الصعوبات القانونية الناشئة عن إفلاس الشركات

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

١ - تمهيد

الافلاس طريق جماعي للتنفيذ على أموال المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه التجارية المستحقة الأداء، يهدف إلى تنشيط الائتمان ودعم الثقة في المعاملات التجارية، وذلك بسلسلة من الاجراءات والقواعد تهدف إلى الحجز على ما تبقى من أموال المدين، حماية لحقوق الدائنين، ووضعها تحت يد القضاء لكيلا تترك له فرصة تهريب أمواله إضراراً بهم. كما تهدف قواعده إلى تحقيق المساواة بين الدائنين دون محاباة بعضهم على حساب البعض الآخر، وتنظيم توزيع أموال المدين على الدائنين توزيعا عادلا، لا أفضلية فيه لدائن على آخر ما دام دينه غير مقترن بسبب قانوني يوجب هذا التفضيل.

والافلاس نظام خاص بالتجار، فلا يجوز اشهار افلاس غير التاجر ان وقف عن دفع ديونه، وإنما يخضع لنظم أخرى للتنفيذ على أمواله تختلف طبيعتها وأهدافها عن نظام الافلاس.

والتاجر صفة يكتسبها الشخص فيصبح في مركز قانوني متميز عن غيره

من الأشخاص، ذلك أن قانون التجارة يشتمل على أحكام لا تطبق إلا على من تثبت له هذه الصفة قانونا، ومن هذه الأحكام خضوعه لنظام الافلاس، فيشهر افلاسه ان وقف عن دفع ديونه التجارية المستحقة الأداء.

وقد عرفت المادة الثالثة عشرة من قانون التجارة التاجر بقولها «١ ـ كل من اشتغل باسمه في معاملات تجارية وهو حائز للأهلية الواجبة، واتخذ هذه المعاملات حرفة له، يكون تاجرا. ٢ ـ وكذلك يعتبر تاجرا كل شركة، ولو كانت تزاول اعمالا غير تجارية». يتضح من هذا النص أن صفة التاجر يكتسبها الافراد اذا توافرت فيهم الشروط التي نصت عليها المادة الثالثة عشرة[1] وكل شركة تأسست وفقا لأحكام القانون ولو كانت تزاول أعمالا غير تجارية، أي اتخذت أحد الأشكال المنصوص عليها في قانون الشركات رقم ١٥ لسنة ١٩٦٠ بغض النظر عن الغرض الذي تأسست الشركة من أجله.

فالمشرع الكويتي أخذ بالمعيار الشكلي فأسبغ الصفة التجارية على كل شركة تتخذ شكل الشركات التجارية التي نص عليها في قانون الشركات التجارية، بصرف النظر عن طبيعة الأعمال التي تقوم بها مدنية كانت أم تجارية[2].

وعلى ذلك فإن المشرع الكويتي يعتبر الشركة تجاوية بمجرد اتخاذها شكل شركة تضامن أو شركة توصية بسيطة أو شركة توصية بالأسهم أو شركة

---

(١) أنظر في تحديد صفة التاجر وفقا لقانون التجارة الكويتي علي يونس، القانون التجاري الكويتي، رونيو، الكويت ١٩٧١، ص ٢٣ وما بعدها، الدكتورة سميحة القليوبي، القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٣، ص ١٣٣ وما بعدها، ثروت علي عبدالرحيم، شرح القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٥، ص ١٤٨ وما بعدها، عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي الجديد، رونيو، الكويت ١٩٨١ ص ١١٢ وما بعدها.

(٢) أخذ بهذا المعيار أيضا قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٦٦ والعراقي والسوري، في حين تأخذ بعض التشريعات بالمعيار الموضوعي الذي يأخذ بنظر الاعتبار طبيعة الأعمال التي تقوم بها الشركة، فإن كانت هذه الأعمال تجارية تزاولها الشركة على سبيل الاحتراف، اعتبرت الشركة تجارية، وإن كانت مدنية اعتبرت الشركة مدنية. من هذه التشريعات، قانون الشركات المصري واللبناني.

مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة، وهي الشركات الخمس التي تتمتع بالشخصية المعنوية وفقا لنص المادة الثانية من قانون الشركات. أما شركة المحاصة فلا تكتسب الصفة التجارية بسبب طبيعتها المستترة وعدم اكتسابها للشخصية المعنوية (المادة ٥٩ شركات).

وما دامت هذه الشركات الخمس تكتسب الصفة التجارية، فإن وقوف إحداها عن دفع ديونها التجارية المستحقة الآداء، بسبب اضطراب أعمالها المالية، يجيز شهر افلاسها ولو كانت الشركة في دور التصفية (٦٧١ تجارة) وإذا كان المشرع في المادة ٦٧٠ من قانون التجارة قد أخضع إفلاس الشركات التجارية إلى نصوص الافلاس بوجه عام. غير أن افلاس الشركات يثير صعوبات قانونية لا تثار في حالة افلاس التاجر الفرد[٣]، وذلك بسبب أن التاجر الفرد شخص طبيعي والشركة شخص معنوي.

وعلى ذلك فإن بعض القواعد الخاصة بالتاجر الفرد لا تصلح للتطبيق على الشركة التجارية، فلا تطبق من قواعد الافلاس على الشركة التجارية إلا بالقدر الذي يسمح بقياس الشخص المعنوي على الشخص الطبيعي دون أن يكون لطبيعة كل من الشخصين أثر مميز في تطبيق الحكم[٤]. وسبب ذلك أن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية إذا كان يجعلها شخصا قانونيا يكتسب الحقوق ويتحمل الالتزامات كالفرد الطبيعي، غير أن هناك من الحقوق والالتزامات ما هو ملازم لصفة الشخص الطبيعي.

وعلى ذلك لا تسرى على الشركة النصوص الخاصة بسقوط الحقوق

---

(٣) أنظر في الأحكام الخاصة بإفلاس التاجر الفرد وفقا لقانون التجارة الكويتي، محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٢، ص ٣٨٨ وما بعدها، عزيز العكيلي، شرح أحكام الافلاس في قانون التجارة الكويتي رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، الكويت ١٩٨٧، ص ٣٠ وما بعدها.

(٤) محمد سامي مدكور وعلي يونس، الافلاس القاهرة ١٩٥٦، ص ٥٧١.

المهنية والسياسية عن المفلس[٥]، ورد الاعتبار[٦] وتوقيع عقوبة الافلاس بالتقصير أو بالتدليس[٧].

وفضلا عما تقدم، فإن القواعد الخاصة بإفلاس التاجر الفرد تسمح له بالتدخل في شؤون التفليسة كلما كان ذلك لازما ومفيدا لادارة التفليسة. كما يجوز للتاجر الفرد أن يتقدم بطلب اشهار افلاسه، وتقديم مقترحات الصلح مع الدائنين، وتقرير نفقة له ولعائلته أثناء اجراءات التفليسة[٨]. فهذه القواعد لا تصلح للتطبيق على الشركة وهي شخص معنوي.

ومع أن الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية يجعلها شخصا قانونيا مستقلا بذاته، له أهلية وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين لها، وأن الافلاس ينال شخصية الشركة المستقلة عن أشخاص الشركاء، غير أن استقلال شخصية الشركة عن الشركاء قد لا يكون تاما، كما هو الشأن بالنسبة

---

(٥) ومع ذلك تجيز الفقرة الثانية من المادة ٦٨٣ من قانون التجارة للمحكمة أن تقضي بسقوط الحقوق السياسية عن أعضاء مجلس إدارة الشركة أو مديريها الذين ارتكبوا أخطاءا جسيمة ادت إلى اضطراب أعمال الشركة.

(٦) يذهب البعض أن للشركة مصلحة أدبية في طلب رد الاعتبار إذا دفعت كل ديونها من أصل وفوائد ومصاريف، كما لا تستطيع ممارسة حق الانتخاب للغرف التجارية إذا لم تسترد اعتبارها، شأنها في ذلك شأن التاجر الفرد. أنظر في ذلك Lyon-Caen et Renault القانون التجاري، جـ ٨، باريس ١٩٣٦، رقم ١٢٢٢، محسن شفيق، القانون التجاري المصري، جـ ٢ في الافلاس، الاسكندرية ١٩٥١، ص ٨٤٥ و ٨٤٧، محمد سامي مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٥٦٩، هذا القول لا يمكن التسليم به، فالافلاس سبب عام لانقضاء جميع الشركات وفقا لنص المادة (٢٥) من قانون الشركات. فلم تعد هناك شركة حتى تكون لها مصلحة أدبية في رد الاعتبار او لممارسة حق الانتخاب في الغرف التجارية اضف الى ذلك ان شخصية الشركة المعنوية تنقضي بمجرد الانتهاء من اجراءات الافلاس، إذ لم يعد لها ممثل قانوني حتى يتقدم بطلب رد الاعتبار.

(٧) ومع ذلك نصت المادتان ٧٨٩ و ٧٩١ من قانون التجارة على العقوبات التي توقع على أعضاء مجلس إدارة الشركة أو مديريها أو القائمين بتصفيتها في حالة صدور حكم نهائي بإشهار إفلاس الشركة، إذا ثبت أنهم ارتكبوا أحد الأعمال المنصوص عليها في هاتين المادتين.

(٨) أنظر عزيز العكيلي، أحكام الإفلاس، المرجع السابق، ص ١٥.

إلى الشريك المتضامن في شركة التضامن وشركة التوصية، فليس هناك انفصال تام بين ذمة الشركة وذمة الشريك بسبب مسؤولية الشريك الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة، لذا فإن إفلاس الشركة يؤدي بالضرورة إلى إفلاس الشريك المتضامن.

وقد يكون الفصل بين ذمة الشركة وذمة الشريك تاما، كما هو الشأن بالنسبة إلى الشريك الموصي في شركة التوصية والشريك في شركة المساهمة وفي الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ومع ذلك فإن إفلاس الشركة قد يؤثر في بعض الأحيان وفي ظروف معينة، على الشريك في هذه الشركات.

وقد أدرك المشرع الكويتي اختلاف طبيعة الشخص المعنوي عن الشخص الطبيعي فوضع أحكاما خاصة بإفلاس الشركات في المواد من ٦٧٠ إلى ٦٨٤ من قانون التجارة.

وعلى ذلك سنبحث الأحكام الخاصة بإفلاس الشركات، وما ينشأ عنها من صعوبات قانونية في فرعين، نخصص الأول منهما إلى القواعد الخاصة بشروط إشهار إفلاس الشركات، ونخصص ثانيهما إلى أثر إفلاس الشركة على الشركاء.

الفـــرع الأول
فـــي
اشهار افلاس الشركة

٢ ـ حددت الفقرة الأولى من المادة ٦٧١ من قانون التجارة شروط اشهار إفلاس الشركات بقولها «فيما عدا شركات المحاصة، يجوز شهر افلاس أية شركة إذا اضطربت أعمالها المالية فوقفت عن دفع ديونها».

يستفاد من هذا النص أنه لا بد أن يتوافر في الشركات التي يجوز إشهار إفلاسها شرطان، **الأول** منهما وقوف الشركة عن دفع ديونها بسبب اضطراب أعمالها المالية، **وثانيهما** اكتساب الشركة للشخصية المعنوية المستقلة عن أشخاص الشركاء. وهذا الشرط الأخير يفهم من عدم جواز إشهار افلاس شركة المحاصة، وهي شركة لا تكتسب ـ كما تقدم ـ الشخصية المعنوية، بسبب صفتها المستترة، ذلك لأن الافلاس يهدف إلى تصفية ذمة المفلس، فردا كان أم شركة، باعتبارها الضمان العام لدائني المفلس. لذا لا يمكن إشهار إفلاس الشركة إلا إذا كان لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين لها. فإن لم يكن للشركة شخصية معنوية ومن ثم ليس لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، فلا يمكن إشهار إفلاسها، ويقتصر الأمر على إفلاس الشركاء الذين تعاملوا باسمهم لحساب الشركة إن توافرت بشأنهم شروط إشهار افلاس التاجر الفرد التي حددتها المادة (٥٥٥) من قانون التجارة[٩].

وعلى ذلك فإن الشركات التي يجوز إشهار افلاسها، وفقا للقانون الكويتي، هي شركة التضامن، وشركة التوصية بنوعيها، وشركة المساهمة، والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وهي الشركات الخمس التي لها شخصية معنوية مستقلة عن أشخاص الشركاء كما تقدم.

(٩) أنظر في شرح هذه الشروط كتابنا، أحكام الافلاس، المرجع السابق ص ٢٨ وما بعدها.

وفضلا عن هذين الشرطين، فهناك شرط ثالث لا بد من توافره لاشهار إفلاس الشركات، وهو اكتساب الشركة للصفة التجارية. وقد تقدم أن المشرع الكويتي أخذ بالمعيار الشكلي فأضفى الصفة التجارية على جميع الشركات التي تكتسب الشخصية المعنوية بصرف النظر عن طبيعة الأعمال التي تقوم بها. ولا يثير من هذه الشروط صعوبات قانونية إلا الشرط الخاص بشخصية الشركة المستقلة عن أشخاص الشركاء. وسبب هذه الصعوبات يرجع إلى أن بعض الشركات لا يكتسب ـ كما تقدم ـ الشخصية المعنوية كشركة المحاصة، كما أن بعض الصعوبات تثار بسبب بطلان الشركة أو انحلالها، ومدى اكتساب هذه الشركة للشخصية المعنوية. كما تثار بعض الصعوبات بشأن الشركات التي لها ـ في الظاهر ـ شخصية معنوية، ولكنها في حقيقة الأمر مملوكة لشخص واحد بسبب تملكه لكل الحصص أو الأسهم فيها، أو سيطرته عليها بحيث يباشر التجارة لحسابه متخفيا وراء الشركة ويتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة(١٠).

وعلى ذلك سنبحث في هذا الفرع الصعوبات القانونية التي تنشأ بسبب شخصية الشركة المعنوية كشرط لازم لاشهار افلاسها.

أما الشرط الخاص بوقوف الشركة عن دفع ديونها بسبب اضطراب اعمالها المالية فنحيل بشأنه إلى الأحكام الخاصة بشأن التاجر الفرد عملا بحكم المادة ٦٧٠ من قانون التجارة المشار اليها سابقا. ذلك أن الأحكام الخاصة بالوقوف عن الدفع لا تختلف سواء كان التاجر فردا طبيعيا، أم شخصاً معنويا، إذ يعنى في كل الأحوال عجز التاجر عن الوفاء بديونه المستحقة الاداء عجزا حقيقا مستمرا ينبىء عن سوء حالة التاجر المالية وزعزعة ائتمانه مما

(١٠) محسن شفيق، جـ ٢ في الافلاس، المرجع السابق، ص ١٠٦١ وما بعدها، محمد سامي وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٥٧١ وما بعدها، علي جمال الدين، إفلاس الشركة وأثره على مراكز الشركاء، مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها أساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد ٣٤، السنة ١٩٦٤، ص ٦٨٣.

يترتب عليه تعريض حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال[11].

على أن توافر الشروط اللازمة لاشهار افلاس الشركة، لا يكفي في حد ذاته لاعتبار الشركة في حالة إفلاس، وإنما لا بد أن يصدر حكم بذلك من المحكمة المختصة، إذ أن الحكم منشىء لحالة الإفلاس.

وعلى ذلك سنشير أيضا في هذا الفرع إلى الأحكام الخاصة التي وردت بشأن إفلاس الشركات بحكم من المحكمة المختصة.

لذا سنقسم هذا الفرع إلى مبحثين، نخصص الأول منهما إلى الصعوبات القانونية التي تنشأ عن شخصية الشركة المعنوية، ونخصص ثانيهما إلى صدور حكم باشهار افلاس الشركة.

---

(١١) محكمة الاستئناف العليا في ١٩/٨/١٩٧٢، في القضية رقم ٢/١٩٧٢ إذ جاء في حكم المحكمة «إذا خلصت المحكمة إلى أن توقف التاجر عن سداد الديون المستحقة عليه يرجع إلى وجوده في مركز مالي مضطرب يتزعزع معه ائتمانه وتتعرض به حقوق دائنيه إلى خطر محقق أو كبير الاحتمال أشهرت إفلاسه». الموسوعة القضائية في أحكام المحاكم الكويتية، جـ ٤ ص ٤٣. بذات المعنى المحكمة الكلية في ١٩/١/١٩٨٦ في القضية رقم ٢/٨٥، وفي ٢٣/١/٨٦ في القضية رقم ٣/٨٥. للتفصيل في الأحكام الخاصة بالوقوف عن الدفع أنظر، كتابنا، أحكام الافلاس، المرجع السابق، ص ٤٢ وما بعدها.

المبحث الأول
الصعوبات القانونية التي تنشأ عن شخصية الشركة المعنويـــــة

٣ ـ تقدم أن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية شرط لازم لاشهار إفلاسها إن وقفت عن دفع ديونها المستحقة الأداء. وأن هذا الشرط يثير بعض الصعوبات القانونية، وذلك بسبب عدم اكتساب بعض الشركات للشخصية المعنوية كشركة المحاصة، الأمر الذي يترتب عليه إفلاس الشريك المحاص الذي تعامل باسمه لحساب الشركة. إذ يثير هذا الإفلاس بعض الصعوبات بالنسبة لحصص باقي الشركاء التي نقلت حيازتها أو ملكيتها اليه، ليتولى استثمارها باسمه لحساب الشركة.

على أن الصعوبات القانونية الأكثر تعقيدا تثار بسبب بطلان الشركة أو انحلالها، ومدى اكتساب هذه الشركة للشخصية المعنوية.

لذا سنبحث أولا الصعوبات القانونية التي تنشأ عن إفلاس الشريك المحاص، ثم نبحث ثانيا الصعوبات القانونية الناشئة عن بطلان الشركة أو انحلالها.

أولا ـ الصعوبات الناشئة عن إفلاس الشريك المحاص:

٤ ـ قلنا أن الشركة المحاصة لا تكتسب الشخصية المعنوية بسبب صفتها المستترة، فلا يجوز اشهار افلاسها. ذلك لأن أعمال الشركة تتم باسم الشريك أو الشركاء الذين يتولون ادارة الشركة ويتعاقدون باسمهم مع الغير لحساب الشركة، فيظهرون أمام الغير وكأنهم يعملون لحسابهم الخاص. لذا فإن الإفلاس ينال الشريك أو الشركاء الذين تعاقدوا باسمهم الخاص مع الغير، إن كانت تتوافر بشأنهم شروط إشهار إفلاس التاجر الفرد.

على أن إفلاس الشريك المحاص يثير بعض الصعوبات القانونية بالنسبة إلى حصص باقي الشركاء في الشركة والتي سلمت اليه ليتولى استثمارها في أعمال الشركة مع احتفاظهم بملكيتها إن كانت عينا معينة بذاتها. فهل يجوز

لهم استردادها من تفليسة الشريك؟ وإذا كانت حصصهم نقودا سلمت إلى مدير المحاصة، فهل يجوز لهم الاشتراك في التفليسة بوصفهم دائنين عاديين؟ باعتبار أن ملكية النقود تنتقل إلى الشريك المحاص، ويعتبر الشريك دائنا له بقيمتها.

يذهب الرأي الراجح إلى أن الشريك المحاص يستطيع أن يسترد من تفليسة مدير المحاصة حصته ان كانت عينا معينة بذاتها، لأن الحصة التي قدمها الشريك المحاص تظل مملوكة له ولا تنتقل ملكيتها إلى الشركة بسبب انعدام شخصيتها المستقلة عن أشخاص الشركاء. أما إذا كانت الحصة التي قدمها الشريك المحاص في الشركة نقودا، فلا يكون له استردادها من تفليسة مدير المحاصة، وإنما يقتصر حقه على الاشتراك في التفليسة بقيمتها بوصفه دائنا عاديا[١٢].

وتذهب قلة من الفقه إلى خلاف ذلك وترى ـ بحق ـ أن ما يذهب إليه الرأي الراجح يتعارض مع ضرورة حماية الغير حسني النية الذين اعتمدوا في تعاملهم مع مدير المحاصة على حيازته للمنقولات المقدمة من باقي الشركاء كحصص في الشركة ورتبوا مواقفهم القانونية في تعاملهم معه على أساس ملكيته لهذه الأموال، إذ لا توجد وسائل لاشهار الكيفية القانونية لحيازة مدير المحاصة لهذه المنقولات. يضاف إلى ذلك أن السماح للشريك المحاص باسترداد حصته من تفليسة مدير المحاصة يؤدي إلى اختلاط شركة المحاصة مع الوكالة بالعمولة ويصبح مدير المحاصة في ذات المركز القانوني للوكيل بالعمولة حيث تجيز المادة ٦١٥ من قانون التجارة استرداد المنقولات والبضائع المودعة

---

(١٢) Percerou et Desserteaux، جـ ٣ في الإفلاس، رقم ١٦١٣، باريس ١٩٣٧، محسن شفيق، جـ ٢ في الإفلاس، المرجع السابق، ص ١٠٦٠، علي جمال الدين، إفلاس الشركة، المرجع السابق، ص ٧١٣ وما بعدها، أكثم أمين الخولى، الموجز في القانون التجاري، جـ ١، ص ٥١٤، القاهرة ١٩٧٠، مصطفى كمال طه، القانون التجاري، ص ٢٣٩، الإسكندرية ١٩٨٠، سميحة القليوبى، الشركات التجارية، ص ١٦٥، القاهرة ١٩٨٣، أحمد محمد محرز، القانون التجاري، جـ ١، ص ٥٠٦، القاهرة ١٩٨٦ ـ ١٩٨٧.

لدى الوكيل بالعمولة على سبيل الوديعة، أو بغرض بيعها على ذمة مالكها.

ومن المعروف أن السماح بالاسترداد في حالة افلاس الوكيل بالعمولة قد تقرر استثناء على ما تقتضيه نظرية الظاهر المشروع في حماية الغير حسن النية[١٣].

ومع أن الرأي الراجح يعتبر تطبيقا سليما للنصوص القانونية التي تجيز للغير استرداد أمواله الموجودة في حيازة المفلس، بشرط أن توجد في التفليسة عينا (المادة ١/٦١٥ تجارة).

غير أن هذا الرأي ـ كما يذهب الرأي المخالف بحق ـ لا يتفق مع نظرية الظهور وحماية حقوق دائني المفلس حسني النية، الذين تعاملوا مع مدير المحاصة واضعين في اعتبارهم ملكيته لهذه الأموال التي يتولى ادارتها واستثمارها في الأعمال التجارية التي قام بها باسمه لحساب الشركة باعتبارها الضمان العام لما يترتب لهم من حقوق في ذمته بسبب هذه الأعمال. فحماية حقوق الدائنين تقتضي عدم السماح للشريك المحاص باسترداد حصته المعينة بالذات من التفليسة عند افلاس مدير المحاصة، أو الاشتراك بالتفليسة بوصفه دائنا عاديا له بقيمتها إن كانت حصته من النقود. وهذا بطبيعة الحال إذا أراد الشريك المحاص أن يثبت ملكيته لهذه الأموال بوصفه شريكا في شركة المحاصة مالكا للأموال المعينة بالذات التي بحيازة مدير المحاصة أو دائنا له بقيمة حصته من النقود. على أن عدم السماح للشريك المحاص باسترداد حصته المعينة بالذات من تفليسة مدير المحاصة لا يخلو من سند قانوني، إذ يمكن أن تقاس هذه الحالة، لاتحاد العلة، على الحالة المنصوص عليها في الفقرة الثالثة من المادة ٦١٥ من قانون التجارة، التي لا تسمح باسترداد البضائع الموجودة في حيازة المفلس على سبيل الوديعة أو لأجل بيعها لحساب مالكها أو لأجل تسليمها اليه، إذا اقترض المفلس ورهن البضائع تأمينا لهذا القرض،

(١٣) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، ص ٢٧٩، الكويت ١٩٧٨، فيفانتي، ٨٢٥ ـ ٦١٣، أشار اليه أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٢٧٩ هامش رقم (٥٢).

وكان المقترض لا يعلم عند الرهن بعدم ملكية المفلس لها. فالمشرع لا يسمح للمالك بالاسترداد إلا بعد وفاء الدين المضمون بالرهن، وذلك حماية لحقوق الدائن حسن النية الذي تعلق ضمانه بهذه الأموال دون أن يعلم أن ملكيتها تعود للغير.

فالغير الذي تعامل مع مدير المحاصة لا يعلم بعدم ملكيته للأموال التي في حيازته والتي كانت محلا للتعامل باسم المدير بوصفه مالكا لهذه الأموال.

فإذا اشهر إفلاس مدير المحاصة بسبب وقوفه عن دفع ديونه التجارية المستحقة الأداء، وكانت هذه الديون قد ترتبت في ذمته بسبب الأعمال التي قام بها باسمه لحساب الشركة، فلا يمكن للشركاء أن يستردوا حصصهم من تفليسة مدير المحاصة إن كانت معينة بالذات أو الاشتراك بالتفليسة بوصفهم دائنين عاديين له بقيمتها إن كانت حصصهم من النقود. بل اننا نذهب إلى أكثر من ذلك ونعتقد بأن الشريك المحاص قد يعتبر مسؤولا عن دين شركة المحاصة مع مدير المحاصة الذي أشهر افلاسه إذا ما أراد إثبات ما تقدم ليتمكن من استرداد امواله العينية التي تمثل حصته في رأس مال الشركة بوصفه مالكا لهذه الحصة، أو الاشتراك بقيمة حصته النقدية في التفليسة بوصفه دائنا لمدير المحاصة المفلس بقيمتها. لأن هذا المسلك من قبل أحد الشركاء في الشركة قد يعتبر تعبيرا عن ارادته للكشف عن الشركة في مواجهة الغير كشخص قانوني مستقل عن الشركاء، فتفقد الشركة في مواجهته صفتها المستترة، وبالتالي طبيعتها القانونية كشركة محاصة وتنقلب إلى شركة فعلية غير مستوفية للشروط الشكلية، وقد تكون شركة تضامن أو شركة توصية، وذلك تبعا لشروط العقد بين الشركاء[١٤].

وعلى هذا الأساس لا نعتقد سلامة ما يذهب إليه البعض بشأن مقدار المبلغ الذي يتقدم به الشريك المحاص في التفليسة بوصفه دائنا عاديا لمدير المحاصة المفلس بقيمة حصته إن كانت مبلغا من النقود، وذلك في حالة خسارة

(١٤) للتفصيل في ذلك أنظر: Blance Jouvana الكشف عن شركة المحاصة في مواجهة الغير، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٩ ص ٩٤٩ وما بعدها.

الشركة، إذ لا يجوز للشريك المحاص ـ كما يذهبون ـ الاشتراك في التفليسة إلا بالقيمة المتبقية من حصته بعد خصم نصيبه من الخسائر [١٥]. وبطبيعة الحال فإن تحديد نصيب الشركاء من الخسائر لا يتم إلا وفقا للشروط المتفق عليها في عقد التأسيس وهذا قد يعني الكشف عن الشركة من قبل الشركاء للغير كشخص قانوني مستقل عنهم، الأمر الذي قد يترتب عليه مسؤوليتهم عن ديون الشركة بسبب تغيير طبيعتها القانونية كما تقدم.

وقد يرد علينا بأن الافصاح عن الشركة الذي يؤخذ في الاعتبار، ويرتب آثارا قانونية، سواء بالنسبة لطبيعة الشركة أو بالنسبة لمسؤولية الشركاء، هو الإفصاح الذي يتم قبل انقضاء الشركة والإفصاح عن الشركة بسبب مطالبة أحد الشركاء بحصته قد تم بعد انقضاء الشركة بسبب إفلاس أحد الشركاء، باعتبار أن إفلاس احد الشركاء في شركات الأشخاص يؤدي إلى انقضاء الشركة بحكم القانون مالم يتفق الشركاء على خلاف ذلك في عقد التأسيس[١٦]. ويمكن الرد على ذلك بأن إفلاس أحد الشركاء، وبالتالي انقضاء الشركة بسبب ذلك، لا يترتب عليه انقضاء شخصية الشركة القانونية من تاريخ توافر سبب الانقضاء، وإنما تحتفظ الشركة بشخصيتها القانونية خلال فترة التصفية وبالقدر اللازم لإنهاء أعمال التصفية. لذا يجوز إشهار إفلاسها إن وقفت عن دفع ديونها، سواء تم التوقف قبل أو خلال فترة التصفية بل ويجيز المشرع إشهار إفلاسها بعد انتهاء التصفية، بناء على طلب دائن لم يستوف دينه وذلك خلال السنتين التاليتين لشطبها من السجل التجاري.

وقد نصت على ذلك الفقرة الثانية من المادة ٦٧١ من قانون التجارة بقولها «ويجوز شهر إفلاس الشركة ولو لم تقف عن دفع ديونها إلا وهي في دور

---

(١٥) برسرو وديسرتو، المرجع السابق، رقم ١٦١٣، ليون كان، في تعليق على حكم لمحكمة يوتيه ٢٢ ديسمبر ١٨٨٧، سيريه ١٨٨٨ ـ ٢ ـ ١، محسن شفيق، جـ ٢ في الإفلاس، المرجع السابق ص ١٠٦١، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٧١٥.

(١٦) نصت على ذلك المادة (٢٤) من قانون الشركات بالنسبة لشركة التضامن وذات الحكم بطبق على شركة المحاصة.

التصفية. وبعد انتهاء التصفية يجوز لكل دائن لم يستوف دينه أن يطلب شهر إفلاس الشركة خلال السنتين التاليتين لشطبها من السجل التجاري».

على أن هذا النص الذي يجيز لدائن الشركة أن يطلب إشهار إفلاسها بعد انتهاء التصفية، خلال السنتين التاليتين لشطبها من السجل التجاري، محل نظر ويثير تطبيقه بعض الصعوبات، بسبب فقدان الشركة لشخصيتها القانونية بمجرد انتهاء أعمال التصفية. كما أن هذا النص لا يتفق والأحكام الخاصة بتصفية موجودات الشركة والتي توجب على المصفي أن يستوفي ما للشركة من ديون في ذمة الغير وفي ذمة الشركاء، ويوفي ما عليها من الديون (المادة ٣٦ شركات). وتقسيم أموال الشركة بين الشركاء جميعا وذلك بعد استيفاء الدائنين حقوقهم، وبعد تنزيل المبالغ اللازمة لوفاء ديون غير حالة أو متنازع عليها (المادة ٤٠/١ شركات).

وكان الاجدى بالمشرع أن يترك حكم مسألة ديون الشركة التي قد تظهر بعد انتهاء أعمال التصفية إلى حكم القواعد العامة التي تجيز للدائنين مقاضاة الشركاء شخصيا، بحيث يطالب الشريك بكل الدين إذا كان متضامنا، بل وجواز طلب إفلاسه إن وقف عن الدفع. أما إذا كان موصيا أو مساهما أو شريكا في شركة ذات مسؤولية محدودة، فإن مطالبته تكون بمقدار ما تلقاه من موجودات الشركة الصافية التي وزعت على الشركاء عند انتهاء التصفية.

وبمناسبة الإشارة إلى احتفاظ الشركة بشخصيتها القانونية خلال فترة التصفية وجواز إشهار إفلاسها وإن وقفت عن دفع ديونها خلال هذه الفترة، نود الإشارة أيضا إلى أن الشركة التي تتوقف عن دفع ديونها خلال فترة التصفية لا يجوز لها أن تطلب الصلح، لأن الصلح يهدف إلى الأخذ بيد التاجر ومعاونته للابقاء على مزاولة نشاطه التجاري واجتياز الازمة الطارئة التي يمر بها، وهذا يتعارض مع أغراض التصفية التي تبدأ بسبب توافر أحد الأسباب القانونية لانقضاء الشركة[١٧]. وقد نصت على ذلك الفقرة الأولى من المادة ٦٨٢ من

(١٧) ليون كان وريبو، المرجع السابق، ص ١٢٠٨، محسن شفيق، المرجع السابق، ص ٨٠٨، محمد سامي وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٥٣١ أنظر: خلاف ذلك، برسرو وديسرتو، =

قانون التجارة بقولها « لا يجوز أن تنتهى تفليسة الشركة بالصلح إذا كانت في دور التصفية».

أما إذا لم تكن الشركة في دور التصفية، جاز لها طلب الصلح، على أن توضع مقترحات الصلح بموافقة أغلبية الشركاء في شركات التضامن والتوصية البسيطة، وبموافقة الجمعية العامة العادية في الشركات الأخرى. ويتولى النائب عن الشركة تقديم مقترحات الصلح في جمعية الدائنين (المادة ٢/٦٨٢ تجارة). والنائب عن الشركة هو مدير الشركة في شركات التضامن والتوصية وذات المسؤولية المحدودة، ومجلس الادارة في شركات المساهمة.

ثانيا ـ الصعوبات القانونية الناشئة عن بطلان الشركة أو انحلالها:

٥ ـ تعرف الشركة بأنها عقد بين شخصين أو أكثر. لذا يلزم لانعقاده أن تتوافر فيه الشروط الموضوعية العامة والخاصة، وكذلك الشروط الشكلية، وإلا قد يترتب على عدم توافر هذه الشروط بطلان العقد أو قابليته للبطلان. ومتى نشأ عقد الشركة صحيحا اكتسبت الشركة الشخصية المعنوية عملا بنص المادة الثانية من قانون الشركات. فالاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية يجعلها شخصا قانونيا مستقلا بذاته، له أهلية وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين لها.

والأصل أن بطلان عقد الشركة يزيل شخصية الشركة في الحاضر، وفي المستقبل ويجعلها كأن لم تكن أيا كان سبب البطلان، وذلك وفقا للقواعد العامة التي تحكم بطلان العقود (المادتان ١٧٩، ١٨٧ مدني).

وعلى ذلك لا يجوز إشهار إفلاس الشركة الباطلة إن وقفت عن دفع ديونها، لانعدام شخصيتها القانونية المستقلة عن أشخاص الشركاء، وإنما يجب أن يوجه الافلاس إلى الشركاء إذا توافرت بشأنهم شروط إشهار الإفلاس.

وعلى هذا الأساس كانت أحكام القضاء قديما تمتنع عن إشهار افلاس الشركات الباطلة، استنادا إلى أن الافلاس يهدف إلى تصفية ذمة الشركة

= المرجع السابق، ص ١٧٠٩، محمد صالح، الإفلاس، ص ٣٩٤، القاهرة ١٩٤٨.

المستقلة عن ذمم الشركاء، وما دامت الشركة الباطلة لا تكتسب الشخصية القانونية وبالتالي ليست لها ذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، لذا لا يجوز تفليسها.

على أن هذا المسلك من قبل القضاء كان محل انتقاد الفقهاء الذين ينظرون إلى بطلان الشركة نظرة خاصة. فالشركة وإن كانت عقدا، ولكنه لا يشبه غيره من العقود، إذ لا يقتصر أثره على توليد الحقوق والالتزامات في ذمة أطرافه، وإنما يتولد عنه شخص معنوي مستقل عن أشخاص الشركاء، له كيان قائم بذاته وذمة مستقلة، وهو الشركة ذاتها. ولكن هذا الشخص المعنوي يتأثر بالعقد، لأن العقد مصدر وجوده. ولذلك يؤثر بطلان العقد في وجود الشخص المعنوي ونشاطه، بحيث يترتب على بطلان العقد انتهاء الشخص المعنوي تبعا له، غير أن أثر البطلان يختلف بعد ذلك بالنسبة لكل من الشخص المعنوي والعقد.

فالأصل أن البطلان له أثر رجعي بالنسبة للعقد يرتد به إلى وقت انعقاده، في حين لا يستطيع البطلان أن يلغي حياة الشخص المعنوي خلال الفترة السابقة على الحكم بالبطلان. فالشخص المعنوي يختلف في هذه الناحية عن التصرف القانوني، لأنه كائن قانوني أشبه ما يكون بالكائن الحي. فإذا كان من غير الممكن الغاء وجود الكائن الحي بالنسبة للماضي، فإن ذلك يصدق بالضرورة على الشركة ككائن قانوني. فإذا أبطل العقد لم يعد هناك محل لاستمرار بقاء الشخص المعنوي الذي يستمد وجوده ويستند إليه، فيعدم وتلغى حياته بالنسبة إلى المستقبل فقط[١٨]، ولكن الشخص المعنوي لا يكون له وجود قانوني طوال الفترة السابقة على الحكم بالبطلان، وإنما يكون له وجود واقعي. غير أن ذلك يتوقف على سبب البطلان، لأن من الأسباب ما يؤدي إلى زوال الشركة كعقد وكشخص معنوي في الماضي وفي المستقبل.

فبطلان عقد الشركة لا يخضع في جميع الاحوال للقواعد العامة التي تحكم بطلان العقود، وإنما يخضع لقواعد خاصة تفرق بين أسباب البطلان.

(١٨) علي يونس، المرجع السابق، ص ٧٠.

فمن هذه الأسباب ما يؤدي إلى زوال الشركة في الماضي وفي المستقبل، ومنها ما يقتصر أثره على المستقبل دون أن يمس الماضى. فبطلان عقد الشركة لا يعدم دائما كيان الشركة ويجعلها كأن لم تكن في الماضي وفي المستقبل، كما تقضى القواعد العامة، وإنما قد يقتصر أثره على مستقبل العقد وحده فيعدمه، ولكنه لا يمس ما ترتب على هذا العقد من آثار في الماضى. فتعتبر الشركة في الفترة السابقة على صدور الحكم ببطلانها قائمة فعلا وملزمة بجميع تعهداتها، ولذا يجوز إشهار إفلاسها ان وقفت عن دفع ديونها وهي خلال هذه الفترة تشبه الشركة المنقضية التي تكون في دور التصفية.

وعلى أثر انتقادات الفقه ترك القضاء مسلكه السابق[١٩]، وأصبح الرأي الراجح فقها وقضاء، ينظر إلى بطلان الشركة نظرة خاصة، تفرق بين أسباب البطلان، فإذا تناول البطلان كيان العقد في الماضي وفي المستقبل، فلا يجوز إشهار إفلاس الشركة لانعدام شخصيتها القانونية، أما إذا تناول البطلان مستقبل العقد وحده وخلف وراءه شركة فعلية، جاز تفليسها[٢٠].

وعلى ذلك لا بد أن نستعرض الأسباب التي يترتب عليها بطلان الشركة، لنحدد ما يعدم منها كيان العقد في الماضي وفي المستقبل، وما يقتصر أثره على المستقبل دون أن يمس الماضي، بحيث ينشأ عنها شركة فعلية يجوز تفليسها.

والقاعدة أن البطلان إذا كان لسبب يحتج به في مواجهة الكافة، فإن هذا البطلان يعدم كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل. والأسباب التي يحتج

(١٩) Hemard، بطلان الشركات والشركة الفعلية ص ١١٤، باريس ١٩٢٨.

(٢٠) Henri Temple، الشركات الفعلية، ص ٣١٩، باريس، ١٩٧٥، محسن شفيق، جـ ٢ في الإفلاس، المرجع السابق، ص ١٠٦٢، محمد سامى وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٥٧١، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٦٩٦، ثروت على عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ٢٤٢، مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعى والوجود القانوني للشركات الفعلية ص ٤٥٧ وما بعدها، القاهرة ١٩٨٥، نقض فرنسى ٤ فبراير ١٩٣٠، جازيت دى باليه، ١٩٣٠، ص ٦٤٣، نقض مدني مصرى ١٨ ديسمبر ١٩٥٢، مجموعة أحكام النقض ٤ ـ ١٢، إستئناف مصرى مختلط ١٤ نوفمبر ١٩٢٣ ب ٣٦ ص ٢٣.

بها في مواجهة الكافة هي التي تمس العقد في ذاته. أما إذا كان البطلان لأسباب لا تمس عقد الشركة في ذاته وبالتالي لا يحتج به في مواجهة الكافة، فإنه لا يعدم كيان الشركة في الماضي ويقتصر أثره على المستقبل[٢١].

ومن الأسباب التي تعدم كيان العقد في الماضي وفي المستقبل عدم مشروعية غرض الشركة لمخالفته للنظام العام، كأن يكون غرض الشركة الاتجار في المخدرات، أو تكون الشركة بين شركاء لا يتمتعون بالأهلية اللازمة لاحتراف الأعمال التجارية. فهذه الأسباب تمس عقد الشركة ذاته وبالتالي تعدم كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل، وتعتبر الشركة كأن لم تكن، لذا لا يخلف هذا العقد وراءه شركة فعلية يجوز تفليسها.

على أن الأمر يختلف إذا كان أحد الشركاء ناقص الأهلية، أي لا يتمتع بالأهلية اللازمة لممارسة الأعمال التجارية. فإن هذا العقد يعتبر قابلا للبطلان بناء على طلب الشريك ناقص الأهلية أو ممثله القانوني فإذا قضى به، اعتبرت الشركة بالنسبة اليه كأن لم تكن فيسترد حصته كاملة ويخرج من الشركة وتصح الشركة بين الباقين في الماضي وفي المستقبل، أو تنقضي إذا تضمن عقد الشركة شرطا يقضي بانقضاء الشركة في حالة خروج أحد الشركاء. ولكن انقضاء عقد

(٢١) Escarra، دروس في القانون التجاري، ص ٣٥٥، باريس ١٩٥٢، Ripert et Rablot، شرح القانون التجاري، جـ ١، رقم ٧٥٩ باريس ١٩٨٠، Lacour، الموجز في القانون التجاري، ص ١٠٨، دالوز ١٩٥٥، Jauffret القانون التجاري، ص ١٢٧، باريس ١٩٧٣، محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، جـ ٣، ص ٣٨٨، الإسكندرية ١٩٥٧، علي جمال الدين المرجع السابق، ص ٦٩٦، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ١٥٦، اكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٤٢٢ و ٤٢٣، علي البارودى، القانون التجاري، ص ١٦٨، الاسكندرية ١٩٧٥، سميحة القليوبى، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٥٠، محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية، ص ٥٣، ٥٤، القاهرة ١٩٨٦، أحمد محمد محرز، المرجع السابق، ص ٤٢٢، ٤٢٣، حسنى المصرى، القانون التجاري، الكتاب الثاني، شركات القطاع الخاص، ص ٩٠، القاهرة ١٩٨٦، أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٩٢ وما بعدها، ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق ص ٢٤١، نقض مدني مصري ٣٠ مارس ١٩٨١، موسوعة الشربيني، جـ ٩ ص ٤٤٣، نقض فرنسي ٥ ديسمبر ١٩٦٧، دالوز ١٩٦٨، ص ٣٥.

الشركة في هذه الحالة يخلف وراءه شركة فعلية يجوز تفليسها. وإذا كانت الشركة بين شريكين فقط، وكان أحدهما ناقص الأهلية، وقضي ببطلان الشركة، بناء على طلبه أو طلب ممثله القانوني، فإن هذا البطلان يعدم كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل، لأن الشركة ـ بوصفها عقدا ـ لا يقوم إلا بين شريكين أو أكثر. لذا لا يجوز في هذا الفرض، تفليس الشركة، وإنما ينال الإفلاس الشريك الكامل الأهلية إن توافرت بشأنه شروط الإفلاس، إذ يعتبر في حكم من تعامل باسمه ولحسابه، فيلزم بالديون الناشئة عن هذا التعامل.

ويطبق بشأن عيوب الرضاء ذات الحلول الخاصة بناقص الأهلية. فإذا استند البطلان إلى عيب شاب رضاء أحد الشركاء، كالغلط أو الاكراه أو التدليس، فإن البطلان قد يعدم كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل، وقد يقتصر أثره على المستقبل ويخلف وراءه شركة فعلية يجوز تفليسها وقد يقتصر أثره على الشريك الذي شاب رضاءه عيب فيخرج من الشركة، وتصح الشركة بين الباقين في الماضي وفي المستقبل، مالم ينص عقد الشركة على خلاف ذلك.

ويذهب البعض إلى أن البطلان الذي يمنع تفليس الشركة، في الفروض المتقدمة، يتطلب صدور حكم بالابطال. فإذا قامت الشركة وكانت باطلة أو قابلة للبطلان، ولم يقدم طلب ببطلانها، وتوقفت عن دفع ديونها وحكم بإفلاسها وحاز الحكم قوة الأمر المقضي، فإن صدور الحكم بالافلاس لا يمنع من طلب إبطال الشركة، فإذا قضى به ، فإن ذلك لا يوقف اجراءات التفليسة، بل تستمر في سيرها، ولا يحرم دائنو الشركة من حقهم في الأولوية على موجودات الشركة دون مزاحمة الدائنين الشخصيين للشركاء[٢٢].

ويخالف البعض الرأي الراجح ويرى أن عقد الشركة سواء كان باطلا أو قابلا للبطلان بسبب عدم توافر بعض الشروط الموضوعية أو الشكلية اللازمة لابرامه، فإن هذا العقد يخلف وراءه دائما شركة فعلية متى حكم ببطلانه.

(٢٢) Caby، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، ص ١٤، محاضرات لطلبة الدكتوراه، القاهرة ١٩٥٧.

ويستند هذا الرأي إلى نص المادة ٥٠٧ من القانون المدني المصري التي حددت أثر البطلان إذا كان راجعا إلى الإخلال بالشكل، وذلك بقولها «يجب أن يكون عقد الشركة مكتوبا وإلا كان باطلا، وكذلك يكون باطلا كل ما يدخل على العقد من تعديلات دون أن يستوفى الشكل الذي أفرغ فيه ذلك العقد.

غير أن هذا البطلان لا يجوز أن يحتج به الشركاء قبل الغير، ولا يكون له أثر فيما بين الشركاء أنفسهم، إلا من وقت أن يطلب الشريك الحكم بالبطلان».

ويقول أصحاب هذا الرأي بأنه «إذا كان البطلان للشكل لا يقاس عليه البطلان لعدم المشروعية لأن القانون هو الذي فرض الشكل وعين الجزاء على الإخلال به، إلا أنه يصح القول بأن نظرية الشركة الواقعية هي الأساس في كل شركة باطلة، سواء كان البطلان راجعا لخلل في الشكل أو خلل في الموضوع. ففي جميع الأحوال تنقلب الشركة الباطلة إلى شركة واقعية، يستلهم القاضي في تصفيتها الشروط المدونة في عقد تأسيس الشركة، لا على أنها اتفاق بين الشركاء، بل على أنها تملي حلولا عادلة لتصفية الشركة»(٢٣).

فنحن لا نتفق مع هذا الرأي ونعتقد أن البطلان الذي نصت عليه المادة ٥٠٧ من القانون المدني المصري استثناء من القواعد العامة للبطلان لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه، بل ان من يقول بهذا الرأي لم تغب عنه هذه الحقيقة بقوله إذا كان البطلان للشكل لا يقاس عليه البطلان لعدم المشروعية، لأن القانون هو الذي فرض الشكل وعين الجزاء على الاخلال به. أضف إلى ما تقدم فإن من يقول بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان لا يرتب على هذا القول النتائج القانونية التي تترتب على وجود الشركة الفعلية، وهي الاعتراف لها بكافة الاثار القانونية التي تنتجها الشركة الصحيحة، سواء فيما بين الشركاء أو في مواجهةالغير، أي النظر إليها وكأنها شركة صحيحة حتى

(٢٣) المرحوم الأستاذ الدكتور السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني جـ ٥، المجلد الثاني، ص ٢٥٦، القارة ١٩٦٢، بذات المعنى أنور طلبة، القانون المدنى معلقا على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء، جـ ١، ص ٥٠٣، القاهرة ١٩٧٥.

الانتهاء من إجراءات التصفية. وإنما يجيز للقاضي أن يستلهم في تصفية الشركة شروط عقد الشركة لا على أساس أنها اتفاق بين الشركاء، بل على أنها تملي حلولا عادلة لتصفية الشركة[٢٤]. يرى البعض ـ بحق ـ أن هذا القول يؤدي إلى الخلط بين آثار البطلان المطلق وبين آثار البطلان النسبي حيث مجال شركة الواقع. ذلك لأنه في هذه الحالة الأخيرة يظل العقد قائما في مواجهة الشركاء الباقين بعكس الحالة الأولى، أي البطلان المطلق حيث ينعدم العقد مع الشخص المعنوي[٢٥].

على أن البعض من شراح قانون الشركات الكويتي يخالف الرأي الراجح الذي يحدد نطاق الشركة الفعلية في حالات البطلان النسبي، ويؤيد الرأي المخالف الذي يقرر أن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة واقع، سواء كان هذا البطلان مطلقا أم نسبيا. ويبرر هذا القول بالاستناد إلى نص المادة ٩٦ من قانون الشركات الكويتي، وأن القول بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان يتفق ورغبة المشرع في المحافظة على استقرار العلاقات أو المراكز القانونية التي نشأت بحسن نية قبل الحكم ببطلان الشركة، لأن هذه الرغبة هي السبب الذي دفع المشرع إلى مخالفة أحكام القواعد العامة في البطلان والاعتراف بوجود فعلي للشركة في الماضي. كما لا يتفق مع من يرى بأن بطلان الشركة بسبب غرضها غير المشروع لا يخلف وراءه شركة فعلية، لأن الاعتراف بوجودها الفعلي اقرار لغرضها غير المشروع، إذ يرى أن الاعتراف بوجود الشركة في الماضي مقرر لمصلحة الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة دون أن يعلم بغرضها غير المشروع. كما يستند في تأييد رأيه إلى ما أخذ به القضاء الكويتي في هذا الشأن[٢٦].

---

(٢٤) بذات المعنى Hamel et Lagard، القانون التجاري، جـ ١، رقم ٤٦٠،
أكثم الخولي، المرجع السابق، ص ٦٥.

(٢٥) أبو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٩٦ هامش رقم ٢٦١.

(٢٦) طعمة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، ص ١٣٦، وما بعدها، الكويت ١٩٨٥ ـ ١٩٨٦.

وعلى ما نعتقد أن هذه الحجج غير مقنعة في تقرير النتيجة التي انتهى اليها هذا الرأي للقول بأن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة واقع وذلك للأسباب التالية: ـ

١ ـ أن نص المادة ٩٦ من قانون الشركات الكويتي خاص بشركة المساهمة ولا يشمل حكمه جميع الشركات، وهذا واضح من صدر المادة التي تقول «إذا أسست شركة المساهمة على وجه غير قانوني».

٢ ـ ليس صحيحا أن نص المادة ٩٦ نص مطلق لم يحصر ولم يقيد الاعتراف بالشركة الفعلية بسبب معين من أسباب البطلان. فنطاق النص يقتصر على أسباب البطلان المتعلقة بمخالفة اجراءات التأسيس. وهذا واضح من صدر المادة ٩٦ المشار اليها في «أولا» والتي جاءت ضمن مواد الفصل الأول من قانون الشركات الذي تضمن الأحكام الخاصة بتأسيس شركة المساهمة.

فالبطلان الذي نصت عليه المادة ٩٦ من قانون الشركات الكويتي الذي يخلف وراءه شركة فعلية يقتصر نطاق تطبيقه على شركة المساهمة التي يحكم ببطلانها بسبب مخالفة اجراءات التأسيس. فهذا النص استثناء من القواعد العامة التي تحكم بطلان العقود لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه.

والاجراءات التي يترتب على مخالفتها، وتجيز لذى الشأن أن يطلب الحكم ببطلان الشركة وفق الشروط التي نصت عليها المادة ٩٦، كثيرة تشمل كل ما فرضه القانون من اجراءات التأسيس. وقد نص المشرع على هذه الاجراءات في المادة ٧٠ وما بعدها من قانون الشركات، ومنها تحرير كل من عقد تأسيس الشركة ونظامها الاساسي في ورقة رسمية، توافر حد أدنى من المؤسسين (خمسة أشخاص على الأقل) وتوقيعهم جميعا على عقد الشركة ونظامها، تقديم طلب إلى الدائرة الحكومية المختصة لاستصدار مرسوم بتأسيس الشركة، اكتتاب المؤسسين بنسبة من أسهم الشركة لا تقل عن ١٠٪، طرح الاسهم للاكتتاب العام ببيان يصدر عن المؤسسين يتضمن بيانات محددة، تقديم بيان إلى الدائرة الحكومية المختصة خلال ثلاثة أشهر من قفل باب الاكتتاب بعدد الأسهم التي تم الاكتتاب بها ومعلومات أخرى، دعوة

الجمعية العامة التأسيسية للانعقاد، تقديم تقرير من قبل المؤسسين يتضمن المعلومات الوافية عن جميع عمليات التأسيس مع المستندات المؤيدة لها، انتخاب الجمعية العامة لمجلس الادارة الأول وتعيين مراقبي الحسابات. فمخالفة أي من هذه الاجراءات يصلح أن يكون سببا لرفع دعوى البطلان بعد انذار الشركة بوجوب تصحيح المخالفة وعدم اجرائها التصحيح المطلوب خلال شهر من تاريخ الانذار. فإذا قضت المحكمة ببطلان الشركة، تصفى الشركة باعتبارها شركة فعلية.

وعلى ذلك لا تستوعب دعوى البطلان بسبب مخالفة اجراءات التأسيس البطلان الناتج عن تخلف ركن من أركان العقد، وكذلك لا تستوعب دعوى بطلان الاكتتاب بسبب مخالفة أحكام الاكتتاب المنصوص عليها في المادة ٨٦ من قانون الشركات.

ومما يؤكد سلامة هذا الرأي ما يذهب إليه الفقه العراقي والمصري في هذا الشأن فشراح قانون الشركات العراقي يقولون بذات الرأي الذي نذهب إليه عند شرحهم لنص المادة ٦٤ من قانون الشركات العراقي التي تضمنت ذات الأحكام التي نصت عليها المادة ٩٦ من قانون الشركات الكويتي[٢٧] كما أن الفقه المصري يأخذ بذات الرأي في تفسيره لنص المادة ٢٣ من قانون الشركات الجديد رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١ التي تنص على أنه «لا يجوز بعد شهر عقد الشركة والنظام في السجل التجاري الطعن ببطلان الشركة بسبب مخالفة الاجراءات المتعلقة باجراءات التأسيس».

وقد فسر هذا النص على أن قيد الشركة في السجل التجاري يطهرها من البطلان الذي يترتب بسبب مخالفة اجراءات التأسيس التي حددها هذا القانون، ولكن هذا القيد لا يحصنها من البطلان الذي يترتب على تخلف شرط أو أكثر من الشروط الموضوعية العامة أو الخاصة، كأن يكون سبب البطلان

(٢٧) أحمد البسام، الشركات التجارية في القانون العراقي، ص ١٢٠، بغداد ١٩٦٧، مرتضى نصر الله، الشركات التجارية، ص ١٥٣ و ١٥٤، بغداد ١٩٦٩، طالب حسن موسى، الموجز في الشركات التجارية، ص ١٦٢، بغداد ١٩٧٣.

عيبا أو خللا في العقد، أو أن يكون غرضها مخالفا للقانون، أو كان اشتراك بعض المؤسسين صوريا لاستكمال الحد الأدنى المطلوب[٢٨].

٣ ـ أما القول بأن السبب الذي دفع المشرع إلى مخالفة أحكام القواعد العامة في البطلان والاعتراف بوجود فعلى للشركة في الماضي، هو رغبته في المحافظة على استقرار العلاقات القانونية التي نشأت بحسن نية قبل الحكم ببطلان الشركة لأن هدم مراكز قانونية نشأت بحسن نية بأثر رجعي بدعوى مخالفة النظام العام، سيؤدي إلى عدم استقرار المعاملات وإنكار العدالة، هذا القول صحيح لو أمكن الابقاء على المراكز القانونية التي نشأت قبل الحكم ببطلان الشركة، ولكن هذه المراكز لا بد أن تصفى، سواء ترتب على الابطال زوال الشركة في الماضي وفي المستقبل أم اقتصر أثره على المستقبل وخلف وراءه شركة فعلية. كما أن تصفية المراكز القانونية التي نشأت بحسن نية قبل الحكم ببطلان الشركة لا يؤدي إلى إنكار العدالة إذا ما تناول البطلان مستقبل الشركة وماضيها، وذلك في مواجهة الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة قبل الحكم ببطلانها معتقدا أنها شركة صحيحة. إذ لا يستتبع بطلان الشركة بطلان الآثار القانونية الناتجة عن تعامل قام به الشركاء مع الغير باسم الشركة، كما لو كان غرض الشركة غير مشروع وحكم ببطلانها إلا أن الشركة قامت بشراء أثاث من الغير قبل الحكم ببطلانها، فإنه لا يجوز للشركاء التحلل من دفع ثمن الاثاث بحجة عدم مشروعية غرض الشركة، متى كان الغير يجهل عدم مشروعية غرض الشركة، إذ أن عقد بيع الاثاث في حد ذاته يقوم على سبب مشروع من جانب البائع[٢٩] وإذا كان بطلان عقد الشركة بسبب غرض الشركة

(٢٨) أبو زيد رضوان، شركات المساهمة وفقا لاحكام القانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١، ص ١٠٣، القاهرة ١٩٨٣، سميحة القيلوبي، الشركات التجارية، ص ٤٩، مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ص ٢٨٧، سمير الشرقاوى، الشركات التجارية في القانون المصري، ص ٢٥٠، القاهرة ١٩٨٦، حسنى المصري، المرجع السابق، ص ٨١، احمد محمد محرز، المرجع السابق، ص ٤١٨، فايز نعيم رضوان، محاضرات في الشركات التجارية، ص ٢٦٧، المنصورة ١٩٨٦.

(٢٩) سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٤٧، أكثم الخولي، المرجع السابق ص ٤٢١.

غير المشروع يتعلق بالنظام العام، غير أن ذلك لا يؤدي ـ كما يرى البعض ـ إلى اهدار حقوق الغير حسن النية الذي تعامل مع الشركة دون أن يعلم بعدم مشروعية غرضها، إذ يستطيع هذا الغير الرجوع على الشركة، لا بمقتضى العقد الباطل، وإنما بمقتضى قواعد الاثراء بلا سبب.[٣٠] كما يذهب البعض الآخر إلى أنه يمكن أيضا الاستناد في ذلك إلى نظرية الحقوق الظاهرة لحماية دائني الشركة حسنى النية[٣١].

وعلى ذلك ليس صحيحا أن الاعتراف بوجود الشركة الفعلي في الماضي مقرر لمصلحة الغير حسنى النية متى كان غرضها غير مشروع، لأن حقوق الغير حسنى النية ـ كما تقدم ـ لا تمس سواء تناول البطلان الشركة في الماضي وفي المستقبل، أم اقتصر أثره على المستقبل وخلف وراءه شركة فعلية، ونحن نتفق مع من يرى عدم الاعتراف بوجود فعلى للشركة في الماضي إذا كان غرضها غير مشروع، لأن الاعتراف بوجود الشركة الفعلي يتضمن إقرارا لغرضها غير المشروع[٣٢].

أضف إلى ما تقدم أن القول بوجود شركة فعلية يعني خضوع هذه الشركة لنظام قانوني يحكم علاقة الشركة بالغير وعلاقة الشركة بالشركاء، إذ لا يمكن أن نقول بوجود شركة فعلية في العلاقة بين الشركة والغير، ولا وجود لها في علاقة الشركة بالشركاء.

٤ ـ أما القول بوجود فعلي للشركة الباطلة في حالة تخلف الشروط الموضوعية الخاصة، بدعوى أن الشركة في هذا الفرض، تكون شركة وهمية، وان الاعتراف بوجودها الفعلي فيه حماية للغير حسنى النية. هذا القول لا يتفق والأسس التي تقوم عليها الشركة الفعلية، فهذه الشركة الاخيرة بجميع صورها تقتضى دائما أن يتوافر فيها العناصر الموضوعية اللازمة لوجود وصحة أية شركة، وفي حالة عدم توافر هذه الشروط في الشركة فلا مجال لتطبيق نظرية

(٣٠) أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ٨١.

(٣١) عارف الحمصاني، الحقوق التجارية جـ ١، ص ٢٥٣، دمشق ١٩٦٦.

(٣٢) علي البارودي، القانون التجاري، ص ١٦٨ وما بعدها. الاسكندرية ١٩٧٥.

الشركة الفعلية[٣٣].

فإذا كان البطلان مؤسسا على عدم تقديم الحصص أو صوريتها، أو انعدام نية المشاركة، أو أن عدد الشركاء أقل من العدد المطلوب قانونا فإن هذا البطلان لا يترتب عليه بطلان الشركة فحسب، بل نصبح بصدد شركة واجهة، ولا مجال للقول بتطبيق نظرية الشركة الفعلية[٣٤]. ففي حالة وجود شركة واجهة، فإن مصلحة الغير الذي تعامل مع الشركة تقتضي الكشف عن الأشخاص الذين تستروا وراء الشركة واتخذوها واجهة لأعمال تمت باسم الشركة لحسابهم الخاص، مما يقتضي مساءلتهم على وجه التضامن عن جميع الالتزامات التي تمت باسم الشركة مع الغير حسنى النية.

من كل ما تقدم يتضح أنه لا يمكن الاستناد إلى نص المادة ٩٦ من قانون الشركات الكويتي للقول بأن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة واقع ومهما كان سبب البطلان.

ونحن نعتقد بأن تصفية الشركة بوصفها شركة واقع في جميع حالات البطلان لا بد أن يكون له سند من القانون، كما هو الحال في قانون الشركات الفرنسي الصادر في ٢٤ يوليو ١٩٦٦، إذ نصت المادة ٣٦٨ من هذا القانون بأنه عندما يحكم ببطلان الشركة فإنها تصفى طبقا لأحكام نظامها والنصوص القانونية في الفصل الخامس من القسم السادس من قانون الشركات. كما ويستفاد ذلك من نص المادة ٣٩١ من ذات القانون والتي تنص بأن الشركة تكون في حالة تصفية بمجرد انقضائها أيا كان سبب هذا الانقضاء، وأن هذا الانقضاء لا ينتج أثره بالنسبة للغير إلا من تاريخ قيده في السجل التجاري.

وهذه الأحكام التي أقرها المشرع الفرنسي تعتبر ترجمة تشريعية للبناء

---

(٣٣) للتفصيل في هذا الموضوع أنظر مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ص ١٦٠ وما بعدها.

(٣٤) للتفصيل في هذا الموضوع أنظر Jean Nectoux، نظرية الحصص والحصص الوهمية، جورسي كلاسير، الشركات التجارية، رقم ١٢، مفلح عواد القضاة، المرجع السابق، ص ٢٩٦ وما بعدها.

القضائي والفقهي لنظرية الشركة الفعلية[٣٥].

وقد أكمل المشرع الفرنسي بناء نظرية الشركة الفعلية بمناسبة وضع القانون المدني الجديد الصادر في ٤ يناير ١٩٧٨ وذلك بأن نص في المادة ١٨٤٤ من هذا القانون بأن الحكم ببطلان الشركة ينهي تنفيذ عقدها بغير أثر رجعي، وهذا يعني أن لعقد الشركة وجودا في الماضي بالنسبة للشركاء، والغير. كما نصت ذات المادة بأن ينتج عن هذا البطلان بالنسبة إلى الشخص المعنوى ذات الآثار التي تترتب على حل الشركة بحكم من المحكمة وهذا يعني أن الشركة كشخص معنوي تعامل في حالة الحكم ببطلانها ذات المعاملة في حالة الحكم بحلها، ومن ثم يؤدى الحكم ببطلان الشركة إلى انقضائها وتصفيتها.

ويستفاد من مجموع هذه الأحكام أن المشرع الفرنسي يعترف بالشركة الفعلية منذ قيامها حتى الحكم ببطلانها وشهر انقضائها أيا كان سبب البطلان سواء في مواجهة الغير أو فيما بين الشركاء بعضهم البعض أو بالنسبة للشركة باعتبارها شخصا معنويا[٣٦].

وقد حسم المشرع الفرنسي بهذه الأحكام الخلاف الفقهي حول نطاق تطبيق الشركة الفعلية بعد أن أقر بوجودها في جميع حالات البطلان.

وقد أراد المشرع بذلك أن يضع الأمور في نصابها الذي تقتضيه العدالة وحماية الأوضاع الظاهرة، فلا يمكن تجاهل مراكز قانونية تمت فعلا وعلاقات قانونية نشأت بين الشركاء وبين الشركة والغير منذ نشأة الشركة وحتى صدور الحكم ببطلانها. ذلك لأن تطبيق القواعد العامة في البطلان على عقد الشركة يزعزع مراكز قانونية استقرت مدة من الزمن مما لا يتفق مع المنطق وواقع الحال، حيث لا يمكن تجاهل وجود الشركة كشخص معنوى في الماضي وما

---

(٣٥) أنظر في تفصيل ذلك G. Rives، مصير الشركات الفعلية منذ إصلاح الشركات، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٦٩ ص ٤١١ وما بعدها.

(٣٦) ريبير وربلو، المرجع السابق، رقم ٧٥٩، Hamel, Lagrade et Jaufret القانون التجارى، جـ ٢ الصفحات ١٢٧، ٤١١، ٥٥٨، دالوز ١٩٨٠، سميحة القليوبي المرجع السابق، ص ٥٢، ٥٣، مفلح عواد القضاة، المرجع السابق ص ٣٢ وما بعدها.

ترتب على هذا الوجود من مراكز قانونية استقرت في الواقع. ولكن في الوقت ذاته لا يمكن تجاهل أثر الحكم ببطلان الشركة وضرورة تصفيتها بسبب تخلف ركن أو أكثر من أركانها، ومن ثم لا يجوز استمرارها في المستقبل[٣٧]، ولو كان لها وجود فعلي في الماضي قبل الحكم ببطلانها[٣٨].

ونأمل أن يأخذ المشرع الكويتي، عند وضع تشريع جديد يحكم الشركات، بالأحكام التي أخذ بها المشرع الفرنسي بشأن الاعتراف بالشركة الفعلية في جميع حالات البطلان لذات الاعتبارات التي تقدم ذكرها، إذ لا يمكن القول بوجود الشركة الفعلية في جميع حالات البطلان في ظل النصوص التشريعية القائمة كما تقدم.

وتجدر الملاحظة في هذا الصدد أن بعض الأسباب العامة لبطلان الشركات لا تعرض في بطلان الشركات المساهمة، أو إذا عرضت فإن أهميتها تقل لندرة وقوعها عملا، لأن شركة المساهمة بما تتميز به من مميزات خاصة، كانتفاء الاعتبار الشخصي، وخضوعها للرقابة في التأسيس، وكثرة النصوص التشريعية المتعلقة بها وباجراءات تأسيسها، كل ذلك يجعل بعض أسباب البطلان العامة لا تعرض في نطاقها. فلا أهمية في العمل لبطلان الشركات المساهمة بسبب عيوب الرضاء، أو بسبب عدم كتابة العقد، أو تضمن عقدها لشروط الأسد، أو عدم مشروعية غرضها، وذلك لقلة وقوع هذه الأسباب عملا، بالنظر للرقابة المسبقة التي تخضع لها هذه الشركات عند التأسيس في الكويت. وقد ترتب على ذلك، أن ضاق نطاق بطلان شركات المساهمة التي أصبحت عملا تنحصر في مخالفة اجراءات التأسيس وعدم الاشهار عن الشركة عن طريق القيد في السجل التجاري.

---

(٣٧) ريبير وربلو، المرجع السابق، رقم ٧٥٩، أسكارا، المرجع السابق، ص ٢٨٢، محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، جـ ٣، المرجع السابق، ص ٣٧٢، علي البارودي، المرجع السابق، ص ٢٤٦، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص ٥١، حسني المصري، المرجع السابق، ص ٨٦.

(٣٨) سميحة القليوبي، المرجع السابق، ص ٥٠، حسني المصري، المرجع السابق، ص ٨٥.

ولعل هذه الاعتبارات هي التي حملت المشرع الكويتي للأخذ بالأحكام التي نصت عليه المادة ٩٦ من قانون الشركات، لما يترتب على بطلان شركات المساهمة من ضياع الجهد والمال وزعزعة المراكز القانونية التي استقرت بعد مزاولة الشركة لنشاطها، سواء بين الشركة والشركاء أو بين الشركة والغير.

شهر الشركة عن طريق القيد في السجل التجاري:

٦ ـ ومن الأمور التي كانت محل خلاف في الفقه والقضاء الحكم ببطلان الشركة الناشيء عن عدم شهر عقدها عن طريق القيد في السجل التجاري. فهل يعدم هذا البطلان كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل بحيث تعتبر كأن لم تكن؟ أم يقتصر أثره على المستقبل ودون المساس بالماضي، بحيث يخلف العقد الباطل وراءه شركة فعلية يجوز تفليسها؟

الإجابة على هذا التساؤل تتطلب التفرقة بين شركة التضامن وشركة التوصية من ناحية وشركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة من الناحية الأخرى.

شركة التضامن وشركة التوصية: ـ

٧ ـ فبالنسبة إلى النوع الأول من الشركات فإن شخصية الشركة المعنوية المستقلة عن أشخاص الشركاء تكتسبها الشركة بمجرد تكوينها، أي بمجرد أن تتوافر في عقد الشركة الشروط الموضوعية والشكلية وهذا ما يقول به جميع شراح قانون الشركات الكويتي[٣٩]. غير أنه لا يجوز الاحتجاج بالشخصية المعنوية على الغير إلا بعد استيفاء اجراءات قيدها في السجل التجاري فلا بد من إعلام الغير بوجود الشركة عن طريق قيدها في السجل التجاري حتى يمكن التمسك في مواجهته بشخصيتها المستقلة عن أشخاص الشركاء. ومع ذلك يجوز للغير أن يتمسك بوجود الشركة ولو لم تستوف اجراءات قيدها إذا علم

---

(٣٩) علي يونس، المرجع السابق، ص ٧٢، ثروت علي عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ٢٤٣، سميحة القليوبي، الشركات التجارية وفقا للقانون الكويتي، ص ٥٠، الكويت ١٩٧٥، أبو زيد رضوان، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص ١٠٣ وما بعدها.

بوجودها بأي طريق آخر وكانت له مصلحة في ذلك (المادة ١٠ شركات)[٤٠].

ويخالف البعض ما يذهب إليه شراح قانون الشركات الكويتي ويرى بأن شركة التضامن والتوصية لا تكتسب الشخصية المعنوية إلا بعد قيد الشركة في السجل التجاري، «وذلك لأن نص المادة العاشرة لا يفيد الاعتراف للشركة بالشخصية المعنوية دون القيد في السجل التجاري. فدون القيد في السجل التجاري هل للشركة وجود قانوني (شخصية) في مواجهة الغير؟ وهل تستطيع أن تلج باب القضاء كمدعي؟ فإذا كانت الاجابة بالنفي، وهي بالفعل كذلك، فأين الشخصية القانونية التي تتمتع بها الشركة، أما المادة الثانية فلا يجوز الاستناد إليها لأنها تقرر المبدأ دون أن تتكلم عن الاجراءات الواجب اتباعها من أجل اكتساب الشركة للشخصية المعنوية»[٤١].

ومن جانبنا لا نرى صحة هذا الرأي، ونرى سلامة ما يذهب إليه شراح قانون الشركات الكويتي باكتساب شركة التضامن والتوصية للشخصية المعنوية بمجرد تكوينها وقبل قيدها في السجل التجاري، وذلك بالاستناد إلى نص المادتين الثانية والعاشرة من قانون الشركات.

فالمادة الثانية تنص على أنه «فيما عدا شركة المحاصة تتمتع جميع الشركات بالشخصية المعنوية».

وما دامت هذه المادة لم تحدد الوقت الذي تعتبر فيه الشركات التي أضفت عليها الشخصية المعنوية، شخصاً قانونيا له أهلية وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء، فالأصل أن تكتسب هذه الشركات الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها، إلا إذا نص القانون على غير ذلك، كما هو الحال بالنسبة لشركة المساهمة المقفلة والشركة ذات المسؤولية المحدودة التي علق المشرع اكتسابها للشخصية المعنوية على قيدها في السجل التجاري، وذلك في المادتين ٩٥، ١٩٥ من قانون الشركات. وكذلك الشأن بالنسبة لشركة المساهمة التي تطرح

(٤٠) هذه المادة نصت على حكم خاص بشركة التضامن، ويسري ذات الحكم على شركة التوصية وذلك وفقا لنص المادتين ٤٤ و ٤٨ من قانون الشركات.

(٤١) طعمه الشمري، المرجع السابق، ص ١٤٨.

أسهمها للاكتتاب العام، إذ علق المشرع اكتسابها للشخصية المعنوية إلى وقت صدور المرسوم المرخص بتأسيسها وذلك في المادة ٧٤ من قانون الشركات.

كما يستفاد اكتساب شركة التضامن والتوصية للشخصية المعنوية بمجرد تكوينها وقبل قيدها في السجل التجاري، بصورة غير مباشرة من نص المادة العاشرة من قانون الشركات التي توجب على مديري الشركة أن يقوموا باجراءات قيدها في السجل التجاري، ورتبت على تخلف القيد عدم جواز الاحتجاج على الغير بوجود الشركة وعدم قبول ما ترفعه الشركة من دعاوى، غير أنها أجازت للغير إذا كان له مصلحة في ذلك، أن يتمسك بوجود الشركة ولو لم يتم قيدها في السجل التجاري. وهذا يعني أن الشركة تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد تكوينها في مواجهة الشركاء. لذا لا يجوز للشريك أن يتمسك بعدم وجود الشركة في مواجهة باقي الشركاء ولو لم تستوف الشركة اجراءات قيدها في السجل التجاري، لأن المادة العاشرة ـ كما تقدم ـ لا تجيز للشركاء أن يحتجوا بوجود الشركة في مواجهة الغير فقط، وليس في مواجهة بعضهم البعض. كما وتعطي المادة العاشرة للغير حق التمسك بوجود الشركة في مواجهة الشركاء، متى كانت له مصلحة في ذلك، ولو لم تستوف اجراءات قيدها في السجل التجاري. وهذا يعني أن للغير أن يتمسك بوجود الشركة أو عدم وجودها، تبعا لمصلحته، ولو لم تستوف اجراءات قيدها في السجل التجاري.

كما يستفاد الوجود القانوني لشركة التضامن والتوصية قبل قيدها في السجل التجاري من نصوص مرسوم السجل التجاري، رقم (٢) مالية لسنة ١٩٥٩، التي لم ترتب على عدم قيد الشركة في السجل التجاري بطلانها.

فالمادة السادسة من مرسوم السجل أوجبت على مديري الشركات أن يقدموا طلب القيد خلال شهر من تاريخ تكوين الشركة، كما أوضحت البيانات التي تقيد والاجراءات التي يجب أن تتبع عند تقديم طلب القيد وما يرفق به من مستندات. ولم يرتب مرسوم السجل على مخالفة أحكام هذه المادة

بطلان الشركة، وإنما قرر فقط عقوبات جزائية، نصت عليها المادتان ١٧، ١٨ من المرسوم[٤٢].

مما تقدم يتضح أن لشركة التضامن والتوصية وجود قانوني بمجرد تكوينها وقبل قيدها في السجل التجاري. وعلى ذلك يستطيع الغير أن يتمسك بوجود شخصية الشركة المستقلة ولو لم تشهر عن طريق القيد في السجل التجاري إذا كانت له مصلحة في ذلك، ولا يجوز للشركة أو الشركاء التمسك في مواجهته بعدم وجود شخصية الشركة. وتبدو مصلحة الغير إذا كان قد تعامل مع مدير الشركة وأراد أن ينفذ على أموالها الخاصة، فإذا لم يعترف للشركة بالشخصية المستقلة، فانه يضطر إلى التنفيذ على الأموال محل التنفيذ بوصفها مملوكة للمدير الذي تعامل معه وحده، وعندئذ يخضع لمزاحمة دائني المدير الآخرين. وعلى العكس قد تكون من مصلحة الغير تجاهل شخصية الشركة والتمسك بعدم شهرها، ويحصل هذا الفرض إذا كان الغير دائنا لأحد الشركاء شخصيا، فإن تمسكه بإبطال الشركة لعدم شهرها يمكنه من التنفيذ على الحصة التي قدمها الشريك، بوصفها لا تزال مملوكة له، دون أن يزاحمه في ذلك دائنو الشركة[٤٣]. على أن الحكم ببطلان الشركة في هذا الفرض لا يعدم كيان الشركة في الماضي وفي المستقبل، وإنما يقتصر أثره على خروج الشريك من الشركة، وتصح

(٤٢) تجدر الملاحظة أن التشريعات تختلف في تقرير نوع الجزاء الذي ترتبه على عدم قيد الشركة في السجل التجاري. فقسم من هذه التشريعات يرتب على عدم القيد بطلان الشركة، منها قانون التجارة المصري في المادة ٥١، والقسم الثاني يرتب على عدم القيد عدم نفاذ التصرفات التي أجرتها الشركة، ومنها قانون الشركات العراقي الصادر في سنة ١٩٥٧ في المادة ٩، والقسم الثالث لا يرتب على عدم القيد بطلان الشركة ولا عدم نفاذ التصرفات التي أجرتها الشركة وإنما تقرر جزاءات جنائية، منها القانون الكويتي كما تقدم. غير أن جميع هذه التشريعات تجيز للغير ان يتمسك بوجود الشركة التى لم تستوف اجراءات قيدها في السجل التجارى، أو أن يتمسك بعدم وجودها تبعا لمصلحته.

(٤٣) هامل ولاكار وجفرى، المرجع السابق، رقم ٥٦٠، علي جمال الدين، المرجع السابق، ص ٦٨٦، مفلح عواد، المرجع السابق، ص ٤١٧، أبو زيد رضوان، الشركات، المرجع السابق، ص ٩٨، سميحة القليوبي، الشركات، المرجع السابق ص ٥٣، مصطفى كمال طه، المرجع السابق ص ١٩٨.

الشركة بين الباقين في الماضي وفي المستقبل[٤٤]، فإذا وقفت عن دفع ديونها جاز تفليسها، مالم ينص عقد الشركة على انقضاء الشركة في حالة خروج أحد الشركاء، ولكن انقضاء الشركة في هذه الحالة يخلف وراءه شركة فعلية يجوز تفليسها إن وقفت عن دفع ديونها.

على أن الوضع قد لا يعرض بالصورة المتقدمة، وإنما قد يتعقد إذا كان هناك أشخاص من الغير تتعارض مصالحهم، كأن يكون البعض منهم، دائنا للشركة له مصلحة في التمسك بشخصيتها المستقلة، في حين يكون من مصلحة البعض الآخر تجاهل شخصية الشركة والتمسك بعدم وجودها متى كان دائنا شخصيا لأحد الشركاء.

اختلف الرأي في هذا الشأن، فالبعض يرى تفضيل مصلحة من يتمسك ببطلان الشركة، لأن عدم الشهر يرتب بطلان الشركة بنص القانون ولا يمكن تفادى الحكم به إلا إذا لم يتمسك به أحد، أما وقد تمسك به صاحب مصلحة فيه، فقد وجب القضاء فيه كجزاء رتبه القانون لعدم الشهر[٤٥].

ويرى البعض الآخر تفضيل من يتمسك بوجود الشركة ولو كان في ذلك ضرر لدائني الشركاء الشخصيين، لأن البطلان استثناء لا يجوز التوسع فيه ومن الخير عدم التساهل في القضاء به[٤٦].

---

(٤٤) وبطبيعة الحال يشترط في هذا الفرض وجود أكثر من شريكين.

(٤٥) هيمار، المرجع السابق، رقم ٥٤٠، هامل ولاكار القانون التجارى، رقم ٥٦١، ليون كان ورينو، جـ ٢، المرجع السابق، رقم ٢٢٨، أسكارا المرجع السابق، رقم ١٦٧، رايفز، المرجع السابق، ص ٤١٣، محسن شفيق، الوسيط، جـ٣، المرجع السابق، ص ٣٨٤، أكثم الخولى، المرجع السابق، ص ٤٢٤، مصطفى كمال طه، المرجع السابق، ص ١٨٩، علي البارودي، المرجع السابق، ص ١٧٠، مرتضى نصر الله، المرجع السابق، ص ٦٦، أحمد البسام، المرجع السابق، ص ٥٥.

(٤٦) Escarra et Rualt في الشركات، جـ ١، رقم ١٠٩، باريس ١٩٥٠، ريبير وربلو، المرجع السابق، رقم ٧٢٥، Calais Auloy، فكرة الظاهر في القانون التجاري الصفحات ١٢٧، ١٢٨، ١٣٦، باريس ١٩٥٠، حسني المصري، المرجع السابق، ص ٩٣.

ويؤيد البعض هذا الرأى، باعتبار أنه يحقق مصلحة لدائني الشركة الظاهرة من إهمال المؤسسين والشركاء[٤٧] كما يضيف البعض الآخر تأييدا لهذا الرأي «بأن تقرير عدم جواز الاحتجاج بالشركة على الغير إلا من تاريخ اجراء القيد في السجل التجاري، لم يقصد به أساسا إلا حماية الغير من دائني الشركة باعتبار أن هؤلاء هم الذين يتعاملون معها. ولا يصح أن تصبح هذه القواعد التي وضعت لحماية مصالحهم وبالا عليهم. كما أنه من الناحية الأخرى وأن كان يمكن اعتبار دائني الشركاء الشخصيين من ذوي المصلحة الذين يمكن لهم التمسك بعدم وجود الشركة إلا أن حقهم في ذلك لا يصح أن يرقى ويطغى على حق الغير الذى عناه المشرع أساسا بعدم الاحتجاج بالشركة بناء على طلبه، أو بجواز التمسك بوجودها متى كان له في ذلك مصلحة»[٤٨]..

ويؤيد البعض الرأي الأول ويضيف إليه أنه لا مبرر لمثل هذا الخلاف، لأن البطلان، إما أن يكون بطلانا نسبيا مقررا لحماية مصلحة خاصة هي مصلحة أحد الشركاء، وهذا الشريك هو الذي له الخيار في طلب بطلان الشركة أو التنازل عنه. وإما أن يكون البطلان بطلانا مقررا لحماية مصلحة عامة، وهذا يجوز لكل ذى مصلحة أن يتمسك به، ولا يملك دائنو الشركة ولا غيرهم تصحيحه أو اجازته، ولذلك يجب على المحكمة أن تحكم بالبطلان ولو تمسك دائنو الشركة بالابقاء عليها، لأن فاقد الشيء لا يعطيه»[٤٩].

هذه الإضافة ـ التي يراها البعض ـ لا تتفق ونوع البطلان الذي تقرره المادة العاشرة من قانون الشركات بسبب عدم شهر الشركة عن طريق القيد في السجل التجاري. فالبطلان الذي تقرره هذه المادة وإن كان يتعلق بالنظام العام، ويعتبر ـ في الأصل ـ من قبيل البطلان المطلق، إلا أنه بطلان من نوع

---

(٤٧) كابى، المرجع السابق، ص ١٧١. وفي هذا المعنى نقض فرنسي ١٩ مارس ١٩٣٦، مجلة الاسبوع القانوني الدولي ١٩٤٦ ـ ٢ رقم ٣١٢٥ اشار إليه أبو زيد رضوان، الشركات، المرجع السابق، ص ٩٨ هامش رقم ٢٦٧.

(٤٨) أبو زيد رضوان، الشركات، المرجع السابق، ص ١٩٠.

(٤٩) طعمه الشمري، المرجع السابق، ص ١٤٤.

خاص يختلف عن البطلان المطلق في بعض الآثار منها[٥٠].

١ ـ لا يقع هذا البطلان بقوة القانون وإنما لا بد أن يطلبه صاحب مصلحة، لذا لا يجوز للمحكمة أن تقضي به من تلقاء ذاتها.

٢ ـ لا يجوز للشركاء أن يحتجوا بهذا البطلان في مواجهة الغير، لأن عدم الشهر يرجع إلى إهمالهم، فلا يجوز لهم أن يفيدوا من إهمالهم، وعلى ذلك لا يجوز للشركاء التمسك ببطلان الشركة ـ لعدم الشهر ـ للتحلل من التزامات الشركة قبل الغير.

٣ ـ يجوز للغير أن يعرض عن البطلان ويتمسك ببقاء الشركة إن كانت له مصلحة في ذلك، ولا يجوز عندئذ للشركاء أن يحتجوا في مواجهته بالبطلان كما تقدم. وتظهر مصلحة الغير بالتمسك ببقاء الشركة إذا ما كان دائنا للشركة، إذ بتمسكه ببقاء الشركة يستطيع أن ينفذ بدينه على أموال الشركة دون أن يزاحمه في ذلك الدائنون الشخصيون للشركاء. فدائن الشركة يستطيع أن يتمسك ببقاء الشركة رغم عدم اتخاذ اجراءات الشهر، وهذا التمسك يستند إلى نص المادة العاشرة.

وعلى ذلك فإن القول بأن دائن الشركة لا يستطيع اجازة أو تصحيح هذا البطلان لأن فاقد الشيء لا يعطيه لا يتفق وحكم المادة العاشرة من قانون الشركات.

أضف إلى كل ما تقدم أن من يقول بهذه الإضافة لتأييد الرأي القائل بتفضيل مصلحة من يتمسك ببطلان الشركة في حالة تعارض مصالح الأغيار، لا يتفق وما يقول به من أن الشركة الباطلة تتحول دائما إلى شركة واقع، سواء كان هذا البطلان مطلقا أم نسبيا، وسواء كان ناشئاً عن تخلف الأركان الموضوعية العامة أو الخاصة أو الأركان الشكلية لعقد الشركة[٥١]. لأن القول

(٥٠) أسكارا، المرجع السابق، ص ٣٥١، محسن شفيق، الوسيط، جـ ١، المرجع السابق، ص ٣٨٢.

(٥١) طعمه الشمري، المرجع السابق، ص ١٣٦ وما بعدها.

بوجود شركة فعلية يعني احتفاظ الشركة بشخصيتها المعنوية في الفترة السابقة على الحكم ببطلانها، وما يترتب على ذلك من وجود ذمة مالية للشركة مستقلة عن ذمم الشركاء بحيث تعتبر أموال الشركة هي الضمان العام لدائنيها ولا يمكن للدائنين الشخصيين للشركاء أن يزاحموا دائني الشركة في التنفيذ على أموالها عن طريق إخراج حصة مدينهم من الضمان العام.

ويذهب رأي ثالث إلى أن التمسك بعدم وجود شركة الأشخاص لعدم شهرها حق لدائن الشريك المتضامن، لكنه ليس حقا لدائن الشريك الموصى، لأن اسم الموصى لا يشهر. ولذلك يجوز لدائني الشريك المتضامن، دون دائني الشريك الموصى، التمسك بعدم وجود الشركة لمنع افلاسها وقبل الحكم بالافلاس[٥٢] والقضاء الراجح في فرنسا يفضل مصلحة الدائنين الشخصيين للشركاء على مصلحة دائني الشركة ويقضى ببطلان الشركة لعدم الشهر متى طلب الدائنون الشخصيون ذلك، ويمتنع عن إشهار إفلاس الشركة، إنما يجب أن يقدم طلب البطلان قبل أن يصدر الحكم بإشهار إفلاس الشركة ويصبح نهائيا[٥٣].

وقد أخذ القضاء المصري المختلط بما يخالف القضاء الراجح في فرنسا، فقضى بعدم الاعتراف للدائن الشخصي للشريك بحق التمسك ببطلان الشركة بسبب عدم شهرها، إذ لا يجوز أن يكون لهذا الدائن حقوق أكثر مما لمدينه، ولذا لا يجوز له الاعتراض على إشهار إفلاس الشركة متى طلب ذلك أحد دائني الشركة[٥٤].

من كل ما تقدم فإننا نرى أن كلا الرأيين، سواء الذي يفضل مصلحة دائني الشركة في مواجهة دائني الشركاء الشخصيين، أو من يفضل مصلحة

---

(٥٢) برسرو وديسرتو، المرجع السابق، رقم ١١٤١.

(٥٣) نقض فرنسي ٥ يوليو ١٩٠٠، دالوز ١٩٠٢ ـ ١ ـ ٨٩، وفي ٢٦ فبراير ١٩١٣، دالوز ١٩١٤ ـ ١ ـ ١٠٥، مع تعليق مؤيد للحكم من قبل الأستاذ شيرون.

(٥٤) استئناف مصري مختلط أول مارس ١٨٩٩، ب ١١ ص ١٣٨، أشار إليه محسن شفيق، جـ ٢ في الإفلاس، هامش رقم ٣ ص ١٠٦٥.

دائني الشركاء الشخصيين في مواجهة دائني الشركة يمكن أن يجد له سندا قانونيا في نص المادة العاشرة من قانون الشركات الكويتي.

فبالنسبة إلى دائني الشركة، فهم من الأغيار وإن المادة العاشرة تسمح لهم بالتمسك بوجود الشركة ولو لم تستوف اجراءات قيدها في السجل التجاري متى كانت لهم مصلحة في ذلك. وتبدو مصلحة دائني الشركة إذا ما تعاملوا مع الشركة وترتبت لهم ديون في ذمتها. كما يجوز لهم أن يتمسكوا بعدم وجود الشركة متى كانت لهم مصلحة في ذلك. وتبدو مصلحتهم في هذه الحالة، إذا ما أرادوا إسقاط رهون رتبتها الشركة على أموالها. أضف إلى ذلك أن الدائن الشخصي للشريك ليس له أن يتمسك ببطلان الشركة لعدم شهرها، لأن هذا التمسك ليس من حق الشريك، فلا يكون لدائنه أكثر مما له من حقوق كما أن إشهار الشركة عن طريق القيد في السجل التجاري مقصود به حماية من يتعامل مع الشركة ذاتها وليس لدائني الشركاء شأن في ذلك. بل حتى لو سلمنا بحق الشريك الشخصي في التمسك ببطلان الشركة فلا يحول ذلك ـ كما يرى البعض ـ دون مشاركة دائني الشركة مع دائني الشريك في التنفيذ على حصته وحدها[٥٥].

ويذهب البعض إلى أن الغير الذي لا يحتج عليه بوجود الشركة بسبب عدم شهرها هو من لم يسبق له الاعتراف بوجود الشركة، ولذلك لا يعتبر من الغير في هذا المقام دائن الشركة لأنه سبق له أن تعامل معها فاعترف بوجودها فلا يتأتى له بعد ذلك أن ينكر هذا الوجود. ولذلك لا تظهر أهمية التمسك بقاعدة عدم الاحتجاج بوجود الشركة بسبب عدم القيد في السجل التجاري إلا بالنسبة للدائن الشخصي للشريك لانه لم يسبق له التعامل مع الشركة، فيكون له الاحتجاج بعدم وجودها إذا ظهرت له مصلحة في ذلك، كما إذا أراد التنفيذ على الحصة التي قدمها مدينه الشريك في رأس مال الشركة[٥٦].

غير أن هذا التبرير لعدم اعتبار دائن الشركة من الغير لا يمكن قبوله،

(٥٥) ليون كان ورينو، جـ ٨، المرجع السابق، رقم ١١٤١.

(٥٦) علي يونس، المرجع السابق، ص ٧٢.

لأن الفرض في هذا المقام أن دائن الشركة الذي تعامل معها يجهل عدم قيدها في السجل التجاري.

أما بالنسبة لدائني الشريك، فهم من الأغيار أيضا في حكم المادة العاشرة من قانون الشركات الكويتي، إذ تجيز لهم ـ هذه المادة ـ التمسك بعدم وجود الشركة ما دامت لم تستوف اجراءات قيدها في السجل التجاري متى كانت لهم مصلحة في ذلك، لأن نص المادة العاشرة جاء عاما لا يفرق بين الأغيار، سواء كانوا دائنين شخصيين للشركاء أو دائنين للشركة، إذ تعطى هذه المادة لكل ذى مصلحة من الأغيار حق التمسك بوجود الشركة أو عدم وجودها ولو لم تستوف اجراءات قيدها تبعا لمصلحته. والدائن الشخصي للشريك من بين الأشخاص الذين لهم مصلحة بالتمسك بعدم وجود الشركة[٥٧] كما أن المادة العاشرة لم تحصن الأغيار إلا ضد دعوى التمسك بعدم وجود الشركة التي يقيمها الشركاء أنفسهم.

كما يضيف البعض إلى ما تقدم بأن المشرع حينما اشترط الاشهار عن الشركة بالقيد في السجل التجاري كان يقصد حماية الدائنين الشخصيين أيضا[٥٨].

ومع أن الغير في حكم المادة العاشرة من قانون الشركات يشمل ـ كما تقدم ـ دائني الشركة والدائنين الشخصيين للشركاء، غير أنه في حالة التعارض بين مصالحهم، فاننا نؤيد من يفضل مصلحة دائني الشركة على مصلحة دائني الشركاء الشخصيين للأسباب التي أوضحناها عند بيان الأساس القانوني لحق دائني الشركة في التمسك بوجودها ولو لم تستوف اجراءات قيدها في السجل التجاري.

---

(٥٧) بذات المعنى مرتضى نصر الله، المرجع السابق، ص ٦٦، طالب حسن موسى، المرجع السابق، ص ٩٠.

(٥٨) Lagard، دروس في القانون التجاري، ص ٣٦٦، باريس ١٩٦٥.

شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة: ـ

٨ ـ أما بالنسبة إلى شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة فإنها لا تكتسب الشخصية المعنوية بمجرد توافر الشروط الموضوعية والشكلية في عقد التأسيس، بل يتطلب المشرع اجراء آخر، هو قيد الشركة في السجل التجاري بالنسبة لشركة المساهمة المقفلة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، وصدور المرسوم الاميري بالنسبة لشركة المساهمة ذات الاكتتاب العام.

فالمادة ١٩٥ من قانون الشركات تنص على أن الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا تكون لها شخصية معنوية، ولا يجوز لها أن تبدأ أعمالها إلا بعد قيدها في السجل التجاري. وذات الحكم نصت عليه المادة ٩٥ بالنسبة لشركة المساهمة المقفلة.

فهذه المواد تقضي بأن أي عمل يتم لحساب الشركة قبل قيدها في السجل التجاري لا يكون ملزما للشركة، لأن الشركة لم تكن موجودة قانونا ولا فعلا، ولا يكون لمن تعامل مع من يدعى تمثيل الشركة سوى الرجوع عليه شخصيا وفقا لقواعد المسؤولية التقصيرية[٥٩]، مالم تقر الشركة، بعد قيدها في السجل التجاري، التصرفات التي قام بها من يدعى تمثيل الشركة، ففي هذه الحالة تحل الشركة محلهم ويبرأ هؤلاء من التزاماتهم[٦٠].

أما بالنسبة لشركة المساهمة ذات الاكتتاب العام، فان المشرع أضفى عليها الشخصية المعنوية من تاريخ صدور المرسوم الاميري بتأسيسها وقبل قيدها في السجل التجاري (المادة ٧٤ شركات). فإبرام عقد التأسيس لا يكفي وحده لإنشاء شخصية الشركة المستقلة، وإنما يشترط بالاضافة إلى ذلك صدور

---

(٥٩) بذات المعنى Bastian، مركز الشركات التجارية قبل قيدها في السجل التجاري، دراسة مهداة في ذكرى هنري كابرك، ص ٣٠، باريس ١٩٦٨، كذلك محسن شفيق، الوسيط، جـ ١، المرجع السابق، ص ٣٨١، علي يونس المرجع السابق، ص ١٠٨، سميحة القليوبي، الشركات، المرجع السابق، ص ١٨٣، أبو زيد رضوان، الشركات، المرجع السابق، ص ١٠٦.

(٦٠) محكمة الاسكندرية المختلطة في ٢٢ مارس ١٩٤٣، ب ٥٥ ص ٨٤.

المرسوم الأميري المرخص بتأسيسها.

وعلى ذلك فإن الأعمال التي يقوم بها المؤسسون لحساب الشركة قبل صدور المرسوم ونشره لا تلزم الشركة، إلا إذا وافقت عليها الجمعية العامة التأسيسية التي تدعى للانعقاد، بعد صدور المرسوم ونشره، وذلك في المرحلة الأخيرة من اجراءات التأسيس (المادة ٨٩ شركات). فإذا لم توافق الجمعية العامة التأسيسية على الأعمال التي قام بها المؤسسون قبل صدور المرسوم، التزم بها المؤسسون شخصيا وعلى وجه التضامن، لأن الشركة لم تكن موجودة قانونا ولا فعلا، وقت القيام بهذه الأعمال[٦١].

على أن البعض يرى أن الشركة المساهمة التي يتطلب تأسيسها صدور مرسوم تنشأ لها شخصيتها القانونية كاملة قبل صدور المرسوم ومنذ اتفاق المؤسسين على نظامها. «اذ يرى أن الشركة توجد من بدء التأسيس لا من صدور القرار الجمهوري المرخص بها أو الإشهار، وأن ليس للترخيص الحكومى دور في تكوين الشركة، بل هو ترخيص اداري عادي يصرح بموجبه للشركة في العمل ويسمح لها بمباشرة غرضها الذي تتعلق به مصالح الجمهور، وذلك حتى يطمئن على قدرتها لهذا العمل، وأن الشركة إنما توجد وجودا قانونيا لا فعليا فقط قبل الترخيص ويكون لها شخصية قانونية وأهلية بقدر ما يلزمها في هذه الفترة، وأما القرار الجمهوري فهو أشبه بالمؤهل الذي يحصل عليه الإنسان قبل ممارسة المهنة[٦٢]». هذا الرأي لا يتفق ونص المادة ٧٤ من قانون الشركات الكويتي الذي يعلق اكتساب الشركة للشخصية المعنوية على صدور المرسوم المرخص بتأسيسها وما دامت شركة المساهمة ذات الاكتتاب العام

(٦١) ثورت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص ٣٣٧، عزيز العكيلى، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، ص ١٨٨، الكويت ١٩٧٨، أبو زيد رضوان، الشركات، المرجع السابق، ص ٣٩٠.

(٦٢) الدكتور مصطفى كمال وصفى، بطلان شركات المساهمة، مجلة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثالث، الصفحات ٥، ٢٥، ٢٦. وذلك عند بحثه لهذا الموضوع وفقا للمادة ٤٠ من المجموعة التجارية المصرية التي تتطلب لانشاء هذه الشركة صدور قرار جمهوري.

تكتسب الشخصية المعنوية المستقلة من تاريخ صدور المرسوم المرخص بتأسيسها وقبل قيدها في السجل التجاري، فإن ما أثير من نقاش بشأن بطلان شركات التضامن والتوصية الناشيء عن عدم شهرها عن طريق القيد في السجل التجاري، يثار أيضا بالنسبة لهذه الشركة عن الفترة السابقة على قيدها في السجل التجاري واللاحقة على صدور المرسوم. وتطبق بشأنه ذات الحلول التي أشرنا اليها بالنسبة لشركات التضامن والتوصية. ولا يغير من ذلك مسؤولية أعضاء مجلس الإدارة عن بطلان الشركة بسبب عدم قيدها في السجل التجاري وفقا لنص المادة ٩١ من قانون الشركات، لأن عدم القيد إخلال بواجب فرضه المشرع على مجلس الإدارة.

المبحث الثاني
فـــي
حكم إشهار إفلاس الشركة

٩ ـ تقدم أن توافر الشروط اللازمة لإشهار إفلاس الشركة لا يكفي في حد ذاته لاعتبار الشركة في حالة إفلاس، وإنما لا بد أن يصدر حكم بذلك من المحكمة المختصة، إذ لا تنشأ حالة الإفلاس إلا بحكم يصدر بإشهار الافلاس، يستوى في ذلك أن يكون المدين فردا طبيعيا أو شركة (المادة ٥٥٦ تجارة).

وتسري على الحكم الصادر بإشهار افلاس الشركة من حيث طبيعته وما يشتمل عليه والإجراءات الخاصة بشهره وطرق الطعن فيه وكيفية تنفيذه، ذات الأحكام التي تسرى على الحكم الصادر بشأن إشهار إفلاس التاجر الفرد.[٦٣] وسنقتصر في هذا المبحث على بيان مسألتين، هما: المحكمة المختصة بإشهار إفلاس الشركة، ومن له حق طلب إشهار إفلاسها وذلك بالنظر لطبيعة هاتين المسألتين وما ورد بشأنهما من أحكام خاصة.

(٦٣) أنظر كتابنا في أحكام الافلاس، المرجع السابق، ص ٦٦ وما بعدها.

المحكمة المختصة بإشهار إفلاس الشركة

١٠ ـ حددت المادة ٥٦٣ من قانون التجارة المحكمة المختصة بإشهار إفلاس التاجر الفرد، وهي المحكمة الكلية التي يقع في دائرتها موطن المدين التجاري، فإذا لم يكن له موطن تجاري كانت المحكمة المختصة هي التي وقف عن الدفع في دائرة اختصاصها ويسرى ذات الحكم على المحكمة المختصة بإشهار إفلاس الشركة عملا بنص المادة ٦٧٠ من قانون التجارة المشار اليها سابقا.

وعلى ذلك تختص باشهار إفلاس الشركة المحكمة الكلية التي يقع في دائرتها مركز الشركة الرئيسي، وهو المكان الذي توجد فيه هيئاتها الرئيسية من مدير أو مجلس إدارة أو جمعية عامة، وهي الهيئات التي تتولى ادارة الشركة.[٦٤] ولا عبرة في تحديد موطن الشركة في المكان الذي تباشر فيه نشاطها التجاري، فقد يختلف موطن الشركة عن المكان الذي تباشر فيه الشركة الأعمال التي تأسست من أجلها، وقد يكون في ذات المكان.

ومع ذلك إذا كان مركز الشركة الرئيسى في الخارج، ولها فرع أو وكالة أو نشاط في الكويت، اعتبر مركز ادارتها بالنسبة إلى القانون الكويتي، هو المكان الذي يوجد فيه مركز الفرع أو الوكالة، أو المكان الذي وقفت فيه عن دفع ديونها، إذا لم يكن لها فرع أو وكالة في دولة الكويت[٦٥].

وعلى ذلك فإن المحكمة المختصة بإشهار إفلاس الفرع أو الوكالة، هي المحكمة الكلية التي يقع في دائرة اختصاصها مركز الفرع أو الوكالة، وإذا لم يكن للشركة فرع أو وكالة، فإن المحكمة المختصة، هي المحكمة الكلية التي يقع في دائرة اختصاصها المكان الذي وقفت فيه الشركة عن دفع ديونها.

وتظهر أهمية تحديد موطن الشركة ليس فقط في تعيين المحكمة التي

(٦٤) نصت على ذلك المادة ١/٢٠ من القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠، وكذلك المادة ٢/١٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠.

(٦٥) نصت على ذلك المادة ٢/٢٠ من القانون المدني الكويتي، وكذلك المادة ٢/١٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

تقاضى أمامها، وإنما في تعيين المكان الذي تعلن فيه بالأوراق القانونية. إذ يوجب المشرع أن يتم إعلان الشركة بالأوراق القانونية في موطنها (المادة ١٠/ هـ مرافعات)، أما إذا كان لها نشاط في الكويت عن طريق فرع أو توكيل فإنها تعلن بالأوراق القانونية في مقر إدارة هذا الفرع أو التوكيل، حيث يعتبر المشرع مقر الادارة المحلية هو مركز ادارتها بالنسبة للقانون الداخلي كما تقدم[٦٦].

من له حق طلب إشهار افلاس الشركة

١١ ـ نصت المادة ٥٥٧ من قانون التجارة على الأشخاص الذين يحق لهم طلب إشهار افلاس التاجر الفرد بقولها «يشهر إفلاس التاجر بناء على طلب أحد دائنيه أو بناء على طلبه هو. ويجوز للمحكمة أن تقضي بشهر إفلاس التاجر بناء على طلب النيابة العامة أو من تلقاء ذاتها».

ويسرى ذات الحكم على الشركة التجارية عملا بنص المادة ٥٧٠ من قانون التجارة، على أن يحل من يمثل الشركة قانونا، كمدير الشركة أو مجلس الادارة، محل التاجر في طلب إفلاس الشركة.

وعلى ذلك يجوز أن يشهر إفلاس الشركة بناء على طلب يتقدم به إلى المحكمة المختصة أحد دائنيها، أو من يمثل الشركة قانونا، أو النيابة العامة، بل ويجوز إشهار إفلاسها، دون تقديم طلب، وإنما من تلقاء ذات المحكمة. إذ تستخدم المحكمة هذا الحق إذا ما عرض عليها نزاع يتعلق بالشركة وثبت لها اضطراب اعمالها المالية ووقوفها عن دفع ديونها.

ولا يجوز للشريك في الشركة أن يتقدم بطلب إشهار إفلاس الشركة، مع أنه يعتبر دائنا للشركة بنصيب في الأرباح وبحصة في موجودات الشركة عند انقضائها وتصفيتها، غير أنه لا يجوز له أن يطلب إشهار افلاس الشركة بسبب هذا الدين[٦٧].

(٦٦) وجدي راغب، مذكرات في مبادىء القضاء المدني الكويتي وفقا لقانون المرافعات الجديد رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، ص ١٩٧، الكويت ١٩٨٢.

(٦٧) محسن شفيق، جـ ٢ في الافلاس، المرجع السابق، ص ١٠٦٧، محمد سامي وعلي يونس، المرجع السابق، ص ٥٧١.

وعلى ذلك اذا حققت الشركة ارباحا وتقرر توزيعها على الشركاء، فإن كل شريك يصبح دائنا لها بقيمة نصيبه من الأرباح، فإذا وقفت عن دفعه بسبب اضطراب أعمالها المالية، فلا يجوز له في هذه الحالة أن يطلب إشهار افلاسها، لأن هذا الدين يستند سببه إلى صفته كشريك في الشركة. اما إذا كان الشريك دائنا للشركة بدين لا يستند سببه إلى صفته كشريك في الشركة، كالشريك الذي يقرض الشركة مالا، أو المساهم الذي يكتتب بسندات القرض التي تطرحها الشركة للاكتتاب العام، فإذا وقفت الشركة عن تسديد مبلغ القرض أو قيمة السندات بسبب اضطراب أعمالها المالية، كان من حق الشريك أو المساهم بصفته دائنا للشركة بمبلغ القرض أو بقيمة السندات، أن يطلب من المحكمة المختصة إشهار افلاس الشركة، ولو كان شريكا فيها، لأن هذا الدين لا يستند سببه إلى صفته كشريك في الشركة، وإنما يستند إلى سبب مستقل عن صفته كشريك في الشركة، كسائر دائني الشركة، وقد نصت على ذلك المادة ٦٧٣ من قانون التجارة.

وإذا كان المشرع يجيز لمدير الشركة أو مجلس ادارتها، بوصفه الممثل القانوني للشركة كشخص قانوني مستقل عن أشخاص الشركاء أن يطلب من المحكمة إشهار إفلاس الشركة إن وقفت عن دفع ديونها بسبب اضطراب أعمالها المالية، إلا أن المشرع يشترط لصحة ذلك حصول ممثل الشركة على إذن بذلك من أغلبية الشركاء في شركات التضامن وشركات التوصية البسيطة، ومن الجمعية العامة العادية في الشركات الأخرى، وإذا كانت الشركة في دور التصفية فإن ممثلها القانوني هو المصفي الذي يتعين عليه الحصول على الإذن المطلوب لتقديم طلب إشهار إفلاس الشركة (المادة ٦٧٤/١ تجارة).

ويقدم طلب إشهار إفلاس الشركة بالطريق العادي لرفع الدعوى، ويجوز في حالة الاستعجال تقديم الطلب بعريضة إلى رئيس المحكمة الكلية تشتمل على ما يؤيد وقوف الشركة عن الدفع وأسباب الاستعجال (المادة ٥٥٩ تجارة). ويكون الطلب بتقرير يقدم إلى إدارة كتاب المحكمة، يرفق به الوثائق

التي نصت عليها المادة ٥٦٠ من قانون التجارة وذلك بما يتفق وطبيعة الشركة كشخص معنوى[٦٨].

ويتعين أن تذكر في الطلب بالنسبة لشركات التضامن وشركات التوصية، بالاضافة إلى أسباب الوقوف عن الدفع، أسماء الشركاء المتضامنين الحاليين والذين خرجوا من الشركة بعد وقوفها عن الدفع، مع بيان موطن كل شريك متضامن وجنسيته وتاريخ شهر خروجه من الشركة في السجل التجاري (المادة ٢/٦٧٤ تجارة)، لأن إفلاس الشركة يقتضى بالضرورة إشهار افلاس جميع الشركاء المتضامنين فيها، بل ويشمل الافلاس الشريك المتضامن الذي خرج من الشركة بعد وقوفها عن الدفع، إذا قدم طلب إشهار إفلاس الشركة قبل انقضاء سنتين من تاريخ شهر خروج الشريك من الشركة في السجل التجاري. (المادة ٦٧٩ تجارة). وإذا قدم طلب إشهار إفلاس الشركة إلى المحكمة المختصة، فإنها غير ملزمة بإشهار إفلاس الشركة رغم توافر شروطه

(٦٨) حددت المادة ٥٦٠ من قانون التجارة الوثائق التي ترفق بالطلب الذي يتقدم به التاجر الفرد إلى إدارة كتاب المحكمة الكلية عند طلب إشهار إفلاسه ويكون الطلب بتقرير يرفق به: ـ

١ ـ الدفاتر التجارية الرئيسية.

٢ ـ صورة من آخر ميزانية ومن حساب الأرباح والخسائر.

٣ ـ بيان بالمصروفات الشخصية عن السنوات الثلاث السابقة على تقديم طلب شهر الافلاس.

٤ ـ بيان تفصيلي بالعقارات والمنقولات المملوكة له وقيمتها التقريبية في تاريخ الوقوف عن الدفع.

٥ ـ بيان بأسماء الدائنين والمدينين ومواطنهم ومقدار حقوقهم أو ديونهم والتأمينات الضامنة لها.

٦ ـ بيان بالبروتستات التي حررت ضد التاجر خلال السنتين السابقتين على تقديم طلب شهر الافلاس.

وقد أشارت المادة ٦٧٤ ما يجب أن يشتمل عليه تقرير شهر الإفلاس الخاص بالشركة. وبطبيعة الحال لا بد أن يرفق به الوثائق المنصوص عليها في المادة ٥٦٠ المتقدم ذكرها، وذلك بما يتفق وطبيعة الشركة كشخص معنوي. ولذلك لا بد أن يرفق مع هذه الوثائق نسخة من عقد تأسيس الشركة ونظامها الأساسي، في حين غير مطلوب البيان الخاص بالمصروفات الشخصية في السنوات الثلاث السابقة على تقديم طلب شهر الإفلاس والذي له أهمية خاصة بالنسبة للتاجر الفرد.

التي نص عليها المشرع، وإنما يجوز لها من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو ممثل الشركة القانوني، أن تؤجل إشهار إفلاس الشركة اذا كان من المحتمل دعم مركزها المالي، وفي هذه الحالة تأمر المحكمة باتخاذ ما يلزم من اجراءات للمحافظة على موجودات الشركة حماية لحقوق دائنيها (المادة ٦٧٥ تجارة).

الفرع الثاني
في
أثر افلاس الشركة على الشركاء

١٢ ـ تقدم أن اكتساب الشركة للشخصية المعنوية يجعلها شخصا قانونيا مستقلا بذاته، له أهلية وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين له وأن المشرع أضفى على هذا الشخص القانوني صفة التاجر.

وعلى ذلك فان وقوف الشركة عن دفع ديونها المستحقة الأداء، بسبب اضطراب أعمالها المالية، يجيز للمحكمة أن تشهر افلاسها ولو كانت الشركة في دور التصفية (المادة ٦٧١ تجارة).

والأصل أن حكم الافلاس يقتصر أثره على الشركة، كشخص قانوني مستقل عن أشخاص الشركاء، بحيث لا تمس آثار الافلاس، سواء المالية أو الشخصية، الشركاء أو المساهمين أو المديرين أو أعضاء مجلس الادارة، كما أن افلاس أي شريك لا يؤثر على شخصية الشركة ولا يمتد الى ذمتها المالية.

غير أن هذا الأصل قد ترد عليه بعض الاستثناءات، بسبب عدم الانفصال التام بين ذمة الشركة وذمة الشركاء في بعض الشركات، الأمر الذي يترتب عليه تأثر الشركاء بافلاس الشركة، بحيث تمتد آثار الافلاس المالية والشخصية الى الشركاء، كما هو الشأن بالنسبة الى الشريك المتضامن في شركة التضامن وشركة التوصية، فليس هناك انفصال تام بين ذمة الشركة وذمة الشريك، بسبب مسؤولية الشريك الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة في كل أمواله، بحيث يحق لدائني الشركة التنفيذ بديونهم على أمواله الشخصية. لذا فان افلاس الشركة يؤدي بالضرورة إلى افلاس الشريك المتضامن.

وقد يكون الفصل بين ذمة الشركة وذمة الشريك تاما في بعض الشركات، كما هو الشأن بالنسبة الى الشريك الموصي في شركة التوصية،

والشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، والمساهم في شركة المساهمة اذ لا يسأل هؤلاء عن التزامات الشركة الا بقدر ما يملكون من أسهم أو حصص في رأس مال الشركة، ومع ذلك فان افلاس الشركة قد يؤثر في بعض الأحيان وفي ظروف معينة على الشريك محدود المسؤولية بحيث تمتد آثار الافلاس المالية والشخصية اليه.

وعلى ذلك سنبحث أثر افلاس الشركة على الشركاء في مبحثين، نخصص الأول منهما لأثر افلاس الشركة على الشريك المتضامن ونخصص ثانيهما لأثر افلاس الشركة على الشريك محدود المسؤولية.

المبحث الأول
في
أثر افلاس الشركة على الشريك المتضامن

١٣ ـ الشركات التي يوجد فيها شركاء متضامنون، هي شركة التضامن وشركة التوصية بنوعيها البسيطة وبالاسهم. فجميع الشركاء في شركة التضامن مسؤولون عن ديون الشركة وتعهداتها مسؤولية شخصية وتضامنية في جميع أموالهم(٦٩). وكذلك الشركاء المتضامنون في شركة التوصية، اذ تضم هذه الشركة نوعين من الشركاء، شركاء متضامنين في ذات المركز القانوني للشريك المتضامن في شركة التضامن، وشركاء موصين لا يسألون عن التزامات الشركة الا بقدر حصصهم أو أسهمهم في رأس مال الشركة(٧٠).

والشركاء في شركة التضامن يكتسبون صفة التاجر بمجرد أن يصبحوا شركاء فيها وان لم تكن لهم هذه الصفة قبل ان يكونوا شركاء في الشركة(٧١) ويكتسبون هذه الصفة سواء تدخلوا في ادارة الشركة أم لم يتدخلوا فيها، بل

(٦٩) نصت على اعتبار الشركاء متضامنين في شركة التضامن المادة (٤) من قانون الشركات.
(٧٠) نصت على ذلك المادة (٤٢) من قانون الشركات.
(٧١) نصت على اكتساب الشريك في شركة التضامن صفة التاجر المادة (١١) من قانون الشركات.

انهم يكتسبون هذه الصفة بمجرد تكوين الشركة وقبل أن تبدأ بعملياتها التي أنشئت من أجلها، وسواء أكانت هذه العمليات مدنية أم تجارية، لأن المشرع ـ كما تقدم ـ أضفى الصفة التجارية على كل شركة تتخذ شكل شركة تضامن، وبصرف النظر عن طبيعة الأعمال التي تقوم بها.

وسبب اكتساب الشركاء في شركة التضامن صفة التاجر، أن الشركة تجري معاملاتها وتعهداتها بعنوانها الذي يضم أسماء الشركاء[٧٢]، فكأن التعامل يتم باسم الشركة وباسم كل شريك، وهذا سبب مسؤوليتهم الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة في كل أموالهم، اذ يعتبرون في مركز من يمارس التجارة باسمه ولحسابه الخاص[٧٣].

ويترتب على اكتساب الشركاء في شركة التضامن صفة التاجر، أن افلاس الشركة يستتبع حتما افلاس جميع الشركاء بحكم مسؤوليتهم الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة وتعهداتها في كل أموالهم، فتوقف الشركة عن دفع ديونها يعني توقفهم عن الدفع أيضا، مما يبرر اشهار افلاسهم باشهار افلاس الشركة[٧٤] وعلى المحكمة التي تقرر افلاس الشركة أن يتضمن حكمها في ذات الوقت افلاس جميع الشركاء المتضامنين فيها[٧٥].

---

(٧٢) نصت على ذلك المادة (٧) من قانون الشركات.

(٧٣) ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص٢٨٠، عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة، المرجع السابق، ص١٣٥.

(٧٤) نصت على ذلك المادة ٦٧٩ من قانون التجارة وكذلك المادة (١٠) من قانون الشركات، ومن تطبيقات القضاء المصري لهذا المبدأ حكم النقض في ١٦ نوفمبر ١٩٦٣ جاء فيه «الحكم بشهر افلاس شركة التضامن يستتبع حتما افلاس جميع الشركاء المتضامنين فيها بغير حاجة الى حكم على الشريك بصفته الشخصية». احمد سمير ابو شادي، مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة النقض في خمس سنوات، ص١٠٩.

(٧٥) نصت على افلاس الشركة والشركاء في ذات الحكم المادة (٦٨٠ / ١) من قانون التجارة، على أن البعض يرى أن أساس مسؤولية الشريك المتضامن الشخصية لا يمكن تفسيرها الا على انها التزام يقع عليه بنص القانون، ابو زيد رضوان الشركات، المرجع السابق، ص١٩٥.

على أن افلاس شركة التضامن لا يستتبع فقط افلاس الشركاء المتضامنين الذين تتكون منهم الشركة عند صدور حكم الافلاس، وانما يشمل الشركاء الذين خرجوا من الشركة بعد وقوفها عن الدفع، بشرط الا يكون قد انقضى على تاريخ اشهار خروجهم من الشركة في السجل التجاري أكثر من سنتين (المادة ٦٧٩ تجارة).

وعلى ذلك اذا خرج الشريك من الشركة قبل وقوفها عن الدفع، فإن افلاسها لا يستتبع افلاسه، لأنه يكون قد فقد صفته كتاجر من تاريخ خروجه من الشركة اذ لم تعد تتوافر بشأنه شروط اشهار الافلاس وقت وقوف الشركة عن الدفع حتى يمكن اشهار افلاسه مع افلاس الشركة، ومع ذلك يظل الشريك على الرغم من خروجه مسؤولا عن ديون الشركة السابقة على اشهار خروجه، ويجوز للدائنين مطالبته بها والتنفيذ على أمواله ان امتنع عن تسديدها، غير أن هذا التنفيذ يتم بطرق التنفيذ العادية[٧٦] الا اذا كانت للشريك أعمال تجارية مستقلة يزاولها على وجه الاحتراف باسمه ولحسابه وقت وقوف الشركة عن الدفع، فيجوز عندئذ للدائنين طلب اشهار افلاسه بسبب وقوفه عن دفع الديون التي نشأت في ذمته عن أعمال الشركة قبل خروجه منها وذلك لتوافر شروط اشهار الافلاس بشأنه[٧٧]. ويطبق ذات الحل اذا وقفت الشركة عن دفع ديونها بعد انقضاء سنتين من تاريخ شهر خروج الشريك من الشركة في السجل التجاري، بشرط أن يكون الدين قد نشأ في ذمة الشركة قبل خروجه من الشركة (المادة ٦٧١ / ٢ تجارة).

ويظل الشريك مسؤولا في مواجهة الغير عن ديون الشركة التي تنشأ بعد

---

(٧٦) للتفصيل في هذا الموضوع انظر، وجدي راغب، مذكرات في مبادىء التنفيذ القضائي، الكويت ١٩٨٠ - ١٩٨١.

(٧٧) محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، المرجع السابق، ص١٠٧٢، محمد سامي وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧١، علي جمال الدين، المرجع السابق ص٧٤١.

خروجه من الشركة اذا لم يتخذ الاجراءات اللازمة لاشهار خروجه من الشركة بالطرق القانونية، فيشهر افلاسه باشهار افلاس الشركة حماية لحقوق دائني الشركة[٧٨].

على أن البعض يخالف ما استقر عليه الرأي فقها وقضاء في هذا الشأن ويرى أن وصف التاجر يتعلق بالنظام العام ولا معنى لأن يكون الشخص قد فقد حقيقة صفة التاجر ويعامل معاملة التاجر من بعض الاشخاص، والرغبة في حماية الدائنين لا تبرر هذا الحل المخالف للقواعد العامة، ويمكن تحقيق هذه الحماية بوسائل أخرى[٧٩]. غير أن هذا البعض لم يبين لنا الوسائل الاخرى التي تحقق الحماية لدائني الشركة دون أن يتمسكوا باحتفاظ الشريك المنسحب بصفة التاجر.

واذا توافر أحد الاسباب القانونية لانقضاء الشركة ثم وقفت الشركة عن اداء ديونها خلال فترة التصفية، فان المشرع ـ كما تقدم ـ يجيز اشهار افلاسها وهي في دور التصفية (المادة ٦٧١ / ٢ تجارة)، لأن الشركة تبقى محتفظة بشخصيتها القانونية المستقلة خلال فترة التصفية وبالقدر اللازم للتصفية والى أن تنتهي (المادة ٣٢ شركات).

فاذا اشهر افلاس الشركة خلال فترة التصفية، فهل يمتد هذا الافلاس الى الشركاء المتضامنين؟ يفرق البعض بين وقوف الشركة عن الدفع خلال فترة التصفية وبعد انقضائها، وبين وقوفها عن الدفع قبل فترة التصفية وقبل انقضائها[٨٠]. فاذا توافر سبب الانقضاء في وقت كانت فيه الشركة موسرة

(٧٨) محسن شفيق، المرجع السابق، جـ٢ في الافلاس، ص١٠٧٢، محمد سامي وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧١، عزيز العكيلي، الموجز، المرجع السابق، ص١٣٢، استئناف مصري مختلط ٣ ديسمبر ١٩٠٢، ب١٥ ص٢١ محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢٥ مارس ١٩٠٠، المحاماة ٢٠ ص٩٨٨، نقض فرنسي ٢٣ مايو ١٩٣٨، المجلة العامة للافلاس ١٩٣٨، ص٥٣٢.

(٧٩) علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٧٤٢.

(٨٠) محسن شفيق، في الافلاس، المرجع السابق، ص١٠٧٢.

وقائمة على أداء ديونها ثم وقفت عن الدفع خلال فترة التصفية، فلا يترتب على افلاس الشركة افلاس الشركاء المتضامنين، لانهم فقدوا صفتهم كتجار منذ انقضاء الشركة، فلم تعد تتوافر بشأنهم شروط اشهار الافلاس[٨١]، اما اذا توافر سبب انقضاء الشركة في وقت كانت فيه الشركة واقفة عن الدفع بسبب اضطراب اعمالها المالية، ثم أشهر افلاسها بعد ذلك امتد افلاس الشركة في هذه الحالة، الى الشركاء المتضامنين الذين تتكون منهم الشركة وقت توافر سبب الانقضاء لأن الشركاء لا زالوا يحتفظون بصفتهم كتجار وقت وقوف الشركة عن الدفع، فالشركة وقفت عن الدفع في وقت كانت تتوافر بشأنهم شروط اشهار الافلاس، اذ يعتبر الشركاء في هذه الحالة، في مركز التاجر الذي يعتزل التجارة وهو في حالة وقوف عن الدفع[٨٢].

على اننا لا نرى سلامة هذه التفرقة ونعتقد أن افلاس شركة التضامن يستتبع بالضرورة افلاس الشركاء المتضامنين، سواء وقفت الشركة عن اداء ديونها قبل أو خلال فترة التصفية، وذلك بحكم مسؤولية الشركاء الشخصية والتضامنية عن هذه الديون، اذ لا يفقد هؤلاء صفتهم كتجار من وقت انقضاء الشركة بالنسبة الى الديون التي ترتبت في ذمة الشركة عن أعمالها، سواء وقفت الشركة عن دفع هذه الديون قبل أو خلال فترة التصفية. فكما أن الشركة تحتفظ بشخصيتها المستقلة وصفتها التجارية خلال فترة التصفية وتسأل عن ديونها، فإن الشركاء يحتفظون ايضا بصفتهم كتجار خلال فترة التصفية، ويسألون بهذه الصفة عن ديون الشركة، وبذلك يشهر افلاسهم باشهار افلاس الشركة ان وقفت الشركة عن دفع ديونها ولم يبادروا الى وفاء هذه الديون.

ومن المسائل التي اختلف الرأي بشأنها فقها وقضاء، هي ما اذا كان افلاس شركة التضامن يستتبع حتما افلاس جميع الشركاء المتضامنين فيها؟ أم أن افلاس الشركة قد يستتبع افلاس الشركاء المتضامنين، ولكن لا يلزم عنه حتما افلاسهم؟

---

(٨١) بذات المعنى محمد سامي مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧٣.

(٨٢) نصت على جواز اشهار افلاس التاجر في هذه الحالة المادة ٥٦٢ / ١ من قانون التجارة.

الرأي الراجح فقها وقضاء ان افلاس الشركة يستتبع حتما افلاس الشركاء المتضامنين، ذلك لأن المحكمة لا تشهر افلاس الشركة الا اذا توافرت بشأنها شروط اشهار الافلاس، ومنها توقفها عن دفع ديونها، وتوقفها عن الدفع يعني توقف الشركاء أيضا عن الدفع بحكم مسؤوليتهم الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة، لأن معنى التضامن ان الشركاء والشركة ذاتها متضامنون في الوفاء بديون الشركة بحيث يجوز لدائن الشركة أن يستوفي دينه من الشركة أو من الشركاء المتضامنين، فمتى عجز عن استيفاء دينه، فمعنى ذلك توقف الشركة والشركاء المتضامنين عن الدفع، وبما أن الشركة والشركاء يكتسبون صفة التاجر لذا تتحقق في أشخاصهم شروط اشهار الافلاس(٨٣).

وبالاضافة الى ما تقدم فإن أصحاب هذا الرأي يستندون الى حجج من نصوص التشريع تنبىء عنه وتدل على اتجاه نية المشرع الى الأخذ به، من هذه النصوص في تشريع التجارة المصري المادة ١٩٨ التي توجب على الشركة ذكر أسماء وموطن الشركاء المتضامنين في اقرار التوقف عن الدفع، والمادة ٢٤١ التي توجب وضع الأختام على مركز الشركة وعلى محال الشركاء المتضامنين، والمادة ٣٤١ التي تجيز الصلح متى أفلست الشركة مع واحد أو أكثر من الشركاء، والمادة ٤٠٨ التي لا تجيز رد الاعتبار الى الشريك الا اذا دفع كل ديون الشركة.

على أن البعض يخالف ما استقر عليه الرأي فقها وقضاء ويرى أن

(٨٣) محسن شفيق، المرجع السابق، جـ٢ في الافلاس، ص١٠٧، محمد صالح، المرجع السابق، ص٣٧٧، محمد سامي مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧٢، برسرو وديسرتو، جـ٣، المرجع السابق، رقم ١٦٧٣، ليون كان ورينو، جـ٨، المرجع السابق، رقم ٨٩٤، اسكارا ورو، في الشركات، جـ١، المرجع السابق، رقم ٢٤٤، هامل ولاجارد، في القانون التجاري جـ١، باريس ١٩٥٤ رقم (٤٣٨) Dorrida، التضامن التجاري، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٣، ص٣٢٩.
ومن أحكام القضاء نقض فرنسي ١٦ يولية ١٩٢٤، سيري ١٩٢٤ ـ ٤ ـ ٣٤٢، ١٥ فبراير ١٩٣٢، سيري ١٩٣٢ ـ ١ ـ ١٣٤، استئناف مصري مختلط ١٢ ابريل ١٩٣٣ب ٤٥ ـ ص٢٣٢، ١٤ فبراير ١٩٣٤، ب٤٦ ـ س١٦٥، الاسكندرية الابتدائية، ٣١ مارس ١٩٢٥، المحاماة، السنة ٥ ـ ص٧٥٦.

افلاس الشركة يستتبع افلاس الشركاء المتضامنين، ولكنه لا يلزم عنه حتما افلاسهم، ذلك أن الشركة شخص مستقل وله ذمة مستقلة تماما عن شخصية الشركاء[٨٤].

ويرد هذا البعض على الحجج المستمدة من نصوص التشريع بأنها غير مقنعة، فالمادة ١٩٨ الخاصة بذكر اسم وموطن كل من الشركاء المتضامنين تورد حكما طبيعيا لأن الدائنين يهمهم معرفة المدينين في الشركة ليتوجهوا اليهم بالمطالبة وكذلك حكم المادة ٢٤١ التي توجب وضع الاختام على موطن هؤلاء الشركاء لانهم متضامنون ولا يفهم منه بذاته أنهم مفلسون، اما المادة ٣٤١ التي تجيز الصلح مع أحد الشركاء في حالة افلاس الشركة، فهي تواجه حالة ما إذا كان هذا الشريك قد أفلس بدوره بمقتضى حكم خاص وبناء على بحث مركزه دون أن تعني بالضرورة أن افلاس الشركة يجر معه حتما افلاس الشريك.

ويضيف البعض الى الحجج السابقة في تأييده للرأي المخالف للرأي الراجح، «ان الافلاس عموما يقوم على شرط جوهري هو توقف المدين عن الدفع بعد مطالبته توقفاً يكشف عن زعزعة ائتمانه وحرج مركزه حرجا شديدا، وهذا الشرط تبحثه المحكمة في ظروف المدين ذاته، ومن ذلك نفهم أن الشركة كشخص له ذمة مستقلة قد تتوقف عن الدفع توقفا يبرر افلاسها ولكن بعض الشركاء قد لا يتوافر في جانبه هذا الشرط اما لأن الدائن اكتفى بمطالبة الشركة دون الشريك واما أنه طالب الشريك ولكنه امتنع عن الوفاء له لسبب لا يكفي لشهر افلاسه، وهي مسألة يقدرها القاضي، وبالتالي يجب أن تبحثها المحكمة في ظروف الشريك ذاته دون التقيد بظروف الشركة.

---

(٨٤) Pic في كتابه افلاس الشركات ص٢٠ وما بعدها، Rubin de Couder القانون التجاري والصناعي تحت افلاس رقم ٥٩٤، محكمة Marmande التجارية ٢٩ يونية ١٩٣٩، دالوز الاسبوعي ١٩٣٩ ص٤٧٦، أشار الى ذلك علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٧٣٥ هامش رقم (١).

صحيح أن الغالب أن الشريك المتضامن لا يترك الشركة تتعرض لشهر الافلاس ولا يتقدم لانقاذها بحيث يعتبر امتناعه عن ذلك امارة على سوء حاله وتوقفه. ولكن هذا الموقف ليس حتميا»[٨٥].

هذه الحجج التي قال بها الرأي المخالف غير مقنعة ولا يمكن أن تنال من المبدأ الذي استقر في الفقه والقضاء والذي يعتبر تطبيقا سليما لنصوص القانون.

فليس صحيحا ما يذهب اليه الرأي المخالف تأييدا لرأيه القائل بأن افلاس الشركة قد لا يستتبع افلاس الشركاء المتضامنين، وذلك لأن الشركة شخص مستقل وله ذمة مستقلة تماما عن شخصية الشركاء. هذه الحجة غير صحيحة ولا تتفق مع الطبيعة القانونية لشركة التضامن. صحيح أن للشركة شخصية مستقلة عن أشخاص الشركاء كما هو شأن جميع الشركات كما تقدم، غير أن هذه الشركة لا تشبه غيرها من الشركات، فالاستقلال ليس تاما بين شخصية الشركة وأشخاص الشركاء، وبالتالي فإن استقلال ذمة الشركة عن ذمم الشركاء ليس كاملا، بحكم مسؤولية الشركاء المتضامنين عن ديون الشركة في جميع أموالهم مسؤولية شخصية وتضامنية، بحيث يحق لدائني الشركة التنفيذ على أموال الشركة وأموال الشركاء الشخصية[٨٦].

اما الرد على حجج الرأي الراجح المستمدة من نصوص التشريع، فليس بأسلم من سابقه ولا ينال من الرأي، بل يؤكده ويدعمه. لأن هذا الرد يؤكد تضامن الشركاء مع الشركة ومسؤوليتهم عن ديون الشركة في أموالهم الشخصية مما يبرر شهر افلاسهم بافلاس الشركة، بحكم اكتسابهم لصفة التاجر ووقوفهم عن دفع ديون الشركة التي تعتبر في ذات الوقت ديونهم، فتوقف الشركة عن دفع ديونها يعني توقفهم عن الدفع أيضا، فتتحقق فيهم شروط اشهار الافلاس.

(٨٥) علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٧٣٥.

(٨٦) بذات المعنى، محسن شفيق، الوسيط، جـ١، المرجع السابق، ص٤٠٣ مصطفى طه، المرجع السابق، ص١٦١، ١٦٢، ابو زيد رضوان الشركات التجارية، المرجع السابق، ص١٢٤.

اما الحجة التي أراد بها البعض تأييد الرأي المخالف فهي بدورها غير سليمة ولا تتفق مع معنى التضامن بين الشركة والشركاء عن ديون الشركة. فليس صحيحا ان الشركة كشخص قانوني له ذمة مستقلة قد تتوقف عن الدفع توقفا يبرر افلاسها، ولكن بعض الشركاء قد لا يتوافر في جانبه شرط التوقف عن الدفع للأسباب التي أشرنا اليها سابقا، فيمتنع اشهار افلاسهم لتخلف شرط جوهري من شروط اشهار الافلاس. فالمحكمة لا تشهر افلاس الشركة الا اذا ثبت لها توافر شرط الوقوف عن الدفع بالنسبة الى الشركة كشخص مستقل وبالنسبة الى جميع الشركاء بحكم المسؤولية التضامنية بين الشركة والشركاء عن ديون الشركة، لأن هذه المسؤولية تعني أن لدائني الشركة ضمانا عاما على أموال الشركة وأموال الشركاء الشخصية.

وعلى هذا الأساس يمتنع على المحكمة اشهار افلاس الشركة، طالما كان أحد الشركاء موسرا تكفي أمواله لوفاء ديون الشركة، اذ لا يعتبر شرط الوقوف عن الدفع متحققا في جانب الشركة بحكم مسؤولية هذا الشريك عن ديون الشركة في جميع أمواله. فالمحكمة لا تشهر افلاس الشركة إلا إذا ثبت لها وقوف الشركة وجميع الشركاء عن دفع ديون الشركة وقوفا ينبىء عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمانهم وتتعرض بها حقوق دائنيهم الى خطر محقق أو كبير الاحتمال، وتقدير حالة الوقوف عن الدفع من الأمور التي تستقل فيها محكمة الموضوع دون أن تخضع في ذلك الى رقابة محكمة التمييز[٨٧].

وعلى ذلك لا يمكن أن يثبت وقوف الشركة عن الدفع ولا يثبت ذلك بالنسبة الى بعض الشركاء، فاما أن يثبت ذلك بالنسبة الى الشركة والشركاء، واما ان ينتفي عن الجميع. لذا فإن افلاس الشركة يستتبع حتما افلاس الشركاء المتضامنين فيها.

(٨٧) للتفصيل في هذا الموضوع انظر تعليقنا (تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع في حكم الافلاس)، تعليق على حكم المحكمة الكلية في ١٨ / ١٠ / ١٩٨٤، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الأول، ص٤٨ ومابعدها.

وقد أوجب ذلك المشرع الكويتي في المادة ٦٧٩ من قانون التجارة التي تنص بقولها «اذا اشهر افلاس الشركة، وجب شهر افلاس جميع الشركاء المتضامنين فيها. . .»، وكذلك في المادة ٦٨٠ التي توجب أن تقضي المحكمة بحكم واحد بشهر افلاس الشركة والشركاء المتضامنين فيها.

لذا فإن الجدل الذي أثير في ظل بعض التشريعات بالنسبة لهذه المسألة بسبب عدم وجود نص خاص على هذا المبدأ، ليس له محل في ظل نصوص التشريع الكويتي التي توجب بنصوص قاطعة وصريحة، افلاس الشركاء المتضامنين في ذات الحكم الصادر باشهار افلاس شركة التضامن».

وبحكم هذه النصوص الصريحة في تشريع التجارة الكويتي، فلا محل للجدل الذي أثير ايضا في ظل بعض التشريعات بشأن أثر افلاس شركة التضامن على الشركاء المتضامنين الذين لم تذكر أسماؤهم في الحكم الصادر باشهار افلاس الشركة أو بحكم لاحق، لأن المشرع يوجب على المحكمة ـ كما تقدم ـ أن تقضي باشهار افلاس جميع الشركاء المتضامنين في ذات الحكم الصادر باشهار افلاس الشركة، أي أن افلاس الشركة يستتبع حتما افلاس جميع الشركاء المتضامنين بحيث يذكر في ذات الحكم أسماء الشركاء المتضامين الذين يشهر افلاسهم مع افلاس الشركة، فاذا جاء الحكم خاليا من ذكر أسماء الشركاء المتضامنين، كان الحكم معيبا مما يستوجب نقضه لمخالفته لحكم القانون.

ولكن في ظل التشريعات التي لا تتضمن نصوصا خاصة وصريحة في هذا الشأن، ومنها تشريع التجارة المصري كما تقدم ذكره، فإن هذه المسألة كانت محل خلاف في الرأي. غير أن الرأي الراجح فقها وقضاء يرى أن اهمال التصريح في الحكم بشهر افلاس الشركاء المتضامنين لا يعني أنهم يظلون بمنأى عن افلاس الشركة، لان افلاسهم يقع كنتيجة حتمية لافلاس الشركة، ويتناول الافلاس عندئذ الشركاء المتضامنين الذين وردت أسماؤهم في عقد الشركة، لأن هؤلاء يعتبرون متوقفين عن الدفع وفي حالة افلاس فعلي، وكل ما هناك أن الآثار التي تترتب على اجراءات التفليسة تظل متخلفة بسبب عدم

صدور حكم صريح بشهر الافلاس وتعيين مدير التفليسة وغير ذلك من الاجراءات[٨٨].

ومع ذلك يرى البعض أن الشريك المتضامن الذي لم يشهر افلاسه شخصيا في الحكم الصادر بافلاس الشركة أو بحكم لاحق، لا يعتبر في حالة افلاس ولا تغل يده عن ادارة أمواله وذلك بالمخالفة للرأي الراجح فقها وقضاء[٨٩]. ومادام افلاس الشركة يستتبع حتما افلاس الشركاء المتضامنين، لذا يتعين على المحكمة، اذا قدم اليها طلب باشهار افلاس شركة التضامن أن تعلن جميع الشركاء بصحيفة الدعوى. ويكون من اختصاص المحكمة التي تشهر افلاس الشركة اشهار افلاس الشركاء المتضامنين ولو كانت مواطنهم التجارية لا تقع في دائرة اختصاصها، استثناء من حكم المادة ٥٦٣ / ١ من قانون التجارة التي ناطت الاختصاص باشهار الافلاس بالمحكمة الكلية التي يقع في دائرتها موطن المدين التجاري، لأن المشرع يوجب على المحكمة التي تشهر افلاس الشركة أن تشهر افلاس الشركاء المتضامنين في ذات الحكم كما تقدم[٩٠]. ومادام تفليس الشريك بسبب كونه شريكا متضامنا في الشركة، فليس صحيحا ما يذهب اليه البعض بأن الشريك المتضامن اذا كان له تجارة خاصة به كان تفليسه من اختصاص المحكمة التي يقع في دائرتها موطنه التجاري طبقا للقواعد العامة[٩١]. ولما كان افلاس الشركة يستتبع حتما افلاس

---

(٨٨) محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، المرجع السابق، ص١٠٧٢، محمد سامي وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧٢، محمد صالح، المرجع السابق، ص٣٧٧، استئناف مصري مختلط ١٦ يونية ١٩١٥، ب٢٧ ص٤٨، وفي ١٢ ابريل ١٩٣٣، ب٤٥ ص٢٣٢، وفي ١٤ فبراير ١٩٣٤، ب٤٦ ص١٦٥، الاسكندرية الابتدائية ٣١ مارس ١٩٢٥، المحاماة، السنة الخامسة، ص٧٥٦، كذلك نقض فرنسي ١٢ فبراير ١٩٠٨، دالوز ١٩١١-١-٣١، وفي ١٦ يولية ١٩٢٤ سيري ١٩٢٤ ١-٣٠٤، وفي ١٥ فبراير ١٩٣٢، سيري ١٩٣٢-١-٢١٠.

(٨٩)علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٧٥١.

(٩٠) هذا الفرض لا يقع في دولة الكويت بالنظر لوجود محكمة كلية واحدة.

(٩١) عرائض ٥ يونية ١٨٨٢، دالوز دوري ١٨٨٣-١-٤٥٩. أشار اليه علي جمال الدين، المرجع السابق، ص٧٥١.

الشركاء المتضامنين فلا تكون للشركة والشركاء تفليسة واحدة، بل تتعدد التفليسات، اذ توجد تفليسة للشركة وتفليسة لكل شريك متضامن. فاذا كان عدد الشركاء ثلاثة، كانت هناك أربع تفليسات. على أن كل تفليسة منها تعتبر مستقلة بأصولها وخصومها، ولذلك تعين المحكمة لتفليسة الشركة وتفليسات الشركاء مديرا واحدا أو جملة مدراء. فتكون كل تفليسة مستقلة عن غيرها من حيث ادارتها وتحقيق ديونها وكيفية انتهائها (م٦٨٠ / ١ تجارة). وتتكون تفليسة الشركة من موجوداتها بما فيها حصص الشركاء، لأن هذه الحصص تنتقل ملكيتها الى ذمة الشركة المستقلة عن ذمم الشركاء، ولا تشمل خصومها الا حقوق دائنيها. اما تفليسة كل شريك، فتتكون اصولها من أمواله الخاصة، وتشمل خصومها حقوق دائني الشريك الشخصيين وحقوق دائني الشركة (المادة ٦٨٠ /٢ تجارة). ويكون لدائن الشركة أن يتقدم بدينه في تفليسة الشركة وفي تفليسة كل شريك طبقا لقواعد تعدد التفليسات التي نصت عليها المادة (٦٠٠) من قانون التجارة[٩٢] في حين لا يجوز لدائني الشريك الشخصيين أن يتقدموا بديونهم الا في تفليسة الشريك. ويشترك دائنو كل تفليسة في التوزيعات على قدم المساواة، الا اذا كان دين أحدهم مقترنا بسبب من أسباب التفضيل كرهن أو امتياز[٩٣].

ومادامت كل تفليسة تستقل عن الأخرى بأصولها وخصومها، فان مصير كل تفليسة تنتهي بالحل الذي يتفق عليه الدائنون فيها، فقد تنتهي جميع التفليسات بالصلح أو بالاتحاد، وقد تنتهي تفليسة الشركة وبعض الشركاء

---

(٩٢) نصت المادة ٦٠٠ من قانون التجارة على الاحكام التي تتبع عند تعدد التفليسات بقولها:
«١ ـ اذا أفلس جميع الملتزمين بدين واحد دفعة واحدة جاز للدائن أن يشترك في كل تفليسة بكل دينه الى أن يستوفيه بتمامه من أصل وفوائد ومصروفات.
٢ ـ ولا يجوز لتفليسة الرجوع على تفليسة أخرى بما أوفته عنها.
٣ ـ واذا كان مجموع ما حصل عليه الدائن يزيد على دينه وتوابعه عادت الزيادة الى تفليسة من يكون مكفولا من الأخرين بحسب ترتيب التزاماتهم في الدين، فاذا لم يوجد هذا الترتيب عادت الزيادة الى التفليسات التي دفعت أكثر من حصتها في الدين».

(٩٣) للتفصيل في هذا الموضوع أنظر كتابنا، أحكام الافلاس، ص١٣٧.

بالصلح وتفليسات باقي الشركاء بالاتحاد، وقد تنتهي تفليسة الشركة بالاتحاد وتفليسات الشركاء بالصلح، ولكن لا يجوز أن تنتهي تفليسة الشركة بالصلح وتفليسات الشركاء بالاتحاد، وذلك خلافا للرأي الراجح فقها الذي يجيز انتهاء تفليسة الشركة بالصلح وتفليسات الشركاء بالاتحاد[٩٤]، بحجة أن قبول الشركاء للصلح مع الشركة يتضمن موافقتهم على بقائها رغم افلاسهم، وهذا جائز لأن افلاس الشريك لا يرتب حل الشركة اذا وجد اتفاق على استمرارها، هذه الحجة صحيحة لو انتهت تفليسة بعض الشركاء بالصلح والبعض الآخر بالاتحاد، اذ تبقى الشركة قائمة بين الشركاء الذين حصلوا على الصلح ويخرج منها الشركاء الذين انتهت تفليساتهم بالاتحاد الا اذا تضمن عقد الشركة شرطا يقضي بحل الشركة اذا افلس أحدهم (المادة ٢٦ شركات). اما وأن تفليسات الشركاء انتهت بالاتحاد، فلا يجوز بقاء الشركة، مع أن ذلك يتضمن موافقة الشركاء على بقاء الشركة رغم افلاسهم، لأن هذه الموافقة تصطدم مع النصوص القانونية التي لا تجيز للمفلس أن يزاول الأعمال التجارية الا اذا رد اليه اعتباره[٩٥] (المادة ٢٥ / ١ تجارة) ذلك لأن أعمال الشركة تتم بعنوانها الذي يتضمن أسماء الشركاء، فكأن التعامل يتم باسم الشركاء، وهذا سبب مسؤوليتهم الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة في كل أموالهم، اذ يعتبرون في مركز من يمارس التجارة باسمه ولحسابه الخاص، وعلى ذلك يشترط في الشركاء في شركة التضامن أن يتمتعوا بالأهلية اللازمة لممارسة الأعمال التجارية والا يقوم بهم مانع قانوني يتعلق بأشخاصهم أو بنوع المعاملة التجارية التي يباشرونها (المادة ١٨ تجارة). والافلاس مانع قانوني يتعلق بشخص المفلس بنص الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من قانون التجارة[٩٦]. لذا لا يجوز لمن أشهر

(٩٤) برسرو وديسرتو، المرجع السابق، رقم ١٦٨٧، محمد صالح، المرجع السابق ص٣٩١، محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، المرجع السابق، ص١٠٧٤، محمد سامي وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧٥.

(٩٥) للتفصيل في رد الاعتبار، انظر، كتابنا، أحكام الافلاس، ص٣٠٧ وما بعدها.

(٩٦) سميحة القليوبي، القانون التجاري، ص١٧٢، ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص١٧٤، عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة، المرجع السابق، ص٧٤.

افلاسه وانتهت تفليسته بالاتحاد أن يكون شريكا في شركة تضامن الا اذا رد اليه اعتباره كما تقدم. ولذات الحكمة لا يجيز المشرع ـ كما تقدم ـ أن تنتهي تفليسة الشركة بالصلح اذا كانت في دور التصفية (المادة ٦٨٢ / ١ تجارة)، لأن الشركة لا تصفى الا اذا توافر سبب قانوني لانقضائها.

على أن الأمر يختلف اذا كان موضوع الصلح تخلي الشركة عن أموالها للدائنين طبقا لحكم المادة ٧١٤ من قانون التجارة، اذ يترتب على هذا الصلح انقضاء الشركة بقوة القانون لهلاك رأس المال عملا بنص المادة (٢٤) من قانون الشركات التي تجعل من هلاك رأس المال أو جزء كبير منه سببا عاما لانقضاء الشركات. فهذا النوع من الصلح لا يترتب عليه بقاء الشركة واستمرارها في مزاولة أعمالها لحساب الشركاء، وبذلك لا يتعارض مع النصوص القانونية التي تحرم المفلس من مزاولة الأعمال التجارية قبل رد الاعتبار اليه. وعلى هذا الاساس تجيز الفقرة الثانية من المادة ٦٨١ من قانون التجارة انتهاء تفليسة الشركة بالصلح وتفليسات الشركاء المتضامنين بالاتحاد على أن لا يسري الصلح على تفليسات الشركاء الا اذا كان موضوعه التخلي عن أموال الشركة. وفي الحالات التي يجيز فيها المشرع انتهاء تفليسة الشركة بالصلح، فإن مقترحات الصلح لابد أن توضع بموافقة أغلبية الشركاء في الشركة، ويتولى النائب عن الشركة تقديمها في جمعية الدائنين (المادة ٦٨٢ / ٢ تجارة). فاذا انتهت تفليسة الشركة بالاتحاد وتفليسة أحد الشركاء بالصلح، ففي هذه الحالة توزع أصول الشركة على دائنيها وتخرج منها الأموال الشخصية للشريك الذي حصل على الصلح ولا يجوز تخصيص أموال الشركة للوفاء بشروط الصلح أو لضمان تنفيذها، ويبرأ الشريك الذي حصل على الصلح من التضامن (المادة ٦٨١ / ١ تجارة). ولا يكون لدائني الشركة الرجوع على المتصالح بأكثر من أنصبتهم المشروطة في عقد الصلح اذا لم يحصلوا على ديونهم كاملة من تفليسات الشركة والشركاء الآخرين.

وقد تكون المبالغ التي وفاها الشريك بمقتضى عقد الصلح تزيد عن نصيبه في ديون الشركة، ففي هذه الحالة لا يجوز له الرجوع على تفليسات

الشركاء الآخرين الا بعد أن يحصل دائنو الشركة على ديونهم كاملة[٩٧]. أما اذا كانت المبالغ التي وفاها الشريك المتصالح أقل من نصيبه في ديون الشركة، فان البعض يرى أن من حق الشركاء غير المتصالحين الرجوع عليه بالباقي منه[٩٨]، في حين يرى البعض الآخر عدم الرجوع بحجة أن الشركاء المتضامنين يعتبرون بالنسبة للمبالغ الزائدة عن نصيبهم في الدين في مركز الكفيل، ومن المقرر أن رجوع الكفيل على المدين لا يكون الا في الحدود الواردة في عقد الصلح حتى لا يحرم من ميزته اذا أبيح للكفيل الرجوع عليه بكل الدين، والفرض أن الشريك المتصالح أوفى تعهده، لدائني الشركة[٩٩].

ويرد البعض ـ بحق ـ على الرأي القائل بعدم الرجوع «بأنه مبني على اعتبار أن الشريك المتصالح مدين وأن الشركاء الآخرين كفلاء له، في حين أن المدين الأصلي هي الشركة، أما الشركاء فهم في مركز متساو فيها، فاذا اقتضى الحال أن يوفي بعضهم للدائن بأكثر من نصيبه في دين الشركة فان رجوعه على غيره من الشركاء لا يستند الى كفالته بل هو تطبيق لقاعدة خاصة هي تلك المتعلقة بمسؤولية الشركاء في شركات التضامن[١٠٠].

واذا انتهت تفليسة الشركة وتفليسات الشركاء بالصلح ـ كما تقدم ـ اعتبر كل صلح مستقلا عن غيره، كنتيجة لاستقلال كل تفليسة بأصولها وخصومها عن التفليسات الأخرى، وعلى ذلك فإن شروط كل صلح لا تسري إلا على دائني التفليسة الخاصة به (المادة ٦٨١ / ٣ تجارة).

ويتعين على المحكمة أن تحدد في حكم شهر افلاس الشركة والشركاء تاريخا مؤقتا للوقوف عن الدفع بالنسبة الى الشركة وبالنسبة الى كل شريك، واذا لم تحدده اعتبر تاريخ صدور حكم شهر الافلاس، هو التاريخ المؤقت

(٩٧) استئناف مصري مختلط ٢ فبراير ١٩٣٦ ب٤٨ ص١٦٣.

(٩٨) ليون كان ورينو، المرجع السابق، رقم ١٣١٣ مكرر، محمد سامي مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧٥.

(٩٩) برسرو وديسرتو، المرجع السابق، رقم ١٦٩٠.

(١٠٠) محمد سامي مدكور وعلي يونس، المرجع السابق، ص٥٧٥ هامش رقم (٢).

لتفليسة الشركة وتفليسة كل شريك (المادة ٥٦٧ / ١ تجارة). وتسري بشأن تحديد هذا التأريخ وحق المحكمة في تعديله القواعد المقررة بشأن التاجر الفرد عملا بنص المادة ٦٧٠ من قانون التجارة كما تقدم[١٠١].

والأصل أن تاريخ وقوف الشركة عن الدفع هو ذاته تاريخ وقوف كل شريك في الشركة، لأن ديون الشركة تعتبر ديونا شخصية يلتزم بها كل شريك، فوقوف الشركة عن الدفع يعني وقوف كل شريك أيضا عن الدفع ان لم يبادر الى دفع ديون الشركة بحكم مسؤوليته الشخصية والتضامنية عن هذه الديون لذا اذا تضمن حكم شهر الافلاس تحديد تأريخ الوقوف عن الدفع بالنسبة الى الشركة دون الشركاء، فإن هذا التأريخ يعتبر أيضاً تأريخا لوقوف الشركاء عن الدفع.

ومع ذلك فلا يمنع أن تحدد المحكمة تأريخا لوقوف الشركة عن الدفع يختلف عن تأريخ وقوف الشركاء أو أحدهم، كأن يكون لأحد الشركاء تجارة خاصة به ووقف عن دفع دين تجاري خاص به قبل تاريخ وقوف الشركة عن الدفع.

ولتحديد تاريخ الوقوف عن الدفع أهمية خاصة في نظام الافلاس، اذ لا تقتصر أهميته على أنه شرط جوهري من شروط اشهار الافلاس، وانما تبدو اهميته أيضا في تحديد بداية فترة الريبة التي تخضع فيها تصرفات المفلس الى البطلان الوجوبي أو الجوازي تبعا لطبيعة التصرف وللظروف التي أجري فيها[١٠٢].

واذا كان افلاس شركة التضامن يستتبع حتما افلاس الشركاء المتضامنين، فإن أثر هذا الافلاس لا يقتصر على الآثار المالية، وانما يمتد الى

(١٠١) انظر، تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع في حكم الافلاس، تعليقنا على حكم المحكمة الكلية في ١٨ / ١٠ / ٨٤، المرجع السابق، ص٢٤٣ وما بعدها.

(١٠٢) 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، ديسمبر ١٩٨٢، ص١١.

أشخاص الشركاء فتسقط عنهم بعض الحقوق السياسية والمهنية ولا ترد اليهم هذه الحقوق الا اذا رد اليهم اعتبارهم (المادة ٥٧٥ تجارة)[١٠٣]. كما يتعرضون للعقوبات الجزائية اذا كان الافلاس مقترنا بجريمة الافلاس بالتقصير أو بالتدليس[١٠٤].

واذا كان افلاس الشركة يستتبع حتما افلاس الشركاء المتضامنين، فإن العكس غير صحيح، فلا يترتب على افلاس الشريك المتضامن بسبب ديونه الناشئة عن اعماله التجارية الخاصة به اشهار افلاس الشركة ذاتها، لأن الشركة لا تسأل عن ديون الشريك الشخصية. ولكن افلاس أحد الشركاء المتضامنين يؤدي الى حل الشركة بقوة القانون بسبب فقدان الاعتبار الشخصي بين الشركاء. (المادة ٢٤ / ٥ شركات) ، الا اذا اتفق الشركاء على استمرار الشركة فيما بينهم بعد افلاس احدهم (المادة ٢٦ شركات)، ذلك لأن افلاس أحد الشركاء يعدم الثقة فيه، وأن الثقة المتبادلة بين الشركاء من الأسس التي تقوم عليها شركات الأشخاص، ومنها شركة التضامن[١٠٥].

الأحكام المتقدمة الخاصة بالشريك المتضامن في شركة التضامن، تسري أيضا على الشريك المتضامن في شركة التوصية بنوعيها، البسيطة وبالاسهم، فيعتبر تاجرا ويكون مسؤولا عن ديون الشركة وتعهداتها، مسؤولية شخصية وتضامنية في كل أمواله، لذا فان افلاس الشركة يستتبع حتما افلاسه، اذ يتعين على المحكمة أن تقضي بحكم واحد بشهر افلاس شركة التوصية والشركاء المتضامنين فيها، بحيث يتضمن الحكم أسماء الشركاء المتضامنين الذين أشهر افلاسهم بافلاس الشركة (المادتان ٦٧٩ و٦٨٠ تجارة).

---

(١٠٣) انظر كتابنا، أحكام الافلاس، المرجع السابق، ص١٠٠.

(١٠٤) المرجع المشار إليه في الهامش السابق، ص١٠٤.

(١٠٥) ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص٢٦٠، عزيز العكيلي، الموجز، المرجع السابق، ص١٤٨، ابو زيد رضوان، الشركات التجارية، المرجع السابق، ص٢٣٦.

المبحث الثاني
أثر افلاس الشركة على الشريك محدود المسؤولية

١٤ ـ تقدم أن الشركاء محدودي المسؤولية هم الشريك الموصي في شركة التوصية بنوعيها، البسيطة وبالأسهم، والشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة والمساهم في شركة المساهمة.

والأصل ـ كما تقدم ـ أن افلاس الشركة لا يؤثر على الشركاء أو المساهمين في هذا النوع من الشركات، وانما ينال ذمة الشركة بسبب الانفصال التام بين ذمة الشركة المالية وذمم الشركاء أو المساهمين المكونين لها. فالشريك محدود المسؤولية في هذا النوع من الشركات لا يسأل عن ديون الشركة وتعهداتها الا بقدر ما يملك من أسهم أو حصص في رأس المال. فضمان دائني الشركة يقتصر على موجودات الشركة ولا يمتد الى أموال الشركاء الخاصة. لذا لا يكتسب الشريك محدود المسؤولية صفة التاجر بمجرد كونه شريكا موصيا في شركة التوصية أو شريكا في الشركة ذات المسؤولية المحدودة، أو مساهما في شركة المساهمة، فاذا توقفت هذه الشركات عن دفع ديونها وأشهر افلاسها، فلا يستتبع ذلك افلاس الشركاء محدودي المسؤولية، لأن ديون الشركة لا تعتبر ديونا خاصة بهم، كما هو الشأن بالنسبة للشريك المتضامن. فمادام الشريك محدود المسؤولية قدم حصته في رأس المال كاملة أو سدد قيمة الأسهم التي اكتتب بها، فلا شأن له بعد ذلك بديون الشركة وبافلاسها اذا امتنعت عن تسديد هذه الديون. اما اذا لم يكن قد قدم حصته في رأس المال أو لم يسدد قيمة أسهمه كاملة، كان لمدير تفليسة الشركة، بعد استئذان قاضيها، أن يطالب الشريك بدفع الباقي من حصته أو قيمة أسهمه ولو لم يحل ميعاد الاستحقاق، ويجوز لقاضي التفليسة ان يأمر بقصر هذه المطالبة على القدر اللازم لوفاء ديون الشركة (المادة ٦٧٧ تجارة). وتتم مطالبة الشريك وفقا للقواعد العامة، فاذا امتنع عن الدفع يتم التنفيذ على أمواله عن طريق الحجز، الا اذا كان الشريك تاجرا، فيجوز لمدير التفليسة عندئذ أن يطلب من المحكمة شهر افلاسه.

فافلاس شركة التوصية والشركة ذات المسؤولية المحدودة وشركة المساهمة لا يستتبع افلاس الشركاء ذوي المسؤولية المحدودة، ويقتصر أثر افلاس الشركة على ذمتها المالية ولا ينال الشركاء في ذمتهم المالية ولا في أشخاصهم. ويتولى مدير تفليسة الشركة، تصفية أموالها وقسمة قيمة هذه الأموال على الدائنين قسمة غرماء، اذ يمتنع على الدائنين والشركاء مباشرة الدعاوى أو الاجراءات الانفرادية بعد اشهار افلاس الشركة. ومع ذلك اذا نشأ لأحد الدائنين أو الشركاء حق في التعويض عما أصابه من ضرر من جراء مخالفة المؤسسين لاجراءات التأسيس أو مخالفة المديرين أو مجلس الادارة للأحكام الخاصة بادارة الشركة، كان له مباشرة دعوى المسؤولية ضد المسؤول عن هذه المخالفة[١٠٦]، أما اذا ألحقت المخالفة ضررا أصاب الشركة، فإن مباشرة هذه الدعوى يعود فيها الاختصاص إلى مدير التفليسة، لأنه هو الذي يمثلها ويعمل باسمها كما لا يترتب على افلاس الشركة ـ كما يرى البعض ـ حرمان الشريك أو الدائن من حق طلب بطلان الشركة بدعوى فردية بسبب عيب شاب تأسيس الشركة. ويترتب على الحكم ببطلان الشركة وجوب حلها بقوة القانون، الأمر الذي يحول دون حصولها على الصلح[١٠٧]، لأن حل الشركة يقتضي تصفيتها، ولا يجوز للشركة وهي في دور التصفية طلب الصلح (المادة ٦٨٢ /١ تجارة). على أن البعض يرى أن المساهم فقط يكون من حقه طلب البطلان، ولكن لا يجوز ذلك لدائن الشركة، لأن الدعوى تتعلق بمصلحة الدائنين جميعاً، فلا يجوز أن ينفرد بها أحد الدائنين، اذ يتعين أن يباشرها بدلا عنهم مدير التفليسة[١٠٨].

ونرى أن طلب بطلان الشركة بعد الحكم باشهار افلاسها يعود فيه الاختصاص الى مدير التفليسة فقط، فلا يجوز ذلك لدائن الشركة، لأن الدعوى تتعلق بمصلحة جماعة الدائنين التي يمثلها قانونا مدير التفليسة، اذ يترتب على صدور الحكم باشهار افلاس الشركة أن يكون دائنوها جماعة تتمتع

(١٠٦) برسرو وديسرتو، المرجع السابق، رقم ١٦٦٠، محسن شفيق، جـ٢ في الافلاس، المرجع السابق، ص١٠٨١.

(١٠٧) محسن شفيق، المرجع السابق، جـ٢ في الافلاس، ص١٠٨١.

(١٠٨) ليون كان ورينو، المرجع السابق، رقم ١٦٥٤ مكرر.

بالشخصية المعنوية يمثلها وكيل عنهم ـ هو مدير التفليسة ـ يتخذ باسمهم الاجراءات اللازمة لادارة أموال الشركة والمحافظة عليها حتى يتم بيعها وتوزيع ثمنها بين الدائنين كل بنسبة دينه. ويستفاد هذا الحكم من نص المادة ٥٩٧ من قانون التجارة التي حرمت على الدائنين اتخاذ الاجراءات الفردية ضد الشركة بعد صدور الحكم باشهار افلاسها، لأن اتخاذ مثل هذه الاجراءات لا يتفق والحكمة من تكوين جماعة الدائنين(١٠٩). كما لا يجوز للشريك أو المساهم في الشركة طلب بطلان الشركة، لأن دعوى البطلان تتعلق بمصلحة جميع الشركاء أو المساهمين في الشركة، ومدير التفليسة هو الممثل القانوني للشركة بعد الحكم بافلاسها، اذ يتولى ادارة أموالها والمحافظة عليها، وينوب عنها في جميع الأعمال التي تقتضيها هذه الادارة (المادة ٦٣٠ تجارة)(١١٠).

وعدم تأثر الشركاء محدودي المسؤولية بافلاس الشركة يتطلب أن يراعي الشريك الأحكام القانونية الخاصة بهذه الشركات، وبصورة خاصة القواعد الخاصة باعلام الغير بمسؤوليته المحدودة وعدم التزامه بديون الشركة بما يجاوز قيمة ما يملك من حصص أو أسهم في رأس مال الشركة. فان خالف ذلك امتد أثر الافلاس اليه، وقد يستتبع ذلك افلاسه وما يترتب على ذلك من آثار تناله في ماله وفي شخصه، كما هو الشأن بالنسبة الى الشريك الموصي الذي يتدخل في ادارة الشركة (م٤٦ شركات) أو الذي يذكر اسمه في عنوان الشركة (م٤٥ شركات). وكذلك الشريك أو المساهم الذي يسيطر على الشركة ويقوم تحت ستارها بأعمال تجارية لحسابه الخاص ويتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة (المادة ٦٨٣ /١ تجارة). وبطبيعة الحال اذا أشهر افلاس الشريك محدود المسؤولية كنتيجة لاشهار افلاس الشركة، فلا يقتصر أثر الافلاس على ذمته المالية، بل يناله في شخصه فتسقط عنه الحقوق السياسية والمهنية، فلا يجوز له أن يكون مرشحا أو ناخبا في المجالس السياسية والمهنية، ولا أن يقوم بوظيفة أو مهنة عامة، ولا أن يكون عضوا في مجلس ادارة أية

(١٠٩)،(١١٠) يلاحظ أن نص المادتين ٥٩٧، ٦٣٠ تتعلق بالتاجر الفرد غير أن أحكامها تسري على الشركات التجارية بحكم المادة ٦٧٠ من قانون التجارة المشار اليها سابقا.

شركة، وذلك كله الى أن يرد اليه اعتباره وفقا للقانون (المادة ٥٧٥ تجارة).

فافلاس الشركة يمتد، في بعض الأحيان وفي ظروف معينة الى الشريك محدود المسؤولية فيناله في ماله وفي شخصه، وقد يقتصر أثر ذلك على شخصه فتسقط عنه الحقوق السياسية، اذا ما كان الشريك مديرا للشركة أو عضوا في مجلس ادارتها، بل وتنال هذه العقوبة الشخصية المدراء من غير الشركاء اذ تجيز الفقرة الثانية من المادة ٦٨٣ من قانون التجارة للمحكمة التي تشهر افلاس الشركة، أن تقضي من تلقاء ذاتها أو بناء على طلب النيابة العامة أو مدير التفليسة أو أحد الدائنين، بسقوط الحقوق السياسية عن أعضاء مجلس ادارة الشركة أو مديريها الذين ارتكبوا أخطاء جسيمة أدت الى اضطراب أعمال الشركة ووقوفها عن الدفع.

وفي بعض الأحيان قد لا يستتبع افلاس الشركة افلاس الشريك محدود المسؤولية، وانما قد يمتد أثر الافلاس الى ذمته المالية، اذا ما كان مديرا للشركة أو عضوا في مجلس ادارتها، بحيث يلزم جميع أعضاء مجلس الادارة أو المديرين أو بعضهم، بالتضامن أو بدون تضامن بدفع ديون الشركة كلها أو بعضها اذا تبين بعد افلاس الشركة أن موجوداتها لا تكفي لوفاء ٢٠٪ على الأقل من ديون الشركة، بل وقد تمتد هذه المسؤولية المالية الى المدراء من غير الشركاء (المادة ٦٨٤ تجارة)[١١١].

وعلى ذلك سنبحث الحالات التي يمتد فيها أثر افلاس الشركة، كشخص قانوني مستقل بذاته، له أهلية وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين له، الى الشريك الموصي، والشريك أو المساهم المسيطر على الشركة.

الشريك الموصي : ـ

١٥ ـ تقدم أن افلاس شركة التوصية لا يمتد الى الشريك الموصي، فلا

(١١١) للتفصيل في هذا الموضوع انظر R. Contin، المسؤولية المدنية للمدراء في حالة التسوية القضائية أو التصفية لاموال الشركة، مجلة احكام القضاء التجاري سنة ١٩٧٩، ص٢٤٥ وما بعدها.

يناله حكم الافلاس في ماله ولا في شخصه، بحكم مسؤوليته المحدودة عن ديون الشركة، وتعهداتها وعدم اكتسابه لصفة التاجر لمجرد كونه شريكا موصيا في الشركة، غير أن ذلك مشروط بعدم مخالفة الشريك الموصي للأحكام القانونية التي تخضع لها شركة التوصية. فالنظام القانوني الذي تخضع له هذه الشركة يمنع الشريك الموصي من التدخل في ادارة الشركة ومن ذكر اسمه في عنوانها حماية للغير الذي يتعامل مع الشركة وللشركاء المتضامنين الذين يسألون عن ديون الشركة وتعهداتها في كل أموالهم. فاذا خالف الشريك الموصي هذه الأحكام وأشهر افلاس الشركة، فان أثر ذلك قد يمتد الى ذمته المالية فيسأل عن ديون الشركة، وقد يستتبع ذلك افلاسه، اذ يعتبر الشريك الموصي في بعض الاحيان وفي ظروف معينة في حكم الشريك المتضامن فيستتبع افلاس الشركة افلاسه بقوة القانون.

فالمشرع نظم الأحكام الخاصة بادارة شركة التوصية بصورة توفق بقدر الامكان بين مصالح الشركاء المتضامنين الذي يسألون عن ديون الشركة وتعهداتها في كل أموالهم ومصالح الشركاء الموصين الذي لا يسألون عن ديون الشركة وتعهداتها الا بقدر حصصهم في الشركة، فجعل الادارة الفعلية للشركة من حق الشركاء المتضامنين ومنح الشركاء الموصين حق الرقابة والاشراف وعلى ذلك لا يجوز للشريك الموصى ان يتدخل في ادارة الشركة وذلك حماية للشركاء المتضامنين من اندفاع الشريك الموصي في ادارة الشركة اندفاعا مبعثه تحديد مسؤوليته عن ديون الشركة، فيقوم بمضاربات غير مدروسة تعرض الشركة لخسارة كبيرة، كما قصد بذلك حماية الغير الذى يتعامل مع الشركة معتقدا ان من يتولى الادارة شريك متضامن يسأل عن ديون الشركة، في كل امواله، ثم يتضح بعد ذلك أنه شريك موصٍ لا يسأل عن ديون الشركة الا بقدر حصته. فحتى لا يقع الغير، في مثل هذا الخطأ، فضلا عن حماية الشركاء المتضامنين، منع المشرع الشريك الموصي من التدخل في أعمال الادارة[١١٢].

(١١٢) Pic، منع تدخل الشريك الموصي في ادارة الشركة، دالوز الاسبوعي ١٩٣٣ ـ الفقه، ص٢١ وما بعدها، هامل ولاجارد، المرجع السابق رقم ٤٩٨، ريبير وربلو، المرجع =

واذا خالف الشريك الموصي الحظر المفروض عليه وتدخل في أعمال الادارة الخارجية فانه يكون مسؤولا مسؤولية شخصية وعلى وجه التضامن مع الشركاء المتضامنين عن الدين الناشيء عن العمل الذي قام به لحساب الشركة، أي أنه يعتبر بالنسبة للعمل الذي قام به لحساب الشركة في حكم الشريك المتضامن. وعلى ذلك اذا أشهر افلاس شركة التوصية بسبب وقوفها عن دفع ديونها وثبت للمحكمة أن الشريك الموصي تدخل في أعمال الادارة الخارجية، امتد أثر الافلاس الى ذمته المالية ويلزم بدفع الديون الناشئة عن الأعمال التي قام بها بالتضامن مع الشركة والشركاء المتضامنين، حتى ولو جاوزت تلك الديون مقدار حصته في رأس مال الشركة. غير أنه لا يعتبر بسبب ذلك شريكا متضامنا يكتسب صفة التاجر فيشهر افلاسه بافلاس الشركة.

واذا تكرر تدخل الشريك الموصي في اعمال الادارة الخارجية، جاز اعتباره في حكم الشريك المتضامن فيسأل مسؤولية تضامنية مطلقة عن جميع ديون الشركة أو بعضها بسبب جسامة الأعمال وتكرارها، وبحسب ائتمان الغير له بسبب هذه الأعمال (م٤٦ شركات). والأمر في ذلك متروك لسلطة المحكمة التقديرية فاذا وجدت المحكمة أن الأعمال التي قام بها الشريك الموصي لها من الأهمية والخطورة ما يحمل الغير على الاعتقاد أن هذا الشريك مسؤول مسؤولية غير محدودة، جاز لها الحكم بمسؤوليته عن جميع ديون الشركة ولو لم تكن ناتجة عن أعمال الادارة التي قام بها.

واذا تقررت مسؤولية الشريك الموصي الشخصية والتضامنية عن ديون الشركة أو عن بعضها فانه يكتسب صفة التاجر ـ وفقا للرأي الغالب ـ ويجوز شهر افلاسه بافلاس الشركة اذا كانت الأعمال التي قام بها كافية لتكوين ركن الاحتراف الذي يتطلبه المشرع في المادة ١٣ من قانون التجارة كشرط لاكتساب

= السابق، رقم ٨٧٩، اكثم الخولي، المرجع السابق، ص٢٠٢. محسن شفيق، الموجز، ص٢٢٧، ثروت عبدالرحيم المرجع السابق، ص ٣٠١ وما بعدها. عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص ١٦٠، ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص٢٥٩ وما بعدها.

صفة التاجر[١١٣].

بل يذهب البعض إلى أن الشريك الموصي يكتسب صفة التاجر في كل الصور التي تتقرر فيها مسؤوليته الشخصية عن جميع ديون الشركة طبقا لتقدير المحكمة لأن الفرض في هذه الصورة هو أنه قد قام بأعمال تجارية على درجة كبيرة من الأهمية تكفي لظهوره بمظهر التاجر أمام الغير[١١٤].

على أن البعض يخالف الرأي الراجح، ويذهب الى أن تدخل الشريك الموصي في أعمال الادارة ومسؤوليته الشخصية والتضامنية مع الشركاء، عن التزامات الشركة لا يؤدي الى اكتساب صفة التاجر وبالتالي لا يشهر افلاسه باشهار افلاس الشركة ولو كان مسؤولا عن كل ديون الشركة بسبب تكرار وجسامة تدخله في أعمال الادارة فالمسؤولية التضامنية عن ديون الشركة لا تكفي وحدها لاعطاء صفة التاجر، فالشخص لا يصبح تاجرا رغما عن ارادته ان لم يتخذ من الأعمال التجارية حرفة له، وما تحميله للمسؤولية التضامنية عن ديون الشركة الا نوعا من الجزاءات المدنية التي تفرض عليه كنتيجة لتدخله في أعمال الادارة[١١٥].

---

(١١٣) برسرو وديسرتو، المرجع السابق، رقم ١٦٤٣، ليون كان ورينو، المرجع السابق، ص٤٧٩، هامل ولاجارد، المرجع السابق، رقم٤٩٨، ريبير وربلو، المرجع السابق، رقم٨٨٢، Pic et Krehro، جـ١ في الشركات باريس ١٩٤٠ ـ ١٩٤٨، رقم ٥٤٠، علي الزيني، المرجع السابق، ص٥٢٩، مرتضى نصر الله الشركات التجارية، بغداد ١٩٦٩، ص١٠٧ محكمة باريس ١٠ يناير ١٩٥٨، دالوز ١٩٥٨-٢٩٤.

(١١٤) محسن شفيق، الموجز، ص١٢٦، اكثم الخولي، المرجع السابق، ص٢٠٥، ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص٢٦٦، محمود سمير الشرقاوي، المرجع السابق، ص١٠٣، احمد محمد محرز، المرجع السابق، ص٥٢٢، نقض مدني مصري في ١٠ مارس ١٩٨٠ اشار اليه محمود سمير الشرقاوي المرجع السابق، ص١٠٣ هامش رقم (٤).

(١١٥) Pic، شرح قانون التجارة، الشركات، جـ١، باريس ١٩٤٥، ص٧٠٣ وما بعدها، صلاح الدين الناهي، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، جـ٣، الشركات ص١٤٤، بغداد ١٩٦٣، احمد البسام، الشركات التجارية في القانون العراقي، ص٨٧، بغداد ١٩٦٧، طالب حسن موسى، الموجز في الشركات التجارية، ص١٣، بغداد ١٩٧٣.

ويضيف البعض تأييدا لهذا الرأي أن مسؤولية الشريك الموصي التضامنية عن ديون الشركة أتت على سبيل الاستثناء، والاستثناء لا يقاس عليه[١١٦].

على أننا لا نتفق مع الرأي المخالف، ونرى سلامة الرأي الغالب الذي يضفي صفة التاجر على الشريك الموصي الذي تتقرر مسؤوليته الشخصية والتضامنية عن جميع التزامات الشركة اذا كانت أعمال الادارة التي قام بها كافية لتكوين ركن الاحتراف الذي يتطلبه المشرع لاكتساب الشخص صفة التاجر. فشرط ممارسة الأعمال التجارية على سبيل الاحتراف لاكتساب صفة التاجر متوافر بشأن الشريك الموصي الذي يتدخل في أعمال الادارة متى كانت هذه الأعمال على درجة كبيرة من الأهمية والخطورة تكفي لظهوره بمظهر التاجر فيوليه الغير ائتمانه ويتعامل معه على هذا الاساس. اذ يعتبر الشريك الموصي في هذه الحالة في حكم من يحترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص آخر فتثبت له صفة التاجر، فضلا عن ثبوتها للشخص الظاهر وفقا لحكم الفقرة الثانية من المادة الرابعة عشرة من قانون التجارة فالشركة كشخص قانوني تثبت لها صفة التاجر، لانها الشخص الظاهر الذي تم العمل باسمها، والشريك الموصي الذي تدخل في أعمال الادارة الشخص المستتر الذي قام بأعمال تجارية باسم الشركة على درجة كبيرة من الأهمية تكفي لظهوره بمظهر التاجر أمام الغير.

اما القول بأن مسؤولية الشريك الموصي التضامنية عن ديون الشركة أتت على سبيل الاستثناء، والاستثناء لا يقاس عليه، فقول مردود، اذ ليس في المسألة قياس، وانما تكييف للمركز القانوني للشريك الموصي بعد تدخله في أعمال الادارة.

فالشريك الموصي الذي تدخل في أعمال الادارة متى كانت الأعمال التي قام بها كافية لتكوين ركن الاحتراف يعتبر في حكم الشريك المتضامن فيكتسب

(١١٦) طعمة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، ص٢٤٠، الكويت ٨٥-١٩٨٦.

صفة التاجر ويشهر افلاسه باشهار افلاس الشركة وإن كان احترافه للأعمال التجارية قد تم لحساب الشركة، غير أن الحالة الظاهرة وحماية الثقة التي خلقها ظهوره بمظهر التاجر واعتمد عليها الغير، فمنحه ثقته وائتمانه، هذه الحالة الظاهرة يجب تدعيمها وحمايتها وبالتالي اضفاء صفة التاجر عليه حماية للثقة التجارية وتحقيقا للعدالة.

على أن اعتبار الشريك الموصي في حكم الشريك المتضامن اذا قام بأعمال الادارة الخارجية لا يغير من حقيقة مركزه كشريك موصٍ في العلاقة بينه وبين بقية الشركاء، بحيث يستطيع أن يرجع عليهم بما دفعه زيادة على حصته في الشركة كنتيجة لقيامه بأعمال الادارة الخارجية اذا قام بهذه الأعمال بناء على توكيل منهم، اما اذا قام بأعمال الادارة دون توكيل من الشركاء، فان أعماله لا تلزم الشركة أصلا ولا يرجع بشأنها على بقية الشركاء[١١٧]، اذ يعتبر في حكم من يعمل باسمه ولحسابه فيسأل عن أعماله بصورة شخصية في جميع أمواله. ومع ذلك يستطيع الشريك الموصي ـ في هذا الفرض ـ أن يطالب الشركاء المتضامنين بما دفع زائدا عن نصيبه متى عادت أعماله على الشركة بفائدة تطبيقا لحكم القواعد العامة في الاثراء بلا سبب أو الفضالة، على أن يكون الرجوع في حدود ما عاد على الشركة من فائدة.

وبحكم أن الشريك الموصي لا يسأل عن ديون الشركة وتعهداتها الا بقدر حصته في الشركة، فان المشرع لا يجيز أن يتضمن عنوان الشركة اسم أحد الشركاء الموصين، وانما يتكون هذا العنوان من أسماء الشركاء المتضامنين أو اسم واحد منهم أو أكثر مع اضافة كلمة وشركائه. وحكمة ذلك حماية الغير الذي يتعامل مع الشركة، حتى لا يخطىء هذا الغير في حقيقة مركز الشريك الموصي الذي ذكر اسمه في عنوان الشركة فيعتقد أنه شريك متضامن، فيولي الشركة ثقته وائتمانه اعتمادا على مسؤوليته غير المحدودة عن التزامات

(١١٧) محسن شفيق، الموجز، ص٢٣٠، محمد حسني عباس، المؤسسات والشركات ص١٣٨، علي جمال الدين، الشركات، ص٨٤، ثروت عبد الرحيم، المرجع السابق، ص٣٠٣، ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص٦٧، عزيز العكيلي، المرجع السابق، ص١٦٣.

الشركة. فاذا خالف الشريك الموصي هذا المنع ورضي بذكر اسمه في عنوان الشركة أو علم بذلك ولم يعترض أصبح مسؤولا قبل الغير عن جميع ديون الشركة كما لو كان شريكا متضامنا متى كان الغير حسن النية، أي يجهل أنه شريك موصٍ (المادة ٤٥ / ٢ شركات).

ولكن ذكر اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة لا يغير من حقيقة مركزه القانوني قبل الشركاء، اذ يظل بالنسبة اليهم شريكا موصيا، فيحق له أن يرجع عليهم، اذا الزم بدفع ديون الشركة للغير وكانت تزيد عن مقدار حصته في رأس مال الشركة.

اما اذا وضع اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة، بغير علمه أو رغم معارضته بقيت مسؤوليته قبل الغير محدودة بقدر حصته. ويقع عليه عبء اثبات عدم علمه بذلك أو أنه بعد علمه قام بالاجراءات اللازمة لشطب اسمه من عنوان الشركة، كأن يثبت أنه نشر في الصحف تصحيحا للعنوان وتحذيرا وقدم طلبا للسجل التجاري لشطب اسمه من عنوان الشركة. كما يستطيع المطالبة بالتعويض عن الاضرار الناتجة عن سوء استعمال اسمه اذا ثبت أن قصد الشركاء من وضع اسم الشريك الموصي في عنوان الشركة السعي لخلق ائتمان وهمي للشركة فان هذا العمل يعد من قبيل النصب المعاقب عليه جزائيا[١١٨].

ويميل الرأي الراجح الى أن الشريك الموصي الذي يقبل ذكر اسمه في عنوان الشركة يكتسب صفة التاجر، اذ يعتبر في حكم الشريك المتضامن وبالتالي يشهر افلاسه باشهار افلاس الشركة.

---

(١١٨) محسن شفيق، الموجز في القانون التجاري، جـ ١، القاهرة، ١٩٦٦-١٩٦٧ ص ٢٢٢، محمد حسني عباس، المؤسسات العامة والشركات في التشريع المصري، القاهرة ١٩٦١، ص ١٣٥، ابو زيد رضوان، المرجع السابق، ص ٥٨، احمد البسام، المرجع السابق، ص ٨٦، مرتضى نصر الله، الشركات التجارية، بغداد ١٩٦٩ ص ١٩.

الشريك المسيطر على الشركة

١٦ ـ الشريك المسيطر على الشركة، أو الشريك المتخفي وراء الشركة هو الشخص الذي يباشر التجارة لحسابه متخفيا وراء الشركة ويتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة. لذا يعتبر تاجرا ويشهر افلاسه ان وقف عن دفع ديون الشركة التي تعتبر في الحقيقة ديونه الخاصة بسبب اختلاط ذمته المالية بذمة الشركة التي اتخذها ستارا يخفي نشاطه الشخصي.

فالشركة كشخص قانوني، لها أهلية وذمة مالية مستقلة عن ذمم الشركاء المكونين لها، متى كانت تمثل المصلحة الجماعية للشركاء والعمل لحساب هذه المصلحة، أما اذا كانت تعمل لمصلحة خاصة بفرد فقدت شخصيتها وتحمل هذا الفرد التزامات الشركة التي تخفىٰ وراءها وعمل باسمها لحسابه. وبعبارة أخرى متى كانت الشركة تعمل لمصلحة أحد الشركاء زالت شخصية الشركة، وتحمل الشريك مسؤولية العمل الذي تم باسمها.

والشريك المسيطر قد يكون شريكا موصيا في شركة توصية أو شريكا في شركة ذات مسؤولية محدودة، أو مساهما في شركة مساهمة، ولكن في الغالب يكون شريكا في شركة مساهمة أو شركة ذات مسؤولية محدودة يتخذها الشريك ستارا يخفي نشاطه التجاري الذي يتم باسم الشركة لحسابه الخاص، ذلك لأن الشريك الموصي ـ كما تقدم ـ ممنوع من التدخل في ادارة الشركة بسبب مسؤوليته المحدودة، اذ يصعب عملا أن يسيطر شريك موص على شركة التوصية ويتصرف بأموالها كما لو كانت أمواله الخاصة، ولكن ذلك ليس مستحيلا[١١٩].

والشريك المسيطر يلجأ الى هذه الوسيلة في التعامل بهدف تحديد مسؤوليته عن أعمال الشركة بحيث يحمل الشركة الخسائر التي قد تنتج عن الأعمال التي تتم باسمها، والاستئثار بالارباح التي قد تتحقق من هذه الأعمال

(١١٩) محكمة استئناف باريس في ١٠ يناير ١٩٥٨، دالوز ١٩٥٨ ص٣٩٤، اذ حكمت المحكمة بمد افلاس الشركة الى شريك موص لأنه اتخذها ستارا لنشاطه الشخصي.

فاذا توقفت الشركة عن دفع ديونها وأشهر افلاسها، فلا يناله افلاس الشركة في ماله ولا في شخصه، ويقتصر أثر الافلاس على ذمة الشركة المالية المنفصلة عن ذمم الشركاء كما تقدم[١٢٠].

ويصل الشريك المسيطر الى هدفه، عن طريق تأسيس شركة حقيقية يتملك معظم أسهمها أو حصصها، سواء كانت هذه الأسهم أو الحصص مملوكة له أو مملوكة له ولأشخاص مسخرين من قبله، بحيث يسيطر على ادارتها، وذلك بأن يفرض ارادته على ارادة الشركاء الآخرين في الجمعية العامة، فتصبح ارادة هذه الجمعية هي الارادة الفردية لهذا الشريك. اذ يعتبر الشريك في هذه الحالة في حكم من يمارس التجارة تحت اسم مستعار، فيكتسب صفة التاجر ويشهر افلاسه بافلاس الشركة ولو لم يباشر التجارة باسمه الشخصي، اذ يشبه مركزه مركز الشريك المتضامن الذي يكتسب صفة التاجر ويشهر افلاسه بافلاس الشركة مع أنه لا يباشر العمل التجاري باسمه بل باسم الشركة[١٢١].

على أن مجرد تملك الشريك لمعظم أسهم أو حصص الشركة وسيطرته على الشركة وفرض ارادته على ارادة الشركاء في الجمعية العامة، لا يكفي وحده لاعتباره في حكم الشريك المتضامن الذي يعتبر مسؤولا عن ديون الشركة وتعهداتها، فيشهر افلاسه بافلاس الشركة، وانما يتطلب الأمر أن يتخذ الشريك من سيطرته على الشركة وسيلة للغش أو لاساءة استخدام الحق لتحويل نشاط الشركة لحسابه، بأن يقوم تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص ويتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة بحيث تصبح الشركة كما لو كانت مشروعا فرديا خاصا به[١٢٢]. وهذا الشرط الأخير

(١٢٠) كوبر روبيه وأولاده، الشركات، ص٧٥٠ وما بعدها، أشار اليه علي جمال الدين، افلاس الشركة، ص٧٦١ هامش رقم ١، F.Weeker; شروط تطبيق المادة ٤٣٧ من قانون التجارة، جازيت دي باليه، جـ٢، الفقه، ١٩٥١، ص٥٣ رقم ٣.

(١٢١) كوبر روبيه، المرجع المشار اليه في الهامش السابق، ص٨١، F. Contin المرجع السابق، القسم الثاني، ص٢٨٨.

(١٢٢) F. Cotin، المرجع المشار اليه في الهامش السابق، ص٢٨٨.

واضح من نص الفقرة الأولى من المادة ٦٨٣ من قانون التجارة التي أجازت للمحكمة أن تقضي بشهر افلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة.

وعلى ذلك اذا تمكن أحد الشركاء من السيطرة على الشركة والتأثير على الشركاء لما يتمتع به من كفاءة وخبرة بحيث استطاع أن يسير الشركة وفق ارادته، فان المحكمة لا تستطيع أن تشهر افلاسه اذا طلب افلاس الشركة لوقوفها عن دفع ديونها، لأن سيطرته على الشركة لا يهدف من ورائها الى تحقيق مصلحة خاصة به تهدر المصلحة الجماعية للشركاء كما تقضي بذلك الفقرة الأولى من المادة ٦٨٣ التي سبق ذكرها(١٢٣).

مع أن المبدأ الذي أخذت به الفقرة الأولى من المادة ٦٨٣ يجيز للمحكمة أن تمد افلاس الشركة الى كل شخص، شريكا كان أو غير شريك، متى ثبت لها توافر الشروط التي نصت عليها هذه الفقرة، غير أنه يصعب عملا أن يسيطر شخص غير شريك على الشركة ويعمل باسمها لحسابه الخاص ويتصرف في أموالها كما لو كانت أمواله الخاصة الا اذا كان مديرا للشركة، أي يصعب أن يتخذ غير شريك من الشركة ستارا يخفي نشاطه الشخصي. وعلى كل حال فان النص جاء مطلقا يشمل كل من يخفي نشاطه الشخصي وراء الشركة، ويعمل باسمها لحسابه، سواء كان شريكا أو غير شريك، وسواء كان مديرا أو غير مدير ويلزم لتطبيق هذا النص توافر شرطين(١٢٤):

١ ـ أن يقوم الشخص تحت ستار الشركة بأعمال تجارية لحسابه الخاص، أي أنه يباشر أعمالا تجارية باسم الشركة لحسابه الخاص.

---

(١٢٣) Wecker، المرجع السابق، ص٥٦ رقم ٢٩. Artz (J.F) مد التسوية القضائية أو تصفية الأموال الى مدراء الشركات، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٧٥ ص١٠ رقم ٨.

(١٢٤) Wecker، المرجع السابق، ص٥٤ رقم٦، علي جمال الدين افلاس الشركة، المرجع السابق، ص٧٨٠.

٢ ـ أن يتصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة، أي تندمج ذمته بذمة الشركة وتصبح أمواله الخاصة وأموال الشركة ضمانا لدائني الشركة.

ومتى توافر هذان الشرطان في الشخص جاز للمحكمة أن تقضي بشهر افلاسه اذا طلب شهر افلاس الشركة، ولا يلزم لذلك اثبات توافر صفة التاجر في هذا الشخص ولا أنه وقف عن الدفع، لأن مجرد استخدام الشركة كستار لنشاطه الخاص يؤدي الى افتراض توافر هذين الشرطين فرضا قاطعا[١٢٥]. ذلك لأنه يعتبر ـ كما تقدم ـ في حكم الشريك المتضامن فيكتسب صفة التاجر ويشهر افلاسه بافلاس الشركة، لأن وقوف الشركة عن الدفع يعني وقوفه هو عن الدفع مادامت الديون التي تمت باسم الشركة تلزم الشريك الذي استتر وراءها. وبذلك تتحقق بشأنه شروط اشهار الافلاس.

فالمبدأ الذي أخذ به التشريع الكويتي سبق أن أخذ به التشريع الفرنسي الذي قنن أحكام القضاء[١٢٦] بموجب المرسوم الصادر في ٨ أغسطس ١٩٥٣ ثم مرسوم ٢٠ مايو ١٩٥٥ الخاص بالافلاس، واستقر الآن في المادة ٤٤٧ من المجموعة التجارية الفرنسية[١٢٧]، وهو يقضي بمد افلاس الشركة الى كل شخص اتخذ من الشركة ستارا لنشاطه الشخصي، بأن قام بأعمال تجارية باسمها لحسابه وتصرف بأموالها كما لو كانت أمواله الخاصة كما أن هذا الاجراء أصبح يستمد أساسه القانوني من نص المادة (١٠١) من قانون ١٣ يوليو لسنة ١٩٦٧ بشأن الاجراءات الجماعية[١٢٨].

---

(١٢٥) Houin، في الافلاس، ص٥٦ وما بعدها، Wecker المرجع السابق، ص٥٧، رقم ٣٩٨. Artz المرجع السابق، ص٢٤ رقم ١٩.

(١٢٦) نقض فرنسي في ٩ يونية ١٩٠٩، دالوز دوري ١٩١٠ـ١ـ٣٣٣، نقض فرنسي في ٢٩ يونية ١٩٢٨، دالوز الاسبوعي، ١٩٢٨ـ٣٢٧، وقد أيد حكم محكمة استئناف انجرسي في ١١ مارس ١٩٢٧، نقض فرنسي دالوز الاسبوعي ١٩٣٢ـ١٦٢، أيد حكم محكمة استئناف باريس، في ٩ يناير ١٩٣٠.

(١٢٧) Wecker، المرجع السابق، ص٥٤ رقم ٣٨، علي جمال الدين، افلاس الشركة، المرجع السابق، ص٧٨٠. Artz، المرجع السابق ص٨ رقم٨.

(١٢٨) F. Contin، المرجع السابق، القسم الثاني ص٢٨٥.

ومع أن المشرع الفرنسي اراد بهذا الحكم أن يقنن المبدأ الذي أقره القضاء الفرنسي، الا أن الصيغة التي استخدمها أثارت خلافا فقهيا حول طبيعة الحكم الوارد بالنص. وتبدو أهمية تحديد هذه الطبيعة في أنها تبين نطاق النص وشروط تطبيقه[١٢٩].

فمن حيث نطاق النص، فالمسلم به أنه يشمل حالة الشركة الصورية وهي حالة استخدام اسم وهمي، فاذا ثبتت الصورية فإن جزاء ذلك هو اظهار الحقيقة أمام الغير، وذلك بالزام المدين الحقيقي بديون الشركة الصورية، والمدين الحقيقي هو الشخص الذي تستر وراء الشركة الصورية وتعامل باسمها لحسابه الخاص دون أن توجد الشركة أصلا كشخص قانوني مستقل[١٣٠]. وعلى ذلك يقضي باشهار افلاس هذا الشخص اذا توقف عن دفع ديون الشركة الصورية، لأنه ملزم بديون الشركة التي تستر وراءها ويعتبر افلاسه جزاء لاساءة استخدامه فكرة الشخصية المعنوية.

كما يشمل النص حالة الاسم المستعار، وفي هذه الحالة توجد شركة حقيقية يستتر وراءها شخص آخر يباشر التجارة متخفيا وراء الشركة ويتصرف في أموالها كما لو كانت أمواله الخاصة، اذ يعتبر هذا الشخص في حكم الشريك المتضامن مسؤولا عن ديون الشركة، فيشهر افلاسه بافلاس الشركة[١٣١].

وعلى ما نعتقد فإن نطاق النص، سواء نص المادة ٤٤٧ من التشريع الفرنسي أو نص الفقرة الأولى من المادة ٦٨٣ من التشريع الكويتي، لا يشمل سوى حالة الاسم المستعار دون حالة الشركة الصورية، لأن صيغة النص تجيز للمحكمة، اذا طلب شهر افلاس الشركة، أن تقضي بشهر افلاس كل شخص قام تحت ستار هذه الشركة باعمال تجارية لحسابه الخاص، فالنص

(١٢٩) Wecker، المرجع السابق، في خاتمة البحث، ص٥٨، علي جمال الدين، افلاس الشركة، المرجع السابق، ص٧٨٠.

(١٣٠) Artz، المرجع السابق، ص٢١ رقم ١٦ Legeais (R)، مد افلاس الشركات، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٧ ص٢٨٩.

(١٣١) علي جمال الدين، افلاس الشركة، المرجع السابق، ص٧٨١.

يتطلب وجود شركة حقيقية لها وجود قانوني أو فعلي يستتر وراءها شخص آخر يباشر التجارة باسمها لحسابه الخاص، وهي حالة الاسم المستعار، بحيث يستتبع افلاس الشركة افلاس هذا الشخص، لأنه يعتبر في حكم الشريك المتضامن كما تقدم، أما في حالة الشركة الصورية، فان الشخص يباشر الأعمال التجارية باسم شخص غير موجود مما لا ينطبق عليه حكم النص.

ففي حالة الشركة الصورية لا توجد شركة حقيقية يستتبع افلاسها افلاس الشخص الذي تستر وراءها. أما من حيث الشروط التي تضمنها النص، فانه ـ كما تقدم ـ يسري على كل شخص، شريكا أو غير شريك مديرا أو غير مدير، باشر تحت ستار الشركة أعمالا تجارية لحسابه الخاص وتصرف في أموالها كما لو كانت أمواله الخاصة. لذا فإن بعض الفقهاء الفرنسيين قالوا بالاستناد الى هذه الشروط، ان النص لا يعتبر تطبيقا للقواعد العامة ولا تقنينا لأحكام القضاء، بل أنه يضع جزاء مدنيا على كل من يستخدم اسم الشركة وأموالها لحسابه الخاص بالمخالفة لنظام الشركة ومصالح الشركاء الجماعية[١٣٢] أو أنه جزاء على سوء استعمال اسم الشركة وأموالها[١٣٣].

في حين يرى الرأي الغالب في النص تطبيقا للقواعد العامة في الصورية والاسم المستعار وما الشروط الواردة في النص سوى ضوابط لتطبيق هذه القواعد وينتقد الرأي السابق بقوله: انه لو صح ما يذهب اليه لانطبق النص لمجرد وقوع الموجب لتوقيع الجزاء أي شهر افلاس الشركة، في حين انه يجب أن تكون الشركة قد استخدمت كستار للتصرفات المذكورة بالنص، صحيح أن هذه التصرفات تعتبر خطأ ولكن ليس كل خطأ يؤدي الى تطبيق النص، كما لو ارتكب المدير مثلا خطأ جسيما دون قصد تحقيق صالح شخصي له[١٣٤].

---

(١٣٢) جان كوبر روبيه في تعليقه تحت نقض ٢١ يوليو ١٩٥٢ دالوز ١٩٥٢ ص٧٧٣.

(١٣٣) G.Lagard شروط افلاس مديري شركة المساهمة والشركة ذات المسؤولية المحدودة، مجلة الشركات ١٩٣٩، ص٢٦٩ رقم ١٣ أشار اليه علي جمال الدين، افلاس الشركة، المرجع السابق، ص٧٨١ هامش رقم (٢).

(١٣٤) Houin، في الافلاس، المرجع السابق، ص٥٩ Wecker المرجع السابق، ص٥٦ رقم ٢٩.

على أن الأخذ بأحد الرأيين يرتب نتائج لا تنطبق لو أخذ بالرأي الآخر[١٣٥]، من ذلك أن الأخذ بالرأي الراجح يؤدي الى أن الدعوى بمد الافلاس ليست جزاء خطأ، أي ليست دعوى مسؤولية، ولذلك تخضع لأحكام دعوى الافلاس لا لأحكام دعوى المسؤولية، ويجوز رفع هذه الدعوى من كل دائن وليس فقط من مدير التفليسة[١٣٦]، وأن المحكمة المختصة في نظر الدعوى هي محكمة شهر افلاس الشركة، وليس محكمة موطن المتخفي وراء الشركة كما تقضي دعوى المسؤولية[١٣٧]، كما لا تخضع هذه الدعوى للتقادم الخاص بدعوى المسؤولية ضد مديري الشركة[١٣٨].

وتطبيقات القضاء المصري، في هذا الشأن، أقرب الى الرأي الراجح الذي يرى في مد افلاس الشركة الى كل شخص اتخذ من الشركة ستارا لاخفاء نشاطه الخاص تطبيقا للقواعد العامة في الصورية والاسم المستعار[١٣٩].

---

(١٣٥) علي جمال الدين، افلاس الشركة، المرجع السابق، ص٧٨.

(١٣٦) من أحكام القضاء في منح الدائن هذا الحق، نقض فرنسي ٢١ يوليو ١٩٥٢، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٣ ص١٩٥، وتعليق مؤيد لـHouin.

(١٣٧) Wecker، المرجع السابق، ص٥٨ رقم ٥٠، محكمة استئناف انجرس ١٣ يوليو ١٩٥٦، المجلة الفصلية للقانون التجاري ١٩٥٨ ص٦١٤.

(١٣٨) محكمة السين التجارية ١٤ يونية ١٩٥٦، المجلة الفصلية ١٩٥٦ ص٦٩٤.

(١٣٩) من تطبيقات القضاء المصري في هذا الشأن، استئناف مصري مختلط ٢٠ فبراير ١٩٣٥، ب٤٧ ص١٦١، نقض مصري، المحاماة ٢٩ ص٣٤٤، أشار اليها علي جمال الدين، افلاس الشركة، المرجع السابق، ص٧٨٤ دون أن يذكر تاريخ الحكم.

الخاتمـــــــة

١٧ ـ تقدم ان الافلاس، كنظام قانوني للتنفيذ على أموال المدين الذي وقف عن دفع ديونه المستحقة الأداء بسبب اضطراب أعماله المالية، ينال كل من يكتسب قانونا صفة التاجر، شخصا طبيعيا كان أم شخصا معنويا. ومع أن المشرع أخضع افلاس الشركات التجارية الى الاحكام الخاصة بافلاس التاجر الفرد، وذلك بمقتضى نص المادة ٦٧٠ من قانون التجارة، غير أن المشرع أدرك اختلاف طبيعة الشركة كشخص معنوي عن التاجر الفرد كشخص طبيعي، فوضع أحكاما خاصة بافلاس الشركات في المواد من ٦٧٠ الى ٦٨٤ من قانون التجارة، تهدف الى معالجة الصعوبات القانونية التي تنشأ عن افلاس الشركات والتي لا وجود لها في حالة افلاس التاجر الفرد.

وقد اتضح لنا من خلال هذا البحث أن الصعوبات القانونية التي تثار بسبب افلاس الشركات تنشأ عن سببين، أولهما شخصية الشركة المعنوية المستقلة عن أشخاص الشركاء. وثانيهما الآثار المالية والشخصية التي تنال الشركاء، في بعض الأحيان وفي ظروف معينة، بسبب افلاس الشركة.

فمن حيث الشخصية المعنوية للشركة، فان المشرع لا يجيز ـ كما تقدم ـ اشهار افلاس الشركات التجارية الا اذا كان لها شخصية معنوية مستقلة عن اشخاص الشركاء. وهذا الشرط يثير صعوبات قانونية من ثلاث نواح، يرجع الأول منها الى أن بعض الشركات لا تكتسب الشخصية المعنوية كشركة المحاصة، والثاني منها بسبب بطلان الشركة أو انحلالها ومدى تمتعها بالشخصية المعنوية خلال الفترة السابقة على البطلان أو الانحلال، والثالث منها بالنسبة للشركات التي لها ـ في الظاهر ـ شخصية معنوية، ولكنها في حقيقة الأمر مملوكة لشخص واحد بسبب تملكه لكل الحصص أو الأسهم فيها، أو سيطرته عليها بحيث يباشر التجارة لحسابه متخفيا وراء الشركة ويتصرف في أموالها كما لو كانت أمواله الخاصة.

أما من حيث أثر افلاس الشركة على الشركاء، فان هذا الأمر يثير ـ كما لاحظنا ـ الكثير من الصعوبات القانونية، بسبب امتداد آثار الافلاس المالية والشخصية الى الشركاء أو المساهمين أو المديرين أو اعضاء مجلس الادارة، وذلك خلافا للأصل العام الذي يقتضي أن تقتصر آثار الافلاس على الشركة كشخص قانوني مستقل عن أشخاص الشركاء وهذا الخروج على الأصل العام، كان بسبب طبيعة بعض الشركات، أو بسبب عدم التزام الشركاء أو المساهمين أو القائمين على ادارة الشركة بالأحكام الخاصة بهذه الشركات، سواء تلك الأحكام التي تهدف الى حماية حقوق الغير الذي تعامل مع الشركة، أو تلك التي تهدف الى حماية حقوق الشركاء انفسهم.

وقد حاول المشرع وأحكام القضاء ـ على ما تقدم ـ الأخذ بحلول لمعالجة الصعوبات القانونية التي تنشأ عن افلاس الشركة توفق بقدر الإمكان بين مصالح الشركاء الذين اتخذوا من الشركة وسيلة لتحديد مسؤوليتهم عن ديون الشركة بحيث تقتصر هذه المسؤولية على قدر حصصهم أو أسهمهم في الشركة ولا تتعدى الى بقية العناصر الداخلة في ذمهم المالية، ونظام الافلاس الذى يهدف الى حماية حقوق الدائنين بتمكينهم من الحجز على جميع العناصر التى تشكل ذمة المفلس.

المراجـــــع

اولا : العربيـــــة : ـ

١ ـ د. ابو زيد رضوان، الشركات التجارية في القانون الكويتي المقارن، الكويت ١٩٧٨.

٢ ـ د. ابو زيد رضوان، شركات المساهمة وفقا لأحكام القانون (رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨٠) والقطاع العام، القاهرة ١٩٨٣.

٣ ـ د. احمد البسام، الشركات التجارية في القانون العراقي، بغداد ١٩٦٧.

٤ ـ د. احمد محمد محرز، القانون التجاري، جـ١، القاهرة ١٩٨٦.

٥ ـ د. اكثم امين الخولي، الموجز في القانون التجاري، جـ١، القاهرة ١٩٧٠.

٦ ـ انور طلبة، القانون المدني معلقا على نصوصه بآراء الفقه وأحكام القضاء، جـ١، القاهرة ١٩٧٥.

٧ ـ د. ثروت علي عبد الرحيم، شرح القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٥.

٨ ـ د. حسني المصري، القانون التجاري، الكتاب الثاني، شركات القطاع الخاص، القاهرة ١٩٨٦.

٩ ـ د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية وفقا للقانون الكويتي، رونيو، الكويت ١٩٧٥ ـ ١٩٧٦.

١٠ ـ د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، القاهرة ١٩٨٣.

١١ ـ د. طالب حسن موسى، الموجز في الشركات التجارية. بغداد ١٩٧٣.

١٢ ـ د. طعمة الشمري، قانون الشركات التجارية الكويتي، الكويت ١٩٨٥ ـ ١٩٨٦.

١٣ ـ د. عارف الخمصاني، الحقوق التجارية، جـ١، دمشق ١٩٦٦.

١٤ ـ د. علي البارودي، القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٧٥.

١٥ ـ د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الخامس، المجلد الثاني، القاهرة ١٩٦٢.

١٦ ـ د. علي جمال الدين، افلاس الشركة وأثره على مراكز الشركاء،مجلة القانون والاقتصاد، يصدرها اساتذة كلية الحقوق بجامعة القاهرة، العدد ٣٤ لسنة ١٩٦٤ ص٦٨٣.
١٧ ـ د. علي يونس، القانون التجاري الكويتي، رونيو، الكويت ١٩٧٠.
١٨ ـ د. عزيز العكيلي، الموجز في شرح قانون التجارة الكويتي، الكويت ١٩٧٨.
١٩ ـ د. عزيز العكيلي، شرح قانون التجارة الكويتي الجديد، رونيو، الكويت ١٩٨١.
٢٠ ـ د. عزيز العكيلي، النظام القانوني لتصرفات المفلس خلال فترة الريبة، في قانون التجارة الكويتي، مجلة الحقوق، تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة السادسة، العدد الرابع، ديسمبر ١٩٨٢، ص١١.
٢١ ـ د. عزيز العكيلي، تعيين تاريخ الوقوف عن الدفع في حكم الافلاس، تعليق على حكم المحكمة الكلية في ١٨ / ١٠ / ١٩٨٤، مجلة الحقوق تصدرها كلية الحقوق بجامعة الكويت، السنة التاسعة، العدد الأول، مارس ١٩٨٥، ص٢٤٨.
٢٢ ـ د. عزيز العكيلي، احكام الافلاس في قانون التجارة الجديد رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠، الكويت ١٩٨٧.
٢٣ ـ د. فايز نعيم رضوان، محاضرات في الشركات التجارية، المنصورة ١٩٨٦.
٢٤ ـ د. مفلح عواد القضاة، الوجود الواقعي والقانوني، للشركات الفعلية، القاهرة ١٩٨٥.
٢٥ ـ د. محسن شفيق، القانون التجاري المصري، جـ٢ في الافلاس، الاسكندرية ١٩٥١.
٢٦ ـ د. محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري، جـ٣، الاسكندرية ١٩٥٧.
٢٧ ـ د. محسن شفيق، القانون التجاري الكويتي، الكويت ١٩٧٢.
٢٨ ـ د. محمد صالح، الافلاس، القاهرة ١٩٤٨.

٢٩ ـ د. محمد سامي مدكور ود. علي يونس، الافلاس، القاهرة ١٩٥٦.
٣٠ ـ د. محمود سمير الشرقاوي، الشركات التجارية في القانون المصري، القاهرة ١٩٨٦.
٣١ ـ د. مصطفى كمال طه، القانون التجاري، الاسكندرية ١٩٨٠.
٣٢ ـ د. مصطفى كمال وصفي، بطلان الشركات المساهمة، مجلة ادارة قضايا الحكومة، السنة الخامسة، العدد الثالث يوليو سبتمبر ١٩٦٢، ص٥.
٣٣ ـ د. مرتضى نصر الله، الشركات التجارية، بغداد ١٩٦٩.
٣٤ ـ د. وجدي راغب، مذكرات في مبادىء التنفيذ القضائي وفقا لقانون المرافعات الجديد، رونيو، الكويت ١٩٨٠ ـ ١٩٨١.
٣٥ ـ د. وجدي راغب، مذكرات في مبادىء القضاء المدني الكويتي وفقا لقانون المرافعات الجديد رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، الكويت ١٩٨٢.

ثانيا : المراجع الأجنبية

Artz (J.F.):
L'extension du reglement judiciaire ou de la liquidation des biens aux dirigeants sociaux. Revue trimestrille de droit Commercial. 1975. P. 42.

Bastian (D):
La situation des societes commerciales avant leur immatriculation au registre du commerce. Paris. 1968

Blanc Jouvan (X):
La revelation aux tiers de la societe en participation. Revue trimestrille de droit commercial. 1959. P. 949.

Caby:
Les societes a responsabilite limitee. La Caire. 1957.

Calais-Auloy:
Essai sur la notion d'apparence en droit commercial. these. Montpellier. 1956

Cotin (R.):
La responsabilité civile des dirigeants en cas de reglement judiciaire ou de liquidation des biens de la société. Revue jurisprudence commerciale. 1979. P. 245 et 285.

Derrida (F.):
De solidarite commerciale. Revue trimestrille de droit commercial. 1953. P. 389.

Escarra (J):
Cours de droit commercial. Sirey. Paris. 1952.

Escarra et Rault:
Traite theorique et pratique de droit commercial. Les societes. Paris. 1950.

Hamel et Lagarde:
Droit Commercial. T.I. 2 éd . Dalloz 1954.

Hémard (Joseph):
Theorie et pratique des nullites de societé et des societe de fait. 2 éd.. 1928

Jauffret (A):
Manual de droit commercial. Paris. 1973.

Lacour:
Précis de droit commercial, Dalloz, Paris, 1955.

Lagard:
Cours de droit commercial, Paris, 1965.

Lgeais (R.):
L'extension de la faillite sociale. Revue trimestrille de droit commercial. 1957, P. 289.

Lyon-Caen:
Note au Sirey, 1888-2-1.

Lyon-Caen et Renault:
Droit commercial, T.2, et T.8, Paris, 1936.

Nectoux (Jean):
Théorie des apports, les Lapports Fictifs, Juris-Classeaur des sociétés. Fasc. 12.

Percerou et Desserteaux:
des faillités et banqueroutes, t. 3, 1937.

Pic:
La faillite de société.

Pic:
La prohibition d'immixtion au commanditaire, Dalloz H. 1933, P. 3

Pic et Kréhro:
Traité de société 1940 - 1948.

Ripert et Roblot:
Traité élémentaire de droit commercial, T.I, 6 éd., Paris, 1968.

Rubin de Couder:
Dictionnaire de l'industrie et du commerce.

Rives (G):
Le sort des sociétés de fait depuis la réforme des sociétes commerciales. Revue, trimestrillee de droit commercial, 1969, P. 407.

Temple (Henri):
Société de fait, Paris, 1975.

Wecker:
Le condition de l'extension de la faillite, Gazette de Palais, 1951, 2 doct., P. 53.