احتراف الأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر

تعليق على حكم المحكمة الكلية في ٦/٣/١٩٨٦ "افلاس" في القضية رقم ٨٥/٧

الدكتور عزيز عبد الأمير العكيلي
قسم القانون الخاص - كلية الحقوق - جامعة الكويت

١ - تمهيد :

التاجر صفة يكتسبها الشخص فيصبح في مركز قانوني متميز عن غيره من الأشخاص، ذلك أن قانون التجارة يشتمل على أحكام لاتطبق إلا على من تثبت له هذه الصفة قانوناً. وبسبب وجود هذه الأحكام الخاصة أصبحت للتفرقة بين التاجر وغير التاجر أهمية قانونية. فالتاجر يخضع لنظام قانوني لا يخضع له غيره من الأشخاص[1].

فالشخص متى اكتسب صفة التاجر خضع بوصفه تاجراً لهذا النظام القانوني الذي يقضي باشهار افلاسه بحكم من المحكمة المختصة إذا وقف عن دفع ديونه التجارية المستحقة الأداء. أما غير التاجر، فلا يجوز اشهار افلاسه إذا تخلف عن دفع ديونه وإنما يخضع لنظم أخرى للتنفيذ على أمواله تختلف طبيعتها وأهدافها عن نظام الافلاس.

وقد عرف المشرع في المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة التاجر وحدد شروط اكتسابه لهذه الصفة ومنها احترافه الأعمال التجارية باسمه ولحسابه.

---

(١) للتفصيل في النظام القانوني الذي يخضع له التاجر أنظر عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي الجديد، الأعمال التجارية والتجار، الكويت ١٩٨١، ص ١١١ وما بعدها.

لذا فإن التعليق على حكم المحكمة يقتضينا أن نحدد ماهية الاحتراف كشرط لازم لاكتساب صفه التاجر وبالتالي اشهار افلاسه إذا وقف عن دفع ديونه التجارية المستحقة الأداء.

وعلى ذلك سنشير إلى الوقائع والحكم الذي أصدرته المحكمة في هذه القضية، ثم نحدد ماهية احتراف الأعمال التجارية ثم نناقش بعد ذلك الأمور التي نعتقد أن حكم المحكمة قد جانبه الصواب فيها.

٢ ـ الوقائع :

من حيث أن الوقائع تتحصل في أن مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل تقدمت إلى السيد رئيس المحكمة طالبة شهر افلاس المحال إليها (ن.ع) وأبدت تلك المؤسسة في الصحيفة المعلنة للمحال المذكور في ٣١ / ١٢ / ١٩٨٥ أنه بتاريخ ١٢ / ٩ / ١٩٨٤ أصدرت هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل قراراً في المعاملة رقم ٤٤٧ / ٩٨٤ بإحالة (ن.ع) إلى المؤسسة مع تعيينها حارساً قضائياً لإدارة أمواله والنظر في أمره بسبب توقفه عن دفع ديونه واضطراب أحواله المالية وبعد قيام المحال ودائنيه ومدينيه بالإخطار عن ديونهم عملاً بأحكام المادة الخامسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ وضعت المؤسسة تقريراً عن المركز المالي للمدين المحال سالف الذكر طبقاً لما نصت عليه المادة السابعة من هذا القانون، وتم نشر هذا التقرير في الجريدة الرسمية ـ الكويت اليوم ـ العدد رقم ١٦١٣ بتاريخ ١٩ / ٥ / ١٩٨٥ تمهيداً لإجراء التسوية الودية المنصوص عليها في المادة الثامنة من نفس القانون المشار إليه، إلا أن هذه التسوية لم تتم بسبب عدم موافقة الدائنين الحائزين على النسبة المقررة لاتمامها، ومضت المؤسسة تقول أنه عملاً بالمادة الثامنة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ المعدلة بأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٣ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل فإنها ترفع الأمر الى المحكمة للنظر في شهر افلاس المحال المذكور وخلصت المؤسسة في ختام صحيفة الطلب المشار إليها إلى طلب الحكم باشهار افلاس المحال (ن.ع) وتحديد يوم

١ / ٦ / ١٩٨٢ كتاريخ مؤقت لتوقفه عن الدفع وتعيين مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل مديراً للتفليسة وجعل المصروفات ومقابل أتعاب المحاماة على عاتق التفليسة.

وقدمت المؤسسة تأييداً لدعواها حافظة مستندات طويت على الآتي :

١ ـ صورة قرار هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل الصادر بتاريخ ١٢ / ٩ / ١٩٨٤ في المعاملة رقم ٤٤ / ١٩٨٤ تحكيم ويقضي بإحالة (ن.ع) إلى مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل للنظر في أمره ومنعه من التصرف في أمواله ومن السفر وتعيين المؤسسة حارساً قضائياً على أمواله.

٢ ـ صورة محضر اجتماع دائني المحال (ن.ع) بتاريخ ١٩ / ٥ / ١٩٨٥ وقد حضر الاجتماع دائن واحد وهو الدائن الوحيد للمحال والذي تبلغ ديونه ١١٢٦٠٣ دنانير كويتية وقد رفض الموافقة على التسوية الودية.

٣ ـ صور تقرير المركز المالي للمحال (ن.ع) ويبين منه أن مجموع موجودات المحال ٢٠ ديناراً نقداً لدى البنوك، بينما بلغت مطلوباته ١١٢٦٠٣ دنانير كويتية أوراق دفع شيكات مؤجلة دائنة عن أسهم المحالين.

وقد نظرت الدعوى على نحو ما هو مبين بمحاضر الجلسات وفيها حضر ممثل مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل وقدم حافظة المستندات المشار إليها وما يفيد تمام النشر، وحضر المحال وقد ناقشته المحكمة على نحو ما هو ثابت بمحضر جلسة ٦ / ٢ / ١٩٨٦ فقرر أنه يعمل حارس حدود بوزارة الداخلية وأنه اشترك في عملية واحدة في سوق المناخ بشراء أسهم بالأجل من حمود ناصر العبد الله الجبري والتي أدت إلى خسارته وأضاف أنه منذ ١٥ سنة سابقة كان قد اشترى صفقة أغنام ثم باعها بسبب تدني السعر، وإذ سئل عن مصير الأسهم التي اشتراها قرر أنه باعها بمائتي رأس غنم وبأسهم أخرى من سوق المناخ ثم باع تلك الأسهم الأخيرة واشترى

علفاً للأغنام وقد مات من هذه الأغنام ٥٠ رأساً واستولت المؤسسة على الأغنام الباقية، وأضاف أنه كان قد توقف عن التعامل في الأغنام وفي أي شيء آخر منذ خمس سنوات وأن المعاملة الوحيدة التي جرت خلال هذه الفترة هي شراء الأسهم من حمود ناصر العبد الله وانتهى في أقواله إلى أنه لا يستطيع سداد ديونه.

وحيث أنه من المقرر قانوناً أنه يلزم لشهر افلاس المدين أن يكون تاجراً وأن يتوقف عن الدفع والتاجر على نحو ما عرفته المادة ١٣ من قانون التجارة هو كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز على الأهلية الواجبة واتخذ هذه المعاملات حرفة له، وعلى هذا يشترط لاكتساب صفة التاجر توفر شرطين أساسيين هما القيام بالأعمال التجارية واحتراف القيام بها علاوة على شرط ثالث وهو شرط توافر الأهلية التجارية والمقصود بالأعمال التجارية تلك التي عددها قانون التجارة في المادة الثالثة منه والمواد التالية لها غير أن القيام بالأعمال التجارية لا يكفي لطرح صفة التاجر على القائم بالعمل التجاري وإنما يجب أن يقوم بهذه الأعمال باسمه على وجه الاستقلال فيكون هو رب العمل الذي يجني ثماره ويتحمل خسائره وأما الاحتراف فهو اتخاذ القيام بالأعمال التجارية مهنة ووسيلة للارتزاق بصفة مستمرة ومنتظمة وذلك يتضمن تكرار القيام بالعمل والاعتياد على ممارسته، غير أن الاعتياد وحده لا يكفي لاكتساب صفة التاجر بل يلزم أن يكون المقصود ممارسة العمل على وجه الحرفة والارتزاق عن طريق مباشرته ولو كان التاجر غير موفق فباء بالخسران، وعلى هذا الأساس إذا اعتاد صاحب عقار سحب كمبيالات على مستأجريه بقيمة الأجرة فإنه لا يعتبر بسبب ذلك تاجراً لأنه وإن كان يقوم بعمل تجاري على سبيل الاعتياد فإنه لا يمارسه على سبيل الحرفة فهو يرتزق من تأجير العقار لا من سحب الكمبيالات على مستأجريه وإذا احترف شخص التجارة وهو ممنوع من مزاولتها كالموظفين فإنه يكتسب مع ذلك صفة التاجر، وثبوت الاحتراف مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع وفي كل حالة على حدة، ولا يشترط في التاجر أن يكون مالكاً لمحل تجاري. وكذلك لا يشترط أن يقصر التاجر نشاطه

على مهنة التجارة فحسب فقد يحترف بجانبها مهنة مدنية وقد تكون الأخيرة هي مهنته الأساسية فإذا حدث فلا تخضع لأحكام قانون التجارة إلا المعاملات المتعلقة بالمهنة التجارية، وعلى ذلك فليس في القانون ما يمنع المزارع من احتراف التجارة بجانب مهنة الزراعة فيعتبر حينئذ تاجراً ومزارعاً في ذات الوقت فإذا توقف عن دفع دين من ديونه التجارية أمكن اشهار افلاسه ـ الوسيط في القانون التجاري للدكتور محمد شفيق الطبعة الأولى ١٩٥١ ص ١١٤ وما بعدها ـ والتوقف عن الدفع المبرر لشهر الافلاس هو التوقف الذي ينبىء عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرض معها حقوق دائنيه الى خطر محقق أو كبير الاحتمال ويعتبر الوقوف عن الدفع دليلاً على اضطراب الأعمال مالم يثبت غير ذلك على ما تقضي به المادة ٥٥٨ من قانون التجارة، كما يلزم لشهر الافلاس أن يكون الدين الذي عجز المدين عن دفعه ديناً تجارياً خالياً من النزاع معين المقدار حال الأداء ومن المقرر كذلك أن قاضي الموضوع يستخلص حالة التوقف عن الدفع من الامارات والدلائل المقدمة في الدعوى ـ نقض مدني مصري رقم ٣٩٩ س ٢٢ ق جلسة ٢٩ / ٣ / ١٩٥٦ السنة ٧ ص ٤٣٥.

وحيث أنه على هدى من هذه القواعد والأحكام فإنه لما كان الثابت من الأوراق على ما سلف بيانه احتراف المحال (ن.ع) التجارة عن طريق شراء الأغنام وبيعها منذ خمس عشرة سنة سابقة ولم يكتف المدين المذكور بهذا النشاط التجاري بل زاول التعامل في شراء وبيع أسهم الشركات بالأجل على نحو ما استخلصته المحكمة من قرار هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل وتقرير المركز المالي للمدين الذي أعدته مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل ومن تقريرات المدين أمام المحكمة ولا ينال من ذلك كونه يعمل حارساً للحدود بوزارة الداخلية على ما سلف إيضاحه، وقد توقف المدين المذكور عن دفع دينه التجاري سالف الذكر والبالغ قدره ١١٢٦٠٣ دنانير كويتية ، وقد نتج هذا التوقف عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمانه وتتعرض معها حقوق دائنيه الى خطر

محقق على نحو ما ينطق به تقرير المركز المالي ومن ثم تقضي المحكمة بشهر افلاسه مع اعتبار يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخاً مؤقتاً للتوقف عن الدفع مع تعيين أحد أعضاء الدائرة قاضياً للتفليسة عملاً بالمادتين ٥٦٦، ٦٢٧ من قانون التجارة واسناد إدارة التفليسة إلى مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل عملاً بالمادة الثالثة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ المشار إليها مع إضافة مصروفات الدعوى على عاتق التفليسة.

فلهذه الأسباب

حكمت المحكمة ـ في مادة تجارية ـ بشهر افلاس (ن.ع) وتحديد يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخاً مؤقتاً لتوقفه عن الدفع وتعيين السيد عضو اليسار قاضياً للتفليسة وتعيين مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل مديراً للتفليسة، وإضافة المصروفات على عاتق التفليسة.

٣ ـ التعليق:

تثير قراءة الوقائع والأسباب التي استندت إليها المحكمة لاثبات توافر احتراف المدين للأعمال التجارية كشرط لازم لاكتساب صفة التاجر تمهيداً لاشهار افلاسه تساؤلات على قدر كبير من الأهمية في مدى سلامة الأدلة التي استندت إليها المحكمة، ونرى أن المحكمة قد جانبها الصواب فيما انتهت إليه من توافر شرط احتراف المدين للأعمال التجارية وبالتالي اكتساب صفة التاجر مما يتعين اشهار افلاسه لثبوت وقوفه عن دفع ديونه التجارية. كما أنه قد جانبها الصواب في مدى سلامة تطبيق النصوص القانونية المتعلقة بتعيين تأريخ الوقوف عن الدفع، إذ أن ما انتهت إليه المحكمة في حكمها من تحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تأريخاً مؤقتاً للوقوف عن الدفع يفتقر الى التبرير القانوني السليم، ونرى أن المحكمة قد جانبها الصواب في هذا التحديد، كما أنه قد جانبها الصواب في اعتبار هذا التأريخ مؤقتاً، ذلك لأن هذاالقول تعوزه الدقة، ويعتبر تطبيقاً غير سليم لأحكام القانون، أضف إلى ذلك أن الحكم يعيبه القصور في التسبيب لعدم كفاية الأسباب.

وقبل بيان الأمور التي نعتقد أن المحكمة قد جانبها الصواب فيها وما يعيب هذا الحكم من قصور في التسبيب، لابد أن نحدد ماهية الاحتراف كشرط لاكتساب صفة التاجر وذلك وفقاً للأحكام التي أخذ بها قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ وما انتهى إليه الرأي فقهاً وقضاء في هذا الشأن.

٤ ـ الاحتراف كشرط لاكتساب صفة التاجر :

عرفت المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ التاجر بقولها «كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ هذه المعاملات حرفة له، يكون تاجراً».

٢ ـ وكذلك يعتبر تاجراً كل شركة، ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية». فالتاجر، وفقاً لهذا النص، كل من احترف الاشتغال بالمعاملات التجارية باسمه ولحسابه وكان متمتعاً بالأهلية التي يتطلبها القانون لاحتراف التجارة، وكل شركة ولو كانت تزاول أعمالاً غير تجارية.

يتضح من هذا التعريف أن صفة التاجر يكتسبها الأفراد إذا توافرت فيهم الشروط التي نصت عليها المادة الثالثة عشرة، وكذلك الشركات التي تؤسس في الكويت وفقاً لأحكام القانون.

والذي يعنينا، في هذا المجال، هو التاجر الفرد. وقد حددت المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة ثلاثة شروط لاكتسابه صفة التاجر وهي:

١ ـ أن يشتغل بالأعمال التجارية باسمه.

٢ ـ احترافه الأعمال التجارية.

٣ ـ تمتعه بالأهلية القانونية اللازمة لاحترافه الأعمال التجارية.

فاحتراف التاجر كواقعة مادية شرط أساسي لاكتساب صفة التاجر، فالمعول عليه في كون الشخص تاجراً أو غير تاجر ليس بما يصف به نفسه ولا بما يصفه غيره، وإنما بتوافر الشروط القانونية التي نص عليها المشرع لاكتساب هذه الصفة، ومن هذه الشروط ـ كما تقدم ـ احتراف الأعمال التجارية[٢].

(٢) نقض مصري ١١ يونية ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١ ص ٣٨. القانون =

وإذا كانت المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة تتطلب الاحتراف لاكتساب الشخص صفة التاجر، إلا أن المشرع الكويتي، كما هو شأن المشرعين في الدول الأخرى، لم يحدد المقصود بالاحتراف ولم يعط تعريفاً لهذه الفكرة، ولهذا يجب الرجوع إلى القواعد العامة المقررة في الفقه والقضاء في تحديد معنى الاحتراف وصوره، وما يعتبر أوْ لا يعتبر من مستلزماته، وبدايته ونهايته، وكيفية اثباته.

٥ ـ معنى الاحتراف وصوره:

اشترطت المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة لاكتساب الشخص صفة التاجر أن يتخذ من الأعمال التجارية حرفة له.

والحرفة تعني أن يكرس الشخص نشاطه بصورة مستمرة ومنتظمة للقيام بعمل معين بقصد الحصول على الربح والسعي وراء الرزق[٣]. أو بأنها مباشرة نشاط يتخذه الشخص وسيلة للبحث واشباع الحاجات[٤].

والحرفة قد تكون مدنية وقد تكون تجارية، والتمييز بينهما يكون على ضوء الأعمال التي تقتضيها الحرفة.

فالحرفة التجارية تقتضي ممارسة الأعمال التجارية بصورة مستمرة ومنتظمة واتخاذها مهنة للحصول على الربح، أي أن ممارسة الأعمال التجارية قد أصبحت حرفة للقائم بها.

والمقصود بالأعمال التجارية التي تكوّن ممارستها حرفة للقائم بها، هي الأعمال التجارية التي حددها قانون التجارة الكويتي في الباب الأول من الكتاب الأول (المادة الثالثة وما بعدها).

= التجاري، الطبعة العاشرة باريس ١٩٨٠، ص ٩٣.

(٣) Ripert et Roblot، القانون التجاري، الطبعة العاشرة، باريس ١٩٨٠، ص ٩٣.

(٤) Hamol et Lagarde، القانون التجاري، باريس ١٩٥٤، ص ٤٠٤.

وعلى ضوء ذلك فإن ممارسة الأعمال غير التجارية يكوّن حرفة مدنية للقائم بها، شريطة أن يقوم بهذه الأعمال بصورة مستمرة ومنتظمة وأن يتخذها مهنة للحصول على الرزق. فالأعمال التجارية التي حددها المشرع هي معيار التمييز بين الحرفة التجارية والحرفة المدنية. وعلى هذا الأساس فإن الحرفة التجارية تسبغ على من يزاولها صفة التاجر.

ومزاولة الحرفة التجارية تقتضي ـ كما تقدم ـ احتراف الأعمال المكونة لها. فالاحتراف كشرط لاكتساب صفة التاجر، يعني تكرار ذات العمل بحيث يؤدي إلى القول بأن الشخص قد اتخذ من هذا التكرار للعمل التجاري حرفة له. ولم يحدد المشرع عدد الأعمال التي يتحقق معها الاحتراف. وعلى ذلك فإن القاضي هو الذي يحدد ذلك على ضوء الوقائع المعروضة[٥].

ويذهب الفقه الفرنسي إلى أن فكرة الحرفة التجارية غامضة وواسعة المعنى، ولهذا قيلت آراء مختلفة في الفقه والقضاء لتحديد الحرفة التجارية.

فالبعض قد استعان بفكرة المضاربة والتداول لتحديد المقصود بالحرفة التجارية التي تسبغ على من يزاولها صفة التاجر. وعلى أساس هذه الفكرة اعترف بصفة التاجر للشخص الذي يحترف عمليات المضاربة في سوق الأوراق المالية[٦]. غير أن فكرة المضاربة والتداول منتقدة بحجة عدم كفايتها لتحديد الأعمال التجارية وعدم كفايتها لتحديد الصفة التجارية.

وذهب البعض الآخر إلى وضع معيار للحرفة أكثر موضوعية وهو فكرة المشروع أو فكرة المحل التجاري[٧].

---

(٥) الدكتور رزق الله أنطاكي، الحقوق التجارية البرية، دمشق ١٩٤٩، ص ٨٦.
(٦) Rodiere, et Houin، موجز دالوز، ج ١، الطبعة السادسة. باريس. ١٩٧٠، ص ٥٤.
(٧) ريبير وربلو، المرجع السابق، ص ٩٧.

وبمقتضى هذا المعيار فإن الأعمال التي يقتضيها نشاط المشروع تكتسب الصفة التجارية، كما يكتسب صفة التاجر من يباشر هذه الأعمال.

غير أن فكرة المشروع أو المحل التجاري تصطدم بوجود بعض الأشخاص الذي يكتسبون صفة التاجر دون أن يكون لهم مشروع أو محل تجاري، إنما يزاولون نشاطهم التجاري بصفة مستمرة باتخاذ اسم مستعار لإدارة أعمالهم التجارية، ومع ذلك يعتبر هؤلاء تجاراً بنظر القانون ويخضعون لقواعد الافلاس(٨).

على أن فكرة المشروع أو المحل التجاري لا تتفق وما تأخذ به أغلب التشريعات ومنها قانون التجارة الكويتي، والتي لا تشترط أن تزاول الأعمال من خلال مشروع تجاري لتعتبر أعمالاً تجارية أو لتكسب القائم بها صفة التاجر، وإنما تكتسب هذه الأعمال الصفة التجارية سواء وقعت لمرة واحدة أو تكرر وقوعها بصفة مستمرة ومنتظمة، إذ تعتبر لذلك مشروعات تجارية، كما أن القائم بهذه الأعمال يكتسب صفة التاجر ولو لم يكن له مشروع، أو محل تجاري(٩).

ويلاحظ أن الاحتراف ليس معناه الامتداد في الزمن، فإذا تكونت شركة للقيام بإنشاء سد، أو حفر قناة بحيث تنتهي الشركة وتُصفّى بانتهاء العمل الذي قامت من أجله، فإن هذه الشركة تكتسب الصفة التجارية، في حين قد يقوم شخص بشراء وبيع الأسهم في سوق الأوراق المالية لعدة سنوات دون أن يكتسب صفة التاجر. فالشركة في المثال الأول يتوافر بشأنها شرط الاحتراف لأن نشاطها الرئيسي والوحيد انشاء السد أو حفر القناة وهو من الأعمال

---

(٨) الدكتور حسن الخطيب، مبادىء القانون التجاري العراقي، البصرة ١٩٦٧ ص ٢٢١، الدكتورة سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، نظرية الأعمال التجارية، التاجر، المحل التجاري. الكويت ١٩٧٤، ص ١٣٦.

(٩) للتفصيل في هذا الموضوع أنظر عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ٥٦ وما بعدها.

التجارية[١٠] في حين لا يكتسب من يتعامل بالأوراق المالية، في المثال الثاني، الصفة التجارية، مع أن العمل الذي يقوم به من الأعمال التجارية، ويتكرر من قبله، ولكنه لا يصل إلى مرتبة احترافه وتوجيه النشاط إليه بصفة رئيسية ومعتادة وإن امتد في الزمن[١١].

٦ ـ الاحتراف والاعتياد :

الاحتراف بالمعنى المتقدم يختلف عن مجرد الاعتياد. فالاعتياد يقتضي تكرار وقوع العمل من وقت لآخر، أما الاحتراف فيستوجب تكرار وقوع العمل بصفة مستمرة ومنتظمة. ولذلك يكّون الاحتراف مهنة يتخذها الشخص سبيلاً للارتزاق، في حين يكفي في الاعتياد أن يطرأ وقوع العمل من الشخص من حين إلى آخر[١٢]. فالاعتياد مرتبة أدنى من الاحتراف لا تكفي لاسباغ صفةالتاجر على من اعتاد القيام بالأعمال التجارية[١٣] ومن أمثلة الاعتياد الذي لايصل إلى مرتبة الاحتراف قيام غير التاجر بشراء وبيع الأسهم في سوق الأوراق المالية من وقت لآخر. فالعمل يتكرر من الشخص، ولكنه لا يصل إلى مرتبة احترافه وتوجيه النشاط إليه بصفة رئيسية ومعتادة، ولذلك قضى بأن قيام شخص ببيوع تجارية تفصلها فترات متباعدة لا ينهض دليلاً على

---

(١٠) يصدق هذا المثال في ظل التشريعات التي تأخذ بالمعيار الموضوعي للتمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية، في حين لا يصدق في ظل التشريعات التي تأخذ بالمعيار الشكلي للتمييز بين الشركة المدنية والشركة التجارية ومنها قانون التجارة الكويتي (المادة ١٣)، إذ تكتسب الشركة الصفة التجارية إذا اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات، سواء كانت تمارس أعمالاً تجارية أو مدنية، بل أن الشركة تكتسب الصفة التجارية من وقت اكتسابها الشخصية المعنوية وقبل أن تبدأ في مزاولة نشاطها. للتفصيل في هذا الموضوع، انظر عزيز العكيلي، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، الكويت ١٩٧٨ ص ١١٣ وما بعدها.

(١١) أكثم الخولي، القانون التجاري، ج ١، القاهرة ١٩٦٤، ص ٢٠٩ هامش رقم (١).

(١٢) الدكتور علي يونس، القانون التجاري، ص ١٤١. الدكتور أكثم أمين الخولي القانون التجاري، جـ١، المرجع السابق، ص ٢٠٨.

(١٣) استئناف مصري مختلط ٢٦ ابريل ١٩٤٠، التشريع والقضاء سنة ٢٢ ص ١٠٩، ٢٣ ابريل ١٩١٣ ذات المرجع، سنة ٢٥ ص ٢٢٥.

أن البائع يحترف التجارة[14] فالعمل الذي قام به الشخص يعتبر عملاً تجارياً ويخضع لأحكام القانون التجاري ولكنه لا يسبغ على من قام به صفة التاجر.

وقد يعتاد الشخص على القيام بالأعمال التجارية بصورة مستمرة، ولكن هذا الاعتياد لا يصل إلى مرتبة الاحتراف الذي يسبغ على القائم به صفة التاجر. كأن يعتاد غير التاجر على تسديد قيمة كل مشترياته عن طريق تحرير شيكات لحساب البائعين، ورغم أن هذا العمل يعتبر من الأعمال التجارية، وفقاً للفقرة الخامسة من المادة الخامسة من قانون التجارة ورغم أن هذا الشخص قد يقوم بالعمل كل يوم، بل قد يتكرر منه وقوع العمل في اليوم الواحد ومع ذلك فلا يعتبر هذا الشخص تاجراً[15]، لأنه لم يزاول هذا العمل على وجه الاحتراف، أي أن هذا العمل لا يكّون حرفة له تدر عليه مورداً للرزق، وذلك عنصر جوهري في ركن الاحتراف. فلا يكفي أن يعتاد الشخص على القيام بالأعمال التجارية، لاكتساب صفة التاجر، بل يجب بالإضافة إلى ذلك أن يتخذ من هذا الاعتياد نشاطه الرئيسي الذي يعتمد عليه في كسب رزقه. على أن البعض يصل إلى ذات النتيجة[16] فلا يضفي صفة التاجر على من اعتاد تحرير الأوراق التجارية، عن طريق القول بأن هذه الأعمال لا يتصور أن يحترفها الشخص، فلا يتصور أن يوجه شخص نشاطه على نحو رئيسي معتاد إلى تحرير الأوراق التجارية، لأن هذه الأعمال بطبيعتها تابعة لنشاط رئيسي آخر قد يكون مدنياً، وقد يكون تجارياً. فمالك العقار الذي يحرر سندات بالأجرة على مستأجريه ليس تاجراً، لأنه لا يحترف تحرير الكمبيالات بل تأجر العقار[17]

(١٤) استئناف مصري مختلط ١٦ ابريل ١٩٢٤، التشريع والقضاء، السنة ٣٦ ص ٣١٦.

(١٥) قضت محكمة استئناف الاسكندرية في ١٢ ابريل ١٩٣٠ «بأن تحرير سندات أذنية على وجه التكرار لا يكفي بذاته لكي يعتبر من حرر السندات تاجراً»، التشريع والقضاء، السنة ٤٥، ص ٢٢٢، بنفس المعنى استئناف مصري مختلط في ١٧ مايو ١٩٣٣، ذات المرجع.

(١٦) هامل ولاجارو، المرجع السابق، ص ٤٠٥، الدكتور محسن شفيق القانون التجاري المصري، جـ١، الاسكندرية ١٩٤٩، ص ٢٥٩.

(١٧) أكثم الخولي المرجع السابق، ص ٢٠٧، الدكتور علي جمال الدين، القانون التجاري، جـ ١ =

فالاعتياد على ممارسة العمل التجاري لا يكفي في حد ذاته لاسباغ صفة التاجر على من اعتاد القيام بالعمل، وإنما يجب أن يصل هذا الاعتياد الى حد تكوين حرفة تجارية تسبغ على من يزاولها صفة التاجر.

٧ ـ الاحتراف باسم مستعار أو وراء شخص آخر :

والأصل أن احتراف التجارة يحاط بوسائل الشهر والعلانية أمام جمهور الناس. ولكن قد يحترف الشخص التجارة باسم مستعار أو مستتراً وراء شخص آخر، أما لأنه ممنوع من ممارسة التجارة بمقتضى القوانين والأنظمة، أو تكون له مصلحة في ذلك، كأن يكون مديناً بمبلغ ويخشى إظهار أمواله فيعهد إلى غيره باحتراف التجارة دون أن يظهر هو نفسه أمام الجمهور.

فإذا احترف الشخص التجارة بصورة خفية، أي بغير اتخاذ مظاهر خارجية تكشف عن احترافه التجارة إذ يحدث عملاً أن يحترف الشخص نشاطاً تجارياً بصورة خفية وتحت اسم مستعار، لأنه ممنوع من احتراف التجارة بمقتضى القوانين والأنظمة[١٨]. فإن هذا المنع لا يحول دون اكتسابه صفة التاجر وخضوعه لأحكام القانون التجاري إذا خالفه واحترف الأعمال التجارية، حتى لا يكون المنع سبباً للافلات من أحكام القانون التجاري[١٩] وليس للمنع

= القاهرة ١٩٧٥، ص ٨٣، الدكتورة سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ١٣٤

(١٨) تحرم المادة ١٣١ من دستور دولة الكويت على الوزراء أثناء توليهم الوزارة أن يزاولوا ولو بطريق غير مباشر مهنة حرة أو عملاً صناعياً أو تجارياً، كما تنص المادة ٣٦ من قانون القضاء على عدم جواز الجمع بين وظيفة القضاء ومزاولة التجارة، كما أن المادة ٢٩ من قانون التعليم العالي بدولة الكويت رقم ٢٩ لسنة ١٩٦٦ لا تجيز لأعضاء هيئة التدريس والمعيدين أن يشتغلوا في التجارة أو أن يشتركوا في إدارة عمل تجاري أو مالي أو صناعي. وبشكل عام فإن جميع الموظفين يمنعون من ممارسة الأعمال التجارية فيما عدا الحالات التي يحددها مجلس الخدمة المدنية وذلك بمقتضى الفقرة الثانية من المادة ٢٩ من المرسوم بقانون رقم ١٥ لسنة ١٩٧٩ في شأن الخدمة المدنية.

(١٩) ريبير وربلو، المرجع السابق، ص ٧٧، محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٦٠، أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٢١٠، الدكتور محمد حسني عباس، القانون التجاري، =

من أثر إلا توقيع العقوبات الإدارية على المخالف. فاحتراف الأعمال التجارية، ظاهراً أو مستتراً، يسبغ صفة التاجر على المحترف. وقد أخذ قانون التجارة الكويتي بهذا المبدأ في الفقرة الثالثة من المادة الرابعة عشرة، إذ تضفي هذه الفقرة صفة التاجر على الأشخاص المحظور عليهم الاتجار بموجب قوانين أو أنظمة خاصة. ويرى البعض[٢٠] ـ بحق ـ أن اضفاء صفة التاجر على الأشخاص الممنوعين من احتراف التجارة بمقتضى القوانين والأنظمة إذا خالفوا المنع ليس له ضرورة تبرره، لأن ذلك يستتبع ـ لو طبق المبدأ حرفياً ـ خضوع هؤلاء لواجبات التجار وتمتعهم بحقوقهم وامتيازاتهم، وهذا مالا نعتقد أن يكون المشرع قصده. ذلك أن الحكمة التي أملت على المشرع هذا النص هي ألا يتخذ هؤلاء الأشخاص من حظر احتراف التجارة عليهم ذريعة للافلات من أحكام الافلاس. هذه الحكمة كانت تقتضي من المشرع أن يكتفي باخضاع هؤلاء لنظام الافلاس وحده، استثناء من القاعدة التي يعتبر بموجبها الافلاس نظاماً خاصاً بالتجار، لا أن يكسب هؤلاء صفة التاجر وما يترتب على ذلك من استفادتهم من المزايا المقررة للتجار، إذ لا يصح أن يكافأ من يخالف أحكام القانون[٢١].

على أن الأمر يختلف إذا ما احترف الشخص التجارة مستتراً وراء شخص آخر يتاجر بأمواله ويعمل لحسابه، وإن كان يظهر أمام الغير على أنه التاجر الحقيقي ويتعامل باسمه دون أن يذكر اسم من يعمل لحسابه. وقد يحدث ذلك متى كان الشخص المستتر ممنوعاً من احتراف التجارة بمقتضى

= الكتاب الأول ، القاهرة ١٩٦٤ ص ٢٣١ ، الدكتور حبيب ، دروس في القانون التجاري القاهرة ١٩٨١ ، ص ٢٠٤ ، وتطبيقاً لهذا المبدأ قضت محكمة الاستئناف المصرية المختلطة في ٤ ابريل ١٩٣٤ ، بشهر افلاس طبيب أسنان يحترف التجارة ، التشريع والقضاء ، السنة ٤٦ ص ٢٢٦ .

(٢٠) الدكتور أكرم ياملكى، الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، جـ ١ في الأعمال التجارية والتجار، بغداد ١٩٧١، ص ١٤٤.

(٢١) من التشريعات التي أخذت بذلك قانون التجارة العراقي الأسبق رقم (٦) لسنة ١٩٤٣ في المادة الثانية عشرة التي تنص بقولها «إذا اشتغل الموظفون والحكام الممنوعون من الاتجار قانوناً بالمعاملات التجارية فتشملهم الأحكام القانونية المتعلقة بالافلاس».

القوانين والأنظمة أو تكون له مصلحة في ذلك، فيحترف التجارة باسم شخص مسخر يكون غالباً قريباً له أو صديقاً. ففي مثل هذه الحالة يوجد شخصان أحدهما يختفي وراء الآخر، فأيهما، في هذه الحالة، يكتسب صفة التاجر؟.

اختلف الرأي فقهاً وقضاء في هذه المسألة، فالبعض يذهب إلى القول بأن الذي يكتسب صفة التاجر هو الشخص المستتر، إذ يعتبر هو التاجر الحقيقي الذي يتم الاتجار لحسابه، فيتحمل مخاطره، ويجني فوائده[٢٢].

ويذهب رأي آخر إلى القول بأن الذي يكتسب صفة التاجر هو الشخص الظاهر باعتباره يحترف فعلاً الأعمال التجارية، والظاهر للعيان أمام الغير، لأن الاحتراف مظهر للمهنة والغير لم يعتمد في تعامله إلا على هذا الوضع[٢٣]. ويسوق لتأييد رأيه حكماً لمحكمة النقض المصرية، في ٢٨ ابريل سنة ١٩٨٢ جاء فيه «متى كان الشخص يمارس الأعمال التجارية باسمه على وجه الاحتراف والاستقلال فإنه يصدق عليه وصف التاجر»[٢٤] كما يذهب البعض الآخر في تأييد هذا الرأي الى القول أن صفة التاجر لا تثبت في هذه الحالة إلا للشخص الظاهر وهو الذي يتعامل باسمه مع الغير ويظهر أمامه كما

---

(٢٢) الدكتور محمد صالح، شرح القانون التجاري المصري، جـ ١، القاهرة ١٩٣٣، رقم ٤٢. محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٣٦٠، الدكتور علي الزيني، شرح القانون التجاري المصري جـ ٣ القاهرة ١٩٤٦، ص ٤١، Thaller، القانون التجاري، باريس ١٩٣١، رقم ٧٤. نقض مصري ٤ مارس ١٩٤٨، مجموعة القواعد القانونية، ١٩٥٧، الجزء الأول، ص ٢٤٤، استئناف القاهرة في ٢٢ ديسمبر ١٩٥٨، موسوعة عبد المعطي، ص ٨٠، نقض فرنسي ٨ نوفمبر ١٩٣٣، دالوز الاسبوعى سنة ١٩٣٣ ص ٥٨٦ أشار إليه محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٣٦٠ هامش رقم (٢).

(٢٣) علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٨٥، الدكتور ثروت علي عبد الرحيم، شرح القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٥، ص ١٥٨، محكمة أكس١٤ فبراير سنة ١٩٦٦، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٦ ص ١٠٠١.

(٢٤) نقض مصري ٢٨ ابريل ١٩٦٢، مجموعة أحكام النقض السنة ١٣ ص ٥٢٨.

لو كان يعمل لحساب نفسه، لأن دور الشخص المستتر يقتصر على توظيف أمواله في باب من أبواب الاستغلال وذلك لا يكفي لخلع صفة التاجر على صاحب المال مادام أن هذه الصفة تقرر بالنظر لما يقوم به الشخص من نشاط مهني قوامه الاتيان بالأعمال التجارية واتخاذها حرفة له[٢٥].

ورأي ثالث يذهب إلى القول باكتساب الشخصين، الظاهر منهما والمستتر صفة التاجر. فالبنسبة للشخص المستتر فإن اكتسابه لصفة التاجر أمر بديهي، لأنه هو الذي احترف التجارة حقيقة. أما بالنسبة للشخص الظاهر الذي احترف التجارة لحساب الشخص المستتر فيثير وضعه بعض الصعوبات بسبب عدم احترافه التجارة لحسابه، كما لا يتوافر فيه عنصر الاستقلال الذي يتميز به التاجر. ومع ذلك فإن الرأي الراجح يذهب إلى القول بأن الشخص الظاهر يكتسب أيضاً صفة التاجر إلى جانب اكتساب الشخص المستتر لهذه الصفة. فهو وإن كان قد احترف التجارة لحساب غيره، غير أن الحالة الظاهرة وحماية الثقة التي خلقها ظهوره بمظهر التاجر، واعتمد عليها الغير، فمنحه ثقته وائتمانه، هذه الحالة الظاهرة يجب تدعيمها وحمايتها وبالتالي اكتساب هذا الشخص صفة التاجر حماية للثقة التجارية وتحقيقاً للعدالة[٢٥م].

ويرى البعض بأن الرأي الذي يضفي صفة التاجر على الشخص الظاهر، رغم وجاهته لا يتفق مع التطبيق السليم لنظرية الظهور ولا مع أحكام الصورية، لأن القول بذلك يسمح للغير بأن يجمع بين الرجوع على الشخص الظاهر والمستتر وفي هذا الجمع أخذٌ بحكم الحقيقة والظهور في ذات الوقت، وهو مالا يتفق مع نظرية الظهور التي تغلب الوضع الظاهر على الوضع الحقيقي، ولا مع الصوريةالتي تخول الغير بالأخذ بالوضع الحقيقي أو الصوري. ولذلك يرى هذا البعض، أن الأسلم في هذا الشأن، أن يخول

(٢٥) علي يونس - المرجع السابق، ص ١٤٠.

(٢٥م) Lyon Caen et Renault، القانون التجاري، جـ١، باريس ١٩٢١، الطبعة الخامسة رقم ٢٠٥، ريبير وربلو، المرجع السابق ص ١٣٣، محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص ٢٣٣، ثروت حبيب المرجع السابق، ص ٢٠٥، حسن الخطيب، المرجع السابق ص ٢٢٤، سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ١٥١، الدكتور علي البارودي، القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٥، ص ٩٩.

الغير حق الرجوع على الظاهر وطلب اشهار افلاسه، على أن يقتصر شهر الافلاس على أمواله التي بدا للغير أنه مالك لها، باعتبار أن هذه الأموال هي التي عول عليها الغير وقت التعامل معه. كما لا يستطيع الغير الرجوع على أموال المستتر التي لم يعهد بها الى الشخص الظاهر لاستثمارها في النشاط التجاري، والتي لا يمكن أن يكون الغير قد عول عليها وقت تعامله مع الظاهر، إذ يجب أن تظل، هذه الأموال بمنأى عن رجوع الغير.

غير أن السماح للغير بجواز الرجوع على الشخصين الظاهر والمستتر معاً مبالغة في حمايته لا مبرر لها قانوناً[٢٦].

هذا الخلاف في الرأي فقهاً وقضاء لا محل له في ظل الأحكام التي أخذ بها قانون التجارة الكويتي في المادة ١٤ / ٢ التي تضفي صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو احترفها مستتراً وراء شخص آخر ، فضلاً عن ثبوتها للشخص الظاهر . فهذه المادة ألحقت صفة التاجر بالساتر والمستور امعاناً في حماية الغير وتحقيقاً للعدالة والثقة التي يجب أن تسود بين من يزاولون العمل التجاري .

٨ ـ مشروعية الاحتراف :

من المسائل التي اختلف الرأي بشأنها احتراف تجارة غير مشروعة أو منافية للآداب كتجارة المخدرات، فهل يؤدي احتراف نشاط تجاري غير مشروع الى اكتساب المحترف لصفة التاجر ؟ الإجابة على هذا التساؤل تثير بعض الصعوبات بسبب اعتبارات النظام العام من ناحية، وحماية الغير حسن النية من الناحية الأخرى. ذهب رأي إلى أنه لا يجوز للشخص الذي يحترف نشاطاً تجارياً مخالفاً للنظام العام أو الآداب أن يكتسب صفة التاجر، لأن صفة التاجر مركز قانوني يحدده وينظمه القانون[٢٧]. ولا يصح أن يوضع في هذا

---

(٢٦) أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٢١١، بنفس المعنى، ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ١٥١.

(٢٧) Escarra، القانون التجاري، باريس ١٩٤٨، رقم ١٤٠.

المركز من يباشر نشاطاً تجارياً لا يقره ولا يعترف به القانون على أن هذا الرأي سلم بأن عدم اكتساب المحترف لصفة التاجر في هذه الحالة، يؤدي إلى حمايته من الخضوع لنظام الافلاس وما يترتب عليه من عقوبات شديدة تصيبه في ماله وفي شخصه، غير أن هذه النتيجة يجب ألا ترجح على المنطق القانوني السليم، ثم أن في قانون الجزاء الكفاية لردع من يحترف نشاطاً يعتبره القانون من الجرائم[٢٨].

على أن البعض يذهب إلى أن الرأي السابق منطقي يطبق المبادىء القانونية تطبيقاً سليماً ودقيقاً، ولكنه يرى في هذا الرأي خطورة بالنسبة للغير الذي يقدم الائتمان أو يورد البضائع إلى مؤسسة جاهلاً أن نشاطها غير مشروع، فإن عدم اكتساب المحترف للنشاط غير المشروع لصفة التاجر يؤدي إلى حرمان الغير حسن النية من الضمانات القانونية المرتبطة بصفة التاجر وأهمها افلاس المحترف. لذلك يجب أن يحد القضاء من التطبيق المنطقي للقواعد القانونية، على الأقل بالنسبة للأحكام التي تحقق مصلحة الغير حسن النية[٢٩].

ويذهب البعض في تأييده لهذا الرأي الأخير، أنه إذا كان مقتضى التطبيق السليم للمبادىء القانونية يقضي بعدم اكتساب المحترف لنشاط غير مشروع لصفة التاجر، لأن هذا النشاط المخالف للقانون لا يبنى عليه قيام مركز قانوني، هو مركز التاجر. «غير أن الأمور لا تعرض عملاً في مثل هذه الصورة الواضحة. فقد يكون المحترف حاصلاً على ترخيص بمزاولة هذا النشاط، كصاحب ملهى أو صاحب محل للقمار، ومن ثم أغلق محله قانوناً، لمخالفته لقواعد الترخيص، هنا لا يمكن القول بأنه وقد تبين أن نشاط هذا الشخص في

---

(٢٨) محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٢٦١، علي يونس، المرجع السابق، ص ١٤٣، سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٢٥، على البارودي المرجع السابق، ص ١٠٠

(٢٩) أكثم الخولى، المرجع السابق، ص ٢١٤.

الماضي كان غير مشروع، وأنه بذلك يفلت من آثار الائتمان التجاري الذي حصل عليه من الغير، هذا الذي تعامل بحسن نية، وبغير خطأ منه مع شخص ظهر بمظهر تاجر، وهذا نظر مقبول يردده عدد من الفقهاء»[٣٠].

هذا التبرير لا يمكن قبوله في دولة الكويت التي لا تجيز تشريعاتها الترخيص بمزاولة هذا النوع من النشاط لمخالفته للنظام العام. كما أن هذا التبرير لا يصمد أمام المنطق القانوني السليم. ذلك أن هذا النشاط لا يعتبر غير مشروع - في ظل التشريعات التي تجيزه - وانما يشترط المشرع لمزاولته صدور ترخيص بذلك من السلطات المختصة، فاذا وقعت مخالفة لقواعد الترخيص وأغلق المحل، الا أن صاحب المحل استمر في مزاولة النشاط، فان مخالفة صاحب المحل لحكم القانون، لا يحول دون اكتسابه لصفة التاجر، اذ يصبح في حكم من يمنع من مزاولة النشاط التجاري بمقتضى القوانين والأنظمة[٣١]. فما دام التاجر صفة يكتسبها الشخص فيصبح في مركز قانوني خاص، هذا المركز القانوني لا يمكن أن يكتسبه من يحترف أعمالا غير مشروعة، وانما يجب أن يكتسبه ضمن اطار القواعد القانونية وفي نطاق المشروعية.

٩ - تعدد الحرف :-

لا يشترط لاكتساب الشخص صفة التاجر، أن يستغرق النشاط التجاري كل وقته وجهده، أي أن يقصر التاجر نشاطه على حرفة التجارة. فقد يكون للشخص أكثر من حرفة يمارسها ويجني منها الربح، ما لم يحظر عليه القانون ذلك بنص خاص. وقد تكون احدى هذه الحرف تجارية. كما قد تكون الحرفة التجارية هي الحرفة الرئيسية أو الثانوية للشخص. فما هو أثر تعدد الحرف على اكتساب الشخص لصفة التاجر؟ الجواب على ذلك أن تعدد الحرف لا يؤثر على اكتساب الشخص لصفة التاجر مادامت الحرفة التجارية التي يزاولها الى جانب الحرف الأخرى تحقق له ولو بصورة جزئية مورد دخل يعيش من ورائه. فتوفر مضمون الحرفة التجارية للشخص هو دائما الأساس

(٣٠) ثروت حبيب، المرجع السابق، ص ٢٠١

(٣١) أنظر ما سبق، ص ٣٥٢

الذي يعول عليه قانونا لاكتساب صفة التاجر[٣٢]. فليس ثمة ما يمنع أن يمارس الشخص حرفة تجارية فيكتسب صفة التاجر، ولو كان يمارس الى جانبها حرفة مدنية رئيسية، مثال ذلك طبيب يحترف تجارة الأدوية الى جانب مهنة الطب[٣٣]. انما يشترط في هذه الحالة أن تكون الحرفة التجارية مستقلة عن الحرفة المدنية وغير مرتبطة بها أو مكملة لها. كما يمكن أن تكون الحرفة التجارية للشخص هي المهنة الرئيسية والحرفة المدنية هي المهنة الثانوية مثال ذلك من يملك مشروعا صناعيا وهو في ذات الوقت فنان يرسم لوحات فنية يعرضها للبيع.

فاذا كان للشخص عدة حرف بعضها مدني والبعض الآخر تجاري، فان الأعمال المكونة لحرفته المدنية تخضع لحكم القانون المدني. ولكن اذا توقف هذا الشخص عن دفع دين تجاري مستحق الآداء وأشهر افلاسه، فإن أثر الافلاس لا يقتصر على أمواله المستثمرة في الحرفة التجارية، وانما يشمل جميع أمواله تطبيقا لمبدأ وحدة الذمة المالية التي أخذ بها القانون الكويتي[٣٤].

١٠ ـ عناصر ليست من مستلزمات الاحتراف :ـ

لا يشترط في التاجر أن يكون له محل يحترف فيه النشاط التجاري، فالمحل التجاري وان كان من مظاهر الحرفة التجارية الا أنه ليس من مستلزماتها[٣٥] وعلى ذلك فمن يحترف الأعمال التجارية وهو متجول، يعتبر مع ذلك تاجرا اذا توافرت فيه الشروط القانونية الأخرى لاكتساب هذه الصفة.

ومتى احترف الشخص النشاط التجاري بالمعنى المتقدم اكتسب صفة التاجر ولو لم يقيد اسمه في السجل التجاري[٣٦]، أو لم يلتزم بمسك دفاتر تجارية

---

(٣٢) استئناف مصري مختلط ١٦ ابريل ١٩٣٤ التشريع والقضاء، سنة ٣٦ ص ٣١٦.
(٣٣) استئناف مصري مختلط ٤ ابريل ١٩٣٤ التشريع والقضاء سنة ٤٦ ص ٢٣٦.
(٣٤) نصت على ذلك المادة ٣٠٧ من القانون المدني الكويتي.
(٣٥) استئناف مصري مختلط ٢٥ نوفمبر ١٩٠٨ التشريع والقضاء السنة ٢١ ص ٣١٣.
(٣٦) نقض مدني مصري ١١ يونية ١٩٧٠ مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١ ص ١٢٨.

يدون فيها عملياته التجارية التي يجريها. فهذه الالتزامات فرضها المشرع على من يكتسب قانونا صفة التاجر لتنظيم الحرفة التجارية بقصد سير المشروع التجاري على أسس سليمة. فاذا لم يلتزم التاجر بتنفيذ هذه الالتزامات فإنه يكون قد أخل بالتزامات قانونية ويتعرض للجزاءات التي نصت عليها القواعد القانونية التي فرضت هذه الالتزامات عليه.[٣٧] على أن الاخلال بما يفرضه المشرع على التاجر من التزامات لا يحول دون اكتسابه لصفة التاجر وما يترتب عليها من آثار حتى لا يكون الاخلال بالتزام قانوني سببا للافلات من أحكام القانون.

ولا عبرة بمقدار المبلغ الذي يخصصه الشخص ليحترف النشاط التجاري، فتثبت صفة التاجر لكل من يحترف الأعمال التجارية أيا كان المبلغ المستغل، كبيرا أو صغيرا، ومهما كان حجم الأعمال التجارية ودرجة تنظيمها. فالمشرع لا يفرق بين صغار التجار وكبارهم.

واذا كانْ المشرع، لا يفرق بين صغار التجار وكبارهم، من حيث الشروط اللازمة لاكتساب صفة التاجر، الا أنه يفرق بينهم من حيث الآثار القانونية المترتبة على اكتسابهم لصفة التاجر.

فالتاجر ـ كما تقدم ـ يخضع لالتزامات قانونية كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية والخضوع لنظام الافلاس وغير ذلك من الآثار التي يرتبها المشرع على من يكتسب قانونا هذه الصفة، غير أن المشرع وجد أن اخضاع صغار التجار لذات الالتزامات والآثار التي يخضع لها كبار التجار لا يتفق وحجم العمليات التي يقومون بها ويؤدي الى حلول غير مقبولة لا حكمة من ورائها، لذا أعفاهم المشرع من الخضوع لواجبات التجار الخاصة بالدفاتر التجارية والقيد في السجل التجاري والخضوع لأحكام الافلاس والصلح الواقي[٣٨]، وذلك لتخفيف العبء عنهم لما يتطلبه تنفيذ هذه الأحكام من وقت

(٣٧) أنظر للتفصيل في هذا الموضوع، عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة، المرجع السابق، ص١٣٠، وما بعدها.

(٣٨) نصت على ذلك المادة ١٧ من قانون التجارة.

وتكاليف لا طاقة لهم بها ولا تتناسب مع الفائدة التي تعود عليهم من تنفيذ هذه الالتزامات .

وقد جرى العرف على عدم اخضاع صغار التجار لأحكام الافلاس[٣٩]، كما أن آراء الفقهاء تذهب الى وجوب ترك الحرية للقاضي للظن بصفة التاجر على الأشخاص الذين يقومون بعمليات تجارية زهيدة القيمة لا تدر عليهم أرباحا كبيرة ، بل موارد لاكتساب رزقهم اليومي[٤٠] .

١١ ـ بداية الاحتراف ونهايته :ـ

تقدم أن الاحترف بالمعنى القانوني هو مزاولة الأعمال التجارية بصورة مستمرة ومنتظمة واتخاذها مهنة للحصول على مورد للرزق، فإذا ثبت أن مزاولة الأعمال التجارية قد أصبحت حرفة للقائم بها فان الاحتراف يبدأ من أول عمل يقوم به الشخص متعلقٍ بالحرفة التجارية، سواء كان هذا العمل من الأعمال التجارية الأصلية أم من الأعمال التجارية بالتبعية، وينتهي بآخر عمل متعلقٍ بهذه الحرفة مارسه الشخص بنية اعتزال النشاط التجاري، أو بآخر عمل مارسه قبل الوفاة، اذا كان وقف النشاط التجاري بسبب الوفاة. ذلك أن تحديد بداية ونهاية الاحتراف له أهمية في تحديد النظام القانوني الذي يخضع له التاجر أثناء هذه الفترة، اذ لا يخضع التاجر لهذا النظام قبل بدء الاحتراف، كما لا يسرى عليه هذا النظام بعد انتهاء الاحتراف .

على أن احتراف الأعمال التجارية قد يتطلب أعمالا تحضيرية تمهد له كاستئجار محل لمزاولة الأعمال التجارية وشراء أثاث، هذه الأعمال مدنية بطبيعتها ولكنها بسبب أنها مرتبطة أو مسهلة للأعمال التجارية التي ينوي احترافها الشخص تفقد صفتها المدنية وتصبح أعمالا تجارية بالتبعية (المادة ٨ تجارة)، ولكن اذا لم يتوافر شرط الاحتراف، بسبب فشل المشروع التجاري قبل بدايته لسبب ما، فان الأعمال التحضيرية له تبقى محتفظة بصفتها

---

(٣٩) ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص١٦٠، هامش رقم (٨) .

(٤٠) ليون كان ورينو، المرجع السابق، ص ٦٣، محسن شفيق، المرجع السابق ص٢٦٥ .

التجارية وتخضع لحكم القانون التجاري، الا أن الشخص القائم بها لا يكتسب صفة التاجر، لأن العبرة بالواقع، كما يقول البعض بحق، كما لو اشترى الشخص البضاعة بقصد بيعها وهلكت قبل البيع، فعدل عن مشروع التجارة، كان الشراء تجاريا، ولكن الشخص لا يكتسب صفة التاجر ولا يمكن تفليسه لذلك[٤١].

على أن البعض يرى أن فشل المشروع، في هذه الحالة، لا يحول دون اكتساب القائم بالأعمال التحضيرية لصفة التاجر بالرغم من عدم قيام العمل الأصلي الذي تستند اليه، وذلك لأنها بوشرت بالنظر اليه[٤٢].

ونحن لا نرى سلامة هذا الرأي الأخير، اذ لا يمكن للشخص أن يكتسب صفة التاجر لمجرد قيامه ببعض الأعمال المدنية بطبيعتها بنية احتراف الأعمال التجارية، اذ أن ذلك لا يعتبر أول عمل يبدأ به الاحتراف الا اذا بدأ فعلا بتنفيذ العمل الذي تمت من أجله هذه الأعمال التحضيرية، أما وان المشروع التجاري الذي تمت من أجله هذه الأعمال قد فشل، فان هذه الأعمال لوحدها، ومهما كانت نية القائم بها، لا تكفي لتكوين الاحتراف كشرط لاكتساب صفة التاجر.

وينتهي احتراف التجارة، وبالتالي يفقد الشخص صفة التاجر، بآخر عمل قام به متعلق بحرفته قبل وقف النشاط التجاري بشكل نهائي، سواء كان وقف النشاط بسبب الوفاة أم بسبب اعتزال النشاط التجاري. ولذلك لا يفقد الشخص الصفة التجارية اذا كان وقف النشاط التجاري لسبب عارض، كغلق المحل التجاري بصورة وقتية بسبب مرض التاجر أو سفره[٤٣]. كما لا يفقد الشخص صفة التاجر، في مواجهة الغير حسن النية، بمجرد ادعائه اعتزال التجارة، كما لو قام التاجر بشطب اسمه من السجل التجاري مدعيا

---

(٤١) الدكتور علي العريف، القانون التجاري، القاهرة ١٩٥٨، رقم ٤٦.

(٤٢) علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٨٧.

(٤٣) نقض مدني مصري ٤ يناير ١٩٦٦، مجموعة أحكام النقض، السنة ١٧، ص٣٢.

وقف نشاطه التجاري، هذا الشطب مجرد قرينة بسيطة قد يكذبها الواقع اذا كان التاجر مستمرا في مزاولة الأعمال التجارية .

وتجدر الملاحظة أن وقف النشاط التجاري بسبب الاعتزال أو الوفاة ليس له أثر رجعي، بمعنى أن الشخص لا يفقد صفة التاجر قبل هذا الوقت، لذا يبقى خاضعا، بالنسبة لهذه الفترة لواجبات التجار، كما تسري على أعماله التجارية التي تمت قبل وقف النشاط أحكام القانون التجاري. وعلى هذا الأساس تجيز المادة ٥٦٢ من قانون التجارة اشهار افلاس التاجر الذي وقف عن دفع ديونه التجارية، حتى بعد وفاته أو اعتزاله التجارة.

وادا كانت أعمال التاجر السابقة على الوفاة، وبالتالي الديون الناشئة عنها، تنتقل الى الورثة بهذه الصفة،[٤٤] فان صفة التاجر لا تنتقل الى الورثة فهي صفة لا تورث،[٤٥] وانما تكتسب بتوافر شروطها القانونية .

١٢ ـ اثبات الاحتراف :ـ

الاحتراف بالمعنى المتقدم تحدده ضوابط قانونية تستخلصها المحكمة من الوقائع التي تستقل في تقديرها، واذا كانت المحكمة تستقل في تقدير الوقائع التي تثبت احتراف الشخص للأعمال التجارية ولا تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز.[٤٦] غير أن تكييف المحكمة لهذه الوقائع بأنها مكونة للاحتراف مسألة قانونية تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز. ذلك أن محكمة التمييز تراقب محكمة الموضوع في صحة استنتاج توافر الاحتراف من الوقائع التي اثبتتها المحكمة في أسباب الحكم،[٤٧] فاذا لم يبين الحكم أسبابا كافية تدل على توافر

---

(٤٤) نقض مدني مصري ١٨ مايو ١٩٤٤، مجموعة أحكام النقض في ٢٥ عاما، جـ١، ص٢٤٢ .

(٤٥) هامل ولاجارو، المرجع السابق جـ١، ص٤١٣ .

(٤٦) ريبير وربلو، المرجع السابق، ص١٣٤، هامل ولاجارو، المرجع السابق، ص٤٠٣، علي يونس، المرجع السابق، ص١٤١، أكثم الخولي، المرجع السابق، ص٢٠٩، حسني عباس، المرجع السابق، ص٢٤٠، علي البارودي، المرجع السابق، ص٩٩، ثروت حبيب المرجع السابق ص٢٠٨ .

(٤٧) نقض مصري ٢٣ ابريل ١٩٣٦، مجموعة القواعد القانونية، السنة ٣١ ص٢٨٧ .

الاحتراف، كان الحكم خاطئا وتعين نقضه لقصور في التسبيب[٤٨]. فاثبات الوقائع يختلف عن التكييف القانوني الذي تستخلصه المحكمة منها.

واحتراف الأعمال التجارية لا يفترض، فيقع على من يدعيه عبء اثباته، وله أن يسلك في سبيل اقامة هذا الدليل طرق الاثبات كافة. ولذلك يتعين على من يدعي لشخص صفة التاجر أن يثبت مسألتين المسألة الأولى تتعلق بصفة الأعمال المكونة للاحتراف، أي مزاولة الشخص لاعمال تجارية، والمسألة الثانية تتعلق بتوافر الاحتراف، أي قيام الشخص بالأعمال التجارية بصورة مستمرة ومنتظمة واتخاذها حرفة للحصول على الرزق. ولمحكمة الموضوع سلطة تقدير الأدلة التي تقدم من المدعي لاثبات هاتين المسألتين، غير أن محكمة التمييز تراقب محكمة الموضوع في التكييف القانوني الذي تستخلصه المحكمة من الوقائع التي أثبتتها في هاتين المسألتين. فاذا تبين لمحكمة الموضوع، من الأدلة التي قدمت من المدعي، أن شخصا يمارس نشاطا تجاريا على وجه الاحتراف، فلا تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز، اذ ان ذلك من الأمور التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع. ولكن يكون لمحكمة التمييز أن تراقب محكمة الموضوع في مسألتين، الأولى، تكييف المحكمة للعمل الذي قام به الشخص بأنه من طبيعة تجارية، أو من طبيعة مدنية.[٤٩] وبطبيعة الحال تعتمد المحكمة في هذا التكييف على ضوء الأعمال التجارية التي حددها المشرع في قانون التجارة (المواد من ٣ وما بعدها). والثانية، تكييف المحكمة للوقائع التي اعتمدتها، فاذا صح ما أثبتته محكمة الموضوع من أن العمل الذي قام به الشخص من طبيعة تجارية، فان محكمة التمييز تراقب محكمة الموضوع فيما استخلصته من وجود أو عدم وجود الاحتراف، وبالتالي ما رتبت عليه من اكتساب أو عدم اكتساب الشخص لصفة التاجر[٥٠].

---

(٤٨) استئناف مصري مختلط ٢٤ مارس ١٩٣٧، التشريع والقضاء، السنة ٤٩ ص١٦٤.

(٤٩) نقض فرنسي ١٧ ديسمبر ١٩١٣، سيريه ١٩١٤ - ١ - ٣٨٠.

(٥٠) علي يونس، المرجع السابق، ص١٤١.

ويستطيع من يقع عليه عبء اثبات الاحتراف أن يستعين بأدلة كثيرة، منها قيد اسم الشخص في السجل التجاري، ومسكه لدفاتر تجارية، وفتحه لمحل تجاري ووضع لافتة عليه تحمل رقم قيده في السجل التجاري، وظهوره بمظهر التاجر، واستعماله لأوراق تحمل اسمه مثبتا فيها أنه تاجر. لا فرق في ذلك بين أن يكون المدعي هو التاجر نفسه أو شخص آخر، اذ يستطيع أي منهما اثبات الاحتراف بأية وسيلة من وسائل الاثبات. ولكن مجرد القيد في السجل التجاري أو مسك الدفاتر التجارية لا يكفي لوحده لاثبات الاحتراف بل يمكن أن يكون ذلك مجرد قرينة تستنير بها المحكمة في اثبات الاحتراف.[٥١]

ولكن يجوز لذي الشأن، أن يقوض القرينة المستمدة من قيد أسمه في السجل التجاري اذا أرادت المحكمة أن تتمسك بها لاثبات الاحتراف، كأن يثبت أنه لم يزاول أي عمل تجاري رغم قيد اسمه في السجل أو أنه اعتزل النشاط التجاري، غير أن عدم القيد في السجل وعدم الالتزام بمسك الدفاتر التجارية لا يحول دون اكتساب الشخص لصفة التاجر اذا ثبت احترافه للأعمال التجارية من الأدلة التي قدمت من المدعي[٥٢].

واذا وصف شخص نفسه بأنه تاجر وذكر ذلك في أوراقه وخطاباته، فلا يكفي ذلك لاعتباره تاجرا، بل يتعين أن يقوم الدليل أمام المحكمة على ان هذا الشخص قد احترف فعلا الأعمال التجارية[٥٣]. وتستطيع المحكمة أن تعتبر اقرار الشخص بأنه تاجر مجرد قرينة وتحكم بثبوت الصفة التجارية اذا أيدتها أدلة أخرى[٥٤]. ووصف الشخص نفسه بأنه تاجر قرينة ضده يستطيع خصمه أن يتمسك بها، لأنها تتضمن معنى الاقرار والشخص يؤخذ باقراره، ويترتب عليها أن يعفى الخصم من اقامة الدليل على أن خصمه تاجر، غير أن

---

(٥١) استئناف مصري مختلط ١٤ ديسمبر ١٩٤٢، التشريع والقضاء، السنة ٥٥ ص ٣١ نقض فرنسي ١٤ ديسمبر ١٩٣٨، سيريه ١٩٣٩ - ١ - ٢٨٥.

(٥٢) نقض مدني مصري ١١ يونيو ١٩٧٠، مجموعة أحكام النقض، السنة ٢١، ص١٠٣٨.

(٥٣) نقض مدني مصري ٢٧ ديسمبر سنة ١٩٦١ مجموعة أحكام النقض.

(٥٤) استئناف مصري مختلط ٣١ ديسمبر ١٩١٣، التشريع والقضاء، السنة ٢٦ ص ١٣٢.

من حق مدعي هذه الصفة أن يقوضها بأية وسيلة من وسائل الاثبات، ذلك أن التاجر صفة يكتسبها الشخص فيصبح في مركز قانوني، ولا يمكن لشخص أن يضع نفسه في هذا المركز الا بتوافر الشروط القانونية التي نص عليها المشرع[٥٥] .

ولا يكفي لاثبات صفة التاجر مجرد ادعاء الخصم أمام المحكمة أن خصمه يحترف الأعمال التجارية دون أن يعترض الأخير على ذلك. وانما لابد أن يثبت الخصم بأدلة تقتنع بها المحكمة أن خصمه يحترف الأعمال التجارية[٥٦]. كما لا يكفي لاثبات أن الشخص يحترف الأعمال التجارية مجرد وصفه في دعوى سابقة بأنه تاجر، دون أن يعترض على ذلك مادام أن صفته كتاجر لم تكن محل منازعة في الدعوى[٥٧]. واذا وصف شخص في أحكام سابقة بأنه تاجر، فانه يعتبر تاجرا بالنسبة لهذه الأحكام وحدها، فهذا الوصف لا يعتبر دليلا كافياً على أنه استمر يزاول التجارة في السنوات التالية لهذه الأحكام[٥٨]. أضف الى ذلك أن اعتبار شخص في حكم بأنه تاجر لا يتعدى أثره نطاق الحكم تطبيقا لقاعدة الأثر النسبي للأحكام القضائية .

نخلص من كل ما تقدم أن احتراف الأعمال التجارية لا يفترض، ويقع عبء اثبات ذلك على من يدعي أن الشخص يحترف الأعمال التجارية، وله أن يسلك في سبيل اقامة هذا الدليل طرق الاثبات كافة لتعلق الأمر بوقائع مادية، فضلا عن حرية الاثبات في المسائل التجارية، وان تقدير الأدلة التي تقدم من المدعي لاثبات الاحتراف مسألة موضوعية تستقل في تقديرها المحكمة ولا تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز، غير أن ما تخلص اليه المحكمة في حكمها من ثبوت الاحتراف من الأدلة التي اثبتتها، وبالتالي ما رتبت عليها من اكتساب

---

(٥٥) محسن شفيق، المرجع السابق، ص٦٣، محمد حسني عباس، المرجع السابق، ص٢٤١.
(٥٦) علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٨٩.
(٥٧) استئناف مصري مختلط ١٣ نوفمبر سنة ١٩١٢ التشريع والقضاء، السنة ٢٥ ص٢٠،
استئناف مصري مختلط، ١٧ ابريل ١٩٢٩ التشريع والقضاء، السنة ٤١ ص٣٦٣.
(٥٨) استئناف مصري مختلط ١٢ ابريل سنة ١٩٣٩ التشريع والقضاء، السنة ٥١ ص٢٥١.

الشخص لصفة التاجر، هو فصل في مسألة قانونية تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز .

بعد أن انتهينا من بيان معنى الاحتراف وصوره، وما يعتبر أولا يعتبر من مستلزماته، وبدايته ونهايته، وكيفية اثباته، وذلك وفقا للأحكام التي أخذ بها قانون التجارة الكويتي وما استقر عليه الرأي فقها وقضاء. نبدأ الآن ببيان الأمور التي نعتقد أن الحكم قد جانب الصواب فيها

١٣ ـ الخطأ في فهم وتفسير الوقائع :ـ

تقدم أن الاحتراف بالمعنى القانوني هو أن يكرس الشخص نشاطه بصورة مستمرة ومنتظمة للقيام بعمل معين بقصد الحصول على الربح والسعي وراء الرزق. وأن الاحتراف لا يفترض وانما يقع على من يدعيه عبء اثباته، وله أن يسلك في سبيل اقامة هذا الدليل طرق الاثبات كافة، وأن المحكمة هي التي تستخلصه من الامارات والدلائل المقدمة في الدعوى والتي تستقل في تقديرها دون أن تخضع في ذلك لرقابة محكمة التمييز. غير أن تكييف المحكمة لهذه الامارات والدلائل بأنها مكونة للاحتراف مسألة قانونية تخضع فيها لرقابة محكمة التمييز. ذلك أن محكمة التمييز تراقب محكمة الموضوع في صحة استنتاج توافر الاحتراف من الوقائع التي أثبتتها المحكمة في أسباب الحكم .

ومن قراءة الوقائع والأسباب التي اشتمل عليها الحكم-محل التعليق ـ يتضح أن الأدلة التي استندت اليها المحكمة لاثبات احتراف المدين للأعمال التجارية محل نظر وغير كافية لوحدها في تقرير النتيجة التي توصلت اليها المحكمة في منطوق الحكم، وأن الأسباب التي أثبتتها المحكمة لاستخلاص هذه النتيجة غير سائغة وغير مقبولة، وتفتقر الى التبرير القانوني السليم وتعتبر تطبيقا معيبا لمعنى الاحتراف من الناحية القانونية .

وعلى ذلك فان المحكمة تكون قد جانبت الصواب فيما انتهت اليه من احتراف المدين للأعمال التجارية وبالتالي اكتسابه لصفة التاجر واشهار افلاسه لوقوفه عن دفع ديونه المستحقة الآداء تطبيقا لحكم المادة (٥٥٥) من قانون

التجارة الكويتي .

ويستفاد هذا الأمر من وقائع الدعوى التي تقدم عرضها والتي يتضح منها أن المحكمة استندت في تقرير ثبوت احتراف المدين للأعمال التجارية من شرائه للأغنام وبيعها قبل خمس عشرة سنة سابقة، ومن شراء وبيع أسهم الشركات على نحو ما استخلصته المحكمة من قرار هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل وتقرير المركز المالي للمدين الذي أعدته مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بالآجل. ومن تحليل وقائع الدعوى يتبين أن الامارات والدلائل التي استخلصت منها المحكمة ثبوت احتراف المدين للأعمال التجارية لا تكفي لتبرير النتيجة التي توصلت اليها ولا تتفق مع المفهوم القانوني السليم للاحتراف وتخالف ما استقر عليه الفقه والقضاء في هذا الشأن .

فالاحتراف ـ كما تقدم ـ تحدده ضوابط قانونية، والأصل أن الشخص غير تاجر، كما أن الأصل في العمل أنه غير تجاري، وتقدم أيضاً أن صفة التاجر لا تفترض، فالقاعدة أن عبء اثبات صفة التاجر يقع على عاتق من يدعي ذلك، ولا فرق بين أن يدعي الشخص لنفسه أو لغيره هذه الصفة. ولذلك يتعين على من يدعي أن لشخص ما صفة التاجر أن يثبت أنه يزاول أعمالا تجارية وأن مزاولته لهذه الأعمال على وجه الاحتراف[٥٩] .

ومن وقائع الدعوى يتضح أن مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالآجل تقدمت الى السيد رئيس المحكمة طالبة اشهار افلاس المدين عملا بالمادة الثامنة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ المعدلة بأحكام القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٣ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالآجل، وذلك بناء على احالة المدين اليها بموجب قرار هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالآجل في ١٩٨٤/٩/١٢ بعد اتخاذها كافة الاجراءات التي ينص عليها القانون رقم ٧٥

---

(٥٩) انظر ما سبق، ص ٢٦٤

المشار اليه، وفشل التسوية الودية بين المدين والدائنين المنصوص عليها في المادة الثامنة من هذا القانون، كما طلبت المؤسسة تحديد يوم ٨٢/٦/١ كتاريخ مؤقت لتوقف المدين عن الدفع ـ وقدمت المؤسسة تأييدا لدعواها حافظة مستندات طويت على الآتي :ـ

١ ـ صورة قرار هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالآجل الصادر بتاريخ ٨٤/٩/١٢ كدليل على توقف المدين عن دفع ديونه واضطراب أحواله المادية.

٢ ـ صورة محضر اجتماع دائني المدين بتاريخ ٨٥/٥/١٩ والذي يتضح منه وجود دائن واحد للمحال تبلغ ديونه (١١٢٦٠٣) دينارا كويتيا وقد رفض الموافقة على التسوية الودية.

٣ ـ صورة تقرير المركز المالي للمدين الذي قامت بوضعه المؤسسة والذي يتضح منه أن مجموع موجودات المدين (٢٠) دينارا نقدا لدى البنوك بينما بلغت مطلوباته (١١٢٦٠٣) دينارا.

فالمؤسسة تقدمت الى المحكمة بطلب اشهار افلاس المدين. والافلاس ـ كما هو معلوم ـ نظام خاص بالتجار، وأن المحكمة لا تحكم باشهار الافلاس الا اذا ثبت لديها من الأدلة التي تستخلصها من الوقائع المعروضة عليها، أن المدين تاجر، وأنه توقف عن دفع ديونه التجارية المستحقة الأداء بسبب اضطراب أحواله المالية (المادة ٥٥٥ تجارة).

ومادامت صفة التاجر ـ كما تقدم ـ لا تفترض، فكان يتعين على المؤسسة ـ باعتبارها طالبة اشهار الافلاس ـ أن تقدم الى المحكمة من الأدلة ما يثبت احتراف المدين للأعمال التجارية كشرط لازم لاكتسابه صفة التاجر عملا بحكم المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة. غير أن المؤسسة، كما يتضح من وقائع الدعوى، لم تقدم سوى قرار هيئة التحكيم الذي يثبت توقف المدين عن دفع دين تجاري واضطراب أحواله المالية كما هو ثابت من المركز المالي للمدين الذي أعدته المؤسسة. فكل ما تثبته هذه الأدلة أن المدين قام بعمل تجاري واحد، وهو شراء أسهم بالآجل، وأنه عجز عن تسديد قيمة هذه الأسهم

وهذا لا يكفي لاثبات احتراف المدين للأعمال التجارية، لأن الاحتراف، بالمعنى القانوني ـ كما تقدم ـ مزاولة الأعمال التجارية بصورة مستمرة ومنتظمة واتخاذها مهنة يتعيش ويرتزق منها الشخص، وأن الفقه والقضاء قد استقر على أن مزاولة عمل تجاري واحد لا يكفي لاثبات الاحتراف[٦٠] واذا كان القانون رقم (٧٥) المشار اليه يلزم المؤسسة باحالة المدين الى المحكمة وطلب اشهار افلاسه اذا فشلت التسوية الودية بين المدين والدائنين، سواء كان المدين تاجرا أو غير تاجر، غير أن ذلك لا يلزم المحكمة باشهار افلاس المدين دون أن يثبت لديها من وقائع الدعوى أن المدين تاجر عملا بحكم المادة (٥٥٥) من قانون التجارة.

ذلك أن الأحكام التي اشتمل عليها القانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٣ المعدلة بأحكام القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٣ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالاجل لا تتضمن أي استثناء من حكم المادة (٥٥٥) من قانون التجارة التي تشترط لاشهار الافلاس أن يكون المدين تاجرا. ومما يؤكد ذلك أن المادة التاسعة من القانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٣ المشار اليه قد أجازت للمطلوب شهر افلاسه أو المؤسسة أن يعرض على المحكمة المنظور أمامها طلب الافلاس مقترحاته بشأن الصلح الواقي من الافلاس، استثناء من الشروط والأحكام المنصوص عليها في قانون التجارة.

وشروط الصلح الواقي نصت عليها المادة ٧٤٣ من قانون التجارة، ومن بينها أن يكون المدين تاجرا. وهذا يعني أن المحكمة تستطيع أن تقضي بالموافقة على شروط الصلح الواقي دون أن يكون المدين تاجرا اذا توافرت في الصلح الشروط الأخرى التي نصت عليها المادة التاسعة من القانون رقم (٧٥)، فلو أراد المشرع أن يجيز للمحكمة أن تشهر افلاس المدين بناء على طلب من المؤسسة ودون أن يكون المدين تاجرا، لكان عليه أن يضمن القانون نصا

---

(٦٠) أنظر ما سبق، ص ٢٤٩

يستثنى المدين من شروط اشهار الافلاس المنصوص عليها في المادة (٥٥٥) من قانون التجارة، كما فعل بشأن الصلح الواقي من الافلاس[٦١] .

وما يؤكد ما تقدم أن المحكمة قد تصدت لهذا الموضوع وأثبتت في مدونة الحكم أنه يلزم لاشهار الافلاس أن يكون المدين تاجرا وأن يتوقف عن الدفع، اذ جاء في حكمها «وحيث أنه من المقرر قانونا أنه يلزم لشهر افلاس المدين أن يكون تاجرا وأن يتوقف عن الدفع والتاجر على نحو ما عرفته المادة (١٣) من قانون التجارة هو كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة واتخذ هذه المعاملات حرفة له» .

غير أن الامارات والدلائل التي استندت اليها المحكمة، كما أثبتتها في حيثيات الحكم، غير كافية ولا تقطع باحتراف المدين للأعمال التجارية. وبيان ذلك أن المحكمة استندت في تقرير احتراف المدين للأعمال التجارية الى ما استخلصته من قرار هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالاجل وتقرير المركز المالي للمدين الذي أعدته المؤسسة ومن تقريرات المدين أمام المحكمة. فقد جاء في حيثيات الحكم «وحيث أنه على هدى من هذه القواعد والأحكام كان الثابت من الأوراق على ما سلف بيانه احتراف المحال للأعمال التجارية عن طريق شراء الأغنام وبيعها منذ خمس عشرة سنة ولم يكتف المدين المذكور بهذا العمل التجاري بل زاول التعامل في شراء وبيع أسهم الشركات على نحو ما استخلصته المحكمة من قرار هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل وتقرير المركز المالي الذي أعدته المؤسسة ومن تقريرات المدين أمام المحكمة ولا ينال من ذلك كونه حارسا للحدود بوزارة الداخلية على ما سلف ايضاحه».

ولا شك أن النتيجة التي انتهت اليها المحكمة وهي احتراف المدين

---

(٦١) للتفصيل في هذا الموضوع أنظر بحثنا، الصلح الواقي من الافلاس في قانون التجارة والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة الثامنة، العددان الأول والثاني ص١١ وما بعدها.

للأعمال التجارية على ضوء ما هو ثابت في هذه الفقرة المقتبسة من الحكم، صحيحة ولا شك فيها لو أن ما جاء في هذه الفقرة من أسباب يتطابق مع الوقائع التي أثبتها الحكم والمستندات المقدمة في الدعوى.

والحقيقة أن هناك خطأ من المحكمة في فهم الوقائع وما تضمنته المستندات المقدمة في الدعوى من بيانات وأن هذا الخطأ قد أوصل المحكمة الى نتيجة خاطئة وهي احتراف المدين للأعمال التجارية. وقد تسبب هذا الخطأ في فهم وتفسير الوقائع الى أن يكون الحكم مشوبا بالفساد في الاستدلال. ويتضح خطأ المحكمة في فهم الوقائع وما تضمنته المستندات من بيانات من مقارنة هذه الوقائع والمستندات مع ما انتهت اليه المحكمة في الفقرة المقتبسة من الحكم والمشار اليها أعلاه، ذلك أن المعاني التي تضمنتها هذه الفقرة لا تتفق مع ما أثبتته المحكمة من وقائع في الحكم. فالذي يفهم من هذه الفقرة أن قرار هيئة التحكيم والمركز المالي للمدين وأقوال المدين أمام المحكمة تتضمن من البيانات ما يؤكد أن المدين احترف الأعمال التجارية عن طريق شراء الأغنام وبيعها منذ خمس عشرة سنة، ولم يكتف بذلك، بل زاول أيضا التعامل في شراء وبيع أسهم الشركات المساهمة ولا ينال من ذلك كون المدين حارسا للحدود بوزارة الداخلية. والاحتراف ـ كما عرفته المحكمة في وقائع الدعوى ـ هو اتخاذ القيام بالأعمال التجارية مهنة ووسيلة للارتزاق بصفة مستمرة ومنتظمة وذلك يتضمن تكرار القيام بالعمل والاعتياد على ممارسته. فوفقا لهذا التعريف، فان المحكمة تقطع بما لا يقبل الشك، أن المدين كان يزاول بصورة مستمرة ومنتظمة، منذ خمس عشرة سنة، الأعمال التجارية عن طريق شراء الأغنام وبيعها وكذلك التعامل في شراء وبيع أسهم الشركات.

غير أن ما انتهت اليه المحكمة من ثبوت احتراف المدين للأعمال التجارية على ضوء ما استخلصته من قرار هيئة التحكيم والمركز المالي وتقريرات المدين لا يتفق مع البيانات التي تضمنتها هذه المستندات ولا مع أقوال المدين التي أثبتتها المحكمة.

فليس في قرار هيئة التحكيم أو المركز المالي للمدين ولا في أقوال المدين أمام المحكمة بيانات يستدل منها أن المدين كان يزاول الأعمال التجارية بصورة مستمرة ومنتظمة .

فكل ما تضمنه قرار هيئة التحكيم احالة المدين الى المؤسسة مع تعيينها حارسا قضائيا لادارة أمواله والنظر في أمره بسبب وقوفه عن دفع ديونه واضطراب أحواله المالية. والدين الذي عجز المدين عن سداده ناتج من شراء صفقة أسهم بالأجل واحدة، وليس من عدة صفقات بحيث يفهم منها تكرار وقوع العمل من المدين. وما يؤكد ذلك صورة محضر اجتماع دائني المحال بتاريخ ١٩٨٥/٥/١٩ الذي حضره الدائن الوحيد للمحال والذي بلغ دينه (١١٢٦٠٣) ديناراً، وهذا الدين يمثل ثمن صفقة الأسهم الوحيدة التي اشتراها المحال. كما ليس في تقرير المركز المالي للمدين الذي أعدته المؤسسة ما يشير الى قيام المدين بشراء عدة صفقات أسهم، اذ يتضح من مفردات المركز المالي للمحال أن موجوداته (٢٠) دينارا نقدا لدى البنوك، بينما بلغت ديونه (١١٢٦٠٣) دينارا أوراق دفع، شيكات مؤجلة دائنة عن أسهم المحالين .

وهذا الدين يمثل ـ كما تقدم ـ ثمن صفقة الأسهم الوحيدة التي اشتراها المحال بالأجل وعجز عن تسديد قيمتها. أما أقوال المدين أمام المحكمة كما هو ثابت في وقائع الدعوى، فتتناقض مع النتيجة التي انتهت اليها المحكمة، وهي احتراف المدين للأعمال التجارية، بالاستناد الى أقواله. فقد جاء في أقواله عند مناقشته من قبل المحكمة، كما هو ثابت في محضر جلسة ١٩٨٦/٢/٦ «بأنه يعمل حارس حدود بوزارة الداخلية وأنه اشترك في عملية واحدة في سوق المناخ بشراء أسهم بالأجل، من الدائن الوحيد، والتي أدت الى خسارته ثم أضاف منذ ١٥ سنة سابقة كان قد اشترى صفقة أغنام ثم باعها بسبب تدني السعر. واذ سئل عن مصير الأسهم التي اشتراها قرر أنه باعها بمائتي رأس غنم وبأسهم أخرى من سوق المناخ ثم باع تلك الأسهم الأخيرة واشترى علفا للأغنام وقد مات من هذه الأغنام (٥٠) رأسا واستولت المؤسسة على الأغنام الباقية» .

هذه الأقوال لا يفهم منها ـ كما استخلصته المحكمة خطأ ـ احتراف المدين للأعمال التجارية عن طريق شراء الأغنام وبيعها منذ خمس عشرة سنه سابقة، فضلا عن مزاولة التعامل في شراء وبيع أسهم الشركات .

فالذي يفهم من أقوال المدين أن حرفته مدنية، باعتباره موظفا حكوميا، وأنه خلال الخمس عشرة سنة السابقة على محضر جلسة المحكمة في ٨٦/٢/٦ زاول بعض الأعمال التجارية الى جانب حرفته المدنية، فهل تكفي هذه الأعمال لاعتباره محترفا للأعمال التجارية وفقا لمعنى الاحتراف الذي حددته المحكمة؟ الاجابة على هذا التساؤل تتطلب تحديد نوع وعدد الاعمال التي قام بها المدين والفترة التي تفصل بين كل عمل على ضوء ما هو ثابت في محضر الجلسة .

فمن أقوال المدين أنه اشترى صفقة أغنام واحدة قبل خمس عشرة سنة وباعها بسبب تدني السعر، ثم اشترى قبل خمس سنوات صفقة أسهم وباعها بمائتي رأس غنم وبأسهم أخرى من سوق المناخ ثم باع تلك الأسهم الأخيرة واشترى علفا للأغنام وقد مات من هذه الأغنام ٥٠ رأسا واستولت المؤسسة على الأغنام الباقية .

فالمدين كما يتضح من هذه الأقوال، قام بعمل تجاري واحد قبل خمس عشرة سنة، وهو شراء الأغنام وبيعها، وليس كما استخلصته المحكمة احترافه التجارة عن طريق شراء الأغنام وبيعها، لأن الاحتراف ـ كما عرفته المحكمة ـ هو اتخاذ القيام بالأعمال التجارية مهنة ووسيلة للارتزاق بصفة مستمرة ومنتظمة وذلك يتضمن تكرار القيام بالعمل والاعتياد على ممارسته .

وعلى ذلك لا يمكن اعتبار المدين محترفا للأعمال التجارية من مجرد قيامه بعمل تجاري واحد، وهو شراء صفقة أغنام وبيعها وانما لابد أن يكون قد أجرى عدة صفقات شراء وبيع للأغنام بصورة مستمرة ومنتظمة بحيث تكون هذه الصفقات حرفة تجارية له الى جانب حرفته المدنية .

ولنفرض جدلا أن المدين قد أجرى عدة صفقات واتخذ من الأعمال التجارية حرفة له، وبالتالي اكتسب صفة التاجر. فكان يتعين على المحكمة أن تتأكد قبل اشهار افلاسه لوقوفه عن دفع ديونه التجارية، هل هو من صغار التجار الذين أعفتهم المادة السابعة عشرة من قانون التجارة من الخضوع لواجبات التجار الخاصة بالدفاتر التجارية وبالقيد في السجل التجاري وبأحكام الافلاس والصلح الواقي[٦٢]، أم أنه غير ذلك فيجوز اشهار افلاسه؟ وهذا لا يتأتى الا من خلال مساءلة المدين عن مقدار المبلغ المستثمر في هذا النشاط. وليس في الوقائع ما يفيد أن المحكمة قد تصدت لهذا الموضوع للوصول الى الحقيقة. وأغلب الظن ـ لو صح جدلا كما قلنا ـ أنه احترف الأعمال التجارية واكتسب صفة التاجر، فهو من صغار التجار الذين يزاولون تجارة صغيرة يعتمدون فيها على عملهم للحصول على أرباح قليلة أكثر من اعتمادهم على رأس مال نقدي، وذلك وفقا لتعريف التاجر الصغير الذي يستفاد من نص المادة السابعة عشرة من قانون التجارة، فظاهر الحال بحكم وظيفته كحارس للحدود، أن مدخراته التي حاول استثمارها في تجارة الأغنام ـ ان صح ذلك ـ قليلة مما ينطبق عليه وصف التاجر الصغير الذي لا يجوز اشهار افلاسه عملا بنص المادة السابعة عشرة من قانون التجارة الكويتي، لأن تربية الأغنام، في مثل ظروف المدين، تعتمد على جهوده الشخصية في رعي الأغنام وتربيتها وشراء الأعلاف، أكثر من اعتمادها على رأس مال نقدي.

ولنفرض جدلا أيضا، أن المبالغ التي استثمرها المدين في النشاط التجاري كبيرة وأن اعتماده على رأس مال نقدي أكثر من اعتماده على جهوده الشخصية، وبالتالي فلا يعتبر من صغار التجار، فهل يجوز للمحكمة أن تعتبر صفته كتاجر مستمرة حتى بعد اعتزاله للنشاط التجاري لمدة عشر سنوات، بحيث يجوز لها اشهار افلاسه، إذا قام بعد هذه المدة بعمل تجاري وعجز عن دفع دينه الناشيء عن هذا العمل؟ الاجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي

---

(٦٢) أنظر ما سبق، ص ٢٦١

عملا بالأحكام الخاصة ببداية الاحتراف ونهايته التي سبق أن أوضحناها[٦٣]. فالاحتراف ـ كما تقدم ـ يبدأ من أول عمل يقوم به الشخص متعلقٍ بالحرفة التجارية، وينتهي بآخر عمل يقوم به الشخص متعلق بهذه الحرفة بنية اعتزال النشاط التجاري. فالشخص يفقد صفة التاجر من تاريخ آخر عمل قام به متعلق بحرفته التجارية بنية اعتزال النشاط التجاري بشكل نهائي. على أن وقف النشاط التجاري لسبب عارض، بسبب مرض التاجر أو سفره، لا يؤدي ـ كما تقدم ـ الى أن يفقد الشخص صفة التاجر.

فلو صح جدلا ـ كما قلنا ـ احتراف المدين للأعمال التجارية قبل خمس عشرة سنة من تاريخ تحرير المحضر، فان اعتزاله للنشاط التجاري لمدة عشر سنوات، يترتب عليه أن يفقد صفته كتاجر، بحيث لا يجوز اشهار افلاسه اذا قام بعمل تجاري، بعد هذه المدة، ووقف عن دفع دينه الناشيء عن هذا العمل.

نخلصْ من كل ما تقدم أن أقوال المدين المدونة بمحضر جلسة ٨٦/٢/٦ لا يستدل منها أنه احترف الأعمال التجارية قبل خمس عشرة سنة، وانما قام بعمل تجاري واحد، وذلك لا يكفي لاكتسابه صفة التاجر، وبالتالي لا يجوز اشهار افلاسه. ولو فرض ـ كما تقدم ـ أنه احترف الأعمال التجارية وبالتالي اكتسب صفة التاجر، فلا يجوز اشهار افلاسه أيضا لأنه فقد هذه الصفة بسبب اعتزاله للنشاط التجاري، أو لأنه من صغار التجار كما تقدم.

واذا كان المدين لم يكتسب صفة التاجر من صفقة الأغنام التي أجراها قبل خمس عشرة سنة، فربما يكون قد اكتسب هذه الصفة من العمليات التجارية التي أجراها بعد ذلك وقبل خمس سنوات من محضر الجلسة التي أدلى بها بأقواله والتي أدت الى وقوفه عن دفع ديونه، أو من اضافة الأعمال الأخيرة الى الصفقة التي أجراها قبل خمس عشرة سنة بحيث تكوّن في مجموعها احترافا للأعمال التجارية، الأمر الذي يترتب عليه قانونا جواز اشهار افلاسه

---

(٦٣) أنظر ما سبق ص ٢٦٢

كنتيجة لاكتسابه صفة التاجر .

وبالرجوع الى أقوال المدين التي أثبتتها المحكمة بمحضر جلسة ١٩٨٦/٢/٦ يتضح أن العمليات التي أجراها قبل خمس سنوات من تاريخ المحضر، هي شراء صفقة الأسهم بالأجل ومبادلة هذه الأسهم بمائتي رأس غنم وبأسهم أخرى ثم باع هذه الأسهم الأخيرة واشترى بثمنها علفا للأغنام التي مات البعض منها والباقي استولت عليه المؤسسة. فالمدين قام خلال هذه الفترة بعمليتين تجاريتين هما شراء الأسهم ومبادلتها بالاغنام وبعض الاسهم، ثم بيع هذه الاسهم الاخيرة، أو بثلاثة أعمال لو اعتبرنا المبادلة عملا تجاريا منفصلا عن الشراء. وهذه الأعمال لا تكفي لاعتبار المدين محترفا للأعمال التجارية بالمعنى القانوني للاحتراف كما تقدم[٦٤]. كما لا يمكن اعتبار المدين محترفا للأعمال التجارية من اضافة العمل التجاري الذي قام به قبل خمس عشرة سنة الى الأعمال التي قام بها قبل خمس سنوات، اذ لا تكفي هذه الأعمال في مجموعها لتكوين شرط الاحتراف بالمعنى القانوني لهذا الشرط، فضلا عن أن طول الفترة التي تفصل بين العمل الأول والأعمال الاخيرة، وهي عشر سنوات، لا يسمح بهذه الاضافة .

ولنفرض جدلا للمرة الثالثة، أن المحكمة استخلصت احتراف المدين للأعمال التجارية من أقواله المثبتة بمحضر جلسة ٨٦/٢/٦، وليس من قرار هيئة التحكيم أو المركز المالي للمدين، لأن هذه المستندات لا تتضمن ـ كما تقدم ـ أية بيانات تمكن المحكمة من تقرير النتيجة التي انتهت اليها. فهذا يعني أن المدين يدعي احتراف الأعمال التجارية، وبالتالي اكتسابه لصفة التاجر، فهل تستطيع المحكمة أن تستند الى مجرد هذا الادعاء، ودون أي دليل آخر، لتقرير احترافه للأعمال التجارية؟ الاجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي عملا بالأحكام الخاصة باثبات الاحتراف التي سبق أن أوضحناها[٦٥].

---

(٦٤) أنظر ما سبق ص٢٤٨ وما بعدها .

(٦٥) أنظر ما سبق ص ٢٦٤ ومابعدها.

فاحتراف الأعمال التجارية ـ كما تقدم ـ لا يفترض، وانما يقع على من يدعيه عبء اثباته، وله أن يسلك في سبيل إقامة هذا الدليل طرق الاثبات كافة. فاذا وصف شخص نفسه بأنه تاجر عن طريق ادعائه احتراف الأعمال التجارية، فلا يكفي ذلك لاعتباره تاجرا، بل يتعين أن يثبت لدى المحكمة أن هذا الشخص قد احترف فعلا الأعمال التجارية.

على أن المحكمة تستطيع أن تعتبر اقرار الشخص بأنه احترف الأعمال التجارية، مجرد قرينة، وتحكم باكتسابه صفة التاجر اذا أيدتها أدلة أخرى. ذلك أن التاجر صفة يكتسبها الشخص فيصبح في مركز قانوني ولا يمكن للشخص أن يضع نفسه في هذا المركز الا بتوافر الشروط القانونية التي نص عليها المشرع. وقد استقر الفقه والقضاء على تقرير هذه المبادىء[٦٦]. وبالرجوع الى وقائع الدعوى، لا نجد هناك أية أدلة تؤيد ما استخلصته المحكمة من اقرار المدين، بل على العكس أن الوقائع تؤكد خلاف القرينة التي استخلصتها المحكمة من أقوال المدين، الأمر الذي يترتب عليه عدم اكتسابه لصفة التاجر، وبالتالي عدم جواز اشهار افلاسه.

من كل ما تقدم يتضح أن المدين لم يحترف الأعمال التجارية بأية صورة من الصور، وأن الأعمال التجارية التي قام بها سواء قبل خمس عشرة سنة من تاريخ الجلسة في ٨٦/٢/٦ أو قبل خمس سنوات من هذا التاريخ لا تشكل حرفة له بالمعنى القانوني لهذه الكلمة وبالتالي لم يكتسب صفة التاجر، ومن ثم لا يجوز اشهار افلاسه، لأن الافلاس نظام خاص بالتجار كما تقدم.

ولنا بعد كل ما تقدم أن نتساءل، ما هي الحكمة من اشهار افلاس هذا المدين، وبمثل ظروفه، وما هي الآثار القانونية التي تترتب على اشهار افلاسه حماية لحقوق الدائنين، وهل هناك ما يحمل المحكمة على مخالفة حكم القانون وما استقر عليه الرأي فقها وقضاء بشأن المعنى القانوني للاحتراف؟ فالافلاس قانونا طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه

---

(٦٦) أنظر ما سبق ص ٢٤٧ وما بعدها.

التجارية، يهدف الى تنشيط الائتمان ودعم الثقة في المعاملات التجارية بسلسلة من الاجراءات والقواعد تهدف الى حماية مصالح الدائنين وصيانة حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ما تبقى من أموال المدين ووضعها بيد القضاء لكيلا تترك له فرصة تهريب أمواله إضراراً بهم. كما تهدف قواعده الى تحقيق المساواة بين الدائنين دون محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر، وتنظيم توزيع أموال المدين على الدائنين توزيعاً عادلاً لا أفضلية فيه لدائن على آخر مادام دينه غير مقترن بسبب قانوني يوجب هذا التفضيل. وفضلا عن هذه الأهداف التي يرمي اليها نظام الافلاس لابعاد العناصر المفسدة عن الحياة التجارية ليسود مبدأ الصدق والأمانة بين التجار تدعيما للمعاملات التجارية التي قوامها الثقة والائتمان، فان هذا النظام يهدف من الناحية الأخرى الى الأخذ بيد المدين المفلس ورعايته للنهوض من كبوته والاستمرار في تجارته كلما كان ذلك ممكنا تحقيقا لمصلحة الدائنين والمدين على السواء، وبصورة خاصة اذا كان الافلاس خاليا من الغش والتدليس بأن كان نتيجة عوامل خارجة عن ارادة المفلس[٦٧].

فاذا كانت هذه هي الأهداف التي يرمي اليها نظام الافلاس، فهل هذه الأهداف تتحقق بمثل ظروف المدين الذي اشهر افلاسه في الحكم محل التعليق؟. فالمدين، كما هو واضح من الوقائع التي اثبتتها المحكمة، حارس حدود وليس له من الموجودات سوى (٢٠) عشرين دينارا نقدا لدى البنوك، بينما بلغت ديونه (١١٢٦٠٣) دينارا، وانه ممنوع من التصرف في أمواله من تاريخ ٨٤/٩/١٢ بمقتضى قرار هيئة التحكيم الذي عين المؤسسة حارسا قضائيا على أمواله. فماذا يستفيد الدائنون من اشهار افلاسه؟ قد يقال ان اشهار افلاسه يمكن المحكمة من ابطال تصرفاته التي أجراها خلال فترة الريبة، وهي الفترة الواقعة بين تاريخ صدور الحكم باشهار الافلاس وتاريخ وقوفه عن

(٦٧) للتفصيل في هذا الموضوع أنظر، الدكتور محسن شفيق، القانون التجاري المصري، جـ٢ الافلاس، الاسكندرية ١٩٥١، ص١٥ وما بعدها، الدكتور علي العريف، شرح القانون التجاري المصري جـ٣ الافلاس، القاهرة ١٩٥١.

الدفع، وهي الفترة التي تكون فيها تصرفات المدين محل ارتياب الدائنين .

فالمشرع يرتاب من تصرفات المفلس التي يجريها خلال هذه الفترة، ولذلك وضع نظاما خاصا تخضع له تصرفاته خلال هذه الفترة المسماة بفترة الريبة، فأوجب ابطال البعض منها وأجاز ابطال البعض الآخر، تبعا لطبيعتها وللظروف التي أجريت فيها حماية لحقوق الدائنين وتحقيقا لمبدأ المساواة بينهم(٦٨) .

هذا القول لا يمكن قبوله ولا يقدم للدائنين ضمانات أفضل من الضمانات التي قررتها التشريعات الاستثنائية التي صدرت بشأن المنازعات الناشئة عن معاملات الأسهم التي تمت بالأجل(٦٩) . فهذه التشريعات أعطت سلطات واسعة لهيئة التحكيم ولمؤسسة تسوية معاملات الأسهم بالأجل التي يحال اليها المدين بقرار من الهيئة إذا تبين لها أن المدين قد اضطربت أحواله المالية بحيث بدا أن أمواله لا تكفى للوفاء بجميع ديونه ، كما يتضمن قرار الهيئة منعه من التصرف في أمواله وتعيين المؤسسة حارسا قضائيا لادارة أمواله(٧٠) ، هذه السلطات تخول الهيئة ومن بعدها المؤسسة بالتحري عن جميع التصرفات التي أجراها المدين من تاريخ ١ / ٦ / ١٩٨٢ ، بل وقبل

---

(٦٨) للتفصيل في هذا الموضوع انظر بحثنا، النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة في قانون التجارة الكويتي، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الرابع، ص٢٣ .

(٦٩) هذه التشريعات هي المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ في شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل، والقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ في شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل وضمان حقوق الدائنين، والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل، والقانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٣ في شأن بعض الأحكام الخاصة بتسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل .

(٧٠) نصت على ذلك المادة الخامسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ المشار اليه في الهامش السابق .

ذلك[٧١] ، للتثبت مما إذا كان المدين قد أخفى مالا من أمواله أو حوله إلى خارج البلاد ، أو أن تطلب ذلك من النيابة العامة على أن ترفع نتيجة التحريات التي تمت للنظر في اصدار القرار المنصوص عليه في المادة ٤ من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ بشأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل وضمان حقوق الدائنين المتعلقة بها[٧٢] . فهيئة التحكيم ، على ضوء التحريات التي تجريها المؤسسة أو النيابة العامة ، تستطيع أن تبطل أي تصرف أجراه المدين اضراراً بحقوق الدائنين ، وذلك أفضل من الضمانات التي يقررها نظام الافلاس للتصرفات التي يجريها المفلس خلال فترة الريبة .

وقد يقال أيضا ، ان اشهار افلاس المدين يؤدي الى إبعاده عن النشاط التجاري ، بعد أن تصرف برعونة وطيش فأضر بحقوق الدائنين ، ليسود مبدأ الصدق والأمانة بين التجار تدعيما للمعاملات التجارية التي قوامها الثقة والائتمان ، ذلك لأن المفلس تسقط عنه بعض الحقوق السياسية والمهنية ويمنع من مزاولة النشاط التجاري[٧٣] ، ولا يسترد المفلس هذه الحقوق الا باتباع اجراءات رد الاعتبار[٧٤] ، أضف إلى ذلك أن المفلس قد يرتكب أثناء تعامله أفعالاً تنطوى على تقصير أو تدليس ، فتوقع عليه العقوبات المقررة لهذه الجرائم[٧٥] ، هذا القول أيضا ليس بأسلم من سابقه ، فهو أصلا ليس بتاجر

---

(٧١) تطلب هيئة التحكيم من جميع المدينين الذين توقفوا عن تسديد ديونهم تقديم تقرير بشأن التصرفات المالية التي قاموا بها خلال السنتين السابقتين على صدور أول قانون بشأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل .

(٧٢) تنص المادة الرابعة من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ بقولها «اذا ثبت لهيئة التحكيم ان المدين الذى لا تكفى امواله للوفاء بجميع ديونه قد أخفى مالا من أمواله أو حوله الى خارج البلاد ، كلفته باعادة هذه الأموال فإذا لم ينفذ قرار الهيئة في المدة التي تعينها له ، ولم يقم خلال هذه المدة بتدبير الأموال اللازمة لسداد هذه الديون ، عوقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات ، وذلك مع عدم الاخلال بأي عقوبة أخرى يقررها القانون . كما يمنع من مغادرة البلاد بعد قضاء مدة العقوبة المقررة في هذا القانون أو في أي قانون آخر ، وذلك لمدة خمس عشرة سنة ، وإذا هرب خلال هذه المدة عوقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات ، ويعفى من هذا المنع متى ثبت وفاؤه بحقوق جميع دائنيه .»

(٧٣) ، (٧٤) ، (٧٥) للتفصيل في هذه المواضيع انظر الدكتور عزيز العكيلى أحكام الافلاس في =

حتى يراد أبعاده عن النشاط التجاري ، إذ لم يتوافر بشأنه ـ كما تقدم ـ شرط الاحتراف اللازم لاكتسابه صفة التاجر . كما أن العقوبات الخاصة بالافلاس بالتقصير أو بالتدليس ، ليست بأشد من العقوبات التي نصت عليها التشريعات الاستثنائيه التي صدرت بشأن المنازعات الناشئة عن معاملات الأسهم بالأجل . فقد نصت هذه التشريعات على عقوبة جزائية هي الحبس مدة لا تجاوز خمس سنوات والغرامة التي لا تزيد على خمسة آلاف دينار أو إحدى هاتين العقوبتين لكل من ارتكب غشاً أو تدليساً بقصد عدم تسديد ديونه[٧٦] . كما يعاقب بالحبس مدة لا تزيد على خمس سنوات المدين الذي لا تكفى أمواله للوفاء بجميع ديونه اذا ثبت لهيئة التحكيم أنه قد أخفى أمواله أو حولها الى خارج البلاد ولم يقم بإعادة هذه الأموال بعد تكليفه من قبل الهيئة باعادتها[٧٧] . أضف إلى ذلك أن تطبيق الأحكام التي جاءت بها التشريعات الاستثنائية لا يخل بأي عقوبة مقررة في أي قانون آخر . كما يعتبر تزويرا في أوراق رسمية كل تغيير للحقيقة في البيانات المقدمة من قبل المدين الى المؤسسة بشأن موجوداته وديونه ، لأن هذا التغيير لا يتم إلا بقصد الاضرار بالدائنين[٧٨] .

ولنسلم جدلا بصحة هذه الأقوال التي تهدف إلى إشهار افلاس المدين لتمكين المحكمة من ابطال تصرفاته التي أجراها خلال فترة الريبة اضراراً بحقوق الدائنين أو اخلالاً بمبدأ المساواة بينهم ، أو لمنعه من مزاولة النشاط التجاري وتوقيع العقوبات الخاصة بالافلاس بالتقصير أو بالتدليس عند الاقتضاء ، على أساس أن التشريعات الاستثنائية التي صدرت بشأن المنازعات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل توجب على المؤسسة ، بعد احالة

= قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ ، ص ٨٤ وما بعدها ، ص ٢٥٨ وما بعدها ، ص ٢٩٧ وما بعدها .

(٧٦) نصت على ذلك المادة الثامنة من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٣ .

(٧٧) نصت على ذلك المادة الرابعة من القانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ .

(٧٨) نصت على ذلك المادة الخامسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ .

المدين اليها من هيئة التحكيم ، إذا فشلت التسوية الودية ، رفع الأمر الى المحكمة للنظر في اشهار افلاس المدين[٧٩] .

فإننا نعتقد أن الأولى بالمحكمة ، إن صحت هذه الأقوال وأرادت اشهار افلاس المدين ، أن لا تشترط أن يكون المدين تاجرا عملا بحكم المادة (٥٥٥) من قانون التجارة . وبالتالي تحاول البحث عن مدى توافر شرط الاحتراف بطريقة تفتقر إلى التبرير القانوني السليم ، وإنما تستند في ذلك الى قصد المشرع من اصدار التشريعات الاستثنائية الذي أبان عنه عندما أوجب على المؤسسة احالة المدين الى المحكمة المختصة للنظر في اشهار افلاسه اذا فشلت التسوية الودية التي تسعى اليها المؤسسة بين المدين والدائنين ، ولم يستطع الحصول على صلح واقٍ من الافلاس ، بعد احالته للمحكمة ، يتفادى به اشهار افلاسه[٨٠] ، لأن حكمة المشرع من ذلك قد تكون ردع المتعاملين بأسهم الشركات التي تمت بالأجل والتي زعزعت استقرار السوق وفعاليته الاقتصادية وامتدت آثارها الضارة الى مختلف أوجه النشاط الاقتصادي وأضرت بسمعة الكويت الاقتصادية على النطاق العالمي . فأغلب المتعاملين بأسهم الشركات التي تمت بالأجل اندفعوا وراء الربح السريع وتملكتهم روح المغامرة دون حساب للعواقب ودون تقدير سليم للنتائج ، سواء بالنسبة لهم أو للمتعاملين معهم أو للاقتصاد الوطني[٨١] .

كما تستطيع المحكمة أيضا أن تشهر افلاس المدين دون أن يكون تاجرا بالاستناد إلى نص المادة التاسعة من القانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل و التي تجيز للمحكمة المنظور أمامها طلب الافلاس ، أن تقضي بالصلح الواقي من الافلاس ، استثناء من الشروط والأحكام والاجراءات المقررة للصلح الواقي

---

(٧٩) نصت على ذلك المادة الثامنة من القانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٣

(٨٠) نصت على ذلك المادة التاسعة من القانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٣ .

(٨١) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ .

من الافلاس المنصوص عليها في قانون التجارة ، وذلك بعد أن يعرض المدين أو المؤسسة مقترحات الصلح .

وشروط الصلح الواقي من الافلاس التي أجازت المادة التاسعة عدم ضرورة توافرها نصت عليها المادة ٧٤٣ من قانون التجارة والتي من بينها أن يكون المدين تاجرا . فهذا النص يستدل منه أيضا على نية المشرع في اخضاع المتعاملين بأسهم الشركات التي تمت بالأجل الى النظم القانونية الخاصة بالتجار ، ولو لم تتوافر بشأنهم شروط التاجر التي نصت عليها المادة (٥٥٥) من قانون التجارة . فالمشرع أراد من اصدار هذه التشريعات الاستثنائية استبعاد الحلول القانونية التي تمليها النصوص القانونية القائمة ، بحسبان أن هذه النصوص قد وضعت لمواجهة الظروف العادية ، وقد يؤدي تطبيقها على منازعات الأسهم التي تمت بالأجل الى نتائج خطيرة تهدد الاقتصاد الوطني ، بسبب اتساع وتشابك هذه المعاملات وضخامتها وخطورتها . وذلك إدراكاً من المشرع أن علاج هذه الأزمة غير الطبيعية لا يتأتى إلا بحلول استثنائية عاجلة ومؤقتة تراعى اعتبارات العدالة وسلامة السوق[٨٢] .

ومع ايماننا بعدم صحة هذا الاستناد من الناحية القانونية ، لاشهار افلاس المدينين الناشئة ديونهم عن معاملات الأسهم التي تمت بالأجل ، دون أن تتوافر بشأنهم شروط اكتساب صفة التاجر ، غير أننا أشرنا اليه حتى لا تضطر المحكمة بعد احالة المدين اليها لاشهار افلاسه أن تبحث عن مبررات لاضفاء صفة التاجر عليه ،لا تتفق والتطبيق السليم لنصوص القانون حتى يجوز لها اشهار افلاسه . لأن الرد على ذلك ميسور ، وهو أن المشرع لو كان يقصد اشهار افلاس المدين المحال الى المحكمة دون أن يشترط بشأنه توافر صفة التاجر ، لكان قد استثنى ذلك بنص صريح كما فعل بشأن الصلح الواقي من الافلاس عندما استثناه من الشروط والأحكام والاجراءات المنصوص عليها في قانون التجارة ، فعدم وجود مثل هذا النص كان مقصوداً من المشرع

---

(٨٢) المذكرة الايضاحية للمرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ .

حتى لا يخضع لنظام الافلاس الا من كان تاجرا من المتعاملين .

ونحن نعتقد أن خطأ المشرع في القوانين الاستثنائية التي أصدرها لمعالجة المنازعات الناشئة عن معاملات الأسهم التي تمت بالأجل ، أنه افترض أن جميع المتعاملين بالأسهم من التجار ، بدليل أنه أوجب على المؤسسة ـ كما تقدم ـ احالة المدين إلى المحكمة المختصة للنظر في اشهار افلاسه . والافلاس ـ كما هو معلوم ـ نظام خاص بالتجار . وإذا كان المشرع ـ كما تقدم ـ قد أجاز للمحكمة أن تقضى بالصلح الواقي من الافلاس استثناء من الشروط والأحكام والاجراءات المقررة للصلح الواقي من الافلاس المنصوص عليها في قانون التجارة ، فهذا لا يقطع بأنه أراد أن يستثنى المتعاملين من صفة التاجر فقط ، وإنما هناك شروط أخرى نصت عليها المادة ٧٤٣ قد لا تتوافر حتى فيمن كان تاجرا منهم[٨٣] . فالمادة ٧٤٣ حددت ثلاثة شروط لطلب الصلح الواقي من الافلاس هي ، أن يكون المدين تاجرا زاول التجارة بصفة مستمرة خلال السنتين السابقتين على تقديم طلب الصلح ، وألا يكون قد ارتكب غشا أو خطأ جسيما ، وأن تكون أعماله التجارية قد اضطربت اضطرابا من شأنه أن يؤدي إلى وقوفه عن الدفع .

وقد أجرى المشرع تعديلاً جوهرياً على هذه الشروط بموجب المادة التاسعة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ المشار اليه ، وذلك بهدف التيسير على المدينين الناشئة ديونهم عن معاملات الأسهم التي تمت بالأجل للحصول على صلح واقٍ من الافلاس يتفادون به اشهار افلاسهم ، بحسبان أن هذه الشروط لا تتفق والظروف غير الطبيعية التي أوجدتها أزمة سوق الأوراق المالية .

---

(٨٣) انظر هذه الشروط وما طرأ عليها من تعديلات بالنسبة للمدينين الناشئة ديونهم عن معاملات الأسهم التي تمت بالأجل بحثنا السابق الاشارة اليها . الصلح الواقي من الافلاس في قانون التجارة والقانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل ، ذات المرجع ، العدد الأول ص ١٦ وما بعدها ، والعدد الثاني ص ١٢ وما بعدها .

نخلص من كل ما تقدم إلى أن المحكمة قد جانبها الصواب في فهم الوقائع وقد قادها هذا الخطأ الى مخالفة حكم القانون وتقرير نتيجة خاطئة هي احتراف المدين للأعمال التجارية ، وبالتالي اكتسابه لصفة التاجر ، ومن ثم جواز اشهار افلاسه لوقوفه عن دفع دين تجاري . وأن هذه النتيجة التي انتهت اليها المحكمة تخالف المعنى القانوني للاحتراف وفقا لما استقر عليه الرأي فقها وقضاء كما تقدم .

وقبل أن ننتهى من بحث المسألة الأولى التي نعتقد أن المحكمة قد جانبت الصواب فيها ، نود الاشارة الى أن المحكمة قد سردت بعض المبادىء القانونية في معرض تبريرها للنتيجة التي انتهت اليها باحتراف المدين للأعمال التجارية وهي غير منتجة في هذا المجال ، وتعتبر تزيداً لا داعى له ، اذ جاء في الوقائع التي اثبتتها المحكمة أنه «إذا اعتاد صاحب عقار سحب كمبيالات على مستأجريه بقيمة الأجرة فانه لا يعتبر بسبب ذلك تاجرا لأنه وان كان يقوم بعمل تجاري على سبيل الاعتياد فإنه لا يمارسه على سبيل الحرفة فهو يرتزق من تأجير العقار لا من سحب الكمبيالات على مستأجريه واذا احترف شخص التجارة وهو ممنوع من مزاولتها كالموظفين فأنه يكتسب مع ذلك صفة التاجر ، وثبوت الاحتراف مسألة موضوعية يقدرها قاضي الموضوع وفي كل حالة على حدة ، ولا يشترط في التاجر أن يكون مالكا لمحل تجاري ، وكذلك لا يشترط أن يقصر التاجر نشاطه على مهنة التجارة فحسب فقد يحترف بجانبها مهنة مدنية وقد تكون الأخيرة هي مهنته الأساسية فإذا حدث فلا تخضع لأحكام قانون التجارة الا المعاملات المتعلقة بالمهنة التجارية ، على ذلك فليس في القانون ما يمنع المزارع من احتراف التجارة بجانب مهنة الزراعة فيعتبر حينئذ تاجرا ومزارعاً في ذات الوقت فإذا توقف عن دفع دين من ديونه التجارية أمكن اشهار افلاسه»[٨٤] .

---

(٨٤) نقلت المحكمة هذه المبادىء كما ورد في الوقائع عن كتاب استاذنا الدكتور محسن شفيق ، القانون التجاري المصر ي ، جـ ١ الاسكندرية ١٩٤٩ ، وقد جاء في الوقائع أن أسم المؤلف محمد وليس محسن ، كما أن اسم الكتاب الوسيط في القانون التجاري وليس القانون التجاري =

كل هذه الأمور ليست من عناصر الاحتراف كما تقدم[٨٥] ، فالأصل توافر شرط الاحتراف ، فإذا توافر هذا الشرط ، فلا يحول دون اكتساب صفة التاجر أن يكون المحترف موظفاً ممنوعاً من مزاولة العمل التجاري بمقتضى القوانين والأنظمة ، أو أن تكون له حرفة مدنية الى جانب حرفته التجارية ، أو أن يحترف العمل التجاري دون أن يكون مالكا لمحل تجاري .

١٤ ـ مخالفة الحكم للقانون لتحديده يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تأريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع : ـ

تقدم أن المادة (٥٥٥) من قانون التجارة تتطلب لاشهار افلاس المدين أن يكون تاجرا وأن يقف عن دفع ديونه التجارية . فوقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية شرط لازم لاشهار افلاسه .

غير أن صدور الحكم باشهار الافلاس لا يتم ـ في الغالب ـ بمجرد وقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية ، وإنما قد تنقضى فترة من الزمن بين الوقوف عن الدفع وصدور الحكم باشهار الافلاس ، وهذه الفترة تعتبر من أخطر الفترات وأشدها إضرارا بالدائنين ، وقد يعمد المدين خلال هذه الفترة الى

= المصري جـ ١ ، وأنه طبعه ١٩٥١ والصحيح ١٩٤٩ ولعل الغريب في الأمر أن المحكمة تنقل هذه المبادىء عن استاذنا الفاضل وهي ـ كما قلنا ـ غير منتجة في الدعوى ، وتلتفت عن مبادىء أخرى ذكرها بالتفصيل في ذات المرجع تخالف ما انتهت اليه المحكمة . كما أن الأكثر غرابة أن المحكمة ترجع الى كتاب يشرح القانون التجاري المصري صدر قبل أكثر من خمس وثلاثين سنة ولا ترجع الى كتب حديثة لشرح القانون التجاري الكويتي وفي ذات الموضوع على الرغم من تقديرنا واعتزازنا باستاذنا الفاضل الذي يعود اليه الفضل في ارساء فقه القانون التجاري في الوطن العربي والذي يرجع اليه غالبية شراح قوانين التجارة في البلاد العربية . أما المراجع التي تشرح القانون التجاري الكويتي في ذات الموضوع فمنها القانون التجاري الكويتي ، الكويت ١٩٧٤ للدكتورة سميحة القليوبى ، ص ١٢٥ وما بعدها ، شرح القانون التجاري الكويتي ، الكويت ١٩٧٥ للدكتور ثروت عبد الرحيم ، ص ١٥١ وما بعدها ، شرح قانون التجارة الكويتي الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ . الكويت ١٩٨١ ، للدكتور ـ عزيز العكيلى ، ص ١١٥ وما بعدها .

(٨٥) انظر ما سبق ص ٢٦٠ وما بعدها .

التصرف في أمواله تصرفا ضارا بالدائنين أو مخلا بمبدأ المساواة بينهم .

فالمشرع يرتاب من تصرفات المفلس التى يجريها خلال هذه الفترة ، ولذلك وضع نظاما خاصا تخضع له تصرفاته خلال هذه الفترة المسماه بفترة الريبة ، فأوجب ابطال البعض منها وأجاز ابطال البعض الآخر تبعا لطبيعتها وللظروف التي أجريت فيها حماية لحقوق الدائنين وتحقيقا لمبدأ المساواة بينهم .

ذلك لأن المشرع لم يشأ أن يخضع هذه التصرفات لذات القواعد التي أخضع لها تصرفات المفلس اللاحقة لصدور حكم الافلاس بحيث تعتبر جميع تصرفاته التي يجريها خلال هذه الفترة غير نافذة في حق الدائنين ، لأن ذلك يؤدي الى اضعاف ائتمان التاجر فيمتنع الغير عن التعامل معه خوفا من عدم نفاذ التصرفات عند وقوع الافلاس .

لذلك وضع المشرع قواعد خاصة بالبطلان تطبق على تصرفات المفلس التي يجريها خلال هذه الفترة توفق بقدر الامكان بين مصلحة الدائنين ومصلحة الغير حسنى النية الذين يتعاملون مع المفلس دون علم باضطراب أعماله ووقوفه عن الدفع .

وقد تكفلت المواد من ٥٨٤ الى ٥٨٩ من قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ بتنظيم القواعد التي تطبق على تصرفات المفلس خلال فترة الريبة[٨٦] .

وفترة الريبة هي الفترة الواقعة بين التاريخ الذي تحدده المحكمة لوقوف التاجر عن دفع ديونه التجارية وتاريخ صدور الحكم باشهار افلاسه (المادة ٥٨٤/تجارة) ، دون اضافة مدة أخرى تسبق تاريخ الوقوف عن الدفع كما فعلت بعض التشريعات[٨٧] .

---

(٨٦) للتفصيل في هذا الموضوع أنظر بحثنا النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة في قانون التجارة الكويتي ، مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، السنة السادسة ، العدد الرابع ، ص ٢٣ .

(٨٧) عشرة أيام في القانون التجاري المصري والفرنسي وعشرين يوما في قانون التجارة السوري واللبناني .

وعلى ذلك فإن تحديد فترة الريبة يقتضي من المحكمة أن تحدد أولاً تاريخ الوقوف عن الدفع الذي تبدأ منه هذه الفترة ، وقد ترك المشرع للمحكمة حرية تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع على ضوء وقائع الدعوى التى يستدل منها على ذلك ، بل أجاز لها تعديل التاريخ الذي عينته للوقوف عن الدفع إذا استبانت لها ظروف جديدة لم تكن معروفة لديها من قبل تبرر تعديل التاريخ القديم ، وفي جميع الأحوال لم يجز المشرع ارجاع هذا التاريخ الى أكثر من سنتين من تاريخ الحكم باشهار الافلاس (المادة ٥٦٨ تجارة) . والحكمة من ذلك أن اطلاق الحرية للمحكمة في تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع دون حدود يؤدي الى اضطراب في المعاملات التجارية وعدم استقرارها ، اذ تكون معظم تصرفات المفلس التي يقوم بها خلال هذه الفترة قابلة للابطال وجوبا أو جوازاً ، فكلما أجيز للمحكمة أن ترجع بتاريخ الوقوف عن الدفع الى الماضي دون تحديد مدة معينة كلما زاد عدد التصرفات التي تخضع للبطلان . فالمشرع بهذا التحديد يريد أن يضع حداً لفترة الريبة وما تقدمه من مكنات لتقويض المراكز القانونية المستقرة(٨٨) .

وتحديد تاريخ الوقوف عن الدفع مسألة موضوعية تستخلصها المحكمة من وقائع الدعوى التي تستقل في تقديرها دون رقابة عليها من محكمة التمييز(٨٩) . وقد أكدت المحكمة على هذا المعنى في الحكم محل التعليق اذا جاء فيه «أن حالة التوقف عن الدفع يستخلصها قاضي الموضوع من الامارات والدلائل المقدمة في الدعوى» .

---

(٨٨) محسن شفيق ، القانون التجاري المصري ، جـ ٢ في الافلاس ، الاسكندرية ١٩٥١ ، ص ٧٧ ، Emile Tyan القانون التجاري جـ ٢ ، بيروت ١٩٧٠ ، ص ٩٢ .

(٨٩) أقرت محكمة التمييز العراقية هذا المبدأ بقرارها المرقم ٢٢٢٩ و ٢٣٥٩ / حقوقية / ٦٥ في ٢٤ نوفمبر ١٩٦٥ ، جاء فيه «تقدير تاريخ التوقف عن الدفع مسألة موضوعية يمكن تحصيلها من أي مطالبة توجه الى المدين من الدائن طالب الافلاس أو غيره ، فلا عبرةفيها باجابات البنوك عن التاريخ الذي توقف فيه المدين عن الدفع لها ، ولا الزام على المحكمة أن تأخذ بهذه التواريخ ، لأن التقدير لها ومن اطلاقاتها التي تستقل بها ما دام يستند الى واقعة صحيحة وأسباب سائغة» . قضاء محكمة تمييز العراق ، المجلد الثالث ، ص ١٤٦ .

وعلى هذا الاساس حددت المحكمة في حكمها يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع ، عملا بحكم المادة ٥٦٧ من قانون التجارة التي توجب على المحكمة أن يتضمن حكم اشهار الافلاس تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع . وقد استجابت المحكمة في تحديد هذا التاريخ الى طلب مؤسسة تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل في صحيفة الدعوى التي تقدمت بها الى المحكمة لاشهار افلاس المدين ، كما هو ثابت من وقائع الدعوى .

ونعتقد أن تحديد المحكمة ليوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع ، بناء على طلب المؤسسة ودون أي تسبيب آخر ، أمر تعوزه الدقة ويفتقر الى التبرير القانوني السليم ، وأن المحكمة قد جانبت الصواب في تحديدها لهذا التاريخ لمخالفته لحكم القانون . ويستفاد هذا الأمر من وقائع الدعوى التى تقدم عرضها والتى يتضح منها ، كما هو ثابت من المستندات التي تقدمت بها المؤسسة وهي صورة محضر اجتماع الدائنين وصورة تقرير المركز المالي للمدين ، أن المدين توقف عن دفع الدين الوحيد الذي بذمته والبالغ (١١٢٦٠٣) ديناراً والناشيء عن صفقة الاسهم التي اشتراها بالأجل من الدائن . فالمحكمة حددت هذا التاريخ بناء على طلب المؤسسة ودون أن تقدم المؤسسة للمحكمة أي دليل يثبت توقف المدين عن الدفع في هذا التاريخ كما تقضى القواعد العامة في الاثبات ، اذ يقع عبء اثبات الوقوف عن الدفع على من يدّعى ذلك ، وله أن يسلك في سبيل اقامة ذلك طرق الاثبات كافة لتعلق الأمر بوقائع مادية . وكان بإمكان المؤسسة ، على ما نعتقد ، أن تقدم دليلا يثبت التاريخ الحقيقي الذي توقف فيه المدين عن الدفع ، وهو تاريخ استحقاق الشيك الذي أصدره المدين ثمناً لصفقة الأسهم بالأجل الوحيدة التى أجراها ، والذي كان محل المنازعة التى أصدرت بشأنها هيئة تحكيم معاملات الأسهم بالأجل قرارها في ١٢ / ٩ / ١٩٨٤ باحالة المدين الى المؤسسة للنظر في أمره بسبب وقوفه عن دفع ديونه واضطراب أحواله المالية. فالدين الذي توقف المدين عن دفعه هو مبلغ الشيك الذي أصدره للبائع، اذ ليس في

المستندات التي تقدمت بها المؤسسة إلى المحكمة، وجود ديون أخرى على المدين. ولكن المؤسسة لم تقدم هذا الدليل، لأنها حددت تاريخ تحكيماً للوقوف عن الدفع بالنسبة لجميع المدينين الذين طلبت اشهار افلاسهم من المحكمة، وهو تاريخ ١ / ٦ /١٩٨٢[٩٠]، دون أن تأخذ بنظر الاعتبار حكم القانون في هذا الشأن فضلا عن اختلاف الظروف المالية للمدينين وعدد معاملات الأسهم بالأجل التي حرروا عنها شيكات آجلة.

وإذا كانت المؤسسة بوصفها وكيلة عن الدائنين[٩١] ، لم تلتزم بما يفرضه عليها القانون في تقديم ما يثبت حالة الوقوف عن الدفع في التاريخ الذي حددته في طلباتها للمحكمة ، نظرا لأهمية هذا التاريخ في حماية حقوق الدائنين ، باعتباره التاريخ الذي تبدأ منه فترة الريبة كما تقدم ، فإن هذا لا يعفى المحكمة من أن تطلب من المؤسسة تقديم الأدلة التي تثبت حالة الوقوف عن الدفع في التاريخ الذي حددته في طلبها ، وليس في وقائع الدعوى ما يفيد أن المحكمة قد طلبت من المؤسسة تقديم مثل هذه الأدلة ، وإنما أخذت بطلبات المؤسسة في تحديد التاريخ دون دليل يؤيد صحة هذا التاريخ .

أضف إلى ما تقدم ، فإن في وقائع الدعوى من الأدلة ما يثبت عدم صحة التاريخ الذي حددته المؤسسة في طلباتها للوقوف عن الدفع ، ولو أن المحكمة دققت في المستندات التي قدمت اليها من المؤسسة ، وهي صورة تقرير المركز المالي للمدين ، وذلك واجب عليها ، لكان على الأرجح أن تستخلص منها تاريخ وقوف المدين عن الدفع بأدلة قاطعة لا تقبل الشك ، ولكان هذا التاريخ مخالفا للتاريخ الذي حددته في حكمها ، بناء على طلب المؤسسة .

---

(٩٠) أنظر أحكام اشهار الافلاس التي صدرت عن المحكمة بناء على طلب المؤسسة والمنشورة في الكويت اليوم ملحق العدد ١٥٨٨ ، السنة الثلاثون ، الثلاثاء ٢٧ نوفمبر ، ص ٩ وما بعدها اذ نشر فيها ثلاثة عشر حكما ، وكذلك الأحكام الأخرى المنشورة في الأعداد اللاحقة .

(٩١) نصت على ذلك المادة الثالثة من القانون رقم (٧٥) لسنة ١٩٨٣ المشار اليه سابقا .

ذلك أن المؤسسة تقدمت بطلب للسيد رئيس المحكمة لاشهار افلاس المدين ، وجاء في طلبها أن هيئة التحكيم في معاملات الأسهم بالأجل أصدرت قرارها في القضية رقم ٧ / ١٩٨٥ بتاريخ ١٢ / ٩ / ١٩٨٤ باحالة المدين إلى المؤسسة مع تعيينها حارسا قضائيا لادارة أمواله والنظر في أمره بسبب وقوفه عن دفع ديونه واضطراب أحواله المالية . هذه الوقائع تدل بشكل قاطع على أن المدين قد وقف عن الدفع بعد التاريخ الذي حددته المحكمة في حكمها

ذلك أن هيئة التحكيم لا تصدر قرارها باحالة المدين الى المؤسسة الا إذا تبين لها اضطراب أحواله المالية بحيث بدا أن أمواله لا تكفي للوفاء بجميع ديونه عملا بحكم المادة الرابعة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل . وكما هو معلوم للمحكمة فإن هيئة التحكيم لا تصدر مثل هذا القرار الا بعد أن تطلب من المدين تقديم مركزه المالي الذي يتضمن موجوداته وديونه ، اذ بدون هذا الاجراء لا يمكن لهيئة التحكيم تقرير اضطراب أحواله المالية وأن أمواله لا تكفى للوفاء بجميع ديونه . ومما يؤكد سلامة القرار الذي اتخذته هيئة التحكيم باضطراب أحواله المالية صورة المركز المالي الذى قامت بوضعه المؤسسة بعد احالة المدين اليها والذي يثبت أن موجوداته لا تزيد عن (٢٠) عشرين دينارا ، بينما بلغت مطلوباته (١١٢٦٠٣) دينارا ، وبطبيعة الحال إن هذه الموجودات والمطلوبات هي ذاتها التي قدمها المدين في مركزه المالي الى هيئة التحكيم والتي اعتمدت عليها الهيئة في قرارها باحالة المدين الى المؤسسة ، لأن قرار الهيئة باحالة المدين الى المؤسسة قد تضمن أيضا منعه من التصرف بأمواله وتعيين المؤسسة حارسا قضائيا لادارتها . وهيئة التحكيم لا يرفع اليها النزاع بشأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل إلاّ إذا استحق تاريخ الوفاء بقيمة الأسهم وطالب الدائن المدين وامتنع الأخير عن الدفع . وكما هو معلوم فإن هذه البيوع الآجلة صدرت بقيمتها شيكات بتواريخ لاحقة أو سندات دفع أخرى لمصلحة البائعين . وقد يكون البائع قد قدّم الشيك بتاريخ الاستحقاق إلى البنك ولم يجد رصيداً يكفي لوفاء مبلغ الشيك فرجع الشيك

اليه من البنك مؤشرا عليه بعدم وجود الرصيد . وعلى ذلك فأن تاريخ وقوف المدين عن الدفع هو التاريخ الثابت على الشيك بعدم وجود الرصيد ، أو تاريخ استحقاق قيمة الاسهم اذا لم يكن الشيك قد قدم الى البنك .

وبامكان المحكمة التأكد من هذا التاريخ من مجرد الاطلاع على الشيك أو وصل البيع المرفق بكل معاملة تمت بالأجل والذي يعتبر بمثابة عقد البيع بين البائع والمشترى . وقد تكون البيانات الدالة على هذا التاريخ مثبتة في قرار هيئة التحكيم ، واذا لم تكن كذلك ، كان على المحكمة طلبها من المؤسسة التى لا بد أن تكون لديها ، لأن جميع المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل وصدرت عنها شيكات بتواريخ لاحقة أو سندات أو وسائل دفع أخرى سجلت بمقتضىٰ نص المادة الأولى من المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ في شأن المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التى تمت بالأجل ، لدى شركة المقاصة ، التى عينها قرار وزير التجارة والصناعة ، خلال ثلاثين يوما من تاريخ العمل بهذا المرسوم بقانون عملاً بحكم الفقرة الثانية من ذات المادة ، وأن شركة المقاصة بعد التسجيل تحيل الشيكات والمستندات المتعلقة بها الى هيئة التحكيم اذا رفع نزاع بشأنها[٩٢] . وتحيل الهيئة هذه الشيكات والمستندات بدورها الى المؤسسة ، اذا أحالت المدين اليها بسبب وقوفه عن الدفع[٩٣] .

وما يؤكد أن التاريخ الحقيقي لوقوف المدين عن الدفع ، هو تاريخ استحقاق الشيك الآجل أو تاريخ استحقاق قيمة الأسهم ، أن التشريعات الاستثنائية التي صدرت بشأن المنازعات بأسهم الشركات التي تمت بالأجل السابقة على القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٣[٩٤] ، لم تتضمن أية نصوص توجب

---

(٩٢) نصت على ذلك المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٢ المشار اليه سابقا .

(٩٣) نصت على ذلك المادتان الرابعة والخامسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ المشار اليه سابقا .

(٩٤) هذه التشريعات هي المرسوم بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٨٢ والقانون رقم ٥٩ لسنة ١٩٨٢ والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ وقد سبقت الاشارة اليها اذ أن المشرع أوجب حلول أجال جميع الشيكات الآجلة بموجب المادة (الاولى) من القانون رقم (١٠٠) لسنة ١٩٨٣ ، السابق الإشارة إليه ، وذلك حتى يمكن اجراء المقاصة بين المتعاملين .

حلول آجال جميع الشيكات الآجلة ، حتى يمكن القول أن تاريخ وقوف المدينين عن الدفع ، كان قبل التاريخ المحدد لاستحقاق هذه الشيكات .

صحيح أن التشريعات الاستثنائية التي صدرت أوجبت وقف جميع الاجراءات القضائية المدنية والجزائية الخاصة بهذه المعاملات ووسائل دفعها بما فيها اجراءات شهر الافلاس الى أن يتم الفصل فيها من الهيئة[٩٥] وهذا يعنى أن تاريخ استحقاق الشيك محل النزاع قد يكون قبل تاريخ صدور قرار هيئة التحكيم في ١٢ / ٩ / ١٩٨٤ ، أي أن توقف المدين عن الدفع قد يكون قبل هذا التاريخ ، غير أن ذلك يتطلب دليلا يثبت استحقاق الشيك ، وبالتالي توقف المدين عن الدفع قبل تاريخ صدور قرار هيئة التحكيم .

وعلى فرض أن الوقوف عن الدفع كان قبل صدور قرار هيئة التحكيم باحالة المدين الى المؤسسة لوقوفه عن الدفع ، بل وعلى فرض أيضا أن المؤسسة قدمت للمحكمة دليلا يثبت وقوف المدين عن الدفع في التاريخ الذي حددته في طلباتها ، وإن كانت وقائع الدعوى لا يوجد فيها ما يدل على ذلك ، فإن المحكمة كان يتعين عليها ألا تستجيب لطلب المؤسسة بتحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع ، لأن في ذلك مخالفة لحكم القانون .

فالفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة لا تجيز ـ كما تقدم ـ للمحكمة بأية حال ارجاع تاريخ الوقوف عن الدفع إلى أكثر من سنتين من تاريخ صدور الحكم باشهار الافلاس ، وذلك للحكمة التي سبق الاشارة اليها[٩٦] .

وما دام حكم اشهار افلاس المدين صدر بتاريخ ٦ / ٣ / ١٩٨٦ ، فإن تحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع ، يعنى أن المحكمة قد أرجعت تاريخ الوقوف عن الدفع الى أكثر من سنتين من تاريخ

---

(٩٥) نصت على ذلك المادة الثالثة من المرسوم بقانون رقم (٥٧) لسنة ١٩٨٢ المشار اليه سابقا .

(٩٦) أنظر ما سبق ، ص ٢٩٠

صدور الحكم باشهار الافلاس ، وهذا يخالف حكم القانون كما تقدم . وما يؤكد مخالفة المحكمة لحكم القانون أن التشريعات الاستثنائية التي صدرت بشأن المنازعات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل لا تتضمن أية نصوص تجيز للمحكمة مخالفة حكم الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة ، بحيث تستطيع ارجاع تاريخ الوقوف عن الدفع الى ما تشاء من الزمن . ونحن نعتقد أن المحكمة لو تنبهت الى صحيح حكم القانون لما استجابت لطلب المؤسسة بتحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع ، ولطلبت من المؤسسة تقديم دليل يثبت وقوف المدين في التاريخ الذي حددته في طلباتها ، بل كان على المحكمة أن تتحرى عن التاريخ الحقيقي الذي وقف فيه المدين عن الدفع من المستندات المقدمة اليها ، فإذا اتضح لها أن هذا التاريخ يتجاوز سنتين على تاريخ نظر الدعوى ، كان عليها أن تحدد تاريخ الوقوف عن الدفع بحيث لا يتجاوز سنتين على تاريخ صدور حكم الإفلاس عملا بحكم الفقرة الثانية من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة ، فلو تنبهت المحكمة إلى ذلك لما جاء حكمها مخالفا للقانون .

على أن حكم المحكمة قد جانب الصواب وجاء مخالفا لحكم القانون ليس فقط بتحديده يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخا لوقوف المدين عن الدفع ، وإنما باعتباره هذا التاريخ مؤقتا ، إذ أن في ذلك مخالفة لحكم الفقرة الأولى من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة والمادة العاشرة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل .

ولبيان مخالفة الحكم ، من هذه الناحية للقانون ، لا بد أن نشير إلى النصوص القانونية التي تحكم هذه المسألة في قانون التجارة والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ ، والتي يستدل منها على مخالفة النتيجة التي انتهت اليها المحكمة لحكم القانون .

يشتمل الحكم الصادر باشهار الافلاس على بيانات معينة هي الوقائع

والـرار والتسبيب ، ومن بين البيانات التي يشتمل عليها حكم الافلاس وفقا لنص الفقرة الاولى من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة تعيين تاريخ مؤقت للوقوف عن الدفع . وإذا لم تعين المحكمة تاريخا للوقوف عن الدفع في حكم اشهار الافلاس ، فإن المشرع يعتبر تاريخ صدور الحكم تأريخاً مؤقتا للوقوف عن الدفع ، وذلك في ذات الفقرة السابقة من المادة ٥٦٧ .

وإذا صدر حكم اشهار افلاس التاجر بعد وفاته أو اعتزاله التجارة ، فإن المشرع يعتبر تاريخ الوفاة أو اعتزاله التجارة تاريخاً مؤقتا للوقوف عن الدفع (المادة ٢/٥٦٧ تجارة) . وفي جميع الأحوال لا يعتبر تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع نهائيا ، سواء تم تعيينه من قبل المحكمة عند اصدار الحكم باشهار الافلاس أو اعتبر تعيينه مؤقتا في الاحوال المنصوص عليها في الفقرتين الأولى والثانية من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة ، وإنما يعتبر تعيينا مؤقتا غير ملزم للمحكمة ولا يجوز قوة الشيء المقضى به ، بحيث يجوز لها تعديله مرة أو مرات إذا استبانت لها ظروف جديدة تبرر تعديل التاريخ القديم . وقد أجاز لها المشرع تعديل التاريخ من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو بناء على طلب المدين أو أحد الدائنين أو مدير التفليسة أو غيرهم من ذوى المصلحة (المادة ٥٦٨ / تجارة) .

على أن المشرع قيد سلطة المحكمة بحد أقصى زمنى لا يجوز لها بعد انتهائه تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع ، هذا الحد هو انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة الى ادارة كتاب المحكمة ، اذ يصبح التاريخ المعين للوقوف عن الدفع نهائيا بعد انقضاء هذا الميعاد (المادة ١/٥٦٨ تجارة) . وحكمة المشرع من هذا القيد هو أن ايداع قائمة الديون المحققة الى ادارة كتاب المحكمة يعنى أن أصول التفليسة وخصومها قد تحددت وفقا لهذه القائمة ولم يبق الا الفصل في التفليسة بالصلح أو بالاتحاد ، فلو أجيز تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع بعد هذا التاريخ ، فإن ذلك يترتب عليه حتما تعديل في أصول وخصوم التفليسة وبالتالي تعطيل حلها[٩٧] .

(٩٧) محسن شفيق ، جـ ٢ في الافلاس ، المرجع السابق ، ص ٢٨٥ .

مما تقدم يتضح أن المحكمة تستطيع تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع كلما تكشفت لها عناصر جديدة غير معروفة من قبل تبرر تعديل التاريخ القديم ، غير أن سلطة المحكمة في تعديل هذا التاريخ تنتهي ـ كما تقدم ـ بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة الى ادارة كتاب المحكمة . وهذا يعني أن تاريخ الوقوف عن الدفع يصبح نهائيا بعد هذا التاريخ . فيكون ملزما للمحكمة ولا يجوز تعديله ويحوز قوة الشيء المقضى به .

وبما أن المادة العاشرة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ تعتبر المركز المالي للمدين الذي تقوم بوضعه المؤسسة ، وفقا لنص المادة السادسة من ذات القانون ، في حكم قائمة الديون المحققة المنصوص عليها في الفقرة الاولى من المادة ٥٦٨ من قانون التجارة[٩٨] . لذا لا يجوز للمحكمة ، سواء من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو المدين أو أحد الدائنين أو مدير التفليسة أو غيرهم من ذوى المصلحة ، تعديل التاريخ الذي حددته المحكمة لوقوف المدين عن الدفع بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ وضع المركز المالي للمدين من قبل المؤسسة ، إذ يصبح التاريخ المعين للوقوف عن الدفع نهائيا .

وبما أن المركز المالي للمدين يوضع من قبل المؤسسة قبل احالة المدين من قبلها الى المحكمة المختصة للنظر في اشهار افلاسه ، لذا فان المحكمة إذا ما قررت اشهار افلاس المدين المحال اليها ، تضمن حكمها كما تقدم ، تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع ، وإذا لم تعين المحكمة تاريخاً للوقوف عن الدفع في حكمها اعتبر تاريخ صدور الحكم تاريخاً للوقوف عن الدفع عملا بحكم الفقرة الاولى من المادة ٥٦٧ من قانون التجارة ، غير أن هذا التاريخ لوقوف المدين عن الدفع يعتبر نهائيا ولا يجوز تعديله ، لأن تحديد هذا التاريخ تم بعد وضع

---

(٩٨) نصت المادة العاشرة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بقولها «تقدم المؤسسة الى قاضي التفليسة تقريرا بما اتخذته من اجراءات في جرد أموال المدين واستلامها وادارتها ويعتبر التقرير المشار اليه في المادة (٦) من هذا القانون قائمة الديون وفقا للمادة (٥٦٨) من قانون التجارة . .» والتقرير المشار اليه في المادة السادسة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ هو المركز المالي الذي تقوم بوضعه المؤسسة بعد احالة المدين اليها من هيئة التحكيم .

المركز المالي للمدين من قبل المؤسسة ، والذي يعتبر ـ كما تقدم ـ في حكم قائمة الديون المحققة عملا بحكم المادة العاشرة من القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ ، ولا يجيز المشرع ـ كما تقدم ـ تعديل تاريخ الوقوف عن الدفع بعد انقضاء عشرة أيام من تاريخ ايداع قائمة الديون المحققة ادارة كتاب المحكمة .

وعلى ذلك فإن اعتبار المحكمة للتاريخ الذي عينته لوقوف المدين عن الدفع مؤقتا غير صحيح ويخالف حكم القانون[٩٩] .

من كل ما تقدم يتضح أن المحكمة قد جانبها الصواب أيضا في تحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخا لوقوف المدين عن الدفع ، كما أنها قد جانبت الصواب في اعتبار هذا التاريخ مؤقتا .

---

(٩٩) سبق أن بحثنا هذه المسألة في تعليق سابق على حكم لذات المحكمة أصدرته في ١٨ / ١٠ / ١٩٨٤ في القضية رقم ٤٦ / ٨٤ ، أوضحنا فيه مخالفة المحكمة لحكم القانون في اعتبار التاريخ الذي تحدده لوقوف المدين عن الدفع مؤقتا بالنسبة للمدينين الذين أشهرت افلاسهم بناء على احالتهم اليها من قبل المؤسسة تطبيقا للقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل . وكان بودنا أن يطلع قضاة المحكمة على ما يكتب من تعليقات على أحكامهم ، لأن الهدف من التعليق على أحكام القضاء هو بيان صحيح حكم القانون اذا ما جاءت الأحكام بالمخالفة لذلك ، أو بيان المبادىء القانونية الجديدة ـ وما أكثرها ـ التي يستخلصها القاضي من الوقائع والأدلة . وكما أن القاضي قد يجانب الصواب في حكمه ، فأن المعلق قد يجانب الصواب في تعليقه . فإذا ما قرأ القاضي ما يكتب من تعليقات على أحكامه ، ووجد هذه التعليقات صحيحة ، صحح الوضع في الأحكام التي يصدرها مستقبلا في منازعات مماثلة ، أما إذا وجد أن المعلق قد جانب الصواب في تعليقه ، فبامكانه مناقشة ذلك في أحكامه القادمة ، وعندئذ يستفيد المعلق ولا يقع في ذات الأخطاء ، سواء عند تعليقه على أحكام أخرى ، أو عند شرحه لأحكام القانون في كتبه ، وبذلك يصل القاضي والمعلق الى تحقيق العدالة وذلك واجب عليهما . انظر التعليق على الحكم السابق ، تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع في حكم الافلاس مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، السنة التاسعة ، العدد الأول ، مارس ١٩٨٥ ، ص ٢٦٢ وما بعدها .

١٥ ـ القصور في التسبيب لعدم كفاية الأسباب :

الأحكام التي تصدرها المحاكم تهدف إلى تقرير العدل بين المتنازعين ، لذا لا بد أن تكون الأحكام مبررة ومفسرة . وهذا لا يتحقق الا إذا كان الحكم مسببا ، إذ أن في ذلك حماية للأفراد والمجتمع والقضاة[١٠٠] .

لذا يجب أن تشتمل الأحكام على الأسباب التي بنيت عليها وإلا كانت باطلة .

وبيان الاسباب التي اشتملت عليها الاحكام من القواعد الأساسية التي تحرص عليها التشريعات ومنها قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ ، إذ يلزم هذا القانون المحاكم الكويتية بتسبيب أحكامها وإلا كانت باطلة (المادتان ١١٥ ، ١١٦ مرافعات كويتي) .

وإذا كان المشرع يحرص على تسبيب الاحكام ، إلا أن هذا التسبيب لا بد أن يكون كافيا حتى يحقق وظائفه التي تتمثل في احترام حق الدفاع وتمكين محكمة التمييز من ممارسة رقابتها على قانونية الأحكام ، مما يدفع القاضي الى التفكير والتروى قبل أن يصدر الحكم[١٠١] .

والمقصود بكفاية التسبيب هو أن يتضمن الحكم من الأسباب الواقعية ما يكفى لتبرير كل ادعاء من الادعاءات التي أبديت في الخصومة ، بحيث يكون هذا التبرير بعبارات واضحة ومحددة حتى تستطيع محكمة التمييز أن تراقب تكييف الوقائع وسلامة تطبيق الحكم لأحكام القانون عليها[١٠٢] .

---

(١٠٠) الدكتور عزمى عبد الفتاح ، مستحدثات قانون المرافعات الكويتي الجديد والقوانين المكملة له (قانون الاثبات وقانون تنظيم الخبرة) في مجال تسبيب الاحكام وأعمال القضاة ، مجلة الحقوق ، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت ، العدد الأول السنة الثامنة ، ص ٨٥ .

(١٠١) الدكتور عزمى عبد الفتاح ، تسبيب الأحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية القاهرة ١٩٨٢ ، ص ٣٧٦ . الدكتور فتحى والى قانون القضاء المدنى الكويتي ، الكويت ١٩٧٧ ، ص ٣٦٥ .

(١٠٢) الدكتور فتحى والى ، المرجع السابق ، ص ٣٦٦ .

تلك هي القواعد التي تحكم تسبيب الأحكام في قرارات المحاكم[١٠٣] . وبتطبيق هذه القواعد على الحكم محل التعليق نجد أن الحكم يشوبه القصور في التسبيب لعدم كفاية الأسباب . ويستفاد ذلك من تحليل الأدلة التي استندت اليها المحكمة في تحديد يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع والتى تشير بشكل واضح إلى أن الأسباب التي استندت اليها المحكمة لتقرير النتيجة التي توصلت اليها في منطوق الحكم غير كافية مما يشوب الحكم بالقصور في التسبيب لعدم كفاية الأسباب .

وبيان ذلك أن المحكمة استندت في تحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ كتاريخ مؤقت لوقوف المدين عن الدفع الى مجرد طلب المؤسسة ودون أي تسبيب آخر . فالمؤسسة التي تقدمت الى المحكمة بطلب اشهار افلاس المدين وتحديد يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع ، لم تقدم أي دليل يثبت صحة طلباتها في هذا الشأن كما تقضي بذلك القواعد العامة في الاثبات . كما ليس في الوقائع التي أثبتتها المحكمة ما يفيد أنها قد طلبت من المؤسسة أن تقدم ما يثبت صحة طلباتها بشأن تحديد يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع ، وإنما استجابت المحكمة لطلبات المؤسسة دون دليل ، ولذلك جاء الحكم خاليا من بيان الأسباب التي استندت اليها المحكمة في اعتبار المدين واقفا عن الدفع في هذا التاريخ .

أضف الى ذلك أن في وقائع الدعوى أدلة تناقض طلب المؤسسة في تحديد يوم ١ / ٦ / ١٩٨٢ تاريخا مؤقتا لوقوف المدين عن الدفع ، وقد سبق بيان ذلك[١٠٤] وليس في الوقائع التي أثبتتها المحكمة ما يفيد أن المحكمة ناقشت هذه الأدلة على ضوء طلب المؤسسة للوصول الى الحقيقة ، وهو واجب عليها ، إذ لا يجوز للمحكمة أن تستجيب لادعاء من الادعاءات التي أبديت في

---

(١٠٣) نقلنا هذه القواعد التي تحكم تسبيب الأحكام من تعليقنا السابق على حكم لذات المحكمة سبق الاشارة اليه في هامش رقم (٩٩) ص .

(١٠٤) أنظر ما سبق ، ص ٢٧٢ وما بعدها .

الخصومة دون دليل يثبت صحة هذا الادعاء ، وتلتفت عن أدلة تناقض هذا الادعاء تشتمل عليها المستندات المقدمة في الدعوى . فالمحكمة حددت يوم ٨٢/٦/١ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع دون بيان الأسباب التي استندت اليها في تحديد هذا التاريخ ، مع أن كفاية التسبيب تقتضي ـ كما تقدم ـ أن يتضمن الحكم من الأسباب ما يكفي لتبرير كل ادعاء من الادعاءات التي أبديت في الخصومة ومناقشة جميع ما تضمنته المستندات المقدمة في الدعوى من أدلة ، بحيث يكون هذا التبرير وهذه المناقشات بعبارات واضحة ومحددة حتى تستطيع محكمة التمييز أن تراقب تكييف محكمة الموضوع للوقائع وسلامة تطبيق المحكمة لأحكام القانون عليها(١٠٥) .

من كل ما تقدم يتضح أن الحكم محل التعليق لم يتضمن الأسباب الكافية التي حملت المحكمة على الأخذ بطلبات المؤسسة لتحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع ، كما لم يتضمن مناقشة الأدلة التي أثبتتها المحكمة في وقائع الدعوى والتي تناقض طلبات المؤسسة .

وعلى ذلك فأن استناد المحكمة في النتيجة التي توصلت اليها في تحديد يوم ١ / ٦ / ٨٢ تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع على مجرد طلب المؤسسة ودون أي تسبيب آخر يجعل الحكم مشوبا بالقصور في التسبيب لعدم كفاية الأسباب .

---

(١٠٥) من تطبيقات القضاء الكويتي لهذا المبدأ ما قضت به محكمة التمييز بقولها «من المقرر أنه وان كان لمحكمة الموضوع مطلق السلطة في تحصيل فهم الوقائع في الدعوى وفي تقدير ما يقدم إليها من أدلة . . بغير معقب عليها في ذلك من محكمة التمييز فأن شرط ذلك أن تكون المحكمة قد استعرضت المستندات المقدمة اليها ثم استخلصت منها بأسباب سائغة ومقبولة ما انتهت اليه» . طعن بالتمييز رقم ١٩٨٢/٨٣ تجاري جلسة ٢ / ٢ / ١٩٨٣ ، القواعد القانونية التي قررتها محكمة التمييز في الفترة من ١ / ٢ / ٨٣ حتى ٣٠ / ٤ / ٨٣ العدد الرابع عشر ص ٦١ .

وإذا كان المشرع في القانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ قد جعل الأحكام الصادرة عن المحكمة المختصة بشهر الافلاس غير قابلة للطعن فيها بالاستئناف ثم التمييز ، وكما تقضى به أحكام قانون التجارة الكويتي ، فإن المشرع راعى في ذلك خطورة الوضع المترتب على منازعات الأسهم بالأجل ، مما لا يمكن معه للوضع الاقتصادي أن يتحمل طول اجراءات الطعون القضائية[١٠٦] . غير أن المشرع استبدل بالطعون تشكيل المحكمة المختصة بشهر الافلاس ، وما يتصل أو يرتبط بالتفليسة من منازعات ، من ثلاثة قضاة ضمانا لدقة الأحكام[١٠٧] ، خلافا لما تقضي به أحكام قانون التجارة التي جعلت المحكمة المختصة بشهر الافلاس المحكمة الكلية وهي تشكل من قاضٍ واحدا . فإن هذا الاجراء كان يجب أن يحمل المحكمة على أن تتحرى الدقة في أحكامها وأن تكون مبررة ومفسرة بحيث تشتمل على الاسباب التي بنيت عليها لاقناع المتنازعين والرأي العام بعدالة أحكامها ، لا تأتي أحكامها مشوبة بالقصور في التسبيب لعدم كفاية الاسباب كما هو شأن الحكم محل التعليق . فالمحكمة باصدارها أحكاما يشوبها القصور في التسبيب قد فوتت الحكمة التي من أجلها جعل المشرع تشكيل المحكمة المختصة باشهار الافلاس ، في منازعات الاسهم التي تمت بالأجل من ثلاثة قضاة .

---

(١٠٦) المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ المشار إليه سابقاً .

(١٠٧) المرجع المشار اليه في الهامش السابق ، ص ٢٤١ .

المراجع العربية

- الدكتور أكثم أمين الخولي : القانون التجاري، جـ١، القاهرة، ١٩٦٤.

- الدكتور أكرم ياملكي : الوجيز في شرح القانون التجاري العراقي، جـ١، في الأعمال التجارية والتجار، بغداد، ١٩٧١.
- الدكتور ثروت حبيب : دروس في القانون التجاري، القاهرة، ١٩٨١.
- الدكتور ثروت علي عبد الرحيم : شرح القانون التجاري الكويتي، الكويت، ١٩٧٥.
- الدكتور حسن الخطيب : مبادىء القانون التجاري العراقي، البصرة، ١٩٦٧.
- الدكتور رزق الله أنطاكي : الحقوق التجارية البرية، دمشق، ١٩٤٩.
- الدكتورة سميحة القليوبي : - القانون التجاري الكويتي، الكويت، ١٩٧٤.
- الدكتور عزمي عبد الفتاح : مستحدثات قانون المرافعات الكويتي الجديد والقوانين المكملة له (قانون الاثبات وقانون تنظيم الخبرة) في مجال تسبيب الأحكام وأعمال القضاة، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، العدد الأول، السنة الثامنة.
  - تسبيب الأحكام وأعمال القضاء في المواد المدنية والتجارية، القاهرة، ١٩٨٢.
- الدكتور عزيز العكيلي : شرح قانون التجارة الكويتي الجديد، الأعمال التجارية والتجار، الكويت، ١٩٨١.
  - الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، الكويت، ١٩٧٨.
  - الصلح الواقي من الافلاس في قانون التجارة والقانون رقم ٧٥ لسنة ١٩٨٣ بتنظيم تسوية المعاملات المتعلقة بأسهم الشركات التي تمت بالأجل، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة الثامنة، العددان الأول والثاني.
  - تعليق على حكم المحكمة الكلية في ١٨ / ١٠ / ١٩٨٤ في القضية رقم ٤٦ / ٨٤، منشور في مجلة الحقوق، التي تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت السنة التاسعة، العدد الأول، مارس ١٩٨٥.

- النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة في قانون التجارة الكويتي، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة السادسة العدد الرابع.
- أحكام الافلاس في قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠.

- **الدكتور علي البارودي** : القانون التجاري، الاسكندرية، ١٩٧٥.
- **الدكتور علي الزيني** : شرح القانون التجاري المصري، جـ٣، القاهرة، ١٩٤٦.
- **الدكتور علي العريف** : شرح القانون التجاري المصري، جـ٣، الافلاس، القاهرة، ١٩٥١.
- **الدكتور علي جمال الدين** : القانون التجاري، جـ١، القاهرة، ١٩٧٥.
- **الدكتور علي يونس** : القانون التجاري.
- **الدكتور فتحي والي** : قانون القضاء المدني الكويتي، الكويت، ١٩٧٧.
- **الدكتور محسن شفيق** : القانون التجاري المصري، جـ٢ الإفلاس، الاسكندرية، ١٩٥١.
  القانون التجاري المصري، جـ١، الاسكندرية، ١٩٤٩.
- **الدكتور محمد صالح** : شرح القانون التجاري المصري، جـ١، القاهرة، ١٩٣٣.

المراجع الأجنبية

Emile Tyan: القانون التجاري، جـ٢، بيروت ١٩٧٠.
Escarra: القانون التجاري، باريس، ١٩٤٨، رقم ١٤٠
Hamel et Lagarde: القانون التجاري، باريس، ١٩٥٤
Lyon Caen et Renault: القانون التجاري، جـ١، باريس، ١٩٢١، الطبعة الخامسة رقم ٢٠٥.
Ripert et Roblet: القانون التجاري، الطبعة العاشرة، باريس، ١٩٨٠
Rodiere, Houin: موجز دالوز، جـ١، الطبعة السادسة، باريس، ١٩٧٠
Thaller: القانون التجاري، باريس، ١٩٣١، رقم ٧٤

مجلة الشريعة والدراسات الإسلامية

تصدر عن جامعة الكويت
نصف سنوية محكّمة تعنى بالبحوث والدراسات
الإسلامية

رئيس مجلس الادارة
الاستاذ الدكتور : حسن الشاذلي

رئيس التحرير : الدكتور عجيل جاسم النشمي

تشتمل على :

- بحوث في مختلف العلوم الإسلامية .
- دراسات قضايا إسلامية معاصرة .
- مراجعات كتب شرعية معاصرة .
- فتاوى شرعية .
- تقارير وتعليقات على قضايا علمية .

الاشتراكات :-

للأفراد ٢ دينارات داخل الكويت ، ٧ دولارات أمريكية خارج الكويت .

للمؤسسات والشركات ١٠ دنانير داخل الكويت .
٣٥ دولارًا امريكيا خارج الكويت .

جميع المراسلات توجه باسم رئيس التحرير
ص . ب : ١٧٤٣٣ الخالدية
الكويت - كيفان - ت : ٨٤٧٢٦٩