بين مصلحة كل دائن على حدة من جانب، وبين مصلحة جماعة الدائنين من جانب آخر، إذ مكن من وقوع المقاصة في حال توافر الارتباط بين الدائنين، فإذا وقعت مقاصة الإفلاس من دون وجود ارتباط حقيقي بين الدائنين بناء على اتفاق البنك وعميله، فمن شأن ذلك، الإخلال بتوازن المصالح الذي يسعى المشرع إلى تحقيقه، لأنه يؤدي إلى الانحياز إلى مصلحة الدائن الشخصية بمقدار يزيد على القدر الذي حدده المشرع في قانون التجارة.

رابعاً: بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس تتكون جماعة الدائنين، وتعد هذه الجماعة شخصاً اعتبارياً يمثلها مدير التفليسة، كما تعد من الغير بالنظر إلى المفلس^(٧١)، وتغل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها، وينشأ حق لهذه الجماعة على موجودات التفليسة، بحسبان توزيع موجوداتها على الدائنين العاديين قسمة الغرماء، ومن ثم لا يجوز، في ظل عدم وجود الارتباط الحقيقي،

(٧٠) علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ص ١٠٣٨.

(٧١) محسن شفيق، القانون التجارى الكويتي، ١٩٨٢، ص ٤٤٨.

إعمال مقاصة الإفلاس إضرارا بحقوق الغير وهم جماعة الدائنين، فقد نصت المادة ١/٤٣٠ من القانون المدنى على أنه "لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق الغير".

خامسا: إن الاتفاق على وحدة الحسابات المتعددة أو وقوع المقاصة بين هذه الحسابات يؤدى إلى منح البنك تأمينا اتفاقيا يميزه عن باقي الدائنين، فإذا أبرم هذا الاتفاق خلال فترة الرتبة من أجل ضمان دين سابق مستحق فى ذمة العميل نشأ قبل فترة الرتبة أو خلالها، فإن المادة ٥٨٤ / د من قانون التجارة تقرر عدم نفاذ الاتفاق، لأنه يعد اتفاقا ضارا بجماعة الدائنين، ومخلا بمبدأ المساواة بينهم.

المطلب الثالث:

شروط وقوع مقاصة الإفلاس بين الحسابات المتعددة

المقدمة:

تثير مقاصة الإفلاس فى مجال العلاقة بين البنك وعميله إشكالات كثيرة، تتمثل فى تحديد مدى سريان القواعد العامة للمقاصة على مقاصة الإفلاس البنكية (الفرع الأول)، وفى مدى ضرورة إعلان البنك عميله بإعمال المقاصة أو دمج الحسابات (الفرع الثانى)، وفى وقت إجراء المقاصة (الفرع الثالث). وتفصيل ذلك كما يلي:

الفرع الأول:

سريان القواعد العامة للمقاصة

على مقاصة الإفلاس البنكية

من الضرورة بمكان أن تكون العلاقة بين البنك وعميله علاقة بنكية، أى علاقة مديونية يتحقق بها معنى التقابل بين الدينين، الأمر الذى يمكن البنك من إجراء المقاصة أو دمج الحسابات المتعددة للعميل، فإذا سحب العميل كمبيالة

للمستفيد وقام الأخير بتظهيرها للبنك، فإن مطالبة البنك للساحب تكون خارج إطار العلاقة البنكية، ولا تصلح أساسا لدمج الحسابات، وإذا كان البنك دائئا للعميل في مجال عمل تجارى خارج إطار العلاقة البنكية، فإنه يتمتع على البنك بإجراء المقاصة البنكية أو دمج الحسابات^(٧٢).

ومن جانب آخر، يتعين أن تكون علاقة المديونية مع البنك نفسه، فإذا كان للبنك تركيبة هيكلية تجعل منه وحدات مستقلة، مثلا، تتمتع كل منها بشخصية معنوية، فإنه لا يصح دمج حسابات العميل أو إجراء المقاصة بينها من أجل انقضاء دينين أحدهما مستحق للعميل في ذمة إحدى وحدات البنك، وبين دين مستحق في ذمة العميل لوحدة أخرى مستقلة عن الأخرى، وذلك لعدم وجود التقابل بين الدينين.

وحتى يكون في مقدور البنك إجراء المقاصة بين الدينين، فإنه من اللازم أن يكون الدينان حالي الأداء، والأمر في الحقيقة لا يقف عند هذا الحد، بل يتعين أن يوضع العميل موضع المخل بوفاء دينه، فلا يمكن أن يقوم البنك بدمج الحسابات قبل أن يحل موعد الوفاء بالدين، ومضي المدة التي يتعين خلالها الوفاء بالدين^(٧٣). وبذا فإن البنك يكون في مأزق قانوني إذا أشهر إفلاس العميل قبل حلول موعد الوفاء بالدين، ففي الولايات المتحدة الأمريكية يتمتع على البنك إجراء المقاصة في حال تقديم طلب شهر إفلاس العميل، حيث توقف إجراءات المقاصة بحكم القانون، إلى أن يتمكن البنك من رفع وقف الإجراءات، في حين لا يتأثر البنك في المملكة المتحدة من شهر إفلاس العميل، لأن المقاصة تقع تلقائيا بين الحسابات بحكم القانون. ومن هذا المنطلق، تضع البنوك في الولايات المتحدة الأمريكية حالات تعجيل الوفاء بالدين قبل موعد الوفاء المضروب Acceleration Clause، ومن هذه الحالات، تقديم طلب الحجز على حساب العميل أو حوالة العميل لحقوقه، أو إعسار العميل أو وفاته، أو

S.R. Derham, "Set-Off," P. 508.

(٧٢)

Barkley Clark, "Bank Exercise of Set-Off: Avoiding the Pitfalls," 98 The Banking Law Journal, 1981, P. 207.

(٧٣)

اتخاذ أى إجراء بطلب شهر إفلاسه، أو اعتقاد البنك بحسن نية بأنه يكتنف وفاء العميل للدين بعض العوائق. والحالة الأخيرة يكفي لإعمالها تحقق المعيار الشخصي من أجل تعجيل الوفاء، ولا يشترط أن يبنى اعتقاد البنك على أسس موضوعية. وعبء إثبات سوء نية البنك فى تعجيل الوفاء يكون على العميل^(٧٤).

ففى دعوى Jensen v. State Bank of Allison شعر البنك بضعف ضمان المدين، عندما علم باتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال العميل المودعة لديه من قبل دائن العميل، فقام البنك - على الرغم من أولويته فى تقاضي ديونه من الأموال المودعة لديه من العميل - بتعجيل آجال الديون المستحقة فى ذمة العميل، وفى غضون ذلك سحب العميل بعض الشيكات التى ردت بسبب عدم كفاية الرصيد، الأمر الذى أدى إلى توقف المدين عن الوفاء بديونه، وفى إثر ذلك بوشرت إجراءات شهر إفلاسه، وتقدم مدير التفليسة لاقتضاء الأموال التى أجرى البنك المقاصة عليها، بدعوى سوء نية البنك فى التنفيذ عليها، وقد قرر القضاء بأن معيار تعجيل الوفاء بالدين هو معيار شخصي، ولا يوجد سوء نية من جانب البنك^(٧٥). وتجدر الإشارة فى هذا الصدد إلى أن المبدأ الذى أرسى فى هذه الدعوى يذهب إلى أنه ليس على البنك أي مسئولية فى حال عدم صرف الشيك المسحوب عليه بسبب عدم كفاية رصيد الساحب نتيجة لإجراء المقاصة.

وفى الكويت، فإن الوفاء قبل استحقاق الدين يخضع للبطلان الوجوبي، إذا تم خلال فترة الريبة، إذ نصت المادة ٥٨٤/١ ب على أنه " لا يجوز التمسك فى مواجهة جماعة الدائنين بالتصرفات الآتية إذا قام بها المدين بعد تاريخ الوقوف عن الدفع وقبل الحكم بشهر الإفلاس: (ب) وفاء الديون قبل حلول الأجل أيا كانت كيفية هذا الوفاء، ويعتبر إنشاء مقابل وفاء ورقة تجارية لم يحل ميعاد استحقاقها فى حكم الوفاء قبل حلول الأجل".

Barkley Clark, " Bank Exercise of Set-Off: Avoiding the Pitfalls," P. 209. (٧٤)

518 F.2d 1 (8th Cir. 1975). (٧٥)

ويثير تطبيق هذه المادة بحث مسألة قيام البنك في الكويت بالاتفاق مع العميل، في عقد فتح حساب القرض، على تعجيل الوفاء بالدين، أو قيام البنك بإجراء المقاصة مع حساب الوديعة العائد للعميل، وذلك عند ضعف ضمانات العميل التي قدمها للبنك أو تخلفه عن سداد أحد الأقساط، إذ نكون في هذه الحالة إزاء حالة تعجيل الوفاء بالدين قبل حلول أجله بسبب إخلال العميل بالتزام تعاقدى يفرض عليه الاحتفاظ بضماناته، أو بسبب توقف العميل عن الدفع، بما حاصله دخوله في فترة الرتبة، فهل يؤدي قيام البنك بإجراء المقاصة إلى البطلان الوجوبي؟ نعتقد بأن الإجابة عن ذلك تتحدد بالنظر إلى كثير من الاعتبارات: الاعتبار الأول، يتعلق بعدم أهمية الشرط الوارد في عقد القرض الرامي إلى تعجيل الوفاء بسبب ضعف ضمانات العميل، لأن المادة ٥٨٤/١/ب تفترض لجريان حكمها الاتفاق بين الدائن والمدين على الوفاء قبل حلول الأجل، ولأن المادة ٣٢٢ (ب) من القانون المدني تنص على أنه يسقط حق المدين في الأجل إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى للدائن من تأمين خاص حتى وإن كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه. والاعتبار الثاني، يخص إقرار تعجيل الوفاء قبل حلول أجله من قبل الدائن بإرادته المنفردة بمقتضى عقد القرض يؤدي إلى تفويت الغاية من عدم نفاذ التصرفات التي يجريها المدين خلال فترة الرتبة إضراراً بدائنيه. والاعتبار الأخير، يخص شرط تعجيل الوفاء، فهو في الحقيقة وفاء قبل حلول الأجل، وضع من أجل حماية مصلحة خاصة بالبنك الدائن، بيد أن المادة ٥٨٤ من قانون التجارة شرعت من أجل حماية مصلحة عامة، ومن ثم نرى عدم إقرار شرط تعجيل الوفاء إذا تم خلال فترة الرتبة، لأنه ضرب من ضروب الوفاء قبل حلول الأجل، شريطة ألا يكون المال الذي أجرى البنك المقاصة به هو في الأصل مقدم من العميل لضمان وفاء القرض.

الفرع الثاني: إخطار العميل بإجراء المقاصة

إذا قام البنك بدمج الحسابات المتعددة أو دلف إلى إجراء المقاصة بين هذه الحسابات، فهل يتعين عليه إخطار العميل بذلك؟ وما الأثر الذى يترتب على تخلف الإخطار فى حالة وجوبه؟ فى الحقيقة، لا يلزم البنك فى المملكة المتحدة بإخطار العميل عن دمج الحسابات المتعددة أو إجراء المقاصة بينها، لأن المقاصة عبارة عن قيود محاسبية يستقل البنك بترتيبها، والحسابات المتعددة عبارة عن حساب واحد.

والأمر على خلاف، إذا كان بين البنك وعميله اتفاق على استقلال الحسابات، ورغب البنك بإنهاء ذلك الاتفاق. فإذا كان لدى العميل حساب جار دائن وحساب قرض، فيفترض عندئذ وجود اتفاق ضمني على استقلال هذين الحسابين، حتى يكون العميل بمأمن من سحب شيكاته على حسابه الجار^(٧٦). فيتعين على البنك توجيه إخطار إلى العميل يعلمه به عزمه على إقفال حسابه بعد فترة معقولة. وحتى انتهاء هذه الفترة يكون بمقدور العميل سحب شيكاته على حسابه الجارى.

غير أنه فى دعوى Halesowen وافق البنك للعميل على تجميد حسابه المدين فترة أربعة أشهر، ما لم يطرأ تغيير جوهرى فى الظروف، بما حاصله منع البنك من إجراء المقاصة مع أى حساب آخر دائن عائد للعميل أو دمج الحساب المجمد مع حساب آخر، وقد مكن ذلك القضاء من بحث مدى إلزامية توجيه إخطار للعميل بإقفال الحساب فى حال ظهور تغيير جوهرى فى الظروف، إذ قرر اللورد Cross بأن البنك ملزم بتوجيه الإخطار للعميل، ويكون للإخطار أثر فورى وليس بعد فترة معقولة^(٧٧).

Philip R. Wood, "English and International Set-Off," P. 1159. S.R. Derham, " (٧٦)
Set-Off," P. 501.

[1972] AC 785, 810.

(٧٧)

وفى الولايات المتحدة الأمريكية نصت المادة ٩ من قانون البنوك لولاية نيويورك على أنه "لا يحق للبنك إجراء المقاصة مع حساب وديعة إلا إذا قدم إخطاراً عبر البريد فى يوم إجراء المقاصة نفسه أو قبله يبين فيه أسبابها. والتخلف عن تقديم هذا الإخطار لا يؤثر فى حق البنك فى إجراءاتها"^(٧٨). وتفيد هذه المادة بأنه يلزم البنك بإرسال الإخطار للعميل فى وقت محدد، وهو قبل إجراء المقاصة أو فى يوم إجراءاتها، ولكن تخلف البنك عن تقديم هذا الإخطار ليس من شأنه التأثير فى حق البنك فى إجراء المقاصة، فإذا لم يقدم البنك الإخطار أو قدمه فى وقت متأخر، وترتب على ذلك ضرر بالعميل، فإن البنك يكون مطالباً بتعويض العميل عن الخطأ فى عدم توجيه الإخطار، ومثال ذلك سحب العميل شيكا من دون أن يصادف مقابل وفاء بسبب قيام البنك بإجراء المقاصة.

ففى دعوى Biby v. Union Nat'l Bank قام البنك بإجراء المقاصة مع الحساب الجارى للعميل من دون أن يسعى البنك لإخطار العميل، أو طلب موافقته على ذلك، الأمر الذى أدى إلى سحب شيك وارثابه جريمة إصدار شيك من دون رصيد. وقد رفع العميل دعوى على البنك بناء على إهمال البنك فى الحصول على موافقة العميل على إجراء المقاصة حسبما يقضى به قانون البنوك فى ولاية شمال ديكونتا، وقد قرر القضاء بأن البنك قد حصل على موافقة العميل المسبقة على إجراء المقاصة بمقتضى قواعد البنك وأحكامه فى اتفاق بطاقة التوقيع، حتى وإن كان تفويض البنك فى إجراء المقاصة قد ورد بأحرف صغيرة^(٧٩).

وتجدر الإشارة إلى أن الدول التى تأخذ بمنهج مقاصة الإفلاس التلقائية، لا يتعين فيها تقديم إخطار للعميل من أجل أعمال المقاصة، لأن المقاصة تقع بشكل تلقائي وبحكم القانون بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس.

See also, Section 846 of the California Financial Code.

(٧٨)

162 N.W. 2d 370 (N.D. 1968).

(٧٩)

وفى الكويت، فإنه وعلى الرغم من نص المادة ٣٣٦ من قانون التجارة الذى أرسى مبدأ استقلال الحسابات المتعددة، ما لم يتفق على غير ذلك، فإن البنوك قد درجت على النص فى نماذج عقود فتح الحسابات مع العملاء بأنه "تعتبر جميع حسابات العميل لدى البنك حالياً ومستقبلاً ضامنة بعضها بعضاً بغض النظر عن طبيعتها ومسمياتها، ويحق للبنك أن يقيد فى الجانب المدين لأى منها أى مبلغ مستحق له على العميل سداداً للرصيد المدين فى الحسابات الأخرى، كما يحق للبنك دمج وتوحيد أى من حسابات العميل فى حساب واحد وإجراء المقاصة فيما بينها والتحويل من حساب إلى آخر دون الحاجة إلى الحصول على موافقة العميل المسبقة". غير أن دمج الحسابات وإجراء المقاصة بينها لا يعنى عدم إخطار العميل عن إجراء المقاصة، لأن نص العقد الآنف الذكر لا يعفى البنك من ضرورة الإخطار، وإنما يعفيه من الحصول على موافقة العميل، ولا سيما أن المادة ٢/٣٣١ من قانون التجارة قد نصت على أنه " وإذا أجرى البنك عمليات يترتب عليها أن يصبح رصيد المودع مديناً، وجب على البنك إخطاره فوراً لتسوية مركزه". لذا فقد نصت القواعد العامة لعقد فتح الحسابات لدى بيت التمويل الكويتي على أنه " يحق لبيت التمويل الكويتي فى أى وقت ومن دون أى إخطار أو معارضة إجراء المقاصة بين جميع الحسابات المختلفة لصاحب الحساب تسوية للديون المستحقة عليه لبيت التمويل الكويتي". ومن جانب آخر، يتعين على البنك إذا كانت حصيلة خصم الورقة التجارية غير المدفوعة مقيدة فى الحساب الجارى إلغاء القيد عن طريق القيد العكسي مع ضرورة إخطار المستفيد من الخصم بهذا القيد. وفضلاً عن ذلك، فإن ثمة أسباباً قانونية توجب على البنك إخطار العميل فى حالة قيام البنك بإجراء المقاصة، لأن المقاصة لا تقع إلا إذا تمسك بها من له الحق بها بمقتضى المادة ١/٤٢٨ من القانون المدني، والتمسك بالمقاصة يكون فى مواجهة الطرف الآخر، الأمر الذى يستوجب علمه بوقوعها، وإلا فكيف يمكن القول بأن المقاصة ترتب أثرها بانقضاء الدينين بقدر الأقل منهما، إذن لابد من إخطار العميل بوقوعها بشكل فوري، وذلك من أجل تفادى قيام العميل بسحب

شيكات من دون رصيد، بسبب اعتقاده بوجود الرصيد الكافي لتغطية قيمة الشيك.

والمشرع الكويتي قد أخذ بمقاصة الإفلاس الإجرائية، الأمر الذي يستوجب تقدم البنك بإجراءات التفليسة من أجل تحقيق دينه لإعمال المقاصة، ويفهم من ذلك، عدم إمكانية إجراء المقاصة من دون علم من مدير التفليسة.

الفرع الثالث:

الوقت الذي تجرى فيه المقاصة

يتعين أن يحدد الوقت الذي تجرى فيه المقاصة بين الحسابات المتعددة، وذلك للوقوف على مدى مشروعية إجراءاتها، وخصوصاً في التشريعات التي تتطلب الارتباط بين الحقوق والالتزامات في مقاصة الإفلاس، حيث إنه إذا كان للبنك إجراء المقاصة بين الديون المتقابلة مع العميل، فإنه بعد حكم شهر الإفلاس يتعين أن يتوافر الارتباط بين هذه الديون، وبعبارة أخرى، تحديد الأحكام التي تسرى على المقاصة، في التشريعات التي تختلف فيها الأحكام العامة للمقاصة عن أحكام مقاصة الإفلاس.

وتنبع أهمية تحديد وقت إجراء المقاصة في المجال البنكي، من أن البنك يستقل في إجراءاته في القيود التي يسجلها في حسابات العميل المتعددة، ومن ثم فمن الممكن أن يدعى البنك إجراء المقاصة قبل الحكم بشهر الإفلاس، إذ إن حسابات العميل تقع في حيازة البنك وفي ظل إدارته. ومثل ذلك نص قانون الإفلاس للولايات المتحدة الأمريكية على وقف إجراءات المقاصة في حال تقديم طلب شهر إفلاس العميل، إذ لا يكون بمقدور البنك إجراء المقاصة بين حسابات العميل، إلا إذا حصل على حكم قضائي بذلك، ولا يستطيع - من جانب آخر - مدير التفليسة التنفيذ على حسابات العميل لدى البنك، إلا إذا قدم ضماناً كافياً للبنك لاستيفاء دينه^(٨٠).

(٨٠) Paul S. Groschadl, "Freezing" the Debtor's Bank Account: A Violation of the Automatic Stay?, P. 77.

ويضاف إلى ذلك، أنه من الممكن مدامت حسابات العميل فى حيازة البنك وتحت ظل إدارته أن يجرى البنك المقاصة فى اليوم الذى يقدم فيه دائن العميل حجزا على حساباته، وذلك من أجل أن يكون للبنك أولوية قبل الدائن الحاجز، وخصوصا أن المادة ١/٤٣٠ من القانون المدني قد نصت على أنه "لا يجوز أن تقع المقاصة إضرارا بحقوق الغير".

ومن المسلم به أن المقاصة لا تقع بين حسابات العميل المتعددة بمجرد تحقق مجرد نية البنك فى إجراء المقاصة، حيث إن النية المجردة لا تكفى لترتيب أثر قانوني أو لانقضاء التزام. وفى مجال المقاصة بين الحسابات المتعددة يتعين أن تتحقق ثلاثة شروط لإجراء المقاصة: الأول، إصدار قرار إجراء المقاصة. ثانيا، القيام بعمل إيجابي نحو إجراء المقاصة، والأخير، وجود سجل يثبت أن المقاصة قد أجريت^(٨١). فإذا تحققت الشروط الثلاثة قبل صدور حكم شهر الإفلاس، فإنه لا مجال لسريان أحكام مقاصة الإفلاس، بيد أنه إذا كان وقت المقاصة بعد صدور حكم شهر الإفلاس أو خلال فترة الريبة، وتمكن مدير التفليسة من إبطال المقاصة، بسبب إضرارها بجماعة الدائنين، فإنها تكون غير مشروعة، ويتعين على البنك، التقدم لتحقيق دينه، وإثبات وجود الارتباط بين الدينين.

المبحث الثالث

تعجيل مقاصة الإفلاس فى عقود البورصة الآجلة (مقاصة الإغلاق)

مقدمة : التعريف والأهداف:

مقاصة الإغلاق أو ما يطلق عليها تسمية "نتينغ" netting هي مقدرة أحد طرفي عقد مالي - يخول إمكانية إبرام صفقات عديدة أو عقود مالية متعددة

Baker V. National City Bank of Cleveland, 511 F.2d 1016 (6th Cir. 1975).

(٨١)

بين طرفين، تكون مختلفة تواريخ الاستحقاق - على إجراء المقاصة بين الديون المتقابلة عند إعسار الطرف الآخر أو إفلاسه، وهي أداة قانونية تستهدف التقليل من نسبة المخاطر القانونية التي قد يتعرض إليها المستثمر في السوق الآجلة، ومثال ذلك، إذا كان الطرف الأول مديناً للطرف الثاني بمبلغ مليون دينار والثاني مدين للأول بمبلغ مماثل، فإنه عند إعسار أحد الطرفين أو إفلاسه، يكون للطرف الآخر بمقتضى نص في العقد المالي الآجل أن ينهي العقد أو يسقط أجله، وتجري المقاصة بناء على أسس في التسوية متفق عليها في العقد مبنية على ربح الطرفين وخسارتهم، ومن ثم فإنه في هذه الحالة ينقضي الدينان المتقابلان، بيد أنه في حال إرجاء المقاصة إلى بعد الحكم بشهر الإفلاس، فإن المخاطر التي يتعرض لها تكون بنسبة الدين^(٨٢).

وهناك مميزات كثيرة تتصف بها هذه المقاصة الخاصة، تتمثل في التقليل من نسبة مخاطر الوفاء بالديون التي تتعرض لها المؤسسات المالية^(٨٣)، فقد يهدف أحد الأطراف إلى وفاء دينه، في حين يتعذر على الآخر الوفاء بالدين المقابل، فعلى سبيل المثال؛ يبيع البنك الأول خمسين جنيهاً إلى البنك الثاني بسعر مائة دولار. وبعد بضعة أيام يقوم البنك الأول ببيع مائة دولار إلى البنك الثاني بسعر واحد وخمسين جنيهاً، تدفع في يوم استحقاق العقد الأول، فإذا حل موعد الوفاء قام البنك الأول بأداء مائة دولار وخمسين جنيهاً بمقتضى العقدين، ولكن إذا أفلس البنك الثاني قبل الوفاء، ففي هذه الحالة يكون البنك الأول قد تعرض لنسبة مخاطر هائلة، تتمثل في المبالغ التي دفعها، في حين أنه لو عملت المقاصة أو "نتينغ" لكانت نسبة المخاطر هي جنيهاً واحد، ويطلق على ذلك مقاصة التسوية Settlement netting، لأنها تتجنب مخاطر التسوية أو مقاصة الوفاء Payment netting أو مقاصة التسليم delivery netting.

(٨٢) انظر في تعريفات مقارنة Philip R. Wood, "Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting," note, 1-10.

(٨٣) Bob Wessels, "Close-out Netting in the Netherlands," 5 J.I.B.L. [1997] P. 187.

ومثال آخر يستهدف التقليل من نسبة المخاطر فى الاتفاق الآجل الذى يتضمن كثيراً من العقود أو الصفقات فى حالة إفلاس أحد الطرفين قبل حلول الآجل، وذلك إذا كان بين البنكين عقدين آجلين لشراء العملات الأجنبية، أظهر العقد الأول نسبة خسارة ٥٪، وأظهر الآخر نسبة ربح قدرها ٥٪، فعند إنهاء العقدين وإجراء المقاصة بينهما تكون نسبة التعرض للمخاطر قدرها صفر، فى حين أنه فى حال عدم إجراء المقاصة فإن نسبة المخاطر تكون قدرها ٥٪، ويطلق على ذلك مقاصة الإغلاق Close-out netting، أو مقاصة العقد المفتوح Open contract netting، أو مقاصة الإخلال Default netting. ونطلق عليها بعدئذ مقاصة الإغلاق^(٨٤).

ويظهر أن مقاصة الإغلاق تفترض وجود اتفاق رئيس بين طرفين موضوعه التعامل فى القيم المنقولة فى السوق الآجلة، ويتضمن الاتفاق نصا يجيز إنهاء العقد فى حال إفلاس أحد الطرفين أو إعساره، فإن أفلس أحد الطرفين أمكن للطرف الآخر إنهاء العقد وإجراء المقاصة، وتحدد الديون المتقابلة على أساس الربح والخسارة بين الطرفين، ولكن ليس على أساس موعد استحقاق العقود التى تحل بعد تاريخ الإفلاس، وإنما طبقا لتاريخ حكم شهر الإفلاس أو تاريخ الإعسار.

وتعجيل إجراء المقاصة فى العقود الآجلة فى البورصة التى تحل بعد حكم شهر إفلاس بمقتضى نص فى الاتفاق الرئيس - الذى يضم هذه العقود - يقضى بإنهاء العقد فى حالة إفلاس أحد الطرفين أو إعساره، ومن ثم إجراء التسوية الملائمة بين حقوق الطرفين والتزاماتهما، إذ يستهدف ذلك منع مدير التفليسة من انتقاء العقود الربحية التى يقوم بتنفيذها ويبطل العقود الخاسرة بالنسبة للمفلس، وهو الذى يطلق عليه Cherry Picking، حيث يصمم الاتفاق على جعل العقود الآجلة التى تبرم بين الطرفين بشكل مستمر وتحل بتواريخ استحقاق مختلفة، على أنها عقد واحد، ويستخرج عنها رصيد واحد، ومن ثم

(٨٤) Rory Derham, "Set-off and Netting of Foreign Exchange Contracts in the Liquidation of a Counterparty - Part II: Netting," J.B.L. [1991] P. 536-540.

يجب على مدير التفليسة أن يقبل أو يرفض، ولكن ليس أن ينتقى من هذه العقود ما يحلو له.

ومن جانب آخر، فإن إبرام اتفاق بين الطرفين يتضمن كثيراً من العقود الآجلة التي تحل بعد صدور حكم شهر الإفلاس، يستهدف إيجاد رابطة بين هذه العقود من أجل تسهيل إجراء مقاصة الإفلاس فى التشريعات التى تشترط وجود ارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته، ومن ثم يمتنع على مدير التفليسة انتقاء العقود الرابحة وإهمال العقود الخاسرة، لأنها عبارة عن عقد واحد أو عقود كثيرة يوجد بينها صلة وارتباط. ودراسة مقاصة الإغلاق تتطلب النظر إلى طبيعتها القانونية (المطلب الأول)، وإلى الإشكالات القانونية التى تثيرها وكيفية تنظيمها (المطلب الثانى)، ومدى مشروعيتها فى القانون الكويتى (المطلب الثالث).

المطلب الأول: الطبيعة القانونية لمقاصة الإغلاق

مقدمة:

مقاصة الإغلاق تفيد - كما تقدم - وجود عقود كثيرة أو صفقات مالية متعددة أبرمت بين طرفين - وتحل بتواريخ مختلفة بعد الحكم بشهر الإفلاس أو الإعسار- بمقتضى اتفاق رئيس يقضى بإنهاء العقد وإجراء تسوية ملائمة بينهما تستند إلى الربح والخسارة حتى تاريخ إنهاء العقد، وذلك فى حال إفلاس أحد الطرفين أو إعساره. ويحسن فى هذا الصدد أن نقف على طبيعة العقد أو ماهية الشرط المتقدم حتى يتسنى لنا تحديد مشروعيته. ونرى أن طبيعة العقد أو الشرط تدور حول ثلاث نظريات: الأولى، أن مقاصة الإغلاق، وهى عبارة عن فسخ للعقد ومطالبة بالتعويض (الفرع الأول). والثانية، مقاصة الإغلاق، وهى عبارة عن سقوط للأجل الواقف (الفرع الثانى). والأخيرة، وهى عبارة عن تغيير

فى طبيعة الالتزامات (الفرع الثالث)، ثم نعرض خصوصية مقاصة الإغلاق فى عقود بيع القيم المنقولة الآجلة (الفرع الرابع)، وتفصيل ذلك على النحو التالى:

الفرع الأول: مقاصة الإغلاق عبارة عن فسخ للعقد ومطالبة بالتعويض

يبرم الطرفان فى العقود الآجلة اتفاقاً رئيساً تضاف إليه جميع الصفقات التى تبرم بين الطرفين، بحيث يتضمن الاتفاق الرئيس حق إجراء مقاصة الإغلاق فى كل العقود الآجلة عند إخلال أحد الطرفين بالتزاماته التى تتمثل فى عدم وفاء ديونه الناشئة عن أحد العقود التى حل أجلها، ومن ثم تجرى مقاصة الإغلاق أو التسوية الملائمة، ويراعى فيها ربح الطرفين وخسارتهما فى العقود الأخرى التى تم فسخها، وإعمالاً لذلك، فإن الدائن يستند فى إعماله لفسخ العقد إلى النصوص القانونية التى تنظم هذا الحق فى التشريعات المختلفة والتى تتمثل فى المادة ٢٠٩ من القانون المدنى الكويتى التى تقضى بأنه "فى العقود الملزمة للجانبين، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه عند حلول أجله، جاز للمتعاقد الآخر - إن لم يفضل التمسك بالعقد - أن يطلب من القاضى فسخه، مع التعويض إن كان له مقتضى، وذلك ما لم يكن طالب الفسخ مقصراً بدوره فى الوفاء بالتزامه".

فهذه النظرية تقوم على أساس أن عدم تمكن الطرف الآخر من تنفيذ التزامه عند حلول أجله يخول الطرف الآخر فسخ العقد، والمطالبة بالتعويض^(٨٥)، ومثال ذلك ما نصت عليه المادة ٢١١ من القانون المدنى الكويتى، فقد نصت على أنه " (١) إذا فسخ العقد، اعتبر كأن لم يكن، وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التى كانا عليها عند إبرامه. (٢) فإذا استحال على أحد

(٨٥) Philip R. Wood, " Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-off and Netting," note, 10-11.

المتعاقدين أن يعيد المتعاقد الآخر إلى الحالة التي كان عليها عند العقد، جاز الحكم عليه بأداء معادل".

نقد النظرية:

نعتقد أن تسوية مقاصة الإغلاق استناداً إلى نظرية الفسخ أمر منتقد لسببين: الأول، أنه إذا كان يمكن للدائن فسخ العقد الذى حل أجله، ولم يقيم المدين بالتنفيذ، فإنه لا يمكن لذلك الدائن أن يقوم بفسخ العقد الذى لم يحل أجله، الأمر الذى يعنى عدم أخذ القضاء بمسألة وحدة العقود الآجلة بين الطرفين. ومن ناحية أخرى، فإن الفسخ يؤدي إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها عند إبرام العقد، وليس عند تنفيذ العقد، كما تقضي به مقاصة الإغلاق. ومن ناحية أخيرة، فإن حكم الإفلاس لا يؤدي إلى فسخ العقود الملزمة للجانبين^(٨٦).

وفى الحقيقة فإن هذه النظرية لا تنسجم مع فلسفة إنهاء العقد، لأن الفسخ يفيد التنازل عن العقد والتخلي عن الآثار التى قد يترتبها، وذلك بسبب إخلال أحد الطرفين بالتزاماته، ومن ثم يؤدي الفسخ إلى إعادة المتعاقدين إلى الحالة التى كانوا عليها قبل إبرام العقد، فى حين أن إنهاء العقد الآجل يعنى التعجيل فى تنفيذه قبل حلول أجله الفعلي، أو بعبارة أخرى تنفيذ عاجل لبنود العقد بناء على تسوية متفق عليها فى الاتفاق الرئيس.

وقد يقال إن مقاصة الإغلاق تمثل فسحاً للعقد، أخذاً فى الاعتبار بأن التسوية التى يحكم بها للطرف الآخر ما هى إلا تعويضاً يحصل عليه بسبب عدم تنفيذ العقد من الطرف المفلس. غير أن هذا القول غير سديد، لأن الفسخ يتطلب إخلال أحد الطرفين بالتزامه عند حلول أجله، والفرض هنا أن الالتزام يحل بعد الحكم بشهر الإفلاس، ومن الممكن أن يلجأ مدير التفليسة إلى تنفيذ العقد، ومن ثم لا يكون هناك محل لفسخ العقد، لأنه لم يطرأ إخلال به^(٨٧).

(٨٦) المادة ٦١٤ من قانون التجارة الكويتي.

(٨٧) راجع نص المادة ٢٠٩ من القانون المدنى الكويتي.

الفرع الثاني:

مقاصة الإغلاق عبارة عن سقوط للأجل الواقف

ترى هذه النظرية أن الاتفاق في العقد على إنتهائه وتسوية الحقوق والالتزامات الناشئة عنه، في حال الحكم بشهر إفلاس أحد الطرفين أو إعساره، وإجراء هذه التسوية من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس أو الإعسار، وليس الأجل المضروب في العقد، هو سقوط للأجل، وهو المعنى ذاته الذى تقررته المادة ٣٣٢ من القانون المدني الكويتي بنصها على أنه " يسقط حق المدين في الأجل الواقف (أ) إذا حكم بإفلاسه..."، وعلّة ذلك تكمن في أن الأجل يعطى للثقة التى يستشعرها الدائن في مدينه، أما وقد زالت هذه الثقة بإفلاس المدين، فليس ثمة مسوغ للإبقاء على الأجل^(٨٨).

نقد النظرية:

في الحقيقة أن إنهاء العقد الأجل من أجل إجراء المقاصة بناء على قواعد تسوية متفق عليها يراعى فيها ربح الطرفين وخسارتهما حتى تاريخ الإفلاس أو الإعسار، ليست بسبب فقد الثقة في الطرف المعسر أو المفلس، لأن الأجل ليس مضروباً له فقط، حيث إن الأجل هو لتنفيذ التزامات الطرفين، والعلّة من إنهاء العقد قبل حلول أجله - الذى يحل بعد تاريخ الحكم بشهر الإفلاس - هي تجنب انتقاء مدير التفليسة للعقود أو الصفقات الرابحة وطلب فسخ الخاسرة.

ومن جانب آخر، فإن سقوط الأجل بسبب إفلاس أحد الطرفين يؤدي إلى تنفيذ الالتزام كما هو متفق عليه في الأصل^(٨٩)، في حين أنه في إنهاء العقد الأجل وإجراء المقاصة تكون بناء على تسوية عادلة اتفق على قواعدها في العقد الرئيس، والمبنية على ربح الطرفين وخسارتهما حتى تاريخ الحكم بشهر الإفلاس أو الإعسار.

(٨٨) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤، ص ٦٩.

(٨٩) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيع الائتمانية الأخرى، ص ٧٧-٧٩.

الفرع الثالث: مقاصة الإغلاق هي نتيجة للتغير فى طبيعة الالتزامات

يذهب الأستاذ Derham إلى أن مقاصة الإغلاق Close out netting هي تغيير فى طبيعة التزامات الطرفين نتيجة لإفلاس أحد الطرفين أو إعساره^(٩٠)، بيد أنه لم يبين كيفية تغيير طبيعة الالتزامات المتقابلة بين الطرفين، أو الأساس القانوني لهذا التغيير. ولعله يرمي إلى نظرية الظروف الطارئة، التى تعطي القاضي الحق فى الموازنة بين مصلحة الطرفين بأن يرد الالتزام المرهق إلى الحد المعقول.

نقد النظرية:

نرى بأنه لا محل لتطبيق نظرية الظروف الطارئة - على الأقل فى القانون الكويتي - لأن الظرف الطارئ يتعين أن يكون استثنائيا وعاما ولم يمكن توقعه عند إبرام العقد، والفرض فى مقاصة الإغلاق أن إفلاس أحد الطرفين كان متوقعا، لأنه نص على إنهاء العقد بسبب إفلاس أحد الطرفين، وفضلا عن ذلك، فإن الإفلاس ليس بالظرف الاستثنائي العام، فهو ظرف خاص يمكن توقعه. كذلك لا يصح القول بأن تغيير طبيعة الالتزامات المتقابلة بين الطرفين يكون نتيجة لتحول العقد، لأن المادة ١٩١ من القانون المدني تشترط بطلان العقد أو إبطاله، وإنهاء العقد لإجراء التسوية الملائمة لا يكون نتيجة لبطلان العقد أو إبطاله، إذ ليس ثمة خلل فى أركان عقد بيع القيم المنقولة الآجل.

(٩٠) Rory Derham, " Set-off and Netting of Foreign Exchange Contracts in the Liquidation of a Counterparty - Part II: Netting, " P. 539.

الفرع الرابع: خصوصية مقاصة الإغلاق فى عقد بيع القيم المنقولة الآجل

تتصف مقاصة الإغلاق ببعض الخصائص التى تتفرد بها، فهي تستهدف تجنب انتقاء مدير التفليسة للعقود أو الصفقات الرابحة وفسخه العقود أو الصفقات الخاسرة، بحيث يلجأ الطرفان قبل توزيع أموال التفليسة إلى إجراء تصفية أو تسوية بين العقود والصفقات الآجلة من أجل استخراج رصيد نهائي يتقدم به الدائن فى تفليسة الطرف المفلس، ولا يضطر الطرف الآخر إلى أداء المبالغ المستحقة بذمته للطرف المفلس، لأن ديونهما المترتبة على إبرام كثير من الصفقات تكون صالحة للتقاص، نتيجة لدمج هذه العقود فى بوتقة عقد واحد، ونتيجة لحلول موعد آجال العقود المختلفة عند إفلاس أحد الطرفين أو إعساره.

وتقترب مقاصة الإغلاق من إنهاء الحساب الجارى أو إقفاله، فقد نصت المادة ١/٣٩٨ من قانون التجارة على أنه " مفردات الحساب الجارى بمجموعها لا تقبل التجزئة قبل إقفال الحساب واستخراج الرصيد النهائي. وإقفال الحساب وحده هو الذى تنشأ عنه المقاصة الإجمالية لجميع مفردات الحساب". ونصت المادة ٣/٣٩٩ على أنه " وفي جميع الأحوال يقفل الحساب بوفاة أحد الطرفين أو بفقده الأهلية أو بإفلاسه". بيد أن الفرق بين الحساب الجارى ومقاصة الإغلاق هو أن الحساب الجارى - وإن كان عبارة عن عقد^(٩١) - فإنه ليس بهدف تحقيق الربح كما هو الشأن فى العقود الآجلة للقيم المنقولة، وإنما لحساب أو لتحديد مقدار المديونية بين طرفين عن العمليات الناشئة بينهما. وفضلا عن ذلك، فإن مقاصة الإغلاق تتعدى معنى المقاصة

(٩١) انظر المادة ٢٨٨ من قانون التجارة الكويتي.

المفهومة فى الحساب الجارى، لأن تعجيل موعد الاستحقاق فى العقود الآجلة بين الطرفين، يكون فى مقابل إجراء تسوية عادلة يقدر فيها الربح والخسارة بين الطرفين بناء على قواعد تجارية ومحاسبية متفق عليها فى نماذج العقود، الأمر الذى يفرض تفرد مقاصة الإغلاق بصفات مميزة، ويدعو إلى بحث هذه المقاصة على ضوء قواعد الإفلاس، ولاسيما إذا كانت هذه المقاصة تخالف قواعد المساواة بين الدائنين أو تتعارض مع قاعدة توزيع موجودات التفليسة بناء على قسمة الغرماء، لأنها تتم فى فترة الريبة.

المطلب الثانى:

المشكلة التى تثيرها مقاصة الإغلاق وكيفية تنظيمها: (مشكلة تفضيل الدائن خلال فترة الريبة)

مقدمة:

لما كانت مقاصة الإغلاق تجرى فى فترة الريبة، وهى الفترة التى توقف فيها أحد الأطراف عن أداء ديونه، وحيث إن فلسفة مقاصة الإغلاق تستند إلى تعجيل إجراء المقاصة قبل موعد حلول آجال العقود أو الصفقات مع تسوية أرباح الطرفين وخسارتهما بناء على قواعد تجارية ومحاسبية متفق عليها فى العقد الرئيس بين الطرفين، فإن الإشكال الذى يثور فى هذا الصدد هو مدى مخالفة مقاصة الإغلاق لقواعد الإفلاس التى تحظر القيام بأى عمل خلال فترة الريبة من شأنه تفضيل دائن معين على نحو يتناقض مع قاعدة المساواة بين الدائنين أو ضرورة توزيع موجودات التفليسة بناء على قسمة الغرماء، وخصوصاً أن الغرض من مقاصة الإغلاق هو تفضيل انتقاء مدير التفليسة للعقود الراجعة وفسخ العقود الخاسرة لمصلحة المفلس.

فمن المعلوم أنه ليس بمقدور المدين أن يقيد من ملكيته أو يثقلها بتأمين عيني يسرى فقط فى حالة إفلاسه، من أجل الإضرار بالدائنين أو تفضيل

أحدهم على الآخر، ومثال ذلك، اتفاق المقاول مع رب العمل على أنه فى حالة إفلاس المقاول تصادر المواد المملوكة للمقاول والموجودة على الأرض المقامة عليها الإنشاءات^(٩٢)، وكذلك الاتفاق الذى يبرم بين الزوج وزوجته على أنه تنتهى ملكية أحدهم فى الأموال المشتركة فى حالة إفلاسه^(٩٣). وهذان المثالان لا ينطبقان بشكل مباشر على مقاصة الإغلاق، لأنهما ينطويان على معنى التأمين المعطى من أحد الطرفين للآخر.

للإجابة عن هذا التساؤل يتعين فى البداية أن نعرض المقصود من تفضيل الدائن خلال فترة الريبة، وثمة منهجان، ثم نبين كيفية إثبات عدم تفضيل الدائن فى مقاصة الإغلاق (الفرع الأول)، وفى الغالب من الأحوال يعجز الدائن عن إثبات عدم تفضيله فى مقاصة الإغلاق، الأمر الذى يتطلب تدخلاً تشريعياً (الفرع الثانى)، وإليك التفصيل:

الفرع الأول:

المقصود بتفضيل الدائن

ثمة منهجان مختلفان للوقوف على معنى تفضيل الدائن خلال فترة الريبة، يؤدى المنهج الأول إلى نتيجة قوامها أن مقاصة الإغلاق لا تنطوى على تفضيل دائن على آخر (الغصن الأول)، فى حين يؤدى المنهج الثانى إلى وجود تفضيل فى مقاصة الإغلاق (الغصن الثانى)، وفى كل الأحوال يمكن إثبات عدم وجود تفضيل للدائن فى مقاصة الإغلاق (الغصن الثالث). ونوضح ذلك فيما يلي:

الغصن الأول:

مقاصة الإغلاق لا تنطوى على تفضيل للدائن

يذهب هذا المنهج فى بيان كيفية الوقوف على مسألة تفضيل دائن معين خلال فترة الريبة إلى مقارنة المقابل الذى سيحصل عليه الدائن لو أن الطرف

Ex Parte Jay. In re Harrison (1880). 14 Ch.D.19.

(٩٢)

Mackintosh v. Pogose [1895] 1 Ch. 505, 511-512.

(٩٣)

الآخر لم يقع فى الإفلاس مع المقابل الذى سيحصل عليه بمقتضى الاتفاق فى حالة شهر إفلاسه. فإذا كان الدائن سيحصل على شيء فى حالة إفلاس المدين من شأنه أن يضعه فى مركز أفضل منه لو أن المدين لم يشهر إفلاسه، فيكون هناك تفاد لقواعد الإفلاس، أو تفضيل للدائن^(٩٤). ومثال ذلك، الاتفاق الذى يقضى بأن يحصل الدائن على ثمن مضاعف للسلعة فى حالة إفلاس المدين^(٩٥)، أو النص الذى يفيد رهن أصول المدين فى حالة إفلاسه.

وبمقتضى هذا المنهج فإن مقاصة الإغلاق لا تؤدي إلى تفضيل الدائن على باقي الدائنين العاديين، لأنها لا تعطي الدائن مركزا أفضل منه لو أنه لم يفلس، ذلك أن مركزه إما أن يظل كما هو دون تغيير وإما أن يصبح أسوأ مما كان عليه لو أن المدين لم يشهر إفلاسه، ذلك أن مقاصة الإغلاق لا تمنح مركزا أفضل للطرفين فى حالة إفلاس أحدهما، فهي - فى الأكثر - تحافظ على مركزهما.

الغصن الثاني:

مقاصة الإغلاق تتضمن تفضيلا للدائن

يستند هذا المنهج إلى مقارنة المركز الذى سيحصل عليه الدائن بمقتضى اتفاق مقاصة الإغلاق مع المركز الذى سيحصل عليه فى حالة تطبيق قواعد الإفلاس من دون النظر إلى اتفاق مقاصة الإغلاق، وبعبارة أخرى، النظر إلى مقدار المبلغ الذى يحصل عليه الدائن فى توزيعات قسمة الغرماء، مقارنة بالمبلغ الذى سيحصل عليه من مقاصة الإغلاق فإذا كان هذا الأخير أكبر من الأول فإن مقاصة الإغلاق تتضمن تفضيلا للدائن. ومثال ذلك، الاتفاق مع الدائن على توزيع موجودات المفلس على خلاف قسمة الغرماء. وهذا ما يأخذ به القضاء الإنجليزى، الذى يشترط ضرورة وجود قصد بين

Philip R. Wood, "Title Finance, Derivatives, Securitisation Set-off and Netting," note, 7-10.

Ex Parte Mackay (1873) L.R. 8 Ch. App. 643, 647.

(٩٥)

الطرفين للروغان من قواعد الإفلاس، أو الحصول على منفعة على خلاف قاعدة قسمة الغرماء^(٩٦).

ونعتقد أن المنهج الثاني يمكن أن يسرى على مقاصة الإغلاق، لأنها تستهدف إجراء تسوية بين الطرفين على أساس مخالف لقاعدة المساواة بين الدائنين أو توزيع الموجودات بناء على قسمة الغرماء، ومن ثم فمن الممكن أن يقرر القضاء إبطال مقاصة الإغلاق، لأنها تؤدي إلى تفضيل دائن معين في العقد الآجل على حساب باقي الدائنين.

وبناء على ما سبق فإننا نرى أن الأصل العام في مقاصة الإغلاق هو عدم المشروعية، لأنها قد تنطوي على تفضيل دائن معين في العقد الآجل على باقي الدائنين، بيد أن هذا الأصل ليس مطلقا وإنما يمكن إثبات خلافه، أي عدم تفضيل الدائن في مقاصة الإغلاق، وذلك بجميع طرق الإثبات^(٩٧).

الغصن الثالث:

إثبات عدم تفضيل الدائن في مقاصة الإغلاق

يتعين في البداية أن تحدد الغاية من نظام إقفال حساب المدين أو تصفية مديونيته، فقد يكون الهدف من المقاصة الذي يسهم فيه المدين هو لغرض تسهيل وفاء الديون بين المنضمين إلى منظمة معينة، بأن يقدم بعضهم الخدمات إلى بعضهم الآخر، ومن ثم بعد فترة معينة تجرى المقاصة فيما بينهم، وفي هذه الحالة لا نكون إزاء نظام يستهدف الروغان من أحكام الإفلاس، ولا يؤدي إلى تفضيل دائن على آخر.

(٩٦) In re Apex Supply Company, Ltd. [1942] 1 Ch. 108. 114.

(٩٧) للمزيد من التفصيل حول بعض التشريعات المقارنة الخاصة بتفضيل الدائن، ومثال ذلك، القانون البلجيكي، والقانون الفرنسي، والقانون الإيطالي، والقانون الياباني، والقانون الهولندي، والقانون الروسي، وبعض القوانين الأخرى، انظر، Philip R. Wood, "Principles of International Insolvency," Sweet & Maxwell, London, 1995, PP. 122-136.

ففي دعوى British Eagle International Airlines Ltd., v. Compagnie Nationale des Lords France^(٩٨) أنشأ الاتحاد العالمي لحركة الطيران غرفة لإجراء المقاصة الشهرية بين الأعضاء، تنظر حقوق الأعضاء والتزاماتهم من واقع الخدمات المقدمة من كل منهم، بحيث تجرى التسوية بين الأعمال التي قدمها أحدهم للأعضاء الآخرين، والأعمال التي تلقاها كل واحد منهم من الأعضاء الآخرين. وتجرى المقاصة خلال خمسة الأيام التالية لليوم الثالث عشر من كل شهر، وذلك عن الخدمات التي قدمت في الشهر الماضي، بحيث يقوم العضو الذي تظهر موازنته مديونية مستحقة في ذمته بأداء الدين إلى غرفة المقاصة، وتقوم هذه المؤسسة بأداء هذه المبالغ للأعضاء الدائنين. وفي غضون ذلك، أشهر إفلاس شركة British Eagle، الأمر الذي جعل مدير التفليسة يلجأ إلى شركة Air France للمطالبة بقيمة الخدمات التي قدمتها الشركة المفلسة إليها، وقد ردت شركة Air France بأن المديونية المستحقة بينها وبين الشركة المفلسة قد انقضت بالمقاصة حسب قواعد غرفة المقاصة لمنظمة حركة الطيران العالمي. وقد قرر مجلس اللوردات البريطاني بأنه ليس من حق مدير التفليسة المطالبة بأي مبالغ أجريت عليها المقاصة قبل الحكم بشهر الإفلاس، لأنه ليس ثمة تفضيل دائن على آخر، بيد أنه لا يمكن إعمال قواعد المقاصة بعد الحكم بشهر الإفلاس، لأن أموال الشركة تكون ضمن موجودات التفليسة التي توزع على الدائنين بالتساوي بناء على قسمة الغرماء. ويظهر من هذه الدعوى أن نظام المقاصة الذي جرى تطبيقه بين أعضاء الاتحاد ليس بغرض الروغان من أحكام الإفلاس، ولم يستهدف إبطال عقود آجلة بين الأعضاء، ومن ثم فإن إقفال حساب العضو إثر إفلاسه كان لغرض تسوية مديونيته الناتجة عن أعماله التي قدمت لباقي الأعضاء قبل حكم الإفلاس.

ومن ناحية أخرى، فمن الممكن أن يقرر القضاء مشروعية نظم مقاصة الإغلاق التي توضع من الشخص المعنوي لتسهيل أو تيسير تعامل الأعضاء

المكونين له فيما بينهم، ففي دعوى Ex Parte Grant, In re Plumbly^(٩٩)، وتتلخص وقائعها فى نظام مقاصة الإغلاق المحدد من بورصة الأوراق المالية، إذ يقضى بأنه فى حال إفلاس أحد الأعضاء أو إعساره فإنه يعلن توقفه عن الدفع أو وضعه موضع المخل فى تنفيذ التزامه، ويمنع من التعامل، وتنتهي عقود الآجلة من قبل السوق على أساس سعر السوق من تاريخ الإخلال أو توقفه عن الدفع، وعلى المدينين للمفلس أداء المبالغ المستحقة له إلى السوق باعتباره المحال له الرسمي، الذى يقوم بدوره بتوزيع المبالغ إلى الدائنين على حسب قواعد السوق المتفق عليها، وقد قضى بأن السوق غير ملزم بأداء المبالغ التى جمعها من المدينين إلى مدير التفليسة، وذلك لأن المبالغ التى حصل عليها السوق من الدائنين، حسب قضاء محكمة الاستئناف، هي مجمعة من أجل توزيعها بالطريقة المتفق عليها حسب قواعد السوق، وهي غير مملوكة للمفلس، لأنها كانت من الاسهام الاختياري لأعضاء السوق من أجل الوفاء لدائني السوق، أو هي أموال مؤداة من كفلاء من أجل وفاء مطالبة دائن السوق. ويظهر أن القضاء ركن إلى الغرض من قواعد مقاصة الإغلاق فى بورصة الأوراق المالية، من كونها لا تستهدف تجنب قواعد الإفلاس، وأنها تسعى إلى ضمان استقرار المعاملات، حيث تجرى عقود الأوراق المالية الآجلة باسم السوق، فإذا حل الأجل يتم تحويل الملكية للمشتري.

الفرع الثاني: التنظيم التشريعي لمقاصة الإغلاق

مقدمة:

تتجه معظم التشريعات إلى منع إنهاء العقد قبل حلول أجله فى حالة إفلاس أحد طرفيه أو إعساره، بغية استقرار المعاملات، إلا أن جانباً منها يذهب

(٩٩) 13 Ch.D. 667. Mentioned in Rory Derham, "Set-Off and Netting of Foreign Exchange Contracts in the Liquidation of a Counterparty - Part II: Netting," P. 545.

إلى مشروعية الشرط القاضي بإنهاء العقد وإجراء مقاصة الإغلاق، من أجل تجنب انتقاء تنفيذ مدير التفليسة للعقود الراجعة وفسخه العقود الخاسرة، في حين يذهب جانب آخر إلى عدم إقرار الشرط القاضي بإنهاء العقد. وعلى العموم، فمن أجل دعم الثقة بالسوق الآجلة، وتخفيف عبء الوفاء بمبالغ طائلة، حيث يقدر حجم التعامل بالأسواق الآجلة في مجال العملات الأجنبية إلى ثمانمائة مليار دولار يومياً^(١٠٠)، ولاسيما أنه في كثير من الأحيان، تؤول الصفقة الآجلة في السوق إلى دفع الفرق، سواء أكان ربحاً أم خسارة، وليس إلى تسليم المبيع، ومن أجل دفع مظنة عدم مشروعية شرط مقاصة الإغلاق، الذي قد يدفع مدير التفليسة إلى الإصرار على تنفيذ الطرف الآخر للعقد الآجل، الأمر الذي حدا بالمشرعين إلى التدخل بتشريعات خاصة تقضي بمشروعية شرط مقاصة الإغلاق في العقود الآجلة التي حل بعد تاريخ الحكم بشهر الإفلاس أو الإعسار.

وبالنظر إلى هذه التشريعات نلاحظ توجهها إلى فلسفة واحدة تتحصل في إقرار مشروعية إنهاء العقد الآجل أو إنهائه قبل حلول موعد الاستحقاق، وإجراء المقاصة أو التسوية الملائمة^(١٠١)، وبذا لا يكون في مقدور مدير التفليسة الإصرار على تنفيذ العقد الآجل أو الانتقاء من الصفقة ما هو رابح فينفذه، وفسخ العقود الخاسرة، والتي قد تجمعها وحدة ارتباط. وهذه التشريعات منها التشريع العام الدائم (الغصن الأول)، ومنها التشريع الخاص المؤقت (الغصن الثاني)، وتفصيل ذلك على النحو التالي:

Philip R. Wood, " Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," note, 1-10.

(١٠١) نص المشرع الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية صراحة على أن وقف إجراءات المقاصة Automatic Stay في حالة إفلاس المدين لا يسرى على مقاصة الإغلاق في عقود المقايضة الآجلة Swap Agreement. انظر:

John C. Dugan, " Derivatives: Netting, Insolvency, and end Users," 112 The Banking Law Journal 1995, PP. 638-659.

الغصن الأول: التشريعات العامة الدائمة

تدخل المشرع فى كثير من الدول من أجل إقرار مقاصة الإغلاق، غير أن هذا التدخل كان فى بعض الأحيان على نطاق ضيق، حيث إن المشرع فى هذه الحالة، ينظر إلى إقرار مقاصة الإغلاق على أنها تشكل استثناء، الأمر الذى يدفع إلى عدم التوسع فيها، لذا فقد حدد نطاق مقاصة الإغلاق، من حيث صفة الأشخاص الذين يكون بمقدورهم التمسك بها، فى حالة وجود شرط فى العقد يجيز ذلك، ومن حيث نوع العقود الآجلة التى يمكن أن تتضمن شرط مقاصة الإغلاق، والحديث عن نطاق مقاصة الإغلاق (أولاً) يؤدى من ثم إلى التطرق إلى شروط هذه المقاصة، (ثانياً).

أولاً: نطاق مقاصة الإغلاق:

ونعرض نطاقها من جانب تحديد صفة الأشخاص (أ)، ومن ثم من جانب تحديد ماهية العقود الآجلة، (ب).

(أ) صفة الأشخاص الذين يمكن لهم التمسك بشرط مقاصة الإغلاق:

يذهب جانب من المشرعين إلى التضييق من نطاق الأشخاص الذين يكون فى مقدورهم تضمين عقودهم شرط مقاصة الإغلاق، فقد ذهب القانون البلجيكي إلى سريان مقاصة الإغلاق على مؤسسات الائتمان، مثل البنوك، وعلى غرف أو وكالات المقاصة، وأعطى الملك حق توسيع نطاق القانون^(١٠٢). وقد حدد القانون الفرنسي الأشخاص الذين يمكنهم الاستفادة من مقاصة الإغلاق، وهم الأشخاص الذين يحظون بحماية القانون، حيث ذكرهم المشرع على سبيل الحصر، ومنهم مؤسسات الاعتماد أو الإقراض، مثل البنوك والمؤسسات المالية، وكذلك شركات التأمين التى تكون تحت رقابة الدولة، وشركات وساطة الأوراق المالية^(١٠٣).

Art. 157 of the Law of April 19, 1993.

(١٠٢)

Art. 1&2 of Law No. 93-1444 of December 31, 1993, amended the Act dated March 28, 1885, on Futures Transactions.

(١٠٣)

في حين تذهب بعض التشريعات إلى التوسع في صفة هؤلاء الأشخاص، ففي القانون الألماني والإيطالي والهولندي، تسرى مقاصة الإغلاق على كل المتعاملين في الأسواق الآجلة، حيث لا ينظر إلى صفة المتعاقد، وإنما إلى نوع العقد، الأمر الذي يوحي بسريانه على كل المتعاملين^(١٠٤). فعلى سبيل المثال نصت المادة ٧٦ من قانون الإفلاس الإيطالي على أن " عقود البورصة التي تحل بعد إفلاس أحد الطرفين، تعد مفسوخة منذ تاريخ صدور حكم شهر الإفلاس... "، إذ أطلق المشرع صفة الأشخاص الذين تسرى عليهم مقاصة الإغلاق.

(ب): نوع العقود التي تسرى عليها مقاصة الإغلاق:

تسرى مقاصة الإغلاق - بشكل عام - على العقود المالية الآجلة Financial Contracts سواء للقيم المنقولة المادية أو المعنوية، بما فيها عقود العملات الأجنبية. ففي القانون الفرنسي تسرى مقاصة الإغلاق على العقود الآجلة سواء الحكومية أو الأوراق المالية الأخرى، أو للبضائع أو العملات الأجنبية، ويتعين أن تبرم هذه العقود بناء على القواعد العامة لمجلس البورصة أو القواعد الخاصة بالسوق الآجلة Futures Market أو القواعد الخاصة بسوق العملات الأجنبية أو سوق الخيارات أو الصفقات التي تبرم بناء على الاتفاقات الرئيسية للأسواق الوطنية أو العالمية^(١٠٥). وفي القانون الكندي تسرى مقاصة الإغلاق على العقود المالية، وقد ذكرت المادة (٦٥) ثلاثة عشر نوعاً من هذه العقود المالية، منها عقود مقايضة العملات، سواء الحالة أو الآجلة، وعقود مقايضة البضائع، وعقود إعادة الشراء، وعقود خيارات الشراء، وغيرها من العقود المالية، إذ أورد المشرع هذه العقود على سبيل المثال^(١٠٦). بيد أن

(١٠٤) Art. 15 of the German Second Financial Market Promotion Act of July 26, 1994. Italy Bankruptcy Act 1942, Art. 72 and 76. Dealing with Compulsory recission of Market Contract. The Netherland Bankruptcy Act, Section 37 & 38.

(١٠٥) Art. 1 & 2 of the French Law No. 93-1444 of December 31, 1993.

(١٠٦) Robert W. Kolb, "Futures, Options, Swaps," 2nd., ed., Blackwell Business, 1997.

المشرع الألماني سلك منهج سريان مقاصة الإغلاق على العقود المالية دون ذكر أمثلة على هذه العقود. وعلى المنوال نفسه القانون السويدي^(١٠٧).

ثانيا: شروط مقاصة الإغلاق:

نهتدي من الاطلاع على بعض التشريعات المقارنة الخاصة بمقاصة الإغلاق إلى أنه يتعين تحقق بعض الشروط، نورها فيما يلي:

الشرط الأول: الاتفاق صراحة في العقد على مقاصة الإغلاق:

يتعين لصحة مقاصة الإغلاق أن يتضمن العقد المالي الآجل شرطا يجيز للطرفين في حالة إفلاس أحدهما أن يطلب إنهاء العقد وإجراء مقاصة الإغلاق، ففي حالة عدم وجود هذا الشرط يصار إلى القاعدة العامة، وهي ضرورة الالتزام بالآجل المضروب في العقد، بما حاصله، تمتع مدير التفليسة بسلطة تنفيذ العقد أو فسخه بناء على مصلحة الطرف المفلس. وقد نص القانون البلجيكي في المادة ١٥٧/١ على أن " عقود المقاصة الثنائية أو الجماعية، التي تتضمن شرطا صريحا لمقاصة الإغلاق ... تكون مشروعة ..."^(١٠٨). ونص القانون الألماني في مطلع المادة ١٥ على أنه " إذا شرط بأن الالتزامات الناشئة عن العقود المالية..."^(١٠٩)، بيد أن القانون الإيطالي - على سبيل المثال - لا يستلزم وجود شرط في العقد، بل يقضي بإنهاء العقد وإجراء المقاصة بحكم القانون بناء على إفلاس أحد الطرفين، وتجرى المقاصة منذ تاريخ الحكم بشهر الإفلاس^(١١٠).

Chapter 5 Section 1 of the Sweden Financial Instrument Trading Act 1991. (١٠٧)

Belgium Law of April 19, 1993. (١٠٨)

Art. 15 of the German Second Financial Markets Promotion Act of July 26, 1994. (١٠٩)

Art. 76 of the Bankruptcy Act on 1942. See also, Art. 38 of the Netherlands Bankruptcy Act. (١١٠)

الشرط الثاني: إبرام العقد المالي قبل فترة الريبة:

الشرط الثاني لصحة مقاصة الإغلاق هو أن يبرم العقد قبل فترة الريبة، فوجود قانون خاص يقضي بمشروعية مقاصة الإغلاق في حال إفلاس أحد الطرفين أو إعساره، من دون أن يكون من حق مدير التفليسة الإصرار على تنفيذ العقد، لا يعني ألّبتة أن المشروعية تطال العقود التي تبرم خلال فترة الريبة، بل يقتصر ذلك على العقود التي تبرم قبل فترة الريبة، وتطبيقا لذلك، نصت المادة ١/١٥٧ من القانون البلجيكي على عدم نفاذ العقود المالية التي تبرم خلال فترة الريبة في مواجهة جماعة الدائنين.

الشرط الثالث: بيان طريقة تسوية ربح الطرفين وخسارتهما:

من الأهمية بمكان أن يورد الطرفان في الاتفاق الرئيس المبرم بينهما طريقة توزيع الربح والخسارة في حالة إنهاء العقد قبل الأجل وإجراء مقاصة الإغلاق. وثمة طريقتان في تحديد الربح والخسارة: الأولى، الإحالة إلى الاتفاق الرئيس، بما حاصله أن تكون الطريقة عقدية، والأخرى، تحديد الطريقة في صلب القانون، ومثال الحالة الأولى، نص المشرع الفرنسي في عجز المادة الثانية من قانون العقود الآجلة على أنه "تجرى مقاصة الإغلاق بناء على الطريقة الواردة في الاتفاق الرئيس أو القواعد العامة للبورصة..."، في حين ذهب القانون الألماني إلى النص صراحة على أنه تجرى التسوية في مقاصة الإغلاق من خلال حساب الفرق بين السعر المتفق عليه وسعر السوق السائد في اليوم الثاني من تاريخ شهر الإفلاس في مكان تنفيذ العقد^(١١١). ويبين أن الحالة الأولى اختيارية، لأنه من الممكن تركها لاتفاق الطرفين، في حين أن الأخرى إلزامية، لأن المشرع أوردها في صلب القانون، فضلا عن أنها لا تُعد شرطا لمقاصة الإغلاق، وإنما طريقة تنفيذها، لأن المشرع تكفل بتحديد طريقة هذه التسوية.

Art. 15 of the Second Financial Market Promotion Act of July 26, 1994. See (١١١) also, Art. 76 of Italy Bankruptcy Act of 1942.

ومن أجل توحيد طريقة حساب الربح والخسارة في مقاصة الإغلاق للعقود الآجلة، أو صياغة اتفاق رئيس نموذج للعقود الآجلة، فقد أصدر الاتحاد الدولي للمقايضة والعقود المالية سنة ١٩٩٢ The International Swaps and Derivatives Association (ISDA) اتفاق نموذج للعقود الآجلة يتبع في ٢٣ دولة^(١١٢)، يتضمن النص على أنه تُعد كل الصفقات التي تبرم بين الطرفين وحدة واحدة، بما يعني أنها عبارة عن عقد واحد، وليست عقودا مستقل بعضها عن بعضها الآخر، من أجل تجنب انتقاء مدير التفليسة للعقود الربحية وتنفيذها، وفسخ العقود الخاسرة، كما يتضمن طريقة تأكيد إبرام العقود بين الطرفين، بأن تكون كتابة، وكذلك تعداد الأحوال التي يحق فيها للطرفين التمسك بمقاصة الإغلاق، ومثال ذلك، التوقف عن الدفع، أو عدم تنفيذ الالتزام، أو الحجز من دائني أحد الطرفين، أو إفلاس أحد الطرفين أو إعساره، وأيضا يتضمن طريقة حساب الربح والخسارة^(١١٣).

الفصل الثاني: التشريعات الخاصة المؤقتة

تعرضت الكويت في مستهل عقد الثمانينيات إلى أزمة لسوق الأوراق المالية، تمثلت في التعاملات الآجلة في أسواق غير رسمية، حيث أسست في بعض الأحيان شركات وهمية لا وجود لها في الواقع، وذهب أعضاؤها إلى التعامل في أوراقها المالية بالأجل، حيث تباع الأسهم بالأجل بأسعار خيالية في صفقات كثيرة بين المتعاملين في السوق غير الرسمية، مقابل شيكات مؤجلة،

(١١٢) وهذه الدول هي: أستراليا وبلجيكا وكندا وجزيرة كيما، والدنمارك وإنجلترا وفرنسا وألمانيا وهونغ كونغ وإندونيسيا وإيطاليا واليابان ولوكسمبورغ وماليزيا ونزلاندا ونيوزلاندا والبرتغال وسنغافورة وإسبانيا والسويد وسويسرا وتايلاند والولايات المتحدة الأمريكية . انظر: Bob Wessels, " Close-out Netting in the Netherlands," 5 JIBL [1997] P. 193.

(١١٣) Philip R. Wood, " Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," Chapter 14, note, 1-14.

ثم يقوم المشتري قبل حلول الأجل ببيع الأسهم بسعر فوري من أجل الحصول على النقد، وعند تقديم بعض المتعاملين للشيكات قبل حلول موعد استحقاقها، لأن الشيك أداة وفاء، تعذر تحصيل مقابل وفاء هذه الشيكات لانعدام الرصيد لدى الساحب، وفي إثر ذلك، فقدت الثقة بين المتعاملين وأدى ذلك إلى انهيار السوق.

ولما كانت هذه الأزمة عامة، وأثرت في اقتصادات الدولة، لأن التعامل بين آلاف الأشخاص وكل واحد منهم دائن ومدين للآخر بصفقات آجلة تحل بتواريخ مختلفة، الأمر الذى دفع السلطة التشريعية إلى التدخل بإصدار كثير من التشريعات، إذ كانت الخطوة الأولى فى حل الأزمة هى الركون إلى مقاصة الإغلاق. وقد نصت المادة ١٧ من قانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ فى شأن تنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل على أنه " تحل آجال الديون الناشئة عن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل... إذا لم تكن قد حلت آجالها حتى هذا التاريخ، وتسوى هذه الديون على أساس السعر الفوري يوم التعاقد مضافا إليه نسبة من الربح تمثل الفرق بين سعر الشراء الآجل المتفق عليه والسعر الفوري بنسبة المدة المنقضية حتى تاريخ حلول آجال هذه الديون. وتقع المقاصة بين ما لأطراف هذه المعاملات من حقوق وما عليهم من التزامات ناشئة عنها... ولو كان أحد الطرفين أو كلاهما مفلسا...".

ويبين من ذلك أن المشرع فى سبيل إيجاد حل فعال للأزمة استند إلى مقاصة الإغلاق، وذلك من خلال: أولا: تحديد صفة الخاضعين لمقاصة الإغلاق، وهم جميع المتعاملين من أشخاص طبيعيين أو معنويين، وتحديد نوع العقود الخاضعة لهذه المقاصة، وهى عقود بيع أسهم الشركات بالأجل أو شرائها. ثانيا، النص على حلول آجال الديون الناشئة عن معاملات الأسهم التى تمت بالأجل، ومن غير ذلك يصعب حل الأزمة، لأن إفلاس أحد الطرفين يؤدى إلى حلول آجال الديون المستحقة فى ذمته، فى حين أن الديون المستحقة له فى ذمة دائنيه لا تحل، ومن ثم لا يمكن إجراء المقاصة، لعدم حلول أجل الدينين، ويؤدى ذلك

بدوره إلى توسعة دائرة الإفلاس وتأخير حل الأزمة. ثالثاً، أوجد المشرع الارتباط المطلوب في مقاصة الإفلاس بين كل الديون الآجلة الناشئة عن معاملات الأسهم التي تمت بالأجل، ومن غير ذلك لا يمكن وقوع مقاصة الإغلاق، ومن ناحية أخرى، يمنع ذلك مدير التفليسة من انتقاء العقود الراجعة من أجل تنفيذها وفسخ العقود الخاسرة، الأمر الذى من شأنه تعقيد الأزمة. رابعاً، وضع المشرع معادلة التسوية المطلوبة في مقاصة الإغلاق، وذلك على أساس السعر الفوري يوم التعاقد مضافاً إليه نسبة من الربح تمثل الفرق بين سعر الشراء الآجل المتفق عليه والسعر الفوري بنسبة المدة المنقضية. وأخيراً، غني عن البيان أن هذه المقاصة خاصة بحل أزمة سوق الكويت للأوراق المالية، فى عقد الثمانينيات، فهي محدودة النطاق، من حيث معاملات الأسهم التي تمت بالأجل فى فترة أصبحت الآن منقضية. والسؤال الذى يثور فى هذا الصدد هو مدى مشروعية تطبيق مقاصة الإغلاق طبقاً للقواعد العامة فى القانون الكويتي؟ وإليك التفصيل:

المطلب الثالث:

مشروعية مقاصة الإغلاق تحت ظل قواعد الإفلاس فى القانون الكويتي

تقدم القول بأن مقاصة الإغلاق تؤدي إلى إنهاء العقود غير الحالة أو إسقاط آجال الديون غير الحالة وإجراء التسوية الملائمة بين الطرفين على أساس الربح والخسارة، وبحث مشروعية مقاصة الإغلاق فى القانون الكويتي يتطلب النظر إلى مسألتين: الأولى، مدى أحقية الدائن بإنهاء العقد أو العقود الآجلة فى إثر وقوف المدين أو الطرف الآخر عن الدفع، والأخرى، مدى مشروعية إجراء المقاصة على أساس تسوية الربح والخسارة بين الطرفين فى العقود الآجلة التي تحل بعد تاريخ الحكم بشهر الإفلاس.

نقول فى البداية إن المشرع الكويتي قد أضفى المشروعية على العقود الآجلة فى البورصة، سواء أكان محلها أوراقاً مالية أم بضائع، وسواء تم عند حلول الأجل تسليم المبيع أو تم دفع الفرق. فقد نصت المادة ٣٢٧ من قانون

التجارة على أن " الأعمال المضافة إلى أجل المعقودة في البورصة طبقا للوائح سواء تعلقت ببضائع أو أوراق مالية ذات قيمة مسعرة تعتبر مشروعة وصحيحة ولو قصد العاقدان منها أن تؤول إلى مجرد دفع الفرق. ولا تقبل أى دعوى أمام المحاكم فى خصوص عمل يؤول إلى مجرد دفع الفرق إذا انعقد مخالفا للأحكام المتقدمة."

ونعود إلى بحث مسألة مدى مشروعية مقاصة الإغلاق، فالأمر يتطلب تكييف العمل الذى يقوم به الدائن عند توقف المدين أو الطرف الآخر عن الدفع، تحت ظل قواعد الإفلاس فى القانون الكويتى، والذى نعتنقه هو إسقاط آجال الديون فى إثر توقف المدين عن الدفع (الفرع الأول)، ومن الأهمية بمكان أن نعرض مقاصة الإغلاق فى ظل قواعد سوق الكويت للأوراق المالية للتعامل الآجل (الفرع الثانى).

الفرع الأول:

إسقاط آجال الديون غير الحالة

نرى أن مقاصة الإغلاق هى عبارة عن إسقاط آجال العقود غير الحالة، بسبب توقف المدين أو الطرف الآخر عن الدفع، وقد نص القانون المدني فى المادة ٣٣٢/١ على أنه " يسقط حق المدين فى الأجل الواقف (أ) إذا حكم بإفلاسه..."، بيد أن الدائن يسقط الأجل قبل صدور الحكم بشهر إفلاس الطرف الآخر، أى فى فترة الريبة، على الرغم من أن المادة ٥٩٢/١ من قانون التجارة تنص على أن " الحكم بشهر الإفلاس يسقط آجال جميع الديون النقدية التى على المفلس..." ولا يسقط الأجل قبل الحكم بشهر الإفلاس.

ويؤدى إسقاط آجال العقود فى فترة الريبة إلى تطبيق المادة ٥٨٤/٢ من قانون التجارة التى تفيد جواز الحكم بعدم نفاذ التصرف فى مواجهة جماعة الدائنين إذا كان المتصرف إليه يعلم بوقوف المفلس عن الدفع وكان التصرف ضارا بجماعة الدائنين، ومن المعلوم أن هذين الشرطين ينطبقان على مقاصة الإغلاق.

وفى حكم المسألة الأخرى المتمثلة فى إجراء التسوية الملائمة، تنص الفقرة (ج) من المادة ١/٥٨٤ من قانون التجارة على عدم نفاذ وفاء الديون قبل حلول الأجل أيا كانت كيفية هذا الوفاء فى مواجهة جماعة الدائنين إذا قام به المدين خلال فترة الريبة.

الفرع الثانى: مقاصة الإغلاق فى التعامل الأجل فى سوق الكويت للأوراق المالية

شرع سوق الكويت للأوراق المالية بعض الأحكام الخاصة بأحكام العقود الآجلة لأسهم الشركات المدرجة فى السوق، حيث نصت المادة ١٢ من قرار مدير السوق رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم التعامل الأجل على أنه "ينتهي العقد فى الحالات التالية: (أ) إذا انتهى يوم العمل الذى يصادف آخر يوم فى الأجل أو يوم العمل التالى إذا لم يكن ذلك اليوم يوم عمل فى السوق من دون دفع باقى الثمن. (ب) إذا طلب المشتري إنهاء العقد فى أثناء الأجل. (ج) إذا انخفض سعر الأسهم محل التعاقد نتيجة المعاملات التى تجرى فى السوق الفورى إلى أقل من باقى الثمن المحدد بالعقد ما لم تكن هذه الأسهم قد حققت عائدا نقديا يغطي قيمة الانخفاض فى السعر، أو ما لم يطلب المشتري تنفيذ العقد ويقوم بدفع باقى الثمن فى يوم العمل التالى لانخفاض سعرها فى السوق الفورى إلى أقل من قيمة باقى الثمن المحدد بالعقد"^(١١٤).

ويبين من هذه المادة بعض الملاحظات، تتمثل فى:

أولاً: أن المشرع لم يعط صراحة لأى من طرفى عقد بيع أسهم الشركات بالأجل حق إنهاء العقد فى حالة توقف أحدهم عن الدفع أو شهر إفلاسه. بيد

(١١٤) نص المادتين ١٢-١٣ من قرار مدير السوق رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم التعامل بالأجل، الصادر فى ٢٨ سبتمبر ١٩٩٨. انظر كذلك، قرار لجنة سوق الكويت للأوراق المالية رقم (٢) لسنة ١٩٩٦ بشأن التعامل فى أسهم الشركات بالأجل، الكويت اليوم، السنة الثانية والأربعون - العدد ٢٧٩، ص ٦٠-٦١.

أنه لا يعني ذلك عدم مقدرة المشتري إنهاء العقد في حالة إفلاس البائع، لأن الفقرة (ب) تعطي للمشتري طلب إنهاء العقد في أثناء الأجل، من دون النظر إلى إبداء أى أسباب، وفي هذه الحالة يخسر المشتري سعر الأجل مع الدفعة المقدمة^(١١٥).

ثانياً: يبين أن الحالات الثلاث التي وردت في المادة المتقدمة تعود إلى المشتري، وهى عدم دفعه باقى الثمن أو طلبه إنهاء العقد أو انخفاض قيمة الأسهم إلى أقل من باقى الثمن المحدد فى العقد، ما لم يصر المشتري على تنفيذ العقد ودفع باقى الثمن. ويثور التساؤل حول أثر إخلال البائع لالتزامه بالتسليم عند حلول الأجل، وخاصة إذا كان الأجل يحل بعد تاريخ الحكم بشهر إفلاس البائع، ولا يخرج الأمر عن فرضين: الأول، طلب المشتري تنفيذ العقد حتى فى حالة إفلاس البائع، وفى هذه الحالة، إذا دفع الثمن عند حلول الأجل، تقوم غرفة المقاصة بنقل ملكية الأسهم محل التعاقد إلى المشتري، لأن الأسهم محل التعاقد تسجل فى أثناء الأجل باسم غرفة المقاصة. والآخر، تفضيل المشتري عدم تنفيذ العقد، وفى هذه الحالة، يفقد سعر الأجل والدفعة المقدمة، حيث يكون بمقدور مدير التفليسة المطالبة بهذه المبالغ، فقد نصت المادة ٩ من قرار مدير السوق بشأن تنظيم التعامل الأجل على أنه " على غرفة المقاصة أن تقيد قيمة الدفعة المقدمة وسعر الأجل فى حساب البائع فور تسلمها لهما. ويتم تسليمها إليه فى موعد التسوية التالى لتاريخ التعاقد".

ثالثاً: ويثور التساؤل فى هذا الصدد عن الحكم أو الحل إذا رأى المشتري إنهاء العقد عند إفلاس البائع، فى حين رأى مدير التفليسة تنفيذ العقد، ولا سيما

(١١٥) يقصد بسعر الأجل النسبة التى يدفعها المشتري بحد أقصى ١٥٪ سنوياً من السعر النقدي للأسهم محل التعاقد. ولا ترد له سواء انتهى العقد أو طلب المشتري إنهاءه. ويقصد بالدفعة المقدمة المبلغ الذى يدفعه المشتري بحد أقصى ٢٠٪ من السعر النقدي للأسهم محل التعاقد ويخضم من الثمن إذا نفذ العقد ولا يرد للمشتري سواء انتهى العقد أو طلب إنهاءه. انظر المادة الأولى من قرار مدير السوق رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم التعامل بالأجل.

إذا انخفضت قيمة الأسهم في السوق الفوري إلى أقل من باقي الثمن المحدد في العقد، أو رأى مدير التفليسة فسخ العقد ورأى المشتري تنفيذه، في حالة ارتفاع قيمة سعر الأسهم في السوق الفوري عن السعر المحدد في العقد الآجل، ما نراه هو الاعتداد برأى المشتري، فهو الذى ينفذ، ونستند في ذلك إلى قرار التعامل في أسهم الشركات بالأجل، حتى وإن كان هذا الرأى يتعارض مع حق مدير التفليسة في عدم تنفيذ بعض العقود التي لا تحقق مصلحة المفلس، لأن قرار التعامل في أسهم الشركات صدر بالاستناد إلى تفويض تشريعى بمقتضى المادة ٣٢٥ من قانون التجارة التي تقضي بأن "يصدر مرسوم بتنظيم أعمال البورصة، ويشمل على الأخص ما يأتي: (٢) تشكيل لجنة البورصة وبيان اختصاصاتها. (٥) تصفية العمليات وغرفة المقاصة". وقد نصت المادة (٦) من مرسوم تنظيم سوق الكويت للأوراق المالية على أنه "تمارس لجنة السوق جميع الاختصاصات اللازمة لإدارة السوق وتكون مسؤولة بصفة خاصة عما يلي: (١) وضع القواعد التنظيمية الخاصة بالتعامل في الأوراق المالية داخل السوق..."^(١١٦). ومن جانب آخر، ففي حالة قيام المشتري بإنهاء العقد، في إثر إفلاس البائع، لانخفاض قيمة الأسهم في السوق الفوري عن قيمة الأسهم المحددة في العقد الآجل، فإنه يكون من حق مدير التفليسة استعادة الأسهم من غرفة المقاصة مع الدفعة المقدمة من المشتري وسعر الأجل.

رابعاً: غني عن البيان أن قرار التعامل في أسهم الشركات بالأجل يسرى فقط على التعامل في الأسهم، ومن ثم فإن نطاقه محدود بالأسهم، وتبقى باقي القيم المنقولة التي يمكن التعامل بها في البورصة غير منظمة، وعليه، تسرى عليها القواعد العامة، من حيث، عدم جواز إجراء مقاصة الإغلاق، وتمكين مدير التفليسة من انتقاء العقود الآجلة الرابحة وتنفيذها، وفسخ العقود الخاسرة، حيث يكون في المقابل من حق الطرف الآخر المطالبة بالتعويض، ويخضع في ذلك، لإجراءات تحقيق الديون، ولقسمة الغرماء.

(١١٦) راجع اختصاص مدير السوق الوارد في المادة ٩ من مرسوم تنظيم سوق الكويت للأوراق المالية بتاريخ ١٤/٨/١٩٨٣.

خاتمة

تبين لنا من عرضنا السابق أنه تسرى على مقاصة الإفلاس المادة ٥٨١ من قانون التجارة والقواعد العامة للإفلاس الواردة فى قانون التجارة، ومن ثم تسرى الأحكام والشروط العامة للمقاصة المنصوص عليها فى القانون المدني. وقد تطرقنا فى الفصل الأول إلى الأحكام العامة لمقاصة الإفلاس وتناولنا شروطها العامة والخاصة، ثم عرضنا وقت وقوعها ونطاقها وخصائصها، وخصصنا الفصل الثانى لدراسة بعض التطبيقات الخاصة والمهمة من الناحية الواقعية لمقاصة الإفلاس، وهى مقاصة الإفلاس عند حوالة الحق وعند وحدة الحسابات البنكية المتعددة للعميل وفى عقود بيع القيم المنقولة الآجلة فى البورصة. ونخلص من هذه الدراسة إلى التوصيات التالية:

أولاً: تبين عدم جدوى تطلب الارتباط بين حقوق المفلس والتزاماته فى حالة الإفلاسات الجماعية، مثلما حصل فى أزمة سوق الكويت للأوراق المالية، الأمر الذى دفع المشرع الكويتى إلى التدخل بمقتضى المادة ١٧ من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل، لأن إفلاس أحد المدينين يؤدى إلى حلول آجال الديون المستحقة فى ذمته، ولكن تبقى الديون المستحقة له فى ذمة الغير آجلة، ولأن تطلب الارتباط يؤدى إلى صعوبة تصفية التفليسة، عند قيام دائن المفلس بوفاء الدين المستحق فى ذمته للمفلس، فى حين أنه يتعين عليه الخضوع فى حقه إلى قسمة الغرماء. لذا فلعله من الملائم النص على عدم تطلب الارتباط عند وجود إفلاسات جماعية، أو على الأقل الاهتداء بمفهوم الارتباط فى ظل الطلب العارض، الذى يتحقق به الارتباط عند وجود وحدة الخصوم.

ثانياً: من الأهمية بمكان أن يتدخل البنك المركزى الكويتى من أجل تحديد الوقت الذى تقع به المقاصة بين الحسابات البنكية، لأن حسابات العميل المتعددة تكون فى حيازة البنك، ومن الصعوبة تحديد وقت وقوع المقاصة بين

هذه الحسابات، وتحديد وقت وقوع المقاصة على درجة كبيرة من الأهمية، لأنه إذا وقعت بعد تاريخ الحكم بشهر الإفلاس، فيتعين تحقق الارتباط، إلى جانب التقدم بالدين للتحقيق.

ثالثاً: فى حالة حصول البنك على موافقة العميل بإجراء المقاصة بين حساباته المتعددة، فإنه من اللازم قيام البنك بإخطار العميل قبل إجراء المقاصة أو فى يوم إجرائها، بغية تجنب العميل مغبة الوقوع فى جريمة إصدار شيك من دون رصيد.

رابعاً: يتعين قيام البورصة فى الكويت بتحديد موقفها من مقاصة الإغلاق، لأن قرار مدير السوق رقم ١٨ لسنة ١٩٩٨ بشأن تنظيم التعامل الآجل يسرى فقط على الأسهم، ولم ينظم مقاصة الإغلاق، ولعل تنظيم مقاصة الإغلاق من شأنه بث الثقة فى التعامل الآجل وتشجيع المستثمرين على إبرام هذه المعاملات.

قائمة المراجع

أولاً: باللغة العربية:

- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أحكام الالتزام، الطبعة الأولى، دار الشريف، ١٩٩٦/٩٥.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، البيع بالتقسيط والبيوع الائتمانية الأخرى، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٨٤.
- أحمد محمد محرز، القانون التجارى، عمليات المصارف، والإفلاس، ١٩٩٨.
- أحمد حسني، عقود إيجار السفن، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٥.
- أحمد هندي، ارتباط الدعاوى والطلبات فى قانون المرافعات، الدار الجامعية، ١٩٩١.
- اسماعيل غانم، النظرية العامة للالتزام، الجزء الثاني، أحكام الالتزام، مكتبة عبدالله وهبة، ١٩٦٧.
- أنور طلبة، الوسيط فى شرح القانون المدني، دار الفكر العربي، ١٩٩٨.
- ثروت على عبدالرحيم، شرح القانون التجارى الكويتى، الأعمال التجارية والتاجر - الشركات التجارية، دار البحوث العلمية، ١٩٧٥.
- حسني حسن المصرى، الأوراق التجارية فى القانون الكويتي، الطبعة الأولى، مطبوعات وحدة التأليف والترجمة والنشر، كلية الحقوق، جامعة الكويت، ١٩٩٣.
- رمضان أبو السعود، أحكام الالتزام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٨.
- سليمان مرقص، الوافي فى شرح القانون المدني، المجلد الرابع، أحكام الالتزام، الطبعة الثانية، القاهرة، ١٩٩٢.
- سيد أحمد محمود، أصول التقاضي، وفقاً لقانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الأولى، ١٩٩٨.

- عبدالرزاق السنهوري، الوسيط فى شرح القانون المدني، ج ٣، م ٢، دار النهضة العربية، ١٩٨٤.
- عبدالسميع عبدالوهاب أبوالخير، الحق فى الحبس فى الفقه الإسلامى والقانون المدني، دار النهضة الجامعية، ١٩٩٤.
- عبدالفتاح السيد بك، رسالة فى الإفلاس، المطبعة الرحمانية بمصر، ١٩٢٦.
- عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس فى قانون التجارة الكويتي، الطبعة الأولى، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي، ١٩٨٧.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ١٩٨٩.
- على حسن يونس، الإفلاس والصلح الواقى، مطبعة عين شمس، ١٩٩١.
- محمد شفيق العاني، الفقه الإسلامى ومشروع القانون المدني الموحد فى البلاد العربية، جامعة الدول العربية، معهد الدراسات العربية العالمية، ١٩٦٥.
- محمد شكرى سرور، الأحكام العامة لالتزام، الطبعة الأولى، دار الفكر العربي، ٨٤/١٩٨٥.
- محمد قدرى باشا، مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان، الطبعة الثانية، دار الفرجاني، القاهرة، ١٩٨٣.
- محسن شفيق، القانون التجارى الكويتي، مطبوعات جامعة الكويت، ١٩٧٢.
- مصطفى الجمال، أحكام الالتزام، الدار الجامعية، من دون سنة نشر.
- مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٧.
- مصطفى كمال طه، القانون التجارى، الأوراق التجارية، العقود التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس، دار الجامعة الجديدة للنشر، ١٩٩٥.
- يعقوب يوسف صرخوه، عمليات البنوك من الوجهة القانونية فى القانون الكويتي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، الكويت، ١٩٨٨.

ثانياً: باللغة الأجنبية:

- A.J. Waldron, " Set-Off and Counterclaim - The Necessary Connection," Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly, 1990, Part 1, 472.
- Alan Berg, " Contracting Out of Set-Off in A Winding Up.," [1996] LMCLQ Part (1) Feb. 1996.
- Andrew Tettenborn, " Pay Now, Sue Later," - Direct Debits, Set-Off and Commercial Practice," 113 The Law Quarterly Review, July 1997.
- Bakely Clark, " Bank Exercise of Set-Off: Avoiding the Pitfalls," 98 The Banking Law Journal, 1981.
- Bernard Carrez, " Set-Off Under French Law, Chapter 11, Published in Using Set-Off as Security, Editor Francis W. Neate, Graham & Trotman, 1990.
- Boak, " A History of Rome to 565 A.D. " 4th., ed, 1955.
- Bob Wessels, " Close - Out Netting in the Netherland," 5 J.I.B.L. [1997] 187.
- Brissaud, " A History of French Private Law, 1912.
- Broom's Legal Maxims, 10th ed., Sweet & Maxwell, 1939.
- Burton M. Freeman, " Set-Off Under the New Bankruptcy Code: The Effect on Bankers," 97 B.L.J. 1980.
- Cary, " A History of Rome," 2nd. ed., 1954.
- Danish Insolvency Law, " English Translation by Hanne Gron, 1996.
- Dermot Turing, " Set-Off and Cash Collateral: Three Important Cases of 1995," 4 Journal of International Banking Law [1995] 175.
- Edmond Tavernier and Pierre - Yves Tschanz, " Swiss Law of Set-Off," Published in Using Set-Off as Security, Edited by Francis W. Neate, Graham & Trotman, 1990.
- Epstein, Nickles and White, " Bankruptcy," West Publishing, St. Paul Minn., 1993.
- Friedrich Schwank, " Set-Off in Austria, Published in International Corporate Law, Edited by Dennis Campbell, Butterworths, 1992.
- Georg Maiier-Reimer, " Set-Off Under German Law, Chapter, 7, P. 156, Published in Using Set-Off as Security, Editor, Francis W. Neate, Graham & Trotman, 1990.
- Giancarlo Elia, " Rights of Set-Off as Security Under Italian Law,"

-
-
- Published in Using Set-Off as Security, Graham & Trotman, 1990.
- Gregory M. Travaglio, " Now You Have It, Now You Don't: The Depositary Bank's Rights of Charge Back and Set-Off," 30 Arizona Law Review, 1988.
 - Herman D. Federspiel, " Set-Off Under Danish Law, Chapter 9, P. 185, Published in Using Set-Off as Security, Editor Francis W. Neate, Graham & Trotman, 1990.
 - Herzog and King, " 1996 Bankruptcy Code, Part 1, Matthew - Bender, 1996.
 - James L. Bishop, " Set-Off in the Administration of Insolvent and Bankrupt Estates," 1 Columbia Law Review, 1961.
 - J.H. Farrar, " Insolvency, The Reform of Insolvency Law - III," Journal of Business Law, 1983.
 - John H. Farrar, " Public Policy and the Pari Passu Rule," New Zealand Law Journal, 18, March 1980.
 - 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.
 - John C. Dugan, " Derivatives: Netting, Insolvency, and end User," 112 The Banking Law Journal, 1995.
 - Klaus Peter Berger, " Set-Off in International Economic Arbitration, 15(1) Arbitration International, 1999.
 - Loyd, " The Development of Set-Off," 64 U.Pa.L. Rev. 1961.
 - L.W. Houlden, " The 1996 Annotated Bankruptcy and Insolvency Act of Canada, Statutes of Canada Annotated, 1996.
 - Mark Wormell, " Securitisation and Set-Off," 9(3) Journal of Banking and Finance Law and Practice, Sept. 1998, PP. 181-190.
 - Michael E. Tigar, " Comments: Automatic Extinction of Cross-Demands: Compensatio from Rome to California," 53 (1) California Law Review, March 1965.
 - 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.
 - Paul J. Omar & Anker Sorenson, " Set-Off: The French Perspective of a Universal Institution," 10 J.I.B.L [1997] 410.

-
- Paul J. Omer," The Supply of Credit in French Insolvencies," [1997] 5 JIBL 195.
 - Paul S. Groschadl," Freezing," the Debtor's Bank Account: A Violation of the Automatic Stay? 57 American Bankruptcy Law Journal, 1983.
 - Philip R. Wood," English and International Set-Off, Sweet & Maxwell, London, 1989.
 - Philip R. Wood," Principles of International Insolvency," Sweet & Maxwell, London, 1995.
 - Philip R. Wood," Title Finance, Derivatives, Securitisations, Set-Off and Netting," Sweet & Maxwell, London, 1995.
 - Richard Holley," Direct Debits and Set-Off - The Tiger Roars," 56 (3) The Cambridge Law Journal, November 1997.
 - Robert C. Baptista," Prior Party Set-Off as a Defence Under U.C.C. Section 3-306 (b)," 4 University of Illinois Law Review 1981.
 - Robert Pennington," Pennington's Corporate Insolvency Law," Butterworths, London, 1997.
 - R.B. Gerretsen," Set-Off in the Netherlands, Chapter 8, P. 172, Published in Using Set-Off as Security, Editor Francis W. Neate, Graham & Trotman, 1990.
 - Robert W. Kolb," Futures, Options, Swaps," 2nd., ed., Blackwell Business, 1997.
 - Rory Derham," Set-Off and Agency," 44-45 Cambridge Law Journal, 1995.
 - R. S. Derham," Set-Off, 2nd., ed., Clarendon Press, Oxford, 1996.
 - Rory Derham," Recent Issues in Relation to Set-Off," 86 (5) The Australian Law Journal, May 1994.
 - Rory Derham," Set-Off and Netting of Foreign Exchange Contracts in the Liquidation of a Counterparty - Part II: Netting," J.B.L. [1991] 536.
 - R.M. Good," Principles of Corporate Insolvency," Sweet & Maxwell, London, 1990.
 - Ross Carnston, ed., " Banks and Remedies," Lloyd's of London Press Ltd, London, 1992.
 - Schwab, Anderson, Reed and Mendelsohn, "Onset of An Offset Revolution: The Application of Set-Off in Insurance Insolvencies," 95 Dickinson Law Review, 1991.