النطاق الموضوعي لغل يد المفلس

د. حسين يوسف غنايم
كلية الشريعة والقانون
جامعة الإمارات العربية المتحدة

من المعلوم أن غل يد المفلس يترتب بحكم القانون وبمجرد صدور حكم الافلاس . ولما كان نظام الافلاس يستهدف حماية حقوق الدائنين وتحقيق المساواة بينهم ، فقد كان لزاما أن يتجسد هذا الغل في عدة صور وصولا لتحقيق تلك الغاية ، فينبغي أن يمنع المفلس من ادارة أمواله أو التصرف فيها باعتبار هذه الأموال هي الضمان العام للوفاء بديون الدائنين ، وينبغي كذلك أن يحال بين المفلس ومباشرة بعض الأعمال خشية أن يؤدي السماح له بمباشرتها الى الاضرار بحقوق الدائنين . وتستتبع حماية حقوق الدائنين أخيرا منع المفلس من التقاضي بشأن هذه الأموال ، اذ يمكن أن يؤدي القول بغير ذلك الى اهدار قصد المشرع ، حيث من السهولة بمكان أن يصل المفلس للاضرار بالدائنين - فيما لو سمح له بحق التقاضي - عن طريق تواطئه مع المدعى وتسليمه بكل ما يدعيه ، أو اهماله في التنفيذ على أموال مدينه ، أو تخلفه عن حضور الجلسات لتمكين الخصم من استصدار حكم ضده .

وعلى ذلك ، فان النطاق الموضوعي لغل اليد يمتد ليشمل الأموال والأعمال (١) وحق التقاضي الأمر الذي يستلزم تناول كل منها في مبحث مستقل.

---

(١) يرى الاستاذ علي الزيني استخدام اصطلاح " بطلان أعمال المفلس " بدلا من اصطلاح " بطلان تصرفات المفلس "استنادا الى أن البطلان يشمل أعمالا ليست من قبيل التصرفات بمعناها القانوني ، فالتصرف عبارة عن عمل ارادي يصدر من الشخص بقصد تغيير موقفه القانوني ازاء الغير كالعقد ، فلو استعملنا لفظ " تصرف " لفهم من ذلك أن البطلان مقصور على التصرفات التعاقدية التي يجريها المفلس في ماله بعد شهر افلاسه ، في حين أن دائرة البطلان أوسع من ذلك اذ تشمل كل عمل مقصود أو غير مقصود يقلل من ضمان الدائنين .
أنظر : علي الزيني ، أصول القانون التجاري ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، مكتبة النهضة المصرية ١٩٤٦ رقم ٢٠٢ صفحة ٢٢٣ . ومع تسليمنا بأفضلية اصطلاح " أعمال المفلس " على اصطلاح " تصرفات المفلس " إلا أننا نرى أن ما يلحق بأعمال المفلس أو تصرفاته لا يعتبر بطلانا

وستتمحور دراستنا هذه حول ما يجرى عليه العمل في دولة الامارات العربية المتحدة بصفة خاصة (١) مع الاشارة لما يجري عليه العمل في بعض الدول العربية والأجنبية بصفة عامة ، وذلك مع التركيز على المقارنة بأحكام الشريعة الاسلامية التى كان لها الفضل الكبير في ترسيخ الكثير من أحكام الافلاس على النحو الذى تعرفه التشريعات الحديثة . والله أسأل أن يلهمنى الصواب فيما أنا ذاهب اليه .

= وانما هوعدم نفاذ في مواجهة جماعة الدائنين علما بأن البعض يعتبر تصرف المفلس موقوفا على اجازة الدائنين فان أجازوه نفذ والا بطل : انظر هاشم محمد مهنا الأهلية والمجالس الحسبية في مصر مطبعة الضياء الطبعة الأولى ١٣٥٤ هـ ١٩٣٥ م رقم ١١٤٣ ص ٥٠١ .

(١) على الرغم من تمحور الدراسة حول النصوص القانونية في دولة الامارات العربية المتحدة إلا أن القارىء يلاحظ خلوها من أحكام القضاء ، وواقع الأمر أننى بذلت جهدا أملا في العثور على أحكام تتعلق بالافلاس بصفة عامة وبغل اليد بصفة خاصة ، ولم يحالفنى الحظ في العثور حتى على حكم واحد ، سواء في مجموعات الأحكام الصادرة في دولة الامارات أم في المجلات المتخصصة ، ولا حتى في مجموعات الأحكام غير المنشورة الموجودة لدى المحكمة الاتحادية العليا . ويبدو أن التهيب من مفاعيل حكم الافلاس الاقتصادية والاجتماعية يحفز أطراف المنازعات التجارية على الوصول الى تسويات ودية خارج نطاق المحاكم .

المبحث الأول
أمـــوال المفلـــــس

من الطبيعي أن تكون أموال المفلس الركن الأساسي الذى ينصب عليه غل يده بحيث يحال بينه وبين التصرف فيها أو ادارتها ، باعتبار هذه الأموال هى الضمان العام للوفاء بديون الدائنين ، ولكن الواقع أنه يمكن تصنيف هذه الأموال الى فئتين : فئة مشمولة بغل اليد ، وأخرى غير مشمولة به ، الأمر الذى يستلزم تناولها في مطلبين نخصص الأول منهما للأموال المشمولة بغل اليد ، بينما نخصص المطلب الثانى للأموال غير المشمولة به .

المطلب الأول
الأموال التى يشملها غل اليد

طبقا للمادة ٦٨٩ /١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتى ، فان منع المفلس من الادارة والتصرف يشمل جميع الأموال التى تكون ملكا له في يوم صدور حكم اشهار الافلاس ، والأموال التى تؤول اليه ملكيتها وهو في حالة الافلاس (٣) .

---

(٣) تقابلها المواد ٣٧ افلاس بحريني و ٦٠٤ تجارة عماني و ٥٧٨ / ١ تجارة كويتي و ٢١٦ تجارة مصري و ٥٠١ تجارة لبناني و ١٤ و ١٥ تجارة فرنسي و ٣٢٧ تجارة أردني و ٦١٧ تجارة سوري . وتجدر الاشارة الى أن القانون الالماني يحصر أثر الافلاس في الأموال الموجودة وقت التفليسة فقط . انظر : شكرى أحمد السباعي الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن ، الجزء الثالث ، مكتبة المعارف للنشر والتوزيع ، الرباط ١٩٨٦ صفحة ٣١٠ ، وهو ما أخذت به مجلة الأحكام العدلية اذ تقضى المادة ١٠٠١ منها بأن " الحجر للدين يؤثر في مال المديون الذى كان موجودا في وقت الحجر فقط ، ولا يؤثر في المال الذى تملكه بعد الحجر " .

وهكذا ، فان غل اليد يشمل الأموال الحاضرة والمستقبلة للمدين المفلس ، وسواء كانت منقولة أم عقارية ، مادية أو معنوية ، متعلقة بالتجارة أو غير متعلقة بها . وهذا أمر طبيعي لأن غل اليد يعتبر بمثابة حجز عام على ذمة المفلس التي تشكل الضمانة للوفاء بديونه ، ومعلوم أن الذمة المالية لا تتجزأ .

وبناء على ذلك ، فاذا تلقى المفلس تعويضا عن استملاك بعض عقاراته ، أو تلقى تعويضا عن ضرر ألحقه به الغير ، وسواء كان الضرر ماديا أو أدبيا ، وسواء نتج عن جرم أو شبه جرم - ولو في وقت لاحق لغل اليد - وسواء تقررت مبالغ التعويض المستحقة له رضاء أم قضاء ، فانه يعتبر مشمولا بغل اليد (٤) .

ومن جانب آخر ، فان غل اليد يشمل التعويض الذى يتلقاه المفلس بعد شهر افلاسه بناء علي عقد تأمين سبق له ابرامه قبل شهر افلاسه ، على أن يكون المستفيد من العقد هو شخصيا ، علما بأن محكمة النقض الفرنسية قد تبنت ذلك أيضا بالنسبة لعقد التأمين الذى يبرمه المفلس لمصلحته بعد الحكم باشهار افلاسه (٥) . وعلة ذلك أن مبلغ الضمان يكون من حق جماعة الدائنين في حال وفاة المضمون ، وسواء حصلت الوفاة قبل صدور الحكم باشهار الافلاس أو بعد ذلك ، وما يقال عن التأمين على الحياة ينطبق كذلك على التأمين المعقود ضد الحوادث (٦) .

وعلى الرغم من أن المبدأ العام يقضى بشمول منع المفلس من الادارة

---

(٤) انظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الافلاس ، بيروت ، الطبعة الأولي ١٩٨٦ صفحة ٢٢٣ .

(٥) انظر : Cass civ . 6 November 1940 , s . 1941 , 1 , 48 .

(٦) لا يشمل غل اليد التعويضات المستحقة للغير عن عقد تأمين أبرمه المفلس لصالح ذلك الغير ، وسيأتى تفصيل ذلك لدى الحديث عن الأموال غير المشمولة بغل اليد .

والتصرف جميع أمواله الحاضرة والمستقبلة الا أن الأمر يدق بالنسبة لبعض هذه الأموال كتلك التى تؤول اليه بسبب مباشرته تجارة جديدة أو تؤول اليه بسبب الارث أو الهبة أو الوصية وذلك نظرا لأن قاعدة غل يد المفلس عن ادارة أمواله والتصرف فيها ليست مطلقة (٧) مما يستلزم القاء مزيد من الضوء على هذه الأموال .(٨)

أ- الأموال التى تؤول للمفلس بسبب مباشرته تجارة جديدة : من المعلوم أن اشهار الافلاس لا يعدم أهلية المدين أو ينقصها ، كما أن غل يده عن ادارة أمواله والتصرف فيها قد يمتد لفترة طويلة ، ولذا فقد استقر الرأي على أن من حقه أن يستغل قدراته في مباشرة نشاط يدر عليه دخلا ، وقد ذهب بعض الفقهاء المسلمين الى أبعد من ذلك حيث يرون أن للحاكم اجبار المفلس المحترف كالحداد والنجار والحائك على الكسب وتأجير نفسه ليفى بدينه (٩) . وهكذا ، فقد يلجأ أمين التفليسه الى توظيف المفلس ذاته في محله التجارى نظير أجر (١٠) ، وهو وضع يعود بالنفع على المفلس وعلى الدائنين في نفس الوقت ،

---

(٧) انظر : حسن رسمى سليم ، الموجز في شرح القانون التجارى المصرى الطبعة الثانية مكتبة الآداب بالجماميز ١٩٥٢ رقم ١٢٨ صفحة ١٧٨ .

(٨) انظر الزميل حسنى المصرى ، القانون التجارى ، الافلاس ، الطبعة الأولى ١٩٨٨ رقم ١٣٣ صفحة ١٦٦ .

(٩) انظر : مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى تاليف الشيخ مصطفى السيوطي الرحيبانى ، الجزء الثالث المطبوع على نفقة الشيخ على بن عبد الله آل ثانى ، منشورات المكتب الاسلامى بدمشق ، بدون تاريخ صفحة ٣٩٧ .

(١٠) في القانون الانجليزى يمكن للأمين Trustee باذن من لجنة التفتيش Committee of inspection أن يعين المفلس ذاته لادارة ممتلكات التفليسة أو أى جزء منها لصالح دائنيه . انظر : Williams and Muir Hunter , The Law and Practice in Bankruptcy 19 th ed . by Muir Hunter , London , stevens and sons 1979 , p . 408 .

فبالنسبة للمفلس ، فان ذلك يشكل فرصة للاشتراك في ادارة محله ، ولو بوصفه مستخدما ، مما يؤدي للاحتفاظ بالعملاء ويحول دون تشتتهم ، الأمر الذى يعود عليه بالنفع فيما لو انتهت التفليسة بالصلح وعاد لادارة محله ، وبالنسبة للدائنين فان عمل المفلس في المحل يبقي على العملاء مما لا يؤدى الى هبوط قيمته عند بيعه اذا انتهت التفليسة بالاتحاد .

وهنا يخرج الأجر الذى يستحقه المفلس من نطاق غل اليد ، ويكون المفلس حرا في التصرف فيه ، والقول بغير ذلك يؤدى بأمين التفليسة أن يسلب بيد مامنحه باليد الأخرى (١١) .

هذا ، ومن الممكن أن يتمثل عمل المفلس في مباشرة التجارة حتى لو كانت من نوع التجارة التى أخفق فيها (١٢) ، ولكن حق المفلس في مباشرة أي نشاط مقيد بعدة ضوابط أهمها عدم استعمال أموال التفليسة في مزاولة التجارة الجديدة لئلا يؤدى ذلك لانقاص الضمان العام للدائنين ، كما أنه مقيد بضرورة ألا تكون التجارة الجديدة منافسة لتجارته القديمة ، كما لو أقامها على مقربة من متجره الأول فصرف عنه العملاء وانخفضت قيمته (١٣).

---

(١١) انظر : محسن شفيق ، القانون التجارى الكويتى ، مطبوعات جامعة الكويت ، الكويت ١٩٧٢ رقم ٨٨ صفحة ٤١٦ . ويرى الفقهاء المسلمون أن حق الفرماء انما ينصب على فضل كسبه فقط . انظر : نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر ، وهى تكملة فتح القدير لابن الكمال ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية ، دار الفكر ١٣٩٧ ه ١٩٧٧م صفحة٢٧٧ .

(١٢) وفقا للمادة ٦٩٥ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتى فانه يجوز للمفلس - باذن من قاضى التفليسة أن يمارس تجارة جديدة بغير أموال التفليسة ، ويكون للدائنين الذين نشأت ديونهم بمناسبة هذه التجارة الأولوية في استيفاء حقوقهم من تلك التجارة . وتقابلها المواد ٤٢ افلاس بحرينى و ٦١٤ تجارة عمانى و ٥٩١ تجارة كويتى .

(١٣) انظر : محسن شفيق ، القانون التجارى الكويتى ، المرجع السابق رقم ٨٧٩ صفحة ٤١٦ .

ومما يبرر السماح للمفلس بمباشرة تجارة جديدة أن ذلك لا يضر بجماعة الدائنين حيث أن الأموال اللازمة لهذه التجارة لا تقتطع من التفليسة وانما يحصل عليها المدين المفلس عن طريق الاقتراض مثلا (١٤) ، كما أن المقرض لا يدخل في التفليسة ، حيث لا يحتج على جماعة الدائنين بالتصرفات التى يجريها المفلس بعد اشهار افلاسه . ومن جانب آخر ، فقد تترتب على التجارة الجديدة فائدة لجماعة الدائنين ، اذ قد يستغنى المفلس عن المطالبة بنفقة له ولعياله من أموال التفليسة وينفق مما يحققه من أرباح من تلك التجارة (١٥)

ويثور التساؤل هنا عن مدى حق المفلس على الأرباح التى تنتج من تجارته الجديدة ، فهل تدخل ضمن ذمته المالية وبالتالى تكون مشمولة بغل اليد أم لا ؟

الراجح أن غل اليد لا يشمل أموال التجارة الجديدة وانما يشمل الأرباح الناتجة عنها منقوصا منها ما يكفي لنفقة المفلس ونفقة عياله (١٦) . وبهذا أخذت الفقرة الثانية من البند هـ من المادة ٦٨٩ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتى (١٧) اذ قضت بما يلى " وكذلك لا يشمل المنع الأرباح التى يمكن أن يحوزها المفلس بنشاطه أو صناعته وذلك على قدر ما يعتبره القاضى متناسبا مع حاجة المفلس لاعالة نفسه واسرته " . وعليه ، فان ما يتجاوز نطاق حاجة المفلس من الأرباح يدخل في الضمان العام للدائنين .

---

(١٤) لاحاجة لحصول المفلس على موافقة قاضى التفليسة على مثل هذا الاقتراض حيث أنه يقع خارج نطاق التصرفات المشمولة بغل اليد . انظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، المرجع السابق رقم ٨٧٩ صفحة ٢٣٦ .

(١٥) انظر : علي حسن يونس ، الافلاس في القانون التجارى المصرى ، دار الفكر العربي ١٩٥٧ رقم ١٣٢ صفحة ١٤١ .

(١٦) انظر : Escarra (J.) Cours de droit Commercial, librairie de recueil , Sirey , Paris 1952 , pp . 1076 , 1077 .

(١٧) مطابقة للمواد ٦٠٥ تجارة عمانى و ٥٠٢ تجارة لبنانى و ٣٢٨ من قانون التجارة الأردنى رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ الا أن المشرعين البحرينى والكويتى لم ينصا على ذلك .

وغني عن القول انه يجوز لأمين التفليسه أن يراقب أعمال المفلس في تجارته الجديدة حفاظا على حقوق جماعة الدائنين ، فاذا عمد هذا المفلس مثلا لبيع مؤسسته التجارية الجديدة ، فمن حق أمين التفليسة الحجز على الثمن تحت يد المشترى تمهيدا لادخاله في أموال التفليسة مع مراعاة اقتطاع ما يلزم من نفقة للمفلس ولأفراد عائلته من أصل الأرباح الناتجة عن التجارة الجديدة ، واقتطاع ما يكفي للوفاء بالديون المترتبة على التجارة الجديدة من ذلك الثمن . والقول بغير ذلك يؤدى لأن تحقق التفليسة كسبا غير مشروع على حساب الأشخاص الذين منحوا المفلس ثقتهم وتعاملوا معه في تجارته الجديدة معولين على استيفاء حقوقهم من أموال التجارة الجديدة (١٨) .

وهكذا ، فان الدائنين الجدد الذين نشأت ديونهم أثناء مباشرة المفلس لتجارته الجديدة يتمتعون بالنسبة للدائنين القدماء – على هذه التجارة – بحق الأولوية Droit de preference ويعتبرون بالنسبة لأموال التجارة الجديدة دائنين لجماعة الدائنين Creanciers de la masse وليسوا دائنين في التفليسة Creanciers dans la masse (١٩) الا أنه لا يحق لهؤلاء الدائنين الجدد الاشتراك في التفليسة القائمة حيث لا يحتج في مواجهة دائني التجارة القديمة بالتصرفات التى يجريها المفلس بعد شهر الافلاس .

ولكن لنفرض أن المركز المالى للمفلس قد اضطرب بالنسبة لتجارته الجديدة ، فهل يمكن اشهار افلاسه مرة أخرى وقبل انتهاء تفليسته الأولى ؟ وما هى مفاعيل الافلاس الجديدةفيما لو حصل ؟

---

(١٨) انظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، المرجع السابق صفحة ٢٢٨ .

(١٩) قضى تطبيقا لذلك بأن " تجريد المفلس من أمواله لا يمنع كمبدأ من قيامه بمزاولة تجارة جديدة بغير تصريح أو اشراك من أمين التفليسة ، فاذا استدان المفلس في تجارته الجديدة ، فللدائنين اللاحقين للتفليسة الحق في المطالبة بدفع ديونهم من المال الجديد بطريق الأفضلية على دائني التفليسة الذين لا يكون لهم حق الا فيما يبقى من المال بعد ايفاء ديون هؤلاء الدائنين " انظر استئناف مختلط ١٣ يوليو ١٩٣٤ المحاماة السنة ١٦ رقم ٩٩ صفحة ٢٣٥ .

وانظر على حسن يونس ، الافلاس في القانون التجارى المصرى ، المرجع السابق رقم ١٣٢ صفحة ١٤٣ .

ذهب رأي الى أن اشهار افلاس التاجر مرة أخرى يتعارض مع مبدأ وحدة الافلاس الذى يقضى بعدم جواز ورود الافلاس على افلاس Faillite sur faillite ne vaut Cumal de faillites مما يؤدى لتعدد التفليسات وبالتالى للاخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين . ولكننا نرى أن الحظر انما ينصب على عدم السماح للدائنين المتصالحين مع المدين المفلس بطلب افلاس ذلك المدين ثانية اذا حدث ولم يف بديون الصلح تطبيقا لمبدأ عدم اشهار افلاس التاجر مرتين من أجل نفس الديون . أما اذا باشر التاجر المفلس تجارة جديدة ونشأت بمناسبة مباشرتها ديون جديدة وتوقف عن دفعها ، فلا يوجد ما يمنع من اشهار افلاسه ، وهذا ما أخذ به القضاء الفرنسي في حكم لمحكمة النقض الفرنسية في ١٩٣٩/١/٣٠ ، (٢٠) ثم درج هذا القضاء على جواز اشهار افلاس المفلس مرة أخرى اذا حدث وتوقف عن دفع ديونه المرتبة على التجارة الجديدة بحيث تنشأ تفليسة جديدة مستقلة تماما عن التفليسة القائمة ، وعندها لا يدخل دائنو التجارة الجديدة في التفليسة القائمة وانما يدخلون في التفليسة الجديدة وتوزع أموالها عليهم قسمة غرماء لأنهم اعتمدوا في تعاملهم مع التاجر على أمواله المشغلة في التجارة الجديدة (٢١) ، واذا بقى شيء من هذه الأموال بعد تسوية ديونهم دخل ضمن أموال التفليسة القائمة واشترك فيه دائنو التجارة القديمة (٢٢) .هذا ، وقد اتجهت محكمة النقض الفرنسية الى حل آخر مقتضاه أن دائنى التجارة القديمة يدخلون في التفليسة الجديدة بما تبقى لهم من ديون لم يتم استيفاؤها من أموال التفليسة القائمة بحيث يشتركون مع دائني التجارة الجديدة في أموال التفليسة الجديدة وتوزع حصيلتها عليهم

---

(٢٠) أشار لذلك شكرى أحمد السباعى ، الوسيط في القانون التجارى المغربي والمقارن المرجع السابق صفحة ٣٠٨ .

(٢١) انظر : محمد صالح بك ، شرح القانون التجارى ، الافلاس ، الجزء الرابع ، الطبعة الرابعة ، دار الطباعة المصرية ١٣٥٩ هـ ١٩٤٠ م رقم ٦١ صفحة ٨٤ .

(٢٢) Lacour (L.) precis de droit commercial , 9e edition par J. Morandiere , Librairie Dalloz , paris 1955 , p . 454 .

قسمة غرماء (٢٣) .

والملاحظ أن هذا الحل الآخر الذى اتجهت اليه محكمة النقض الفرنسية هو ما ذهب اليه الحنابلة اذ يرون أنه " متى أعيد الحجر على المفلس لديون تجددت عليه ، شارك غرماء الحجر الأول غرماء الحجر الثانى ، الا أن الأولين يضربون ببقية ديونهم والآخرين يضربون بجميعها " .(٢٤)

ويري المالكية أن الدائنين السابقين لا يزاحمون الدائنين الجدد – فيما يعود على المدين المفلس من أموال التجارة الجديدة – ما لم يفضل منها شيء بعد استيفاء الدائنين الجدد لديونهم ، اذ عندها يمكن للدائنين القدماء أخذ هذه البقية . أما اذا استجد للمفلس ما ل عن غير طريق التجارة الجديدة ، كما لو نجم ذلك عن ارث أو وصية أو ارس جناية ، فللدائنين السابقين مزاحمة اللاحقين بالنسبة اليه ، فقد ورد في كتاب الكافى " ومن فلس ، وقسم ماله بين غرمائه ، ولم يقم بما لهم عليه ، ثم داينه آخرون وفلس ثانية فالذين داينوه ثانية أولى بما في يديه ولا يدخل معهم الأولون ، فان فضل شيء من حقوقهم ، تحاص فيه الأولون " (٢٥) .

---

(٢٣) انظر : Cass . civ ., 22 Novembre 1887 , D . P. 88 . 1 . 326 , cite par Lacour et Morandiere , Ibid .

وهو نفس ما ذهب اليه المالكية على النحو الذى سنوضحه بعد حين .

(٢٤) انظر : المغنى ويليه الشرح الكبير للامامين موفق الدين ابن قدامى وشمس الدين ابن قدامى المقدسي ، دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع . بيروت لبنان ١٤٠٣ هـ ١٩٨٣ صفحة ٥٠٢ . وانظر : مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهي ، المرجع السابق صفحة ٣٩٩ وانظر : كشاف القناع عن متن الاقناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي ، الجزء الثالث . مطبعة الحكومة بمكة ١٣٩٤ هـ صفحة ٤٣ .

(٢٥) انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكى تاليف الحافظ الفقيه أبو عمر بن عبد البر النمرى القرطبي تحقيق محمد محمد أحيد ماديك الموريتانى الجزء الثانى مطبعة حسان القاهرة ١٣٩٩ هـ ١٩٧٩ م صفحة ١٥٩ .

أما بالنسبة للدائنين الذين تنشأ حقوقهم بعد شهر الافلاس وتكون منبتة الصلة بالتجارة الجديدة ، ففنى عن القول انهم لا يملكون حقا على أموالها ، كما لا يملكون الحق في الدخول في التفليسة القائمة بسبب غل اليد .

ب- الأموال التى تؤول للمفلس بسبب الهبة أو الارث أو الوصية :

قد يحدث أن تؤول أموال الى المفلس بعد شهر افلاسه عن طريق الهبة ، فمما لا شك فيه أن هذه الأموال تكون مشمولة بغل اليد وفقا للمبدأ الذى يقضى بشمول منع المفلس من الادارة والتصرف جميع أمواله الحاضرة والمستقبلة ، ولكن يستثنى من ذلك حالة كون هذه الهبة مخصصة لتجارته الجديدة ، فعندها لا تكون مشمولة بغل اليد الا في حالة الاتحاد .

كما قد يحدث أن تؤول الى المفلس - بعد شهر افلاسه - أموال عن طريق الارث أو الوصية ، وهنا أيضا تصبح هذه الأموال مشمولة بغل اليد وفقا للمبدأ السابق ، مع مراعاة المبدأ المستقر في الشريعة الاسلامية الغراء والذى يقضى بأن لا تركة الا بعد سداد الديون . وبناء على ذلك قضت المادة ١/٦٩٠ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتى بأنه " اذا آلت الى المفلس تركة لم يكن لدائنيه حق على أموالها الا بعد أن يستوفى دائنو المورث حقوقهم من هذه الأموال (٢٦) .

وعليه فان حق دائني التفليسة لا يتعلق بنصيب المفلس من التركة الا بعد أن يستوفي دائنو المورث حقوقهم منها ، بمعنى أن دائني المفلس لا يزاحمون دائني التركة في اقتضاء حقوقهم من أموالها ، وانما ينبغى أن يستوفي دائنو التركة حقوقهم أولا ، فان تبقى من أموال التركة شيء دخل ضمن أموال التفليسة وشمله غل اليد ، علما بأنه لا يجوز قسمة التركة بعد سداد

---

(٢٦) تقابلها المواد ١/٣٨ افلاس بحرينى و ١/٥٧٩ تجارة كويتى و ٢١٦ تجارة مصرى .

ديونها بين الورثة أو الموصى لهم الا باشتراك أمين التفليسة استنادا الى أن نصيب المفلس من هذه الأموال مشمول بغل اليد ، ولذا قضت المادة ٢/٦٩٠ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتى بأن " يتولى أمين التفليسة ، وباشراف قاضيها ، تصفية أموال التركة التى آلت الى المفلس ، ووفاء ما عليها من ديون ، وتوقف جميع الدعاوى المتعلقة بأموال التركة واجراءات التنفيذ عليها بمجرد صدور حكم شهر الافلاس الى أن تتم تصفية التركة (٢٧) "

وفي الشريعة الاسلامية ، يرى فريق من الفقهاء المسلمين أنه اذا آل للمفلس - بعد الحجر عليه وقبل فك ذلك الحجر - مال من صدقة أو هبة أو وصية أو ارث ، فان الحجر عليه يتعدى الى هذا المال الحادث ، اذ يمنع من التصرف فيه أيضا . وهذا ما ذهب اليه الحنابلة فقد ورد في مطالب أولى النهي " ويتعلق بالحجر عليه أحكام أربعة أحدها تعلق حق غرمائه بماله الموجود والحادث بنحو ارث " (٢٨) وهو الراجح لدى الشافعية فقد ورد عنهم القول " والأصح تعدى الحجر الى ما حدث بعده بالاصطياد والوصية والشراء " (٢٩) .

بينما يرى فريق آخر عدم تعدى الحجر الى المال الحادث ، واختصاصه بالمال الموجود عند وقوع الحجر فقط ، الأمر الذى يؤدي لنفاذ تصرفات المفلس المتعلقة بهذا المال . وهذا هو رأي المالكية ، فقد ورد عنهم القول عن المفلس "

---

(٢٧) تقابلها المواد ٢/٣٨ افلاس بحرينى و ٢/٥٧٩ تجارة كويتى .

(٢٨) انظر : مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى ، المرجع السابق صفحة ٣٧٤ ، وانظر : كشاف القناع من متن الاقناع ، المرجع السابق صفحة ٤١١ . .

(٢٩) انظر : شهاب الدين القليوبي والشيخ عميرة ، فقه مذهب الامام الشافعي الجزء الثانى دار احياء الكتب العربية مطبعة عيسى البابى الحلبي ، بدون تاريخ صفحة ٢٨٨ .

فان تجدد له مال كان له التصرف فيه حتى يحجر عليه فيه " (٣٠) وفيما يتعلق بالتزاحم بين الدائنين القدامى والدائنين الجدد على الأموال التى يملكها المفلس بعد افلاسه عن طريق هبة أو ميراث أو ارش جناية أو وصية فيرى المالكية أن الأولين والآخرين بالنسبة اليها سواء (٣١) .

---

(٣٠) انظر : حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي الجزء الثالث مطبعة عيس البابى الحلبي بدون تاريخ صفحة ٣٦٨ ، وفي موضع آخر نجد للمالكية رأيا يقضى بأن المفلس لا يجبر على قبول الهبة أو الوصية ، أما ان قبلهما طائعا فان حق الغرماء يتعلق بهما ، أنظر الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، المرجع السابق صفحة ١٦٠ .

(٣١) انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، المرجع السابق صفحة ١٥٩ .

المطلب الثاني
الأموال غير المشمولة بغل اليد

من المعلوم ان غل يد المفلس لا يشمل إلاّ حقوقه المالية ، أما حقوقه الشخصية والاموال التى تكون في حيازته وتثبت ملكيتها لغيره فتخرج عن نطاق غل اليد ، وقد أشارت لهذه الفئة من الأموال والحقوق المادة ٦٨٩ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي (٣٢) في بندها الثاني الذى جاء نصّه على النحو التالي :

" ومع ذلك لايشمل المنع من الإدارة والتصرف ما يلي :

أ - الأموال التي لايجوز الحجز عليها قانونا والاعانة التي تتقرر له .

ب - الأموال المملوكة لغير المفلس .

جـ - الحقوق المتعلقة بالأحوال الشخصية للمفلس

د - التعويضات التى تستحق للمستفيد في عقد تأمين صحيح أبرمه المفلس قبل صدور حكم إشهار الافلاس ، ومع ذلك يلتزم المستفيد بأن يردّ للتفلسية أقساط التأمين التى دفعها المفلس ابتداء من التاريخ الذي عينتّه المحكمة للتوقف عن الدفع (٣٣) مالم ينص القانون على غير ذلك .

هـ - الحقوق التى تتعلق بشخص المفلس أو بصفته رب أسرة أو الحقوق التى تتناول مصلحة أدبية محضة .

وقبل الخوض في تفصيلات الأموال غير المشمولة بغل اليد نود أن نشُير الى أن المواد ٣٧ إفلاس بحرينى و ٦٨٩ معاملات تجارية إماراتي و ٢/٥٧٨ تجارة كويتي قد نصت جميعها على أن المنع من الإدارة والتصرف لايشمل :

---

(٣٢) تقابلها المواد ٣٧ إفلاس بحريني و ٥٧٨ تجاره كويتي و ٦٠٥ تجارة عماني و ٣٢٨ تجارة أردني .

(٣٣) التوقف عن الدفع الذي يُبّرر إشهار إفلاس التاجر هو التوقف الذى ينُبىء عن مركز مالي مضطرب وضائقة مستحكمة يتزعزع معها ائتمان التاجر وتتعرّض بها حقوق دائنية الى خطر محقق أو كبير الاحتمال ، وتقدير حالة التوقف عن الدفع من المسائل التى يُترك الفصل فيها لمحكمة الموضوع دون مُعقبّ عليها من محكمة النقض متى أقامت قضاءها على أسباب سائغة تكفي لحمله .

١- الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية للمفلس
٢- « « « بشخص المفلس أو بصفته رب أسرة ، أو الحقوق التى تتناول مصلحة أدبية محضة .

والمدقّ في مفرادت الحقوق الأخيرة يتبيّن أن الحقوق المتعلقة بالاحوال الشخصية للمفلس تنشأ بمناسبة الطلاق والزواج وثبوت النسب والإرث . أما الحقوق المتعلقة بشخص المفلس فتنشأ بمناسبة ممارسة معيشته اليومية وما يلزمها من نفقات الطعام والشراب والكساء والسكن والعلاج وما يتعلّق به بصفته رب أسرة ، ومن أمثلة الحقوق التى تتناول مصلحة أدبية محضة حقه في التعويض عن الأضرار التى تمّس شرفه واعتباره .

وواقع الأمر أن الحقوق التى تتعلّق بالأحوال الشخصية للمفلس أو بشخصه أو بصفته رب أسرة قد تنصب على الحق في التقاضي بشأنها ، كما قد تنصب على الحق المالي المتولد عنها ، فهل يمتدّ المنع من الإدارة والتصرف ليشمل هاتين الصورتين ؟

بالنسبة للحق في التقاضي بشأن هذه الحقوق ، فمن المسلّم به أن غل اليد لايشمله ، بمعنى أن المفلس يستطيع شخصيا إقامة الدعاوي المتعلقة بهذه الحقوق ولا يحلّ أمين التفليسة محلّه في ذلك، وهذا هو موقف التشريعات المختلفة ، فالمادة ٢/٦٩٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي تقضي بأنه " اذا أقام المفلس أو أقيمت عليه دعوى جزائية أو دعوى متعلقة بشخصه أو بأحواله الشخصية ، وجب إدخال أمين التفليسة فيها اذا اشتملت على طلبات مالية "(٣٤) وعليه فالأصل أن يد المفلس لا تغُل بالنسبة لحق التقاضي المتعلق بهذه الدعاوى ، كل ما في الأمر أن التشريعات تستلزم إدخال أمين التفليسة فيها اذا اشتملت على طلبات مالية ، ولذلك أرى أن النص على هذه الحقوق في المادة ٦٨٩ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي ونظيراتها لم يكن موفقا خاصة وأن هذه المواد مكّرسة للحديث عن الأموال التى يشملها غل اليد والنصوص بصورتها الحالية المطلقة تفيُد أن غل اليد لايشمل الحقوق المتعلقة بشخص المفلس أو بأحواله الشخصية سواء تمثلّت في صورة حق التقاضي أم في صور الأموال

---

(٣٤) تقابلها المواد ٢/٥٨٢ تجارة كويتي و ٦٠٤ تجارة عماني و ٣/٣٩ إفلاس بحريني و ٢/٣٢٨ تجارة أردني

المتولدة عن هذه الحقوق ، وهو أمر غير سليم ، إذ لابُدّ من ادخال أمين التفليسة كطرف في الدعوى بالنسبة للأموال المتولدة عنها لأن التعويض الذى قد يقضي به للمفلس يتعلّق به الضمان العام للدائنين . وعليه ، فإن غير المشمول بغل اليد بالنسبة اليها هو الحق في التقاضي المتعلق بها ، أما الأموال الناتجة عن الدعاوي المتعلقة بها فمشمولة بغل اليد ، ولذا ، وازاء تكريس المواد المشار اليها للأموال ، فإنني أرى حذف النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية للمدين وبشخصه من هذه المواد ونقلها للمواد المتعلقة بحق التقاضي ، حيث أن بقاءها في ظل النصوص الحالية يُوحي بأن ما يستحقه المفلس من أموال ناتجة عن حق يتعلّق بشخصه أو بصفته رب أسرة أو عن مصلحة أدبية محضة يُعتبرخارجاعن نطاق غل اليد ، وهو أمر غير صحيح .

وبناء على ما سبق ، فإن الأموال غير المشمولة بغل اليد تبقي متمثلة في الأموال التى لايجوز الحجز عليها قانونا والاعانة التى تتقرر للمفلس ثم الأموال المملوكة لغير المفلس ، فالتعويضات التى تستحق للغير . وهو ما سنتناوله بمزيد من التفصيل :

أ- الأموال التى لايجوز الحجز عليها قانونا لمّا كان غلّ اليد يُعتبر حجزا عاما على ذمة المفلس ، فانه لايشمل الأموال التى لايجوز الحجز عليها قانونا لأن هذه الأموال غير مشمولة بحق الضمان العام المقرر للدائنين ، إذ من المتعذر القول إنهم قد اعتمدوا عليها عند تعاملهم مع المدين ، فهذا مبدأ عام وليس من المعقول أن يترتب على امتهان المدين للتجارة تغيير حق الضمان العام وانما ينبغي أن يبقى معمولا بهذا المبدأ بالنسبة لجميع المدينيين ، سواء كانوا تجارا أم لم يكونوا كذلك (٣٥).

وطبقا للمادة ٢٤٧ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ ، فعلاوة على الأموال الخاصة أو العامة المملوكة للدولة أو لإحدى الإمارات الأعضاء في الاتحاد فإنه لايجوز الحجز على مايلي :

---

(٣٥) انظر : عبد الحميد الشواربي ، الافلاس ، منشاة المعارف الاسكندرية ١٩٨٨ صفحة ١٥٠.

١- الدار التى تُعدّ سكنًا للمدين أو المحكوم عليه ومن كان يسكن معه من أقاربه الذين يعولهم شرعا في حالة وفاته ، ويذهب الفقهاء المسلمون الى وجوب عدم التعرض لما تدعو اليه حاجة المفلس من مسكن وخادم صالحين لمثله ، لأن ذلك ممّا لاغنى له عنه ، ويرون أنه إن كان يملك دارين يُمكنه العيش في احداهما بيعت الأخرى ، وإن كان يُقيم في مسكن واسع ، بيع هذا المسكن واستعيض عنه بمسكن يصلح لمثله (٣٦)

٢- ما يلزم من الثياب (٣٧) وما يكون ضروريا له ولأسرته من أثاث المنزل وأدوات المطبخ وما يلزمهم من الغذاء والوقود لمدة ستة أشهر . (٣٨)

٣- ما يملكه المزارع أو الصياد من الأرض أو الادوات الزراعية اللازمة لها بقدر ما يكفي معيشته ومن يعوله .

٤- الأموال الموهوبة أو الموصي بها لتكون هى أو عائدها نفقه أوراتبامؤقتا أو مدى الحياة ، وما يحكم به القضاء من المبالغ المقررة أو المرتبة مؤقتا للنفقة أو للصرف منها في غرض معين الاّ بقدر الربع وفاء لدين نفقة مقررة. (٣٩)

٥- الأموال الموهوبه أو الموصي بها مع اشتراط عدم جواز الحجز عليها ، وذلك اذا كان الحاجز من دائني الموهوب له أو الموصي له الذين نشأ دينهم

---

(٣٦) انظر كشاف القناع عن متن الإقناع ، المرجع السابق صفحة ٤٢٢ ، وقد قضت المادة ٩٩٩ من مجلة الأحكام العدلية بانه إن كانت للمدين دار ، وكان يُمكن الاكتفاء بما دونها ، باعها الحاكم ، واشترى من ثمنها دارا مناسبة لحال المدين وأعطى باقى الثمن للغرماء .

(٣٧) يعتبر الفقهاء المسلمون اللباس والقوت من المستلزمات التي ينبغي تركها للمفلس ، انظر : مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ، المرجع السابق صفحة ٣٩٠ ، وانظر : كشاف القناع عن متن الإقناع ، المرجع السابق صفحة ٤٢٢ .

(٣٨) تقابلها المادة ٣٠٥ مرافعات مصري التى تجعل المدة شهرا لاستة أشهر وهو مايتفق مع مذهب المالكية الذين يرون وجوب ترك ما يكفي لمعيشة المفلس وعياله الشهر ونحوه انظر : الكافي في فقه أهل المدينة المالكي ، المرجع السابق صفحة ١٦١.

(٣٩) تقابلها المادة ٣٠٧ مرافعات مصري

قبل الهبة أو الوصية الاّ اذا كان الحجز لدين نفقة مقررة .(٤٠)

٦- مايلزم المدين من كتب وأدوات ومهمّات لمزاولة مهنته أو حرفته بنفسه ، وذلك ما لم يكن الحجز لاقتضاء ثمنها أو مصروفات صيانتها أو نفقة مقررة.(٤١)

وضمانا للعيش الكريم يرى الفقهاء المسلمون ضرورة ترك شيء من مال المفلس ليتّجر به إن كان تاجرا ، أما إن كان ذا صنعه ، فمن المتعين ترك آلة حرفته ليتمكن من مزاولة العمل (٤٢) . ويذهبون الى أنه لوحدث وتزوجت المرأة المفلسة ، فليس لها أن تقضي غرماءها جميع صداقها وتبقى بلاجهاز ووجه ذلك أن حق الزوج متعلّق بالجهاز .(٤٣)

٧- المنقول الذى يعُتبر عقارا بالتخصيص اذا كان الحجز عليه مستقلا عن العقار المخصص لخدمته ، وذلك مالم يكن الحجز لاقتضاء ثمنه أو مصروفات صيانته .

٨- الأجور والرواتب الأ بقدر النصف من الأجر أو الراتب الأساسي ، وعند التزاحم تكون الأولوية لدين النفقة .

ب - <u>الإعانة التي تتقرر للمفلس</u> : حيث أن غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها سيُجرّده من ممتلكاته ويحرمه من الإنفاق على ضرورات حياته وحياة عائلته ، فقد أجاز المشرع إخراج نفقة له تقيه ذل السؤال ، سواء اثناء اتخاذ الإجراءات التمهيدية للتفليسة أو بعد قيام حالة الاتحاد . وغنى عن القول

---

(٤٠) تقابلها المادة ٣٠٨ مرافعات مصري :

(٤١) هذا اذا كانت الحرفة غير تجارية ، أما إن كانت تجارية فإن غل اليد يمتد ليشمل الأدوات والمهمات اللازمة لمباشرة التجارة والاّ تعذر بيع المحل التجارى في حالة الاتحاد ، إنظر : حسنى المصرى ، الافلاس ، المرجع السابق رقم ١٣٧ هامش صفحة ١٦٩.

ويرى البعض أن مايلزم لمباشرة المهنة أو الحرفة قابل للحجز مالم يُسمح للمفلس بالاستمرار في نشاطه .

Francis Lemeunier, Principes et Pratiques du droit commercial loe edition 1978, P. R 4.

(٤٢) انظر : مطالب أولى النهى ، المرجع السابق صفحة ٣٩١ وانظر : كشاف القناع ، المرجع السابق صفحة ٤٢٢.

(٤٣) انظر : محمد مصطفى شلبي ، المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي ، دار النهضة العربية ، بيروت ١٣٨٨ هـ ١٩٦٩م صفحة ٥٠٩ .

إن النفقة أو الاعانة التي تتقرر له لاتكون مشمولة بغل اليد .

وفي الشريعة الاسلامية ، يُترك للمفلس ما يفي بحاجاته الأصلية من طعام وكسوة وسكنى له ولمن تجب نفقتهم عليه لأن حاجته الأصلية مقدّمة على حق الغرماء (٤٤) ، ويراعى في ذلك قدر الكفاية من غير إسراف ولا تقتير ، فقد روي عن الفقهاء المسلمين أنه إذا باع القاضي مال المدين لقضاء ديونه يُترك عليه دست من ثياب بدنه ويُباع الباقي لأن فيه كفاية ، وقيل يُترك له دستان لأنه إذا غسل ثيابه لابُدّ له من ملبس . وقالوا اذا كان للمدين ثياب يلبسها ، ويكتفي بما دون ذلك ، فإنه يبيع ثيابة ويقضي ببعض ثمنها الدّيْن ويشترى بما بقى ثوبا يلبسه ، لأن قضاء الدين فرض عليه ، فكان أولى من التجميل (٤٥) . والدست كلمة فارسية معناها البدلة . وقد أقرّت مجلة الأحكام العدلية وجوب إقرار نفقه للمفلس إذ قضت مادتها أل...١ بأن " ينُفق على المحجور المفلس وعلى من لزمته نفقته في مدة الحجر من مالة ."

جـ- <u>الأموال المملوكة لغير المفلس:</u> قد يحوز المفلس أموالاً غير مملوكة له كالأموال المودعة عنده لحساب عملائة او التي سبقت له استعارتها ، أو أموال زوجته ، أو من هم تحت ولايته أو وصايته ، أو البضائع التى يكون المفلس موكلا بشرائها أو ببيعها لحساب الغير متى أدركه الإفلاس قبل تسليمها لصاحب الحق فيها ، أو الأموال التى يديرها لحساب الغير كالايجارات التى يكون المفلس موكلا في تحصيل أجورها لحساب الملاك ، أو حوافظ الأوراق المالية التى يكون موكلا في تحصيل أرباحها لحساب ملاكها . فجميع هذه الأموال لاتكون مشمولة بغل اليد لأن الغل إنما يُعني بحق الضمان العام المقرر للدائنين على <u>أموال المفلس</u> ، ولما كانت الأموال المملوكة لغيره خارجة عن نطاق الضمان العام ولم يعتمد عليها الدائنون عند تعاملهم معه (٤٦) ، لذ ا فانها تخرج عن نطاق هذا الغل . (٤٦) مكررا

---

(٤٤) انظر : تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق تاليف فخر الدين عُثمان بن على الزيلعي ، الجزء الخامس ، الطبعة الثانية بالأوفست عن الطبعة الأولى سنة ١٣١٥ هـ بيروت لبنان صفحة ٢٠٠.

(٤٥) انظر : تبيين الحقائق ، المرجع أعلاه صفحة ٢٠٠

(٤٦) انظر عبد الحميد الشواربي ، الافلاس، المرجع السابق صفحة ١٥٢

(٤٦) أنظر R.m Goode, Commercial Law England 1985 . P 898

وقد راعت ذلك جميع التشريعات حيث قضت بأن منع المفلس من الإدارة والتصرف محصور في الأموال التي تكون ملكا له .

وهذا هو ما يجرى عليه العمل في الشريعة الاسلامية ، فإذا أفلس شخص ، وكان في حوزته مال لغيره ووُجد هذا المال بعينه ، فإن مالكه يكون أولى به ، لقول الرسول صلى الله عليه وسلّم " من أدرك ماله بعينه (٤٧) عند رجل أفلس فهو أحق به" .(٤٨) أما إذا تغيّر المال بالزيادة أو النقصان فإنه يدخل في الذمة المالية للمدين وبالتالي لايكون أمام مالكه سوى الخضوع لقسمة الغرماء (٤٩) . ومع ذلك ، فقد اختلف الفقهاء المسلمون بخصوص السلعة التى يبيعها صاحبها ثم يُفلس مشتريها قبل وفاء الثمن ، وقد جاءت آراؤهم بهذا الصدد على النحو التالي :(٥٠)

الرأي الأول : يذهب الى أن صاحب السلعة أحق بها من جماعة الدائنين مالم يتركها بمحض اختياره ويختار المحاصة ، وهذا هو قول الشافعي واحمد وأبو ثور.

الرأي الثاني : يذهب الى أن العبرة بقيمة السلعة عند الافلاس ، فإن كانت هذه القيمة يوم الحكم بالتفليس أقل من ثمنها الذى بيعت به ، خُيّر صاحبها بين أن يأخذها أو يُحاصّ الغرماء ، أما إن كانت تلك القيمة أكثر أو مساوية للثمن عند البيع ، أخذها صاحبها بعينها ، وبهذا قال مالك وأصحابه .

---

(٤٧) المقصود أن المال لم يتغّير بزيادة أو نقصان .

(٤٨) رواه البخاري ومسلم ، وفي حديث عن أبي هريره " لأقضيّن فيكم بقضاء رسول الله صلى الله عليه وسلم : من أفلس أو مات ، فوجد رجل متاعه بعينه ، فهو أحقّ به ."

(٤٩) انظر : فقه السنة ، السيد سابق ، المجلد الثالث ، دار الفتح للاعلام لعربي ، الطبعة الثانية القاهرة ١٩٩٠ صفحة ٤٣٦.

(٥٠) انظر : بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، تاليف محمد بن احمد بن محمد القرطبي، الجزء الثاني الطبعة الرابعة ، مصطفي الحلبي مصر ١٣٩٥هـ ١٩٧٥ م الصفحات ٢٨٦ – ٢٨٧ .

الرأي الثالث : وهو يدور حول الرأي الثاني الذى يعتدّ بقيمة السلعة عند الافلاس ، ولكنه يذهب الى أنه إن كانت قيمة هذه السلعة عند التفليس مساوية للثمن الذى بيعت به أو أقل منه قضى لصاحبها بها ، أما إن كانت تلك القيمة أكثر من ثمن البيع ، دُفع للبائع ذلك الثمن وتحاص في الباقي .وبهذا قال جماعة من أهل الأثر.

الرأي الرابع : يذهب الى أن بائع السلعة يعتبر أسوة بالغرماء ويدخل التفليسة باعتباره دائنا بالثمن ، وبهذا قال أبو حنيفة وأهل الكوفة ، وقد استندوا في رأيهم للحديث الشريف " أيّما رجل مات أو أفلس ، فوجد بعض غرمائه ماله بعينه ، فهو أسوة الغرماء " وردّوا علي من استندوا للحديث الشريف " من أدرك ماله بعينه عند رجل أفلس فهو أحق به من غيره " أن الحديث الأخير متعلق بالوديعة والعارية .

هذا من جانب ، ومن جانب آخر ، فهنالك فئة من الأموال ، يأتي حين من الدهر تكون فيه مملوكة للمدين الا أنها تخرج من ذمته المالية قبل إعلان افلاسه مثل مقابل الوفاء في الكمبيالة أو الشيك ، فهذا المقابل تنتقل ملكيته للحامل بمجرد السحب أو التظهير (٥١) ، ومثل المبلغ الذى يجرى تحويله من حساب المدين المصرفي الى الغير قبل إعلان إفلاسه ، والحقوق التى يجرى انتقالها للغير عن طريق حوالة الحق قبل إعلان الإفلاس ، فجميع هذه الأموال والحقوق لاتكون مشمولة بغل اليد لأنها لاتدخل في الذمة المالية للمدين ولا تشكّل ضمانا عاما لمصلحة الدائنين ، فبذا لاتتعلق بها حقوقهم.

---

(٥١) طبقا للمادة ٥١٦ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي فإنه عند افلاس ساحب الكمبيالة يكون لحاملها ، دون غيره من دائني الساحب ، استيفاء حقه من مقابل الوفاء الموجود لدى المسحوب عليه ، وتقابلها المواد ٣٧٦ تجاره بحريني و ٤٣٧ تجارة كويتي و ٤٤٧ تجارة عماني . وطبقا للمادة ٦٢١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي فإن وفاة ساحب الشيك أو فقد أهليته أو إفلاسه بعد إعطاء الشيك لايؤثر في الأحكام المترتبة عليه . وتقابلها المواد ٤٧٠ تجارة بحريني و ٥٣٦ تجارة كويتي و ٥٤٨ تجارة عماني

د- التعويضات التي تستحق للغير : قد يعمد المفلس ، قبل اشهار افلاسه ، الى ابرام عقد تأمين يكون الحق في تلقيّ التعويض المترتب على تحقق الخطر المؤمن منه فيه لشخص آخر كزوجته أو أولاده أو أصوله أو الغير ، فعندها يخرج التعويض المستحق لأى من هؤلاء من نطاق غل اليد ، ولا يتعلق به حق الدائنين . وتعليل ذلك أن للمستفيد في عقد التأمين حقا مباشرا على التعويض يستمدّه من العقد ذاته عملا بأحكام الاشتراط لمصلحة الغير ، إذ أن مبلغ التعويض لايمرّ عبر الذمة المالية للمفلس بحيث يُعتبر من أمواله وبالتالي يتعلق حق الدائنين به .

ومع ذلك ، يلتزم المستفيد من عقد التأمين في مثل هذه الحالة أن يعُيد للتفليسة أقساط التأمين التى دفها المفلس ابتداء من التاريخ الذي عينّته المحكمة للتوقف عن الدفع .

هذا ، وقد أثير التساؤل بخصوص التعويضات التى تستحق على المفلس بسبب أفعاله الضاره تجاه الغير (٥٢) ، فمن المعلوم أن المفلس يُسأل وفقا للقواعد العامة عن تعويض الأضرار التي تلحق بالغير نتيجة الأخطاء التى تقع منه أو من تابعيه أو من الأشياء التى في حراسته ، وسواء كانت تلك الأخطاء عمدية أم غير عمدية ، وسواء تمثل الفعل الضار في صورة جريمة أم لا . وهنا يثور التساؤل بخصوص تمكين المضرور من استيفاء مبلغ الضرر من التفليسة أم لا ؟

لقد استقر رأى الفقهاء في الشريعة الاسلامية على أن الحجر على المفلس لايؤثر في تصرفاته الفعلية وانما يؤثر فقط في جزء من تصرفاته القولية . وذلك تأسيسا على أن التصرفات الأولى اذا وقعت أصبح من المتعذر ردّها ، أي إعادة الحال الى ما كان عليه قبل وقوعها . ومن هنا ، فإنها تكون نافذة في أموال المفلس ، بمعنى أن المجنى عليه يُشارك جماعة الدائنين في أموال التفليسة . ويُعلل الحنفية ذلك بأن أثر التصرف القولي، كالبيع ونحوه يترتبّ بحكم الشارع لابحكم واقعة خارجية ، أما أثر التصرف الفعلي ، كالقتل

---

(٥٢) انظر في الموضوع : A. Honorat, La situation des creanciers d'indemnites delictuelles et cantratuelles dans la Faillite et le reglement judiciaire du d'ebiteur. Revue trimestrielle de droit commercial, 1961, p. 19 .

(٥٣) من هنا جاء تعريف المادة ٩٤١ من مجلة الأحكام العدلية للحجر بانه منع شخص مخصوص عن تصرفه القولي .

وإتلاف المال ، فيترتب بحكم واقعة خارجية ، وعليه ، فمن الممكن اعتبار التصرف القولي عدمًا ومحو آثاره بإعادة الحال الى ما كان عليه ، في حين لايُمكن اعتبار التصرف الفعلي كذلك إذ لامردّ للأفعال نظرا لوجودها حسًا ومشاهدة بخلاف الأقوال .(٥٤)

ويرى الحنابلة أن المجني عليه يعُتبر ذاحق في التفليسة وفي مشاركة جماعة الدائنين لأن حقه على الجاني قد ثبت بغير اختيار منه (٥٥) ، ويشاركهم الشافعية هذا الرأى ، لكنهم يضيفون أن العبرة هى باقتسام أموال المدين ، فإذا وقعت الجناية ، قبل تمام الاقتسام دخل المجني عليه مع الغرماء ، أما إذا وقعت بعد ذلك الاقتسام فإنه لايدخل معهم اذ يكونون قد تملكوا ما خُصص لهم ويكون المال قد خرج عن ملك المفلس (٥٦) .

ووفقا للقواعد العامة في القانون ، فمن البديهي أنه إذا وقع الفعل الضار من جانب المفلس ، وصدر الحكم بالتعويض للمضرور قبل إشهار الافلاس ، فمن حق هذا المضرور الدخول بالتعويض في التفليسة والخضوع لقسمة الغرماء ، شأنه في ذلك شأن جماعة الدائنين . ولكن يدقّ الأمر إذا حدث ووقع الفعل الضار بعد إشهار الافلاس ، أو وقع قبل اشهار الافلاس ، الاّ أن صدور الحكم بالتعويض قد تراخى الى ما بعد صدور الحكم بإشهار الافلاس .

فبالنسبة لوقوع الفعل الضار قبل اشهار الافلاس وتراخي صدور الحكم بالتعويض عنه الى ما بعد صدور الحكم باشهار الافلاس ، فقد ذهب رأي الى أنه لايجوز للمضرور في هذه الحالة الدخول في التفليسة ومزاحمة جماعة الدائنين استنادا الى أن التعويض ، وإن كان عن فعل ضار أو جريمة وقعت قبل شهر الافلاس ، الاّ أن تقرير هذا التعويض لايعدو كونه أمراً احتماليا قد يتحقق وقد لايتحقق ، ناهيك عن أن الحكم الجنائي يُعدّ حكما منشئا (٥٧) constitutifوليس

---

(٥٤) انظر : الهداية ، شرح بدايةالمبتدي ، تاليف شيخ الاسلام برهان الدين أبى الحسن على بن أبي بكر عبد الجليل الرشداني المرغيناني ، الجزء الثالث ، مطبعة مصطفي البابي الحلبي ، مصر بدون تاريخ صفحة ٢٨٠ .

(٥٥) أنظر : مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى ، المرجع السابق صفحة ٣٧٧.

(٥٦) أنظر : الأم ، تاليف الامام أبي عبد الله محمد بن ادريس الشافعي ، الجزء الثالث ، الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت لبنان ١٣٩٣هـ ١٩٧٣م صفحة ٢٠٣

(٥٧) ثار التساؤل بخصوص تفسير التعارض بين اعتبار حكم اشهار الافلاس من الاحكام المنشئة بما يفترضه ذلك من انصراف آثاره الى المستقبل فقط دون أن يكون له أثر

مقررا أو كاشفا Declaratifوبالتالي تكون العبرة بتاريخ صدور الحكم الذى يُقرر التعويض بحيث لايكون هذا الحكم حجة على جماعة الدائنين إذا صدر بعد إشهار الافلاس (٥٨) . بينما ذهب رأي آخر الى السماح للمضرور بالدخول في التفليسة بالتعويض والخضوع لقسمة الغرماء استنادا الى أن الحق في التعويض يرتدّ لوقت وقوع الفعل الضار أو الجريمة وهو مستقل عن الحكم ولاعلاقة له بوقت صدوره ، إذ يعُتبر المجني عليه كما لو كان دائنا ثبت دينه قبل الحكم باشهار الافلاس (٥٩) . ويدعم البعض هذا الاتجاه (٦٠) بمقولة أن الحكمة من منع

=رجعي ، وبين مايترتب عليه من أثر رجعي يتمثل في عدم نفاذ بعض التصرفات التي سبق للمدين إجراؤها في فترة الريبة ، والواقع أن حكم إشهار الافلاس هو من قبيل ما يعرف بظاهرة الأحكام المركبة ، فهو مركب من شقين : أحدهما منشء وهو الذى يخلق مركزا جديدا هو مركز المدين المفلس ، وتنصرف آثاره الى المستقبل فقط ، والآخر مقرر اذ يقتصر على مجرد تقرير وضع سابق هو عدم نفاذ التصرفات السابقة على صدور حكم اشهار الافلاس ، والحكم المقرر له بطبيعة الحال أثر رجعي إذ يؤكد وضعا سابقا على صدوره ، وخلافا لذلك يرى أستاذنا مصطفى كمال طه أنه ليس من شان الأثر الرجعي لحكم الافلاس أن يفُقد هذا الحكم طبيعته الانشائية ، لأن الأحكام الانشائية بوجه عام تستبقى دائما شيئا من الصفة الاقرارية دون أن يُغيّر ذلك من طبيعتها ، فقرار الحجر ، وهو منشء باجماع الفقة والقضاء ، ولا يُرتب أثرًا الاّ من تاريخ تسجيله قد يستند أثره الى اليوم الذي ظهر فيه سبب الحجر بحيث يكون التصرف الحاصل قبل التسجيل باطلا أو قابلا للابطال . إنظر مؤلفه ، القانون التجارى ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ١٩٨٦ رقم ٦٧٦ صفحة ٦٣٣.

(٥٨) انظر محمد سامي مدكور وعلى يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي ١٩٦١ صفحة ٢٤٣ وانظر الياس ناصيف الكامل في قانون التجارة ، المرجع السابق صفحة ٢٣٥ ، وانظر : اسكارا ، المرجع السابق صفحة ١٠٧٨ وانظر في القضاء الفرنسي :

Cass. civ. 5 novembre 1936, J.C.P. 1937, 11, 83.

(٥٩) انظر نقض فرنسي ١٨٥٧/٨/١١ داللوز ٣٤٣/١/١٨٥٧ أشار لذلك علي الزيني ، المرجع السابق رقم ٢٠٨ صفحة ٢٣١ ، وانظر : محسن شفيق ، الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الأول ١٩٥١ صفحة ٤٨٧ ، وانظر . مصطفي طه ، القانون التجاري ١٩٨٦ المرجع السابق رقم ٧٠٩ صفحة ٦٥١

(٦٠) انظر الزميل حسني المصري ، الافلاس ، المرجع السابق رقم ١٤٩ صفحة ١٨٣.

المضرور من الاشتراك بالتعويض في التفليسة لاتتحقق الاّ بالنسبة للافعال التى يرتكبها المفلس بعد اشهار الافلاس ، إذ عندها فقط يُمكن القول إنه قد تعمد الإضرار بالدائنين بقصد إنقاص أموال التفليسة ، فضلا عن احتمال تواطئة مع الغير وصولا لهذا الإضرار ، وبالتالي تكون العبرة بالوقت الذى حصلت فيه الأفعال الضارة لابتاريخ صدور الحكم بالتعويض .

وبالنسبة لوقوع الفعل الضار بعد صدور الحكم باشهار الافلاس ، فهناك شبه اجماع على أن الأحكام الصادرة بالتعويض لاتنفذ في مواجهة جماعة الدائنين تطبيقا لمبدأ غل اليد ، ويُبرر البعض ذلك بتغليب مظنة تواطؤ المفلس مع المجني عليه هنا على ادعاء حصول الجريمة ليتمكّن المفلس من سحب أمواله من يد الدائنين في صورة تعويض للمجني عليه (٦١) . وعليه ، فلا يجوز للمضرور الاشتراك في التفليسة (٦٢) وانما يتعيّن عليه الانتظار حتى تنتهي التفليسة بالصلح أو الاتحاد وعودة المفلس سيدا على أمواله أو علي الباقي منها ومن ثم التنفيذ عليها لاستيفاء التعويض .

ومما لاشك فيه أن في هذا الرأي عنتا للمضرور واعتداء على حقه في الحصول على تعويض بسبب ضرر وقع عليه خاصة وانه أصبح دائنا للمفلس رغم إرادته بسبب ارتكاب المفلس جريمة أو شبه جريمة (٦٣) ومن هنا ، فإننا نؤيّد ما ذهبت اليه المواد ٦٩٣ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي و٥٨٣ تجارة كويتي و ٤٠ إفلاس بحريني و ٦٠٨ تجارة عماني من السماح للمضرور بالاشتراك في التفليسة بالتعويض المحكوم به الاّ اذا ثبت التواطؤ بينه وبن المفلس ، وسواء في ذلك ، أوقع الفعل الضار قبل صدور حكم الافلاس أم بعده ، فبذا تكون هذه التشريعات قد حافظت على حق المضرور وتحاشت خشية

---

(٦١) انظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢٠٩ صفحة ٢٣٢ .

(٦٢) انظر : مصطفى طه ، القانون التجارى ١٩٨٦ ، المرجع السابق ٧٠٩ صفحة ٦٥١ ، وانظر على الزيني ، أصول القانون التجارى ، المرجع السابق رقم ٢٠٩ صفحة ٢٣٢ ، وانظر محمد سامي مدكور وعلى يونس ، المرجع السابق صفحة ٢٤٢

(٦٣) انظر في تأييد ذلك محمد صالح بك . شرح القانون التجاري المرجع السابق رقم ٦٠ صفحة ٧٨

التواطؤ بين المضرور والمفلس بأن قطعت عليهما قصدهما في الاضرار بحقوق الدائنين فيما لو ثبت التواطؤ .

ويتفق الموقف التشريعي الأخير مع ما ذهب اليه الفقهاء المسلمون من السماح للمجني عليه بالدخول في التفليسة والمزاحمة في قسمة الغرماء بقيمة التعويض ، سواء وقع الضرر قبل الحجر أم بعده (٦٤) ، وذلك تأسيسا على القاعدة العامة لديهم التى تقضي بأن ما يجب على المفلس بعد الحجر يُعتبر دينًا مقبولا في التفليسة إذا ثبت أن وجوبه كان بغير رضا مستحقة ، ولا يُمكن اعتباره دينا مقبولا في التفليسة اذا ثبت أن وجوبه كان برضاه (٦٥) ومبنى القاعدة السابقة هو احتمال تواطؤ مستحق الدين مع المدين المفلس اذا كان ذلك برضاه ، وعدم احتمال هذا التواطؤ ان كان وجوب الدين بغير رضاه ، كما هو الحال بالنسبة للتعويض المستحق للمجني عليه .

والوقع ان الرأيين القانوني والشرعي يتفقان على أن التواطؤ يؤدي الى عدم نفاذ التصرف في مواجهة جماعة الدائنين ولكنها يختلفان في أن الاجماع في الفقة القانوني وفي بعض التشريعات على عدم دخول المجني عليه في التفليسة ، اذا وقع الفعل الضار بعد صدور الحكم باشهار الإفلاس ، نابع من افتراض التواطؤ افتراضا لايقبل إثبات العكس (٦٦) ، في حين أن حكم الشريعة الاسلامية وتشريعات دول مجلس التعاون الخليجي لاتفترض ذلك بل تستوجب إثباته ، الأمر الذى نرى أنه الأسلم ، لأنه يُحافظ على حق المضرور ويبقي على حق جماعة الدائنين في الاعتراض على اشتراك المجنى عليه في التفليسة اذا ثبت تواطؤه مع المدين المفلس.

ولكن ماحكم الغرامات الجزائية والمصروفات التى قد يُحكم بها على المفلس ؟ فهل يدخل مستحقوها في التفليسة ويخضعون لقسمة الغرماء أم لا ؟

---

(٦٤) انظر : كشاف القناع عن متن الاقناع ، المرجع السابق صفحة ٤٢٤، وانظر مطالب أولى النهي في شرح غاية المنتهى ، المرجع السابق صفحة ٣٧٧

(٦٥) ترى الشافعية أن ذلك يسرى اذا لم يسبق للغرماء اقتسام أموال التفليسة على النحو السابق إيضاحه انظر ما سبق صفحة ٣٣ وانظر كتاب الأم للشافعي ، الجزء الثالث الطبعة الثانية ، دار المعرفة للطباعة والنشر المرجع السابق صفحة ٢٠٣

(٦٦) انظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢١٠ صفحة ٢٣٣.

بالنسبة للغرامات الجزائية فإنها لاتنفذ على التفليسة مالم يُحكم بها قبل إشهار الافلاس ، إذ عندها فقط تثبت في ذمة المدين قبل غل يده عن إدارة أمواله ، أما اذا حُكم بها بعد صدور الحكم باشهار إفلاسه ، فانها لا تنفذ على أموال التفليسة ، وسواء وقعت الجريمة المستحقة عنها الغرامة قبل إشهار الافلاس أم بعده ، فبالتالي لاتدخل الدولة بها في التفليسة وتزاحم جماعة الدائنين ، وعلّة ذلك أن الغرامة عقوبة والعقوبات تنشئها الأحكام ، أي أن حق الدولة فيها لايثبت الاّ من وقت الحكم بها لا من وقت حدوث الجريمة وذلك خلافا للتعويضات المحكوم بها بسبب أحداث معينة كالأضرار التي يُسببّها المفلس للغير ، فهذه التعويضات يثبت الحق بها من وقت حدوث سببها لا من وقت الحكم به (٦٧) .

أما بالنسبة للمصروفات فينُظر : فإذا حُكم على المفلس بدفع مصروفات للمجني عليه ، عوملت معاملة التعويضات ودخل المجني عليه بقيمتها في التفليسة اذا كان قد حُكم بها قبل إشهار الافلاس ، أو حُكم بها بعده، ولكن في دعوى رفعت قبله (٦٨)

---

(٦٧) انظر: على الزيني أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢١١ صفحة ٢٣٣

(٦٨) انظر : على الزيني أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢١٢ صفحة ٢٣٤.

المبحث الثاني
أعمال المفلس

الأصل أن يشمل غل اليد منع المفلس من مباشرة كافة الأعمال القانونية Actes juridiques التي من شأنها الإضرار بجماعة الدائنين وتخل بمبدأ المساواة فيما بينهم ، وسواء كانت هذه الأعمال من قبيل أعمال الإدارة Actes d, administration (٦٩) أم من قبيل أعمال التصرف Actes de disposition وسواءً كانت أعمالاً تعاقدية كالتأجير والإقراض والبيع ، أم أعمالاً غير تعاقدية كالجنح وأشباهها .

وخروجاً على هذا الأصل ، ولاعتبارات معينة ، قررت التشريعات المختلفة بعض الاستثناءات بحيث جعلت بعض الأعمال القانونية للمفلس غير مشمولة بغل اليد ، بمعنى أنه يمكن الاحتجاج بها في مواجهة جماعة الدائنين .

وعلى ذلك ، فسنتناول الأعمال القانونية المشمولة بغل اليد في مطلبٍ أول ثم ننتقل لمطلبٍ ثانٍ نُخصصه للأعمال القانونية غير المشمولة بغل اليد .

المطلب الأول
الأعمال القانونية المشمولة بغل اليد

القاعدة الأساسية أنه لا يجوز للمفلس - بعد إشهار إفلاسه - أن يُباشر على أمواله المشمولة بغل اليد أى عملٍ من أعمال الإدارة والتصرف ، سواءً تمثل عمله في صورة عقد كالبيع والإيجار والرهن والتأمين والقرض ، أم تمثل عمله

---

(٦٩) وذلك باستثناء أعمال الحفظ Actes conservatoires التي سنتناولها بعد حين .

في صورة إقرار (٧٠) أوإيصاء أو كفالة أو إبراء أو إنشاء أوراق تجارية أو تقديم مقابل وفائها أو أي تصرف آخر يؤدي إلى إنشاء أو تعديل أو إسقاط حقوق تترتب عليه ، وسواءً كان تصرفه بعوض أم بغير عوض (٧١) ، ومن هنا جاءت نصوص التشريعات عامة بهذا الخصوص (٧٢) .

وغني عن القول إن الأعمال القانونية المشمولة بغل اليد هي تلك التي تتم وتكتمل بعد صدور حكم إشهار الإفلاس ، أما التصرفات التي تتم قبل صدوره فلا يشملها غل اليد ، وإنما قد يتناولها البطلان الخاص بفترة الريبة ، كل ذلك مع الأخذ بعين الإعتبار أ ن التصرفات التي يُجريها المفلس في يوم صدور حكم الإفلاس تعتبر حاصلة بعد صدوره كما أسلفنا .

---

(٧٠) يتطابق حكما القانون والشريعة بالنسبة للإقرار بالدين عندما يأتي الإقرار من المفلس بعد إشهار إفلاسه حيث لا يُعتد بإقراره على ماله نظراً لتعلق حق الغرماء به ، ومع ذلك يقتصر أثر الإقرار هنا – لدى الفقهاء المسلمين – على عدم النفاذ في مواجهة الدائنين ، في حين يبقى الإقرار في الذمة صحيحاً بحيث يُمكن للمقر له ملاحقة المفلس بعد فك الحجر عنه . أنظر : كشاف القناع عن متن الإقناع ، المرجع السابق الصفحات ٤١١ – ٤١٢ ، وانظر : الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، مختصر المقنع في فقه إمام السنة أحمد بن حنبل تاليف شرف الدين أبي النجا الحجاوي ، الجزء الثاني ، مكتبة الرياض الحديثة ، الطبعة السادسة ١٣٧٩ هـ الصفحات ٢٢٠ – ٢٢٣ . أما إذا أقر المفلس بدين وجب في ذمته قبل إفلاسه ، فحكم الشريعة الاسلامية أن هذا الإقرار يسري في حق الدائنين ويدخل المُقر له بالدين في التفليسة ويخضع لقسمة الغرماء ، ويُعلل الفقهاء ذلك بأن شبهة التواطؤ بين المفلس والمُقر له منتفية في هذه الحالة لأن الضرر في حقه أكثر منه في حق الدائنين . انظر ، الروض المربع ، شرح زاد المستنقع ، الجزء الثاني ، المرجع السابق صفحة ٢٢١ .

(٧١) انظر : الياس ناصيف ، المرجع السابق صفحة ٢٢٩ .

(٧٢) انظر المواد : ٦٨٥ / ١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و ٥٧٧ / ١ تجارة كويتي و٣٤ إفلاس بحريني و ٦٠٤ تجارة عماني و ٢١٦ تجارة مصري و ٦١٧ تجارة لبناني

وهكذا فإن الأعمال القانونية المشمولة بغل اليد تتضمن وفاء الديون واستيفاءها والمقاصة والوكالة ، وسنلقي مزيداً من الضوء علي كلٍ منها :

أولاً : وفاء الديون واستيفاؤها :

يترتب على غل يد المفلس منعه من الوفاء بما عليه من ديون بعد إشهار إفلاسه ، وسواءً تم الوفاء بذات الشيء المتفق عليه أم بشيء آخر ، حيث أن الوفاء لبعض الدائنين دون البعض الآخر يخل بمبدأ المساواة بينهم ، وإذا أخل المفلس بهذا الحظر ، وقام بالوفاء لأحد الدائنين ، أصبح من المتعين على الدائن الذي استوفى حقه أن يرد ماقبضه لأمين التفليسة ، ومن ثم الاشتراك مع الآخرين في قسمة الغرماء .

وتأسيساً علي ماسبق ، فقد قضت محكمة الاستئناف اللبنانية بأن الدائن الذي يتمتع بحق طلب حبس مدينه وصولاً لاستيفاء دينه ، لا يستطيع - منذ الحكم بإشهار الإفلاس - اللجوء إلى ذلك تجاه مدينه الذي غلت يده مادامت معاملات الإفلاس قائمة ، حيث يُحظر على المدين الوفاء بأية ديون سارية في حق جماعة الدائنين (٧٣) .

ولكن تجدر الإشارة إلى أن غل يد المفلس عن أن يوفى ديونه بنفسه مشروط بصدور حكم نهائي بالإفلاس.وعلى ذلك ، يجوز للمحكوم ابتدائياً بشهر إفلاسه أن يُزيل حالة التوقف التي انتابته إلى ماقبل صدور الحكم النهائى في الاستئناف المرفوع منه (٧٤) .

وبالمقابل فإن غل يد المفلس يؤدي لمنعه من استيفاء ماله من ديون على الغير إذ تنتفي صفته في اقتضائها ويُصبح ذلك من حق أمين التفليسة . وقد طبَّق القضاء الفرنسي هذا المبدأ علي عقود التأمين ، فلم يُجز لشركة التأمين

---

(٧٣) أنظر محكمة الإستئناف اللبنانية في ١٩٥٠/١/١٠ مجموعة اجتهادات حاتم الجزء السادس رقم ٥ صفحة ٢٥ .

(٧٤) أنظر : نقض ٩ - ٤ - ١٩٦٤ مجموعة المكتب الفني س ١٥ صفحة ٥٣١ مشار إليه في رضا عبيد ، القانون التجاري ، الطبعة الخامسة ١٩٨٤ صفحة ٧٥٥ .

تسليم التعويض الذي يستحق للتاجر بعد إشهار إفلاسه حتى لو كانت الشركة حسنة النية لا تعلم بواقعة إشهار الإفلاس (٧٥) . وعليه ، فإذا عمد المدين إلى الوفاء بالدين للمفلس ذاته ، فإنه يُعتبر مخطئاً ومن يُخطىء يدفع مرتين ، بمعنى أنه يلتزم بالوفاء لأمين التفليسة مرة أخرى .

وقد أجملت ذلك المادة ٦٨٧ /١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي إذ قضت بأنه " لا يجوز للمفلس - بعد صدور حكم إشهار الإفلاس - الوفاء بماعليه من ديون أو استيفاء ماله من حقوق (٧٦) .

أما بخصوص ما يمكن أن يستحق للمدين المفلس عن طريق الهبة أو الصدقة أو الوصية . فيرى الفقهاء المسلمون أن أمر استيفائه متروك لمحض تقدير المفلس ذاته ولا يُمكن إجباره عليه لما في ذلك من ضرر تحمل المنّة (٧٧) .

ثانياً : المقاصة :

من المعلوم أن المقاصة لا تعدو كونها وفاءً لالتزام واستيفاء لحق في ذات الوقت ، وعليه ، فالأصل أنه لا يجوز وقوعها بعد شهر الإفلاس بين حقٍ للمفلس عند الغير ودين عليه لذلك الغير ، استناداً إلى أن غل اليد يشمل الوفاء بالديون واستيفاءها كما أسلفنا . أما إذا وقعت المقاصة قبل شهر الإفلاس فإنها تكون من قبيل التصرفات الحاصلة في فترة الريبة (٧٨) .

والرأي مستقر على ذلك بالنسبة للمقاصة الإتفاقية (٧٩) Compensation

---

(٧٥) انظر : عزيز عبدالأمير العكيلي ، أحكام الإفلاس في قانون التجارة الكويتي ، الطبعة الأولى ، مؤسسة الكويت للتقدم العلمي ١٩٨٧ رقم ٣٩ صفحة ١٠١ .

(٧٦) تقابلها المواد ١/٥٨٠ تجارة كويتي و٣٥ إفلاس بحريني و ٦٠٤ تجارة عماني و٢٢٨ تجارة مصري و ٢/٦١٧ تجارة سوري و ٢/٣٢٧ تجارة أردني .

(٧٧) أنظر مطالب أولى النهى في شرح غاية المنتهى ، المرجع السابق صفحة ٣٩٨ .

(٧٨) أنظر على حسن يونس ، الإفلاس في القانون التجاري المصري ، المرجع السابق رقم ١١٦ صفحة ١١٥ .

(٧٩) انظر حسني المصري ، الإفلاس ، المرجع السابق رقم ١٤٣ صفحة ١٧٤ .

Conventionnelle إستناداً إلى أنها تعتبر طريقاً للإيفاء المتقابل أوالوفاء المزدوج (٨٠) lun double paiement الذي يؤدي من جهة إلى استيفاء المفلس دَينه ،ومن جهة أخرى إلى استيفاء الطرف الآخر دَينه كاملاً ، الأمر الذي يترتب عليه الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين والإضرار الأكيد بمصلحتهم . ولتوضيح ذلك نسوق المثال التالي :

لنفرض أن س دائن للمفلس بمبلغ ... ١٥٠ درهم ومدين له بمبلغ ... ١٠٠ درهم ، فإذا سمحنا بالمقاصة بين الدَيْنين ، فإن س لا يشترك في التفليسة ، وبالتالي لا يخضع لقسمة الغرماء ، إلاّ بمبلغ ... ٥٠ درهم الذي يُمثّل الفرق بين الدَيْنين المتقابلين . ولنفرض أن قسمة الغرماء أدّت لحصول كل دائن على نصف دَيْنه ، فإن س سيتلقى مبلغ ...٢٥ درهم ويكون قد تخلّص من دينه الذي عليه . أما لو حيل بينه وبين المقاصة ، فإنه يلتزم أولا بدفع ... ١٠٠ درهم للتفليسة ، ثم يشترك في قسمة الغرماء وعندها سيتلقى نصف آل ... ١٥٠ درهم أى مبلغ ...٧٥ درهم فقط ، وعليه ، فالأفضل للدائن س أن تقع المقاصة إذ أنه يحصل عندها على مبلغ ...٢٥ درهم ويتخلص من دَيْنه ، فبذا يدخل ذمته المالية مبلغ ...٢٥ درهم ، أما في الحالة الثانية ، فإنه يخسر ، إذ يخرج من ذمته المالية مبلغ ...٢٥ درهم .

هذا ، وقد ثار التساؤل بالنسبة للمقاصة القانونية Compensation légale التي تتم بعد شهر الإفلاس ، وفيما إذا كان يجوز الإحتجاج بها في مواجهة جماعة الدائنين ، بدعوى أنها تقع بقوة القانون ، ومن ثمّ تنفذ في مواجهة الكافة أم لا ؟

والراجح أنه يتعذر الإحتجاج بهذه المقاصة في مواجهة جماعة الدائنين أيضاً ، إستناداً إلى أنها تخل بمبدأ المساواة بينهم ، مما يهدر أهم الأسس التي يقوم عليها نظام الإفلاس (٨١) .

---

(٨٠) أنظر : حسن رسمي سليم ، الموجز في شرح القانون التجاري المصري ، المرجع السابق رقم ١٤٦ صفحة ٢٠٨ .

(٨١) أنظر : حسني المصري ، الإفلاس ، المرجع السابق رقم ١٤٣ صفحة ١٧٥ .

وعلاوة على استناد حظر المقاصة إلى مبدأ عدم جواز الإخلال بالمساواة بين الدائنين ، فإن حظرها يستند إلى سبب آخر مقتضاه أن شروطها القانونية لا تتحقق حيث أن شهر الإفلاس يجعل دين الدائن الذي يتمسك بالمقاصة غير معيَّن المقدار ، لأن الإفلاس يستوجب تصفية أموال المفلس تصفية جماعية لا ينال الدائن منها في الغالب سوى نسبة من دينه نتيجة الخضوع لقسمة الغرماء ، ولا يُمكن الوقوف على القيمة الحقيقية لما يناله إلاّ بعد الانتهاء من التصفية ، الأمر الذي يحول دون وقوع المقاصة - أثناء اجراءات الإفلاس - لأن وقوعها يستوجب تقابل دَيْنين معيّنَي المقدار .

ومن جانب آخر ، فإن وقوع المقاصة يؤدي حتماً إلى الإضرار بحقوق الدائنين على النحو السابق إيضاحه ، وهم من الغير ، ممّا يترتب عليه تخلُّف شرط من شروطها إذ المفروض ألاّ يضر إجراء المقاصة بحقوق الغير سواءً اتّحد سبب الدينين أم اختلف (٨٢) .

وفي الشريعة الاسلامية ، عرّف ابن القيم الجوزية المقاصة بأنها سقوط أحد الدَيْنين بمثله جنساً وصفةً (٨٣) ، واشترط الفقهاء المسلمون لوقوعها

---

(٨٢) أنظر المادة ٣٧٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والتي تقابلها المادة ٣٦٧ من القانون المدني المصري وتجدر الإشارة هنا إلى أن تحريم المقاصة طبقاً للمادة ٣٧٠ من قانون المعاملات المدنية الإماراتي إذا أضرت بحقوق الغير - سواءً اتحد سبب الدَيْنين أم اختلف - يتعارض مع ماهو مقرر في التشريعات التجارية ، حيث أن التشريعات الأخيرة تسمح بوقوعها إذا وُجد ارتباط بين الدينين على نحو ما سنتعرض إليه فيما بعد . وبالنسبة لموقف التشريعات التجارية من هذه المسألة أنظر المواد ٦٨٨ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و ٥٨١ تجارة كويتي و ٣٦ إفلاس بحريني و ٦٠٧ تجارة لبناني .

(٨٣) أنظر : أعلام الموقعين عند رب العالمين تأليف شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيّم الجوزية مراجعة وتعليق طه عبدالرؤوف سعد ، الجزء الأول شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٨هـ ١٩٦٨ م صفحة ٣٢١ ،

وأنظر : وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الخامس ، الطبعة الأولى ، دار الفكر ، ١٤٠٤ هـ ١٩٨٤ م صفحة ٣٧٢ .

شروطاً أربعة هي (٨٤) : ١ - تلاقي الحقين أو الدينين ٢ - تماثل الدَيْنين ٣ - انتفاء الضرر ٤ - ألاّ يترتب عليها محظور ديني .
وذهبوا إلى أن وقوع المقاصة من جانب المفلس يؤدي للإضرار بحقوق الدائنين الذين تعلق حقهم بماله ، فبذا يُمنع وقوعها لتخلف شرط من شروطها (٨٥) .

ثالثاً : الوكالة :

من المعلوم أنه يمتنع على المفلس ، بعد شهر إفلاسه ، مباشرة التصرفات والأعمال القانونية على الأموال المشمولة بغل اليد ، ولذا كان من الطبيعي أن يُحظر عليه مباشرة تلك التصرفات بواسطة وكيل عنه يُعيّنه لهذا الغرض . فطالما أنه شخصياً ممنوع من مباشرة الأعمال فإن الوكيل لا يملك أكثر مما يملكه الموكل . ويُساير الفقهاء المسلمون هذا التوجّه مشيرين إلى أنه يُشترط لصحة الوكالة أن يكون الموكل ممن يملك التصرف الذي يوكل فيه ، لأن ما لا يملكه لا يُتصوّر تفويض التصرف فيه لغيره (٨٦) . وإذا كان الوكيل معيّناً قبل شهر الإفلاس ، فالنتيجة الحتمية التي تترتب على صدور حكم الإفلاس انتهاء الوكالة باعتبارها من العقود التي تقوم علي الاعتبار الشخصي (٨٧) .

---

(٨٤) أنظر بحثاً للدكتور محمد سلام مدكور بعنوان " المقاصة " مجلة القانون والإقتصاد ، مارس ويونيو ١٩٥٨ ، السنة ٢٨ العددان الأول والثاني صفحة ٢٣ .

(٨٥) أنظر : محمد سلام مدكور ، المقاصة ، مجلة القانون والإقتصاد ، المرجع السابق رقم ١٠٨ صفحة ٨٣ ، وانظر وهبة الزحيلي ، الفقه الإسلامي وأدلته ، الجزء الخامس ،المرجع السابق صفحة ٣٧٩ .

(٨٦) أنظر : الإختيار لتعليل المختار ، تاليف عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي ، الجزء الثاني بدون تاريخ صفحة ١٥٦ ؛ وانظر محمد سلام مدكور ، المقاصة ، مجلة القانون والاقتصاد ، المرجع السابق صفحة ٧٦ .

(٨٧) أنظر : أحمد محمود خليل ، الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ١٩٨٧ صفحة ١٠٢ .

وعليه ، فإذا باشر الوكيل عملاً قانونياً لحساب الموكل بعد إشهار إفلاس ذلك الموكل ، فلا يُحتج بهذا العمل في مواجهة الدائنين ، حتى لو كان الوكيل ومن تعاقد معه حسنَيْ النيّة ، أى يجهلون مسألة الإفلاس ، لأن التشريعات المختلفة قد قضت بسريان غل اليد بمجرد صدور حكم إشهار الإفلاس دون انتظار إعلان ذلك الحكم ، ودون أن يكون بوسع أي صاحب مصلحة التذرّع بجهل صدور الحكم حتى قبل أن ينشر (٨٨) . وعلى هذا الوكيل تسليم مابيده لأمين التفليسة لاللموكل وإلا سُئل في مواجهة الدائنين ، فمن يدفع خطأ يدفع مرتين qui paye mal paye deux foi .

ولا يقال هنا بوجوب تطبيق القواعد العامة في الوكالة التي تقضي بأن مايفعله الوكيل ، وهو لا يعلم بانقضاء الوكالة ، يُعتبر صحيحاً ، وبأن انقضاء الوكالة بسبب موت الموكل لا يجوز الاحتجاج به على الغير إذا لم يكن عالماً به ، لأن من الأصول المسلّم بها أن أحكام القانون المدني العامة لا تُطبق في المسائل التجارية إذا كانت تُخالف نصاً من نصوص القانون التجاري ، وقد رأينا أن غل اليد يسري بمجرد صدور حكم إشهار الإفلاس دون انتظار لإعلانه أو نشره . وإذا حدث وأفلس الوكيل ذاته ، فإن الوكالة تنقضي ولكن الأموال التي في يده لا تدخل في تفليسته لأنها وديعة عنده للموكل وليس للتفليسة فيها شيء ، أما الديون التي يُحكم بها للموكل ، كالمبالغ المحكوم بها على الوكيل بسبب خطئه في القيام بواجبات الوكالة ، فيدخل بها الموكل في التفليسة .

ولكن هل يجوز للمفلس أن يكون وكيلاً عن الغير في مباشرة التصرفات القانونية لحساب ذلك الغير ؟ يرى البعض إمكانية ذلك استناداً إلى أنه لا يُشترط في الوكيل أن يكون تام الأهلية أو مطلق الحرية في التصرف بماله (٨٩) ، ويضيفون أن المفلس غير ممنوع من قبول الوكالة عن غيره لأن الموكل حر في التصرف بماله وله أن يوليه شخصاً تام الأهلية أو ناقصها أو ممنوعاً من التصرف في ماله كالمفلس ، ثم إن قبول المفلس أن

---

(٨٨) أنظر : الإختيار لتعليل المختار ، المرجع السابق صفحة ١٥٧ ؛ وانظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الإفلاس ، المرجع السابق صفحة ٣٣٢ .

(٨٩) أنظر أحمد محمود خليل ، الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، المرجع السابق صفحة ١٠٢ .

يكون وكيلاً عن غيره لا يؤثر في أموال التفليسة ولا يضر بالدائنين في شيء(٩٠) . ويؤيد الفقهاء المسلمون جعل المحجور عليه للإفلاس وكيلاً تأسيساً على أنه لم يحجر عليه إلا في ماله (٩١) .

وعلى الرغم مما سبق ، فإن المادة ٦٨٣ /٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي تقضي بأنه " لا يجوز لمن أشهر إفلاسه أن ينوب عن غيره في إدارة أمواله ، ومع ذلك يجوز للمحكمة المختصة أن تأذن له في إدارة أموال أولاده القصر إذا لم يترتب على ذلك ضرر بهم " (٩٢) .

المطلب الثاني

الأعمال القانونية غير المشمولة بغل اليد

على الرغم من أن الأصل أن يد المفلس مغلوله عن مباشرة أعمال الإدارة والتصرف بالنسبة للأموال المشمولة بغل اليد ، بحيث يُحال بينه وبين إبرام العقود المتعلقة بها ، أو مباشرة أعمال الإيصاء والكفالة والإبراء علي النحو السابق إيضاحه ، وسواءً تمثل عمله في صورة وفاء ديون أو استيفائها ، أو تمثل في صورة مقاصة ، أو في صورة وكالة ، إلا أن ثمة استثناءات علي كافة الحقول السابقة بحيث يُمكن للمفلس مباشرة تصرفات متعلقة بها دون أن تكون مشمولة بغل اليد وفقاً للتفصيل التالي :

١ - قبض المفلس مبلغاً واستعماله في مصلحة جماعة الدائنين :

قد يحدث أن يستوفي المفلس ديناً من أحد مدينية ، ويستخدمه في صالح جماعة الدائنين ، كأن يوفى به بعض الديون الممتازة المتمثلة بأجور المستخدمين والعمال ، فعندها يُعتبر استيفاؤه للمبلغ صحيحاً ، لأن الديون الممتازة تتمتع بالأولوية بالنسبة لجميع الدائنين ، حيث تُدفع من

---

(٩٠) أنظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢٠٦ صفحة ٢٢٨ .

(٩١) أنظر : البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار ، تاليف أحمد بن يحيى المرتضى ، الجزء السادس ، مؤسسة الرسالة الطبعة الأولى بيروت ١٣٦٦هـ-١٩٤٧ م صفحة ٥٧ .

(٩٢) تقابلها المادة ٢/٣٣ إفلاس بحريني ولا نظير لها في القانون الكويتي والعماني

أموال التفليسة قبل إجراءالتوزيعات على الدائنين العاديين ، ولا يؤدي ذلك للتأثير سلباً علي حقوقهم ، فبذا لا تكون لهم مصلحة في إبطال الوفاء ، الأمر الذي لا يُخوّل أمين التفليسة المطالبة بإبطال هذا التصرف من قبل المفلس (٩٣) .

ولكننا نرى أن هذا الحكم سليم في الحالة التي تتمثل فيها جماعة الدائنين في دائن واحد ممتاز ومجموعة دائنين عاديين ؛ إذ لا تكون للدائنين العاديين مصلحة في إبطال الوفاء ، ولا نكون إزاء إخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين . أما إذا حدث إخلال بهذا المبدأ ، كما لو تمثلت جماعة الدائنين بفريق من الدائنين الممتازين ، وفريق من الدائنين العاديين ، وعمد المفلس إلى تسليم المبلغ الذي تسلمه لدائن ممتاز مثلاً يأتي في مرتبة تالية للدائنين الممتازين الآخرين ، فمما لا شك فيه أن عمله هذا يكون مشمولاً بغل اليد لأن القول بغير ذلك يهدر قاعدة أساسية من القواعد التي يستند إليها نظام الإفلاس ألا وهي عدم الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين .

وتأخذ الشريعة الاسلامية بنفس ماذكرناه ، إذ أنها تعتبر تصرفات المفلس من قبض ووفاء صحيحة إذا لم تؤثر في الأموال التي تعلق بها حق الغرماء ، وطالما أن الدائن الممتاز مقدم على غيره ، فإن المبالغ التي يتلقاها هذا الدائن استيفاءً لدينه تقع خارج نطاق الأموال التي تعلق بها حق الدائنين ، ومن ثم فإن تصرف المفلس يكون صحيحاً .

٢ - الوفاء بقيمة ورقة تجارية في ميعاد استحقاقها :

على الرغم من أن المشرع يحظر على المفلس استيفاء أية ديون من الغير بعد إشهار إفلاسه ، ويُلزم هذا الغير بالدفع مرتين فيما لو حدث

---

(٩٣) أنظر : الياس ناصيف ، الإفلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٣٢ ؛ وانظر أحمد محمود خليل ، الإفلاس التجاري والإعسار المدني ، المرجع السابق صفحة ١٠٢ .

وتـ م المدين بالوفاء لغير أمين التفليسة فقد قررت المادة ٢/٦٨٧ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي (٩٤) . بأنه " إذا كان المفلس حاملاً لورقة تجارية ، جاز الوفاء له بقيمتها عند حلول ميعاد استحقاقها ، إلا إذا عارض أمين التفليسة في الوفاء طبقاً للمادة ٥٤٣ " (٩٥) .

وعليه ، فإذا حدث وتقدم المفلس حامل الورقة التجارية إلى المسحوب عليه ، واستوفى قيمة الورقة عند حلول ميعاد استحقاقها ، فإن الإيفاء يُعتبر صحيحاً وغير مشمول بفل اليد بحيث لا يجوز لأمين التفليسة الإحتجاج بعدم نفاذه في مواجهة جماعة الدائنين ، ولكن يلزم لنفاذ هذا الإيفاء في مواجهة هذه الجماعة توافر شرطين هما :

أ - أن يكون الموفي حسن النيّة ، بمعنى أنه لا يعلم بالإفلاس (٩٦) ؛ علماً بأن مجرد نشر حكم الإفلاس لا يشكل قرينة قاطعة بعلم الموفي بحالة الإفلاس . هذا ، ويجوز إثبات هذا العلم بكافة الطرق . وقد اعتبر القضاء أنه يكفي لنفي حسن النيّة لدى الموفى أن يثبت عدم تروّية وقلّة احترازه (٩٧) .

ب - أن لا توجد معارضة صحيحة موجّهة للمسحوب عليه الموفى تطالبه بعدم الوفاء بقيمة الورقة التجارية استناداً إلى إفلاس حامل هذه الورقة .

---

(٩٤) تُقابلها المواد ٢/٣٢٧ تجارة أردني و ٢/٥٨٠ تجارة كويتي و ٢/٣٥ إفلاس بحريني و٦٠٤ تجارة عماني و١٤٤ تجارة مصري و٢/٥٠١ ، تجارة لبناني و٢/٦١٧ تجارة سوري .

(٩٥) تنص المادة ٥٤٣ على مايلي " لاتُقبل المعارضة في وفاء الكمبيالة أو الإمتناع عن وفائها إلا في حالة ضياعها أو في حالة إفلاس حاملها " .

(٩٦) ورد النص في المواد ١٤٤ تجارة مصري و٢/٥٨٠ تجارة كويتي و٢/٦٨٧ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و٢/٣٥ إفلاس بحريني مطلقاً بحيث لم تستلزم هذه التشريعات حسن النية ، في حين استلزمت ذلك كل من المواد ٢/٣٢٧تجارة أردني و ٦٠٤ تجارة عماني و ٢/٥٠١ تجارة لبناني و٢/٦١٧ تجارة سوري .
أنظر : Gordin j . Borrie , Commercial law , Fifth edition , Butterworths , London 1980 , P . 265 .

(٩٧) أنظر موسوعة داللوز ، محكمة التمييز الفرنسية في ١٨٥٦/١٢/١٧ مشار إليه في الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الإفلاس ، المرجع السابق هامش صفحة ٣٣٣

وغني عن القول إن مثل هذه المعارضة قد تصدر عن ساحب الورقة التجارية أو عن أمين التفليسة حيث يُصبح الأخير صاحب الصفة في تلقّي قيمة الورقة التجارية .

هذا ، وتجدر الإشارة أخيراً إلى أن المادتين ٢/٦١٧ تجارة سوري و٢/٥٠١ تجارة لبناني قد ساوتا بين حالة استيفاء المفلس لقيمة الورقة التجارية من المسحوب عليه ، وحالة وفائه بهذه القيمة إلى الدائن بها ، فاعتبرتا الاستيفاء والوفاء صحيحين ونافذين في مواجهة جماعة الدائنين شريطة توافر حسن النيّة ، وذلك خلافاً للمواد ٢/٦٨٧ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي و١٤٤ تجارة مصري و٢/٥٨٠ تجارة كويتي و٢/٣٥ إفلاس بحريني التي تحدثت جميعها عن حالة الوفاء من جانب المسحوب عليه بقيمة ورقة تجارية للمفلس عند حلول ميعاد استحقاقها (٩٨) . ولكن من الناحية العملية يتعذر اعتبار المفلس حسن النيّة ، أي جاهلاً أمر إفلاسه ، عندما يقوم بالوفاء بقيمة الورقة التجارية ، الأمر الذي يُحتم قصر النص على حالة استيفاء المفلس لقيمة الورقة التجارية من موف(مسحوب عليه) حسن النيّة حيث أنها الحالة الوحيدة التي يُتصور فيها قيام حسن النيّة .

٣ - المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته المترابطة :

علمنا أن المقاصة بصورة عامة مشمولة بغل اليد باعتبارها وفاءً بالتزام واستيفاءً لحق في نفس الوقت . وغني عن القول إن تحريم وقوع المقاصة بعد شهر الإفلاس يُشكل عنتاً بالدائن ، إذ يُجبره على التخلي عن حبس حق المدين لديه والاشتراك في التفليسة بحقه ، وبالتالي التعرض للخسارة المترتبة على قسمة الغرماء (٩٩) ؛ ولذا حاول القضاء التخفيف من حدة هذا

---

(٩٨) حظرت المادة ٦٠٤ عماني على المفلس القيام بأي وفاء أوقبض إلا إذا كان القبض عن حسن نية لسند تجاري . وإرى أن القابض المفلس لا يُمكن أن يكون حسن النية ، والمقصود هنا الوفاء عن حسن نية ؛ لذا أرى تعديل نص هذه المادة بإحلال كلمة " الوفاء " محل كلمة " القبض " وعلى نحو ما ندعو إليه جاء نص المادة ٢/٣٢٧ تجارة أردني .

(٩٩) أنظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، المرجع السابق رقم ٨٦٩ صفحة ٤١١ .

المبدأ استناداً إلى أن المقاصة تعتبر مجرد تطبيق من تطبيقات الحق في الحبس (١٠٠) . فاستقر على جواز وقوعها على الرغم من صدور حكم الإفلاس متى وُجد ارتباط بين الدّين الذي للمفلس على الغير والدّين الذي على المفلس للغير . ويوجد هذا الارتباط على وجه الخصوص إذا نشأ الدينان عن سبب واحد (١٠١) . أو شملهما حساب جارٍ (١٠٢) . فإذا فتح المصرف للعميل حساباً جارياً مضموناً بأوراق تجارية سلمها العميل للمصرف ، ثم حدث أن أفلس المصرف ، فليس لأمين تفليسة هذا المصرف أن يُطالب العميل بدفع المبالغ التي استلمها من المصرف مع تكليفه بالدخول في التفليسة بقيمة الأوراق التجارية التي سلمها للمصرف ، بل يجب أن تُخصم قيمة هذه الأوراق من المبالغ التي استلمها ثم يقوم بدفع الرصيد للمصرف - إذا كانت نتيجة الحساب تجعل المصرف دائناً بالرصيد للعميل - أويدخل العميل في تفليسة المصرف بالرصيد - إذا كانت نتيجة الحساب تجعل العميل دائناً به للمصرف - (١٠٣) .

وتطبيقاً لذلك ، قضت محكمة التمييز الفرنسية بإمكانية إجراء المقاصة بين المفلس المؤمن له وشركة التأمين بالنسبة لالتزام المؤمن له بدفع أقساط التأمين والتزام شركة التأمين بدفع التعويض المستحق ، وبين مصلحة الكهرباء والمفلس المشترك بالتيار الكهربائي بالنسبة لدفع مبلغ التأمين من جهة

---

(١٠٠) هذا هو المقرر في القانون الألماني : أنظر : صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي، الجزء الرابع مطبعة النجاح بغداد ١٩٥٨ الصفحات ١٨٥ - ١٨٦ ؛ وأنظر : Escarra (j .) cours de droit Commecial , librairie de Recueil . Sirey . Paris 1952 , P . 1097 .

(١٠١) نقض فرنسي ١٩٦٨/١/١٥ ، المجلة الفصلية للقانون التجاري ، ١٩٦٩ صفحة ١٩٤ .

(١٠٢) أنظر نقض فرنسي ١٠ ديسمبر ١٩٤٦ سيري ١٩٤٧ الجزء الأول صفحة ٦٥ و ١٨ أكتوبر ١٩٣٨ داللوز الأسبوعي ١٩٣٨ صفحة ٥٩٣ أشار لذلك محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، المرجع السابق هامش صفحة ٤١١ .

(١٠٣) أنظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢٠٥ صفحة ٢٢٧ .

والالتزام بدفع قيمة الاستهلاك السابق من جهة أخرى(١٠٤) . كما أجاز القضاء للموكل التمسك بالمقاصة عند إفلاس الوكيل بالعمولة بين المبالغ المستحقة للموكل ، كأثمان البضائع التي بيعت لحسابه ، والعمولة المستحقة للوكيل .

هذا ، ولم يقف الأمر عند حد موقف القضاء ، بل سرعان ماتمّ تقنين هذا الموقف ، فطبقاً للمادة ٦٨٨ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي فإنه " لا تقع المقاصة بعد صدور حكم إشهار الإفلاس بين حق للمفلس والتزام عليه إلاّ إذا وُجد ارتباط بينهما ، ويوجد الإرتباط على وجه الخصوص إذانشأ الحق والالتزام عن سبب واحد أو شملهما حساب جار " (١٠٥) .

وعليه ، فإذا كان بين البنك والعميل حساب جارٍ وقدّم العميل كمبيالة بقيمة ٥٠٠٠ درهم لخصمها وتمّ قيد قيمتها في الجانب الدائن من حسابه ، ثم أصبح البنك دائناً لهذا العميل بمبلغ ٧٠٠٠ درهم نتيجة لفتح اعتماد لصالح الأخير وتمّ قيد آل ٧٠٠٠ درهم في الجانب المدين من حساب العميل ، ثم حدث بعد ذلك أن أفلس العميل قبل حلول ميعاد استحقاق الكمبيالة ، بحيث تعذّر على البنك استيفاء قيمتها ، فعندها يجوز للبنك إجراء قيد عكسي عن طريق قيد قيمة الورقة التجارية في الجانب المدين من حساب العميل ، وهو مايعني وقوع المقاصة بين حقٍ للعميل قبل البنك (أي آل ٥٠٠٠ درهم) ودين للبنك على العميل (أي ٧٠٠٠ + ٥٠٠٠ = ١٢٠٠٠ درهم) فتسفر المقاصة عن الرصيد النهائي وهو ٧٠٠٠ درهم ، وهو المبلغ الذي يدخل فيه البنك في تفليسة العميل ويخضع لقسمة الغرماء في حدوده .

وفيما يتعلق بالمقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته المترابطة في الشريعة الإسلامية ، فإن الحنفية (١٠٦) يرون ضرورة التمييز بين نوعين من العقود بهذا

---

(١٠٤) أنظر : الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الإفلاس ، المرجع السابق صفحة ٢٣٤ .

(١٠٥) تُقابلها المواد ٥٨١ تجارة كويتي و٣٦ إفلاس بحريني و٦٠٧ تجارة عماني .

(١٠٦) أنظر : محمد سلام مدكور ، المقاصة ، مجلة القانون والإقتصاد ، الكرجع السابق الصفحات ٢٩ - ٣٠ .

بصدد . فبالنسبة للعقود التي يُمكن للوكيل الاستغناء عن إضافتها للمـــوكل وإبرامها باسمه كالبيع وأعمال الوكالة بالعمولة ، فإن الحقوق الناجمة عنها تتعلق بالوكيل ذاته ، ومن ثمّ تجوز المقاصة بخصوصها مع الحقوق المترتبة للموكل في ذمة الوكيل ؛ وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار مايذهب إليه الحنفية من عدم جواز وقوع المقاصة بين دين النفقة ودين آخر (١٠٧) .

أما بالنسبة للعقود التي تتعذر إضافتهاللوكيل ويتعين إبرامها باسم الموكل كعقد الزواج ، فإن الحقوق الناجمة عنها لا تثبت للوكيل إطلاقاً ، الأمر الذي لا يجوز معه وقوع المقاصة بخصوصها .

أما فقهاء المذاهب الثلاثة الأخرى ، فيذهبون إلى أنه لا يثبت للوكيل ملك حقيقي في نوعي العقود ، الأمر الذي يتعذر معه إجراء المقاصة بالنسبة لالتزاماته نحو الموكل .

---

(١٠٧) أنظر : محمد سلام مدكور ، المقاصة ، مجلة القانون والإقتصاد ، المرجع السابق ، صفحة ٦٣ .

المبحث الثالث
منع المفلس من التقاضي

طالما تمثلت غاية المشرع من غل يد المفلس ، ومنعه من مباشرة أعمال الإدارة والتصرف بالنسبة للأموال المشمولة بهذا الغل في حماية هذه الأموال من عبثه وإهماله محافظة علي الضمان العام للدائنين ، فإن هذه المحافظة تستتبع بالضرورة منعه من التقاضي بشأن هذه الأموال ، وسواء تم ذلك بالطرق القضائية العادية ، أي بطريق الإعلان ، أم بالطرق الولائية ، أي على أمر من المحكمة بواسطة تقديم طلب على عريضة ؛ (١٠٨) وإلاّ أصبح من السهولة بمكان إهدار الغاية التي قصدها المشرع ، حيث أن المفلس يستطيع الوصول للإضرار بجماعة الدائنين من خلال حقه في التقاضي عن طريق تواطئه مع المدعي وتسليمه بكل ما يدّعيه ، أو إهماله في التنفيذ على أموال مدينه ، أو تخلفه عن حضور الجلسات لتمكين الخصم من إستصدار حكم ضده .

وانطلاقاً مما سبق ، فقد عمدت التشريعات إلى منع المفلس من التقاضي ،وأقامت أمين التفليسة نائباً عنه في الدعاوي التي تقيمُها التفليسة أو تقام عليها (١٠٩) ، علماً بأن نيابة أمين التفليسة عمَّن غلّت يده نيابة مقررة

---

(١٠٨) – انظر : على الزيني ، أصول القانون التجاري ، المرجع السابق رقم ٢٢١ صفحة ٢٤٢ .

(١٠٩) – جاء في حكم لمحكمة النقض المصرية " من المقرر أن حكم اشهار الإفلاس يترتب عليه غل يد المفلس عن إدارة أمواله أو التصرف فيها وفقد أهليته في التقاضي بشأنها ، ويحل محلّه في تلك الأمور وكيل الدائنين الذي عينته المحكمة في حكم اشهار الإفلاس . انظر نقض ٢١-٥-١٩٧٩ طعن ١٤٨ س ٤٧ ق . مشار إليه في مجموعة المبادي القانونية التي قررتها محكمة النقض للمستشار أنور طلبة الجزء الرابع ، دار المطبوعات المصرية ١٩٨٣ رقم ٤٧ =

بحكم القانون ، الأمر الذي لا يُخوّل المحكمة سلطة تعيين نائب غيره ، كما أن هذه النيابة تثبت لأمين التفليسة حتى لو لم تذكر المحكمة في حكمها الصادر بتعيينه أنه يُمثل المفلس في التقاضي .

وحيث أن المعلول يدور مع علتّه وجوداً وعدماً ، فإنه إذا انتفى الغرض من غل اليد ، والمتمثل في تحاشي الإضرار بحق الارتهان العام لجماعة الدائنين ، فإنه يُسمح للمفلس بمباشرة بعض الدعاوي وخاصة إذا أسفرت عن منفعة للدائنين . وبمعنى آخر ، فإن غل يد المفلس لا يؤدّي لفقدانه أهلية التقاضي بصورة مطلقة ، وإلاّ اعتُبرت جميع الأحكام التي تصدر ضده غير نافذة لا بالنسبة للتفليسة فقط بل بالنسبة إليه أيضاً ، ولكان بإمكانه التمسك بعدم النفاذ في مواجهة من قضُي لمصلحته .

وعليه ، فسنتناول موضوع منع المفلس من التقاضي في مطلبين نكرس الأول منهما لتناول الدعاوي والإجراءات المشمولة بغل اليد ، بينما نُخصص المطلب الثاني للدعاوي والإجراءات التي تخرج عن نطاق غل اليد .

= صفحة ١٢٤ . وجاء في حكم آخر " وكيل الدائنين هو ممثل التفليسة من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس ، كما أنه وكيل عن جماعة الدائنين والمفلس ، ويُحاج بالأحكام الصادرة ضد المفلس أو لصالحه قبل شهر الإفلاس ، وله حق الطعن فيها، وللخصم توجيه الطعن إليه . الطعنان رقما ٤١٣ و ٤٣٢ سنة ٤٤ ق. جلسة ١٩٧٨/٤/٥ س ٢٩ صفحة ٩٥٢ ، مشار إليه في : قضاء النقض التجاري ، المبادىء التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ١٩٣١ - ١٩٨١ للدكتور أحمد حسني ، منشأة المعارف الإسكندرية ١٩٨٢ صفحة ٧٨.

المطلب الأول
الدعاوي والإجراءات المشمولة بغل اليد

وفقاً لحرفية نص المادة ٢١٧ من قانون التجارة المصري ، فإن من المتعين إبعاد المفلس عن ساحة القضاء وحرمانه من سلوك طريق التنفيذ بالنسبة للدعاوي والإجراءات الموجهة ضده من الغير على أن يحلّ محلّه أمين التفليسة (١١٠) . بمعنى أن منع التقاضي وفقاً للقانون المصري قد اقتصر على الدعاوي والإجراءات التي يباشرها الغير بشأن أموال المفلس ، ولم يتعدّ ذلك إلى الدعاوي والإجراءات التي يتعيّن توجيهها ضد الغير بشأن هذه الأموال . ولكن على الرغم من حرفية النص هذه ، إلاّ أن الرأي قد استقر - فقهاً وقضاءً على أن يشمل غل اليد النوعين بحيث يكون لأمين التفليسة المثول أمام القضاء سواء بصفته مدعياً أو مدّعي عليه (١١١) .

---

(١١٠) - يُعتبر أمين التفليسة وكيلاً عن جماعة الدائنين ووكيلاً عن المفلس في ذات الوقت ، انظر نقض ١٩٧٨/٤/٥ طعن رقم ٤١٣ و ٤٣٢ س ٤٤ ق. مشار إليه في مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة النقض ، أنور طلبة المرجع السابق رقم ٤٩ صفحة ١٢٥ .

(١١١) - ورد في حكم لمحكمة استئناف مصر ما يلي " قضت المادة ٢١٦ من القانون التجاري برفع يد المفلس من تاريخ حكم إشهار الإفلاس عن إدارة أمواله ، ومن نتائج هذه القاعدة غل يد المفلس عن أن يتخذ بنفسه أو يتخذ غيره ضده أي إجراء في الخصومة " . انظر استئناف مصر ١٧ مارس ١٩٣٤ ، المحاماة السنة ١٥ صفحة ٩ رقم ٥ ؛ وانظر في نفس الإتجاه نقض مدني ٢١ مايو ١٩٧٩ مجموعة أحكام النقض السنة ٣٠ صفحة ٣٩٥ ؛ ونقض مدني ٢٧ مايو ١٩٨٠ نفس المجموعة السنة ٣١ صفحة ١٥١٠؛ وانظر محسن شفيق الوسيط صفحة ٤٨٧ ومحمد سامي مدكور وعلي يونس صفحة ٢٤٥ ؛ وحسني المصري ، الإفلاس المرجع السابق رقم ١٥٠ صفحة ١٨٥ ؛ وعلي الزيني ، المرجع السابق رقم ٢١٧ صفحة ٢٣٨ .

إلاّ أن المادة ٦٩١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي جاءت أكثر دقة وشمولاً إذ قضت بأنه " لا يجوز - بعد صدور حكم إشهار الإفلاس - إقامة دعوى من المفلس أو عليه أو السير فيها باستثناء الدعاوي الآتيه ..... " (١١٢) .

وعليه ، فإذا أقيمت دعوى - بعد صدور حكم إشهار الإفلاس - من المفلس أو عليه ، فلا يُحتج بالحكم الصادر فيها في مواجهة جماعة الدائنين ، ولكن هذا لا يعني أن ذلك الحكم يكون باطلاً ، وإنما هو صحيح بين طرفيه ، إلاّ أن من المتعذر الاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين ، فيكون لهذه الجماعة وحدها حق التمسك بعدم نفاذ الحكم في مواجهتها ، ويكون لها - إن شاءت - التمسك به (١١٣) ، ولكن لا يجوز للخصم التنصل من الحكم بدعوى بطلانه بسبب عدم صدوره في مواجهة أمين التفليسة صاحب الصفة في التقاضي بعد إشهار الإفلاس (١١٤) ؛ كما أنه لا يجوز كذلك لورثة المفلس أن يتمسكوا بعدم

---

(١١٢) - تقابلها المواد ٦٠٤ تجارة عماني و ٣٩ إفلاس بحريني و ٥٨٢ تجارة كويتي و ٢/٦١٧ تجارة سوري و ٣/٣٢٧ تجارة أردني .

(١١٣) - يحدث ذلك في العادة حين يصدر الحكم لمصلحة المفلس ، فيُقضى بثبوت ملكيته لبعض الأموال أو الحقوق ، الأمر الذي يؤدي لزيادة أموال التفليسة وتوسيع رقعة الضمان العام .

(١١٤) - في هذا السياق ورد في حكم محكمة إستئناف مصر " أنه إذا كانت دعوى المفلس لا تعود عليهم (جماعة الدائنين) بأي ضرر بل قد تؤول في النهاية إلى منفعتهم ، فلا يجوز للخصوم التمسك في الدفع بعدم قبول الدعوى على أساس عدم أهلية المفلس للتقاضي " . انظر محكمة استئناف مصر ٢٧ اكتوبر ١٩٤٥ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٤٧ رقم ١٢٦ .

النفاذ (١١٥) ، علماً بأنه يجوز لهذا الخصم إذا صدر الحكم لصالحه أن يستوفي ما حكم له به مما يتبقى من أموال المفلس ، ولكن بعد انتهاء التفليسة وزوال غل اليد .

ومن جانب آخر ، فإن عدم اختصام أمين التفليسة في الدعاوي والإجراءات التي توجه ضد التفليسة لا يشكل سبباً لعدم قبولها ، بل ينحصر كل ما يترتب على عدم اختصامه في عدم جواز الاحتجاج على التفليسة بحكم لا يكون قد صدر في مواجهة هذا الأمين (١١٦) .

هذا ، وتنطبق القواعد العامة على مباشرة أمين التفليسة للدعاوي نيابة عن المفلس ، فهو لا يملك - باعتباره وكيلاً في الخصومة - من الحقوق أكثر مما يملكه المفلس ، فبذا يكون للطرف الآخر في الخصومة أن يتمسك في مواجهة الأمين بكافة الدفوع التي كان يمكنه التمسك بها في مواجهة المفلس . وبالمقابل ، فبإمكان أمين التفليسة أن يتمسك في مواجهة المدعي بكافة الدفوع التي كان يجوز للمفلس التمسك بها في مواجهته . وإذا صدرت أحكام متعلقة بالتفلسية ، فإنها تحوز قوة الشيء المقضي به بالنسبة للمفلس ، الأمر الذي يحول بينه وبين الطعن فيها بطريق المعارضة من غير الخصوم لأنه كان خصماً ممثلاً بأمين التفليسة وذلك ما لم يتبيَّن وجود تواطوء بين أمين التفليسة والطرف الآخر في الدعوي (١١٧) .

---

(١١٥) - الطعن رقم ٧٢٢ لسنة ٥٢ ق . جلسة ١٩٨٤/٥/١٤ مشار إليه في : عزت عبد القادر، شرح أحكام المنازعات التجارية الطبعة الأولي ١٩٩٠ صفحة ٣٤٢ .

(١١٦) - انظر نقض ١٩٥٩/٣/١٩ طعن ٣٠ س ٢٥ ق. أشار لذلك أنور طلبة مجموعة المبادىء القانونية التي قررتها محكمة النقض رقم ٧٤ صفحة ١٣٥؛ وانظر في نفس السياق طعن رقم ٨٩٤ لسنة ٥٧ ق جلسة ١٩٨٩/٣/١٣ أشار إليه عزت عبد القادر ، المرجع السابق صفحة ٣٤٥ .

(١١٧) - انظر : علي الزيني ، المرجع السابق رقم ٢٣١ صفة ٢٥١ .

إدخال المفلس في الدعاوي المتعلقة بالتفليسة :

على الرغم من منع المفلس من التقاضي إلاّ أن المادة ١/٦٩٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي قد أجازت " للمحكمة أن تأذن في إدخال المفلس في الدعاوي المتعلقة بالتفليسة " . (١١٨) ويظهر من نصوص القوانين الإماراتية والكويتية والبحرينية أن الأمر جوازي للمحكمة بحيث يمكن لها أن تأذن في إدخال المفلس في الدعاوي المتعلقة بالتفليسة – سواء كانت هذه الدعاوي مرفوعة من التفليسة أم عليها – وبغض النظر عن الحالة التي تكون عليها الدعاوي ، أي سواء كان ذلك أمام محكمة أول درجة أم أمام محكمة الإستئناف ، في حين جاء نص المادة ٢١٨ من قانون التجارة المصري على النحو التالي : " إذا أقيمت دعوى على التفليسة ، جاز للمحكمة أن تقبل دخول المفلس فيها بصفة خصم " ؛ بمعنى أن النص هنا قاصر على إدخاله في الدعاوي المقامة ضد التفليسة فقط ؛ وقد أدى هذا النص إلى خلاف في الفقه ، إذ رأى البعض (١١٩) الاقتصار على حرفية النص تأسيساً على أن النص الذي يُجيز للمحكمة قبول المفلس خصماً في الدعاوي المقامة على التفليسة يُعَدّ استثناءً من مبدأ غل اليد المقرر في المادة ٢١٧ من قانون التجارة المصري ، ومن ثم يتعيَّن قصره على تلك الحالة ، وعدم إعماله بشأن الدعاوي المقامة من التفليسة على الغير تطبيقاً لمبدأ " الاستثناء لا يُتوسع فيه ولا يُقاس عليه " .

---

(١١٨) – تقابلها المواد ٣/٥٨٢ تجارة كويتي و ٢/٣٩ إفلاس بحريني و ٦٠٤ تجارة عماني و ٤٤٣ تجاري فرنسي و ٣/٣٢٧ تجارة أردني .

(١١٩) – انظر محمد سامي مدكور وعلي يونس ، المرجع السابق صفحة ٢٤٧ ، وانظر حكم محكمة استئناف القاهرة في ١٥ نوفمبر١٩٥٥ حيث ورد فيه " يبين من هذه النصوص صراحة أن حكم إشهار الإفلاس يحرم المفلس من التقاضي ..... فيما عدا الدعاوي المقامة على التفليسة والتي تقبل المحكمة دخول المفلس خصماً فيها " .

وذهب رأي آخر إلى أنه يجوز للمحكمة قبول المفلس خصماً في الدعاوي المقامة من التفليسة على الغير ، وليس فقط في الدعاوي المقامة على التفليسة وذلك لاتحاد العلّة في الحالتين (١٢٠) وهذه العلة المتمثلة في أنه قد تكون لدى المفلس معلومات خافية على أمين التفليسة وتفيد الدعوى ، وقد تكون للمفلس مصلحة في الإنضمام لأمين التفليسة كأن يكون موضوع الدعاوى ماساً بشرفه واعتباره .

وتجدر الإشارة إلى أنه لا مجال لمثل هذا الخلاف في التشريعات الخليجية بسبب وجود نصوص قاطعة في هذا الصدد ؛ كما أننا نشهد ميلاً لهذا الإتجاه حتى في القضاء المصري فقد قضت محكمة إستئناف القاهرة (١٢١) أنه " متى كان مبنى الاعتراض على تدخل المفلس خصماً في الدعوى أن المادة ٢١٧ من القانون التجاري قضت بأن وكيل الدائنين هو الذي تُوجه ضده الإجراءات في كافة الدعاوي المتعلقة بأموال المفلس ، وأنه بمقتضى المادة ٢١٨ من القانون التجاري لا يجوز للمفلس أن يتدخل إلاّ في الدعوى التي تُقام على التفليسة ، فإنه لا محل لإعمال المادة ٢١٧ من القانون التجاري في النزاع الحالي ، إذ أن رافع الدعوى الإبتدائية هو وكيل الدائنين ، وإنما طلب المفلس تدخله فيها لأنه يدّعي أن حقيقة حصته في موجودات الشركة تبلغ ١٠٠٠ جنيه مصري وفي ذلك مصلحة ظاهرة ، وليس من المفهوم أن يُعارض وكيل الدائنين في هذا الطلب . ثم إن هذه المادة لا تحرم المفلس من حق تدخله في الدعوى التي يرفعها وكيل الدائنين دفاعاً عن أمواله (أموال المفلس) التي مآلها الدخول في وكية

---

(١٢٠) - انظر مصطفى طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية والإفلاس ، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية ١٩٨٢ رقم ٤٥٩ صفحة ٤٠٧ .

(١٢١) - محكمة استئناف القاهرة ، الدائرة التجارية الأولى ١٩٥٢/٦/٢، الإستئنافان رقما ١٢٩ ، ١٦٤ سنة ٦٧ ق مشار إليه في عبد الحميد الشواربي ، الإفلاس ، المرجع السابق الصفحات ١٦٤ - ١٦٥ .

الدائنين ، أما أن المادة ٢١٨ من القانون التجاري التي تُتيح للمفلس التدخل في الدعاوي التي تُقام ضد التفليسة ، فإنه ملحوظ فيها مُراعاة مصلحة المفلس ، فلا يضار بما قد يقع من تقصير أو إهمال في المحافظة على أمواله ، فمن باب أولى ، وقد جاء النص خالياً من تحريم تدخله في .الدعاوي المقامة من التفليسة أن يطلب تدخله فيها أخذاً بالقواعد العامة التي تُبيح لصاحب المال حق التقاضي عنه سواء كان مدعياً أو مدعي عليه أو خصماً ثالثاً ولا حرمان بغير نص" .

هذا ، ولا تخضع المحكمة في تقدير رفض تدخل المفلس أو قبوله ، بالنسبة للدعاوي المتعلقة بالتفليسة ،لرقابة محكمة النقض لأن ذلك متروك لتقديرها ، فلا جناح عليها فيما تقضي به .

الإجراءات القضائية :

لا يقتصر منع المفلس من التقاضي على الحيلولة بينه وبين إقامة الدعاوي ، وإنما يمتد ليشمل منعه - بعد إعلان إفلاسه - من إتمام الإجراءات القضائية التي بدأت قبل إشهار الإفلاس . فإذا كان المدين طرفاً في خصومة ، ثم صدر حكم الإفلاس قبل الفصل فيها ، وقبل أن تتهيأ للحكم في موضوعها فإن سير الخصومة ينقطع مما يؤدي لوقف جميع مواعيد الإجراءات التي كانت جارية في حق الخصوم وبطلان جميع الإجراءات التي تحصل أثناء الانقطاع ، بمعنى أن تقف اجراءات الدعوى عند النقطة التي وصلت إليها وقت إشهار الإفلاس (١٢٢) ؛ ولا يجوز أن تستأنف الدعوى سيرها إلاّ بتكليف بالحضور يعلن لأمين التفليسة ، فقد قضت المادة ٦٩١ من مشروع قانون المعاملات

---

(١٢٢) - انظر المادة ٢/١٠٣ من قانون الإجراءات المدنية الإماراتي ، وانظر استئناف القاهرة ، الدائرة التجارية الأولى ، ١٩٥٢/٦/٢ الإستئنافان رقما ١٢٩ و ١٦٤ سنة ٦٧ ق مشار إليه في عبد الحميد الشواربي المرجع السابق الصفحات ١٦٤-١٦٥ .

التجارية الإماراتي بانه " لا يجوز - بعد صدور حكم إشهار الإفلاس - إقامة دعوى من المفلس أو عليه أو السير فيها باستثناء الدعاوي الآتية ..... (١٢٣) .

وهذا أمر طبيعي ، حيث أن إشهار الإفلاس يؤدي إلى فقد المفلس لصفته في مباشرة الدعوى أو الإجراءات التي سبق له مباشرتها قبل إشهار إفلاسه وحلول أمين التفليسة محله في هذا الشأن (١٢٤) ، وإذا حدث وخالف المفلس هذا الحظر ، وتابع الدعوى بنفسه دون دعوة وكيل التفليسة أو تدخله فيها ، فإن الحكم الصادر لا يكون نافذاً في حق جماعة الدائنين (١٢٥) .

أما إذا كان الحكم في الدعوى قد صدر قبل إشهار إفلاس المدين ، وحاز قوة الأمر المقضي به ، فلا مجال للحديث عن غل اليد بشأنه ، ولكن لا يمكن تنفيذه إلاّ بناءً على طلب أمين التفليسة . وإذا فُصل في الدعوى بحكم قابل للطعن فيه ، فشأنه شأن الدعاوي التي لم يُفصل فيها أصلاً قبل إشهار الإفلاس .

---

(١٢٣) - تقابلها المواد ٦٠٤ تجارة عماني و ٣٩ إفلاس بحريني و ٥٨٢ تجارة كويتي و ٢/٦١٧ تجارة سوري .

(١٢٤) - تطبيقاً لذلك قضت محكمة استئناف القاهرة بانه " متى كان المستانف عليه قد حكم بإشهار إفلاسه ، وبذلك فقد أهلية الخصومة ، فيتعيّن الحكم بانقطاع سير الخصومة عملاً بالمادة ٢٩٤ مرافعات " محكمة إستئناف القاهرة ، الدائرة التاسعة التجارية في ١٩٥٩/١٠/١٩ رقم ١٧٦ سنة ٧٦ ق مشار إليه في عبد الحميد الشواربي ، المرجع السابق صفحة ١٦٣ .

(١٢٥) - انظر الياس ناصيف ، المرجع السابق صفحة ٣٣٦ .

ومن ناحية أخرى ، فإن الأمر يدقّ بالنسبة للأحكام الصادرة قبل إشهار الإفلاس من حيث إعلانها والطعن فيها ؛ وهنا يُميِّز بين كون الحكم صادراً لصالح المفلس أو ضده وفقاً للتفصيل التالي :

فإذا كان الحكم صادراً ضد المفلس ، فإن من المتعيّن على من صدر الحكم لصالحه إعلان الحكم لأمين التفليسة لا للمدين المفلس وإلاّ فقد الإعلان أثره بالنسبة لجماعة الدائنين حيث لا تسري في مواجهتهم مواعيد الطعن فيه ، إذ أن هذه المواعيد لا تبدأ إلاّ من تاريخ إعلان أمين التفليسة بالحكم ، وذلك باعتباره الممثل القانوني للتفليسة من تاريخ الحكم بإشهار الإفلاس (١٢٦) .

أما بالنسبة للطعن في الحكم الصادر ضد المفلس فقد ذهب رأي إلى أنه لا يجوز للمفلس الطعن في هذا الحكم ، حيث أنه ممنوع بحكم غل اليد ، من مباشرة الإجراءات القضائية بعد شهر إفلاسه ، وأن من المتعين على أمين التفليسة توجيه هذا الطعن ضد من صدر الحكم لصالحه (١٢٧) .

وذهب رأي آخر إلى أنه يجوز للمفلس - بعد شهر إفلاسه - الطعن في الأحكام الصادرة ضده ، شريطة إدخال أمين التفليسة ، وإلاّ كان طعنه غير مقبول شكلاً (١٢٨) .

---

(١٢٦) - انظر استئناف مصر ١٧ مارس ١٩٣٤ المحاماة ١٥-٩ ؛ وانظر نقض ٥-٤-١٩٧٨ ، الطعنان رقما ٤١٣ و ٤٣٢ س ٤٤ ق . مشار إليه في أنور طلبة المرجع السابق صفحة ١٢٤ .

(١٢٧) - نقض مدني ١٢ فبراير ١٩٥٩ مجموعة أحكام النقض س ١٠ ص ١٥٤ في عدم قبول الطعن بالنقض في الحكم القاضي بتحديد أرباح المفلس إذا حصل التقرير به من المفلس دون وكيل الدائنين . أشار لذلك مصطفى كمال طه القانون التجاري الأوراق التجارية والإفلاس ، المرجع السابق هامش صفحة ٤٠٦ .

(١٢٨) - انظر حكم محكمة استئناف لبنان الشمالي الصادر في ١٩٥٣/١١/١١ النشرة القضائية ١٩٥٤ صفحة ١٧٢ .

وذهب رأي ثالث إلى أنه يجوز للمفلس - بعد شهر إفلاسه - الطعن في الأحكام الصادرة ضده بدون إدخال أمين التفليسة تأسيساً على أن ذلك يُعد من قبيل الإجراءات التحفظية التي تعود بالنفع على جماعة الدائنين (١٢٩) . وسيراً مع التوجه الأخير قضت محكمة إستئناف القاهرة في ٢٦ فبراير ١٩٥٧ بأن " الحكمة التي أدّت بالشارع إلى حرمان التاجر المحكوم بشهر إفلاسه من التقاضي بشأن أموال باسمه ليست مجرد الحجر عليه ، بل هي حماية حقوق الدائنين ... وعلى ذلك ، ومع قيام هذا الحرمان ، فإن للتاجر المفلس اتخاذ الإجراءات التحفظية والإجراءات المستعجلة للمحافظة على حقوقه ، على أن يحلّ محلّه فيها بعد ذلك السنديك المعين على التفليسة ، ومن بين هذه الإجراءات التحفظية المستعجلة رفع الإستئناف عن الأحكام الصادرة ضده .

إلاّ أن محكمة النقض المصرية لم تعتبر الطعن بالنقض من قبيل الإجراءات التحفظية المستعجلة التي يجوز للمفلس مباشرتها بعد إشهار الإفلاس ، فقد ذكرت " لما كان الطعن في الأحكام بطريق النقض يستلزم استيفاء أوضاع شكلية خاصة يتحدد بها دفاع الطاعن في موضوع الطعن ، وكان التقرير بالطعن أعمق أثراً وأبعد مدى من أن يُعتبر من مجرد الإجراءات التحفظية المستثناة من هذا الحظر ، فإن الطعن بالنقض في الحكم القاضي بتحديد أرباح المفلس ، وقد حصل التقرير به دون وكيل الدائنين (السنديك) يكون غير مقبول (١٣٠) .

---

(١٢٩) - انظر محمد سامي مدكور وعلي يونس ، المرجع السابق ، الصفحات ٢٤٨-٢٤٩ .

(١٣٠) - انظر نقض مدني ١٢ فبراير ١٩٥٩ ، مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة النقض ، أنور طلبة ، المرجع السابق صفحة ١٢٦ ؛ وانظر عكس ذلك محمد سامي مدكور وعلي يونس ، المرجع السابق صفحة ٢٤٩ حيث يريان أن الطعن بالنقض عن طريق المفلس لا يترتب عليه أي ضرر لجماعة الدائنين .

وإذا كان الحكم في الدعوى صادراً لصالح المفلس ، فالرأي متفق على أنه – ولئن كان إعلان هذا الحكم إلى من صدر ضده من عمل أمين التفليسة – إلاّ أن من الجائز للمفلس المبادرة بإعلانه حتى يقطع مواعيد الطعن فيه من قبل الخصم ، إذ يُعدّ ذلك من الإجراءات التحفظية المستعجلة التي تعود بالنفع على جماعة الدائنين ولا ضرر بها على حقوقهم (١٣١) ؛ ولكن لا يجوز لمن صدر ضده هذا الحكم توجيه الطعن فيه إلى المفلس ، وإنما يتعيّن عليه توجيهه إلى أمين التفليسة حتى يُنتج الطعن أثره بالنسبة لجماعة الدائنين .

---

(١٣١) – نقض ١٢– ٤ – ١٩٥٩ طعن ٣٥٠ س ٢٤ ق . مشار إليه في مجموعة المبادىء التي قررتها محكمة النقض أنور طلبة ، المرجع السابق صفحة ١٣٦ .

المطلب الثاني
الدعاوي والاجراءات غير المشمولة بغل اليد

لمّا كانت الغاية من غل اليد ، وبالتالي منع المفلس من التقاضي ، المحافظة على حقوق الدائنين وعدم المساس بها ، فإن مباشرة المفلس لأعمال واجراءات قضائية لا تمس من قريب أو بعيد مصالح جماعة الدائنين ، تُعتبر من الأمور المسموح بها نظراً لانتفاء الحكمة من المنع من التقاضي . وتأكيداً لذلك قضت محكمة استئناف مصر بأن " من المقرر فقهاً وقضاءً أن عدم أهلية التقاضي المترتبة على الحكم بإشهار افلاس المدين ليس حكمه مطلقاً ولا من مقتضيات النظام العام ، وإنما شُرع لمصلحة دائني المفلس وحدهم ، فإذا كانت دعوى المفلس لا تعود عليهم بأي ضرر ، بل قد تؤول في النهاية الى منفعتهم ، فلا يجوز لهم ولا لسواهم التمسك بالدفع بعدم قبول الدعوى على أساس عدم أهلية المفلس للتقاضي " (١٣٢) . كما قُضي بأن " غل يد المفلس عن التقاضي لا يستلزم الحجر عليه ولا فقد أهليته في التعامل ، فله مثلاً مباشرة الدعوى المتعلقة بشخصه ، سواءً كانت مرفوعة منه أو عليه ، وله أن يدخل بصفة خصم في الدعاوي التي تقُام على وكيل الدائنين بالنيابة عن التفليسة ، أو تُقام منه بشرط ألاّ يكون لذلك تاثير على أموال التفليسة ، لأنها أصبحت رهناً للدائنين السابقين على ذلك ، كما له أيضاً رفع الدعوى بشأن التعاقد مع الغير أو دفع دعاوي ذلك الغير عنه ما دامت أنها غير متعلقة بالتفليسة " (١٣٣) .

---

(١٣٢) محكمة إستئناف مصر في ٢٧ /١٠/ ١٩٤٥ ، المجموعة الرسمية ، السنة ٤٧ ، العددان ٤ و ٥ رقم ١٣٦ مشار لذلك في عبدالمعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المواد التجارية ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر القاهرة ١٩٦٧ رقم ٨٦٩ صفحة ٤١٢ .

(١٣٣) إستئناف مصر في ١٤ / ٦ / ١٩٣٨ المجموعة الرسمية السنة ٤٠ العدد الأول رقم ١٧ مشار اليه في عبدالمعين لطفي جمعة ، المرجع السابق رقم ٨٨٢ صفحة ٤١٧ .

ومن جانب أخر ، فإن منع المفلس من التقاضي لا يعدم أهليته ، فقد قضي بأن إشهار إفلاس الشاهد لا يمنع قانوناً من الأخذ بشهادته متى اطمأنت إليها المحكمة (١٣٤) .

وتأسيساً على ما سبق ، فقد قضت كافة التشريعات بأن غل اليد المتعلق بمنع المفلس من التقاضي ليس مطلقاً ، فهنالك مجموعة من الأعمال والإجراءات القضائية غير مشمولة بالغل ؛ والمدقق في تفصيلات هذه المجموعة يجد أن استثناءها من نطاق المنع من التقاضي إمّا أن يرجع لطبيعتها أو لاعتبارات إنسانية واجتماعية ، أو - وهو الأهم - لانتفاء الضرر من مباشرة هذه الأعمال بالنسبة لجماعة الدائنين (١٣٥) .

والمجموعة المستثناة وفقاً للمادتين ٦٨٦ ، ٦٩١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي هي : الإجراءات التحفظية ، والدعاوي المتعلقة بالتفليسة والتي يُجيز القانون للمفلس مباشرتها ، والدعاوي الجزائية وأخيراً الدعاوي المهّيأة للحكم بقفل باب المرافعة فيها وسنلقي مزيداً من الضوء على كلٍ من هذه الدعاوي والاجراءات :

١- <u>الإجراءات التحفظية</u> :

فالمنع من التقاضي لا يحول بين المفلس وبين مباشرة الإجراءات والتحفظات التي تستهدف المحافظة على أمواله وحقوقه ، وبالتالي على مصالح جماعة الدائنين ، وهذه الأعمال كثيرة ومتنوعة : منها توقيع الحجوز التحفظية ، والحجوز لدى الغير ، لئلا يقوم هذا الغير بالوفاء للمدين ، وقطع مرور الزمن على الديون ، وقطع مهلة سقوط الدعاوي أو عدم سماعها ، وعمل

---

(١٣٤) محكمة إستئناف القاهرة ، الدائرة التاسعة التجارية في ١٠ / ٢ / ١٩٥٨ رقم ١٣٤ سنة ٧٤ ق . مشار إليه في عبدالمعين لطفي جمعة رقم ٨٨٤ صفحة ٤١٨ .

(١٣٥) حسني المصري ، الإفلاس ، المرجع السابق رقم ١٦٠ صفحة ١٤٤ .

بروتستو عدم القبول أو عدم الوفاء ، وقيود الرهون للاحتفاظ بالأولوية في استيفاء الحق المضمون بالرهن ، وإبلاغ الأحكام الصادرة لمصلحة المفلس أو مصلحة التفليسة من أجل سريان مهلة الطعن بشأنها .

وقد تعرّضت لذلك المادة ٦٨٦ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي فنصّت على أنه " لا يحول منع المفلس من إدارة أمواله والتصرف فيها دون قيامه بالإجراءات اللازمة للمحافظة على حقوقه (١٣٦) . كما قضي بهذا الصدد بأنه " وإن كان حكم إشهار الإفلاس يمنع المفلس من إدارة أمواله والمخاصمة أمام القضاء إلاّ بواسطة السنديك إلاّ أن هذا لا يمنعه من اتخاذ الإجراءات التحفظية التي من شأنها المحافظة على حقوق التفليسة ، وعلى الأخص رفع الاستئناف عن حكم أعلن له " (١٣٧) ؛ علماً بأنه اذا صدر الحكم لغير صالح المفلس فلا يجوز لخصمه إعلانه له بعد شهر الافلاس ، وإنما ينبغي توجيه الإعلان الى أمين التفليسة وإلاّ فإن هذا الإعلان لا يصلح للاحتجاج به في مواجهة جماعة الدائنين بسريان ميعاد الطعن فيه (١٣٨) . وقضي كذلك بأنه " على الرغم من حرمان التاجر المحكوم بإشهار افلاسه من التقاضي ، إلاّ أن له اتخاذ الإجراءات التحفظية والإجراءات المستعجلة للمحافظة على حقوقه على أن يحلّ محلّه فيها بعد ذلك السنديك المعين على التفليسة ، ومن بين هذه الإجراءات التحفظية المستعجلة إعلان الأحكام الصادرة لمصلحته لقطع ميعاد الاستئناف ، ورفع الاستئناف عن الأحكام الصادرة ضده والمُعلنة إليه قبل إشهار الإفلاس " (١٣٩) . ومن أمثلة هذه الإجراءات كذلك

---

(١٣٦) تقابلها المواد ٣٤ /٢ إفلاس بحريني ، ٥٧٧ / ٣ تجارة كويتي و ٦١٧ / ٤ تجارة سوري و ٣٣٧/ ٤ تجارة أردني .

(١٣٧) انظر استئناف مصر في ٢ فبراير ١٩٢٠ المجموعة الرسمية ، الفهرست العشري الثالث رقم ٣٢٤ صفحة ٤٣ ، أشار لذلك عبدالمعين لطفي جمعة ، المرجع السابق رقم ٨٧٩ صفحة ٤١٥ .

(١٣٨) أنظر : على حسن يونس ، الافلاس في القانون التجاري المصري ، المرجع السابق رقم ١٢٥ صفحة ١٢٧ .

(١٣٩) محكمة استئناف مصر في ١٩ /٥ / ١٩٣٥ المحاماة السنة ١٦ رقم ١٣٦ صفحة ٢٩٨ .

طلب قيد رهن ثبت لمصلحة المفلس على عقار لمدينه ، وإعلان بروتستو عدم الوفاء بالنسبة للأوراق التجارية التي يحملها المفلس لساحبها أو مظهرها أو قابلها (١٤٠) .

وعلّة السماح للمفلس بمباشرة الإجراءات التحفظية دونما حاجة لإخطار أمين التفليسة أو دعوته للاشتراك في تلك الإجراءات تكمن في أن الموقف قد يستلزم التصرف السريع محافظة على حقوق المفلس ، كما أن أمين التفليسة قد يُهمل عن قصد أو غير قصد في اتخاذ تلك الإجراءات . ولكن تجدر الإشارة إلى أن حق المفلس محصور في اتخاذ الاجراءات البحتة دون التقاضي في موضوع النزاع الأصلي ، فله مثلاً أن يحجز تحّفظياً على منقولاته الموجودة في حيازة الغير ولكنه لا يملك إقامة دعوى باستردادها .

٢ - <u>الدعاوي المتعلقة بالأموال والحقوق والتصرفات الي لا يشملها منع المفلس من الإدارة والتصرف (١٤١)</u> :

فمن حق المفلس إجراء بعض الأعمال ، والوقوف في بعض الدعاوي بصفته مدعياً أو مّدعى عليه حين يتعلق الأمر بحقوق خارجة عن نطاق غل اليد ، ومثال ذلك الأموال الموجودة تحت يده ، إلاّ أنها مملوكة للغير كالمشمولين بولايته أو بوصايته أو تخّص موكّليه ، وسواءً كانت وكالة قانونية أم اتفاقية ، والأموال التي لا يجوز الحجز عليها ، والأرباح التي يحوزها المفلس بنشاطه وصناعته في حدود القدر الذي يعتبره القاضي متناسباً مع حاجة المفلس لإعالةنفسه وأسرته ، والدعاوي المتعلقة بالتجارة الجديدة التي يباشرها المفلس بأموال توهب له أو يُوصى بها إليه لهذا الغرض ، فقد قضُي بأنه في جميع الدعاوي الناشئة عن قيام المفلس بتجارة جديدة يكون له وحده حق التقاضي أمام المحاكم باسمه لأن السنديك

---

(١٤٠) أنظر : علي الزيني ، المرجع السابق رقم ٢٤٧ صفحة ٢٧١ .

(١٤١) أشار لذلك البند الأول من المادة ٦٩١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي .

لايُمثله في هذه المعاملات " (١٤٢) ؛ وهذا أمر طبيعي ، لأن التقاضي لا يعدو كونه وسيلة من وسائل ادارة المال والمحافظة عليه .

ومن المعلوم أن كل ما يتعلق بشخص المفلس أو بشرفه واعتباره يخرج عن نطاق غل اليد لأنه لا يختص بحقوق المفلس المالية ؛ والضمان العام للدائنين لا يتقرر إلاّ على أموال المدين وحقوقه التي لها قيمة مالية ، أما الحقوق الشخصية فلا يُمكن التنفيذ عليها ، ولا يزيد الضمان العام بها شيئاً ، وغل اليد لا يكون مجدياً إلاّ اذا تعلّق بحق مالي . ومن هنا نجد القانون الانجليزي بعد أن قررّ قاعدة عامة مقتضاها انتقال الحق في إقامة الدعوى Right of action الناشئة عن العقود التي أبرمها المفلس من هذا الأخير إلى المتسلم Receiver عاد فقرّر استثناءً على هذه القاعدة - بالنسبة للعقود التي تتطلب قيام المفلس بأعمال شخصية - إذ قرّر عدم تأثرها بإجراءات التفليسة (١٤٣) .

وعلى ذلك ، فإن مجموعة الدعاوي السابقة لا تدخل في نطاق منع المفلس من التقاضي ، بمعنى أن من الجائز للمفلس أن يُقيم مباشرة كافة الدعاوي المتعلقة بشخصه (١٤٤) . كدعاوي الطلاق والهجر وثبوت النسب والزنا والدعاوي الماسّة

---

(١٤٢) أنظر استئناف مختلط ١٣ يونيو ١٩٣٤ ، المحاماة السنة ١٦ رقم ٩٩ صفحة ٢٣٥ ؛ وانظر عبدالحميد الشواربي ، الإفلاس ، المرجع السابق صفحة ١٦٣ .

(١٤٣) It should be noted however , that as an exception to the general rule , those contracts requiring personal services to be performed by the bankrupt , are not generally affected by the bankruptcy proceedings .
أنظر Introduction to commercial law by c . Hamblin and F.B. Wright , London , Sweet and Maxwell , 1982 , p. 131 .

(١٤٤) قضت محكمة استئناف مصر أن للمفلس مباشرة الدعاوي المتعلقة بشخصه سواءً كانت مرفوعة منه أو عليه . انظر استئناف مصر ١٤ يونيو ١٩٣٨ ، المجموعة الرسمية السنة ٤٠ العدد الأول رقم ١٧ مشار إليه في عبدالحميد الشواربي ، الافلاس المرجع السابق =

بشرفه أو بحريته (١٤٥) والدعاوي التي يقيمها بصفته رب أسرة أو تلك التي تتناول مصلحة أدبية محضة ، والدعاوي الجنائية بسبب الجرائم التي يرتكبها المفلس إذ يجوز للنيابة العامة توجيهها إليه دون أن تُلزم بإدخال أمين التفليسة حتى لو كانت الدعوى ستؤدي للحكم بالمصادرة (١٤٦) . ويلحق بذلك الدعاوي المتعلقة بالحياة اليومية للمفلس ، كتلك التي ترفع منه أو عليه بشأن نفقات معيشته من طعام وسكن وكساء وعلاج (١٤٧) .

ومن جانب أخر ، فإنه يجوز لمن أُشهر افلاسه أن ينوب عن زوجته في مباشرة الدعاوي أمام المحاكم التي تُرفع منها أو عليها بشرط أن تكون نتائجها بعيدة عن التفليسة (١٤٨) .

= صفحة ١٦٤ ؛ كما قضت محكمة الاستئناف المصرية بأن الدعاوي المتعلقة بنفس المفلس تُقام منه أو عليه ، انظر محكمة الاستئناف في ٢٢ / ٢ /١٩٠٠ ، المجموعة الرسمية ، الفهرست العشرية الأولى صفحة ٤٥ رقم ٣٧١ ، مشار اليه في عبدالمعين لطفي جمعة ، المرجع السابق رقم ٨٧٧ صفحة ٤١٥ .

(١٤٥) إذا اتصلت الدعاوي المذكورة بحقوق مالية للمفلس وجب إدخال أمين التفليسة خصماً فيها ، حيث ينبغي إدخال التعويض المستحق في أموال التفليسة لتعلّقه بالضمان العام للدائنين ، ومثال ذلك أن يقيم المفلس دعوى القذف في شرفه ويطلب فضلاً عن العقوبة الجزائية تعويضا مدنياً . ولكن لا يجوز لأمين التفليسة إجبار المفلس على إقامة الدعاوي الشخصية التي قد تُسفر عن الحكم له بالتعويض ، كما لا يجوز للأمين إقامة هذه الدعاوي بالنيابة عن المفلس أو عن التفليسة لأن إقامتها تُعتبر حقاً شخصياً للمفلس لا يجوز لغيره استخدامه . انظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، المرجع السابق رقم ٨٧٧ صفحة ٤١٤ .

(١٤٦) أنظر : مصطفى كمال طه ، القانون التجاري ، الأوراق التجارية والإفلاس ، المرجع السابق رقم ٤٦١ صفحة ٤٠٨ .

(١٤٧) انظر : أحمد محمود خليل . الافلاس التجاري والإعسار المدني ، المرجع السابق صفحة ١٠٦ .

(١٤٨) محكمة إستئناف مصر في ١٤ / ٦ / ١٩٣٨ المحاماة السنة ١٩ صفحة ٨٦ رقم ٤٥ .

٣ - الدعاوي المتعلقة بالتفليسة والتي يُجيز القانون للمفلس القيام بها (١٤٩) :

من المعلوم أن القانون ينص صراحة على أن من حق المفلس أن يُباشر دعاوي معينة تتعلّق بالتفليسة مّما يُشكل استثناءً على منعه من التقاضي . فمثلاً تقضي المادة ٦٧٨ / ٢ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي بأنه يجوز للمفلس الطعن لدى المحكمة في قرار قاضي التفليسة بشأن تعيين المراقب ، ولكن لا يترتب على الطعن وقف تنفيذ القرار (١٥٠) ، كما تقضي المادة ٦٧٣ من المشروع بأنه يجوز لقاضي التفليسة - بناءً على طلب المفلس - أن يُقرر تنحية أمين التفليسة (١٥١) ؛ كما تقضي المادة ٦٥٩ من المشروع بأن للمحكمة - من تلقاء نفسها أو بناء على طلب المدين المفلس - تعديل التاريخ المؤقت للتوقف عن الدفع .(١٥٢)

هذا ، ولا يثبت للمدين حق المعارضة في حكم الإفلاس إلاّ إذا صدر الحكم في غيبته ، ويتحقق ذلك عملاً حين يصدر الحكم بناءً على طلب النيابة العامة بغير إعلان المدين نظراً لفراره ، ومن الطبيعي أنه لا مجال لاعتبار الحكم غيابياً إذا كان الإفلاس حاصلاً بناءً على طلبه حتى لو تخلّف عن حضور الجلسات بعد رفع الدعوى ؛ إلاّ أن ذلك لا يفقده حق الطعن في الحكم بطريق الاستئناف . (١٥٣)

---

(١٤٩) أشار لهذا الاستثناء البند الثاني من المادة ٦٩١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الاماراتي.

(١٥٠) تقابلها المادة ٢٩ / ٢ من قانون الإفلاس البحريني .

(١٥١) تقابلها المواد ٦٢٨ تجارة كويتي ، ٢٢ إفلاس بحريني ، ٦٤٦ تجارة عماني .

(١٥٢) تقابلها المواد ٥٦٨ تجارة كويتي ، ٩ / ٣ إفلاس بحريني ، ٥٩١ تجارة عماني .

(١٥٣) أنظر : علي حسن يونس ، الإفلاس في القانون التجاري المصري ، المرجع السابق رقم ٨٦ صفحة ٨٧ .

٤ - الدعاوى الجزائية : (١٥٤)

يؤدّي الأخذ بمبدأ شخصية الجرائم والعقوبات إلى اعتبار المفلس هو المسؤول عن أي جريمة يرتكبها لا أمين التفليسة ، الأمر الذي يترتب عليه وجوب تحريك الدعاوي عن الجرائم التي يرتكبها هذا المفلس ضده هو لا ضد أمين التفليسه ، وسواء في ذلك ، أكانت الدعوى مرفوعه من النيابة العامة مباشرة أم من قبل المجني عليه . وعلّة ذلك أنه لا يُحتج على جماعة الدائنين بالحكم الصادر بالتعويض لتعلّقه بنشاط المفلس بعد شهر افلاسه مما لا يجعل له أثراً على أموال التفليسة (١٥٥) .

ومع ذلك ، هنالك اتجاه يذهب الى أنه لا داعي لإدخال أمين التفليسة في هذه الدعاوي حتى لو اشتملت على طلبات مالية ، فقد ورد في أحد أحكام المحاكم أنه " لا مانع قانوناً من قبول دعوى التعويض المرفوعة من المدعي بالحق المدني على المتهم المفلس دون إدخال وكيل الدائنين فيها لأن الدعوى المدنية تتبع الدعوى الجنائية وتأخذ حكمها ؛ ومتى كان للمتهم (المفلس) أن يُدافع عن مصلحته في الدعوى الجنائية ، كان له كذلك الحق في الدفاع عنها في الدعوى المدنية " .(١٥٦)

وهذا الاتجاه يتفق مع ما يراه البعض من أن غل اليد يشمل التعويضات التي يُحكم بها على المفلس بسبب ما يرتكبه من جرائم بحيث لا يكون أمام المضرور سوى الانتظار حتى تنتهي التفليسة ليقتضي حقه من أموال المفلس إذا انتهت

---

(١٥٤) أشار لهذا الاستثناء البند الثالث من المادة ٦٩١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

(١٥٥) أنظر : علي حسن يونس ، الافلاس في القانون التجاري المصري ، المرجع السابق رقم ١٣٢ صفحة ١٢٢ .

(١٥٦) أنظر : نقض جنائي ١٥ نوفمبر ١٩٣٧ ، طعن رقم ١٩٥٧ سنة ٧ ق ، مجموعة القواعد ، الدائرة الجنائية ، الجزء الثاني صفحة ٦١١ رقم ٦٨ ؛ مشار اليه في عبدالمعين لطفي جمعة ، المرجع السابق رقم ٨٨٠ صفحة ٤١٦ ؛ وفي أحمد حسني ، قضاء النقض التجاري ، المرجع السابق الصفحات ٩٠ ، ٩١ .

التفليسة بالصلح ، أو من الباقي فيها إذا انتهت بالاتحاد ، وبالتالي فلا مُبرر لرفع الدعوى المذكورة على أمين التفليسة أو اختصامه فيها . (١٥٧)

وهنالك اتجاه آخر يرى أن الدعاوي الجزائية تُوجّه الى المفلس مباشرة ولاشأن لأمين التفليسة فيها إلاّ إذا اشتملت على طلبات مالية ، إذ عندها فقط يتعيّن إدخال أمين التفليسة فيها (١٥٨) .

ويرى فقهاء الشريعة الاسلامية أنه ليس من حق أمين التفليسة إقامة دعوى - نيابة عن المفلس - للمطالبة بتعويض عن ضرر لحق به بسبب جناية وقعت عليه ، حيث أنه لايُجبر على أخذ دية عن قود وجب له بجناية عليه ، ويضيفون أن القول بخلاف ذلك يُفوت المعني الذي وجَبَ له القصاص ، ويرون أنه إذا اقتصّ فإن حصيلة ما يتلقاه لا يكون مشمولاً بغل اليد ، بمعنى أن الغرماء لا يستحقون منه شيئاً (١٥٩) ، وذلك خلافاً للحال فيما لو جني المفلس جناية موجبة للمال ، فإن المجني عليه يُشارك الغرماء بأرش الجناية لأنه حق ثبت على الجاني بغير اختيار صاحب الحق (١٦٠) .

٥ - الدعاوي المهيّأة للحكم بقفل باب المرافعة فيها (١٦١) :

رأينا أن منع المفلس من التقاضي بعد إشهار إفلاسه يحول بينه وبين اتمام الإجراءات القضائية التي بدأت قبل إشهار الإفلاس إلاّ أن الإفلاس أدركها قبل أن تكتمل ، ويُعتبر ذلك تطبيقاً للمادة ١٠٣ من قانون الاجراءات المدنية الإماراتي

---

(١٥٧) أنظر : أحمد محمود خليل ، الافلاس التجاري والاعسار المدني ، المرجع السابق صفحة ١٠٥ ؛ وأنظر حسني المصري الإفلاس ، المرجع السابق رقم ١٦٣ صفحة ١٩٩ .

(١٥٨) أنظر : محسن شفيق ، القانون التجاري الكويتي ، المرجع السابق رقم ٨٧٧ صفحة ٤١٤ .

(١٥٩) أنظر مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى ، المرجع السابق صفحة ٣٩٨ .

(١٦٠) انظر كشاف القناع عن متن الإقناع ، المرجع السابق صفحة ٤١٣ .

(١٦١) أشار لهذا الاستثناء البند الرابع من المادة ٦٩١ من مشروع قانون المعاملات التجارية الإماراتي.

رقم ١١ لسنة ١٩٩٢ التي تقضي بأن " ينقطع سير الخصومة بحكم القانون بوفاة أحد الخصوم أو يفقده أهلية الخصومة أو بزوال صفة من كان يُباشر الخصومة عنه من النائبين إلاّ إذا حدث شيء من ذلك بعد إقفال المرافعة في الدعوى " .

وعليه ، فإذا صدر حكم الإفلاس ، قبل اكتمال الاجراءات القضائية في الدعوى ، انقطع سير الخصومة بحكم القانون ، وتعذّر استئناف الدعوى لسيرها إلاّ بتكليف بالحضور يُعلن لأمين التفليسة ، تأسيساً على أن المفلس قد فقد صفته في التقاضي بمجرد صدور حكم الافلاس وحلّ محلّه أمين التفليسة (١٦٢) .

أما إذا صدر حكم الافلاس بعد إقفال المرافعة في الدعوى مما يجعلها مهيّأة للحكم ، فمن الجائز للمحكمة أن تفصل فيها بموجب الأقوال والطلبات الختامية التي أبداها الخصوم قبل فقدان المفلس لأهلية الخصومة حيث لا موجب لانقطاع المرافعة .

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض المصرية بأنه وان كان يجب اختصام وكيل الدائنين في الإجراءات التي تُتخذ بعد شهر افلاس المدين ، ويترتب على إغفال اختصامه فيها عدم جواز الاحتجاج بها على جماعة الدائنين ، إلاّ أنه لا محلّ لهذا الاختصام إذا كانت الإجراءات قد تمت وبلغت نهايتها بحكم مرسى المزاد قبل شهر الافلاس (١٦٣) .

---

(١٦٢) انظر حكم محكمة التمييز العراقية في ٢٥ / ١٠ / ١٩٦٥ ، قضاء محكمة التمييز ، المجلد الثالث ١٩٦٩ صفحة ١٦٢ ، أشار لذلك عزيز عبدالأمير العكيلي ، المرجع السابق رقم ٤١ صفحة ١٠٦ .

(١٦٣) انظر : أحمد حسني ، قضاء النقض التجاري ، المرجع السابق صفحة ١٢١ ؛ وأنظر نقض مدني ٢٥ يناير ١٩٧٣ طعن ٣٥١ س ٣٧ ق مشار إليه في أنور طلبه ، المرجع السابق رقم ٥٠ صفحة ١٢٤ .

منع المفلس من التقاضي في الشريعة الاسلامية :

لقد كرّست الشريعة الاسلامية الغرّاء حق التقاضي وحظرت مصادرة حق الفرد في الدفاع عن نفسه تحت أيّ مسوّغ ، فالرسول صلي الله عليه وسلم يقول : " إن لصاحب الحق مقالاً " (١٦٤) .

واشتهر عمر بن الخطاب بالعدل حتى لُقب بالفاروق ، وهو صاحب الكتاب المشهور في القضاء الذي وجّهه الى قاضيه أبي موسى الأشعري يوم ولاّه قضاء البصرة ، فاستهلّه بهذه العبارة : " أما بعد ، فإن القضاء فريضة محكمة وسنّة متبعة ، فافهم إذا أُدلى إليك ، فإنه لا ينفع تكلُّم بحق لانفاذ له ، وآس بين الناس في وجهك وعدلك ومجلسك حتى لا يطمع شريف في حيفك ولا ييأس ضعيف من عدلك " (١٦٥) . وجسّد عمر هيبة القاضي بقصته المشهورة يوم خاصمه أحد الناس - وهو خليفة المسلمين وأمير المؤمنين - ولماّ ذهب عمر الى مجلس القضاء بادره القاضي بقوله : " هلاّ بعثت إليّ ؟ فأجاب عمر : " في بيته يُؤتى الحكم " (١٦٦) .

وعُني المسلمون بأدب القاضي وواجباته واستقلاله وعقدوا لذلك فصولاً مطوّلة من كتبهم ، بل ألّف بعضهم كتباً خاصة في هذا المجال أشهرها كتاب " أدب القاضي " لأبي الحسن الماوردي الشافعي الذي حققه محي الدين هلال السرحان وطُبع في بغداد في مجلدين ١٩٧١ - ١٩٧٢ م وكتاب " تبصره الحكام " لابن فرحون المالكي المطبوع في القاهرة في مجلدين ١٣٠٢ هـ ؛ وكتاب "

---

(١٦٤) رواه الخمسة ؛ أشار لذلك محمود شريف بسيوني ومحمد السعيد الدقاق وعبدالعظيم وزير في مؤلفهم المعنون " حقوق الإنسان " المجلد الثاني ، دراسات حول الوثائق العالمية والاقليمية ، دار العلم للملايين ، بيروت الطبعة الأولى ١٩٨٩ صفحة ٤٨ .

(١٦٥) أنظر : صبحي محمصاني ، أركان حقوق الإنسان ، دار العلم للملايين ، الطبعة الأولى ، بيروت ١٩٧٩ ، صفحة ٩٨ .

(١٦٦) أنظر : القطب محمد القطب طبلية ، الاسلام وحقوق الإنسان ، دار الفكر العربي ، الطبعة الأولى ١٣٩٦ هـ ١٩٧٦ م رقم ١٨٤ ص ٣٨٧ .

معين الحكام " لأبي الحسن الطرابلسي الحنفي المطبوع في القاهرة في مجلدين ١٣١٠ هـ .

وعلى الرغم مما سبق ، فإن كتب الفقهاء المسلمين تكاد تخلو من الإشارة لمنع المحجور عليه لفَلَس من التقاضي ، الأمر الذي قد يبعث على الاعتقاد أن غلّ اليد لا يمتدّ لشمل منع المفلس من التقاضي إذ الأصل في الأشياء الإباحة . ولكن التسليم بهذه المقولة يذهب بالغاية والحكمة من إقرار الشريعة الاسلامية للحجر على المدين لفَلَس ، هذه الحكمة المتمثلة بالمحافظة على أمواله نظراً لتعلّق حق الغرماء بها ، إذ يخشى أن يؤدي إطلاق العنان له بالتقاضي الى الإضرار بحقوق الغرماء عن طريق تواطئه مع المدعي وتسليمه بكل مايدّعيه ، أو إهماله في التنفيذ على أموال خصمه أو تخلّفه عن حضورالجلسات لتمكين الخصم من استصدارحكم ضده .

وحيث أن المعلول يدور مع علّته وجوداً وعدماً ، فطالما وجدت العلّة التي شُرع من أجلها الحجر على المفلس والمتمثلة في المحافظة على حقوق الغرماء ، فإن كل تصرّف يباشره المفلس - بما في ذلك مباشرة الدعاوي سواء بصفته مدعياً أو مدعى عليه - محظور عليه ، إذا كان من شأن هذا التصرف أن يؤدي للإضرار بحقوق الغرماء . أما إذا كانت الدعوى التي يُباشرها المحجور عليه لفلَسٍ منبتة الصلة بحقوق الغرماء ، فمما لاشك فيه أن من حقه مباشرتها ، إذ أن حق التقاضي من الحقوق التي كرّستها الشريعة الاسلامية كما أسلفنا .

وعليه ، فإنني أرى أن الشريعة الاسلامية تتفق مع القانون في حظر التقاضي على المحجور عليه لفلس - سواء بصفته مدعياً أو مدعىً عليه - إذا كان موضوع الدعوى متصلاً بأموال التفليسة التي تعلقت بها حقوق الغرماء ، ومن المحتمل أن تؤدي الدعوى للإضرار بهذه الحقوق ؛ وتسمح له بمباشرة حق التقاضي إذا كان موضوع الدعوى بعيد الارتباط بأموال التفليسة ، أو كان مرتبطاً بها ، إلا أنه ليس من شأن الدعوى الإضرار بحقوق الدائنين ، بل العكس من ذلك فإن في مباشرتها محافظة على أموال التفليسة . إذ عندئذ تنتفي الحكمة من الحظر ، وبالتالي تنتفي العلّة التي شُرع من أجلها الحكم القاضي بمنع المفلس من التقاضي .

خاتمة

يُعتبر الإفلاس سرطان الإقتصاد المعاصر ، ويؤديّ حكم إشهار الافلاس لترتيب عدة مفاعيل بالنسبة للمدين المفلس منها ما يتعلق بشخصه ومنها ما يتعلّق بماله .

ومن مفاعيل الافلاس المتعلقة بمال المدين نشوء أثر فوري ينطبق على الفترة الزمنية اللاحقة لصدور الحكم يتمثل في غل يده ومنعه من مباشرة أعمال الإدارة والتصرف في هذا المال ، وأثر رجعي يمتد لفترة سابقة على صدور الحكم يُطلق عليها اصطلاح " فترة الريبة " .

ويبدأ النطاق الزمني لغل اليد من تاريخ الحكم بشهر الإفلاس في القانون ، ومنذ الحجر على المدين في الشريعة ، ويبقى قائما طالما كانت التفليسة قائمة ، ولا يزول إلاّ بانتهائها بالصلح أو الاتحاد في القانون ، وبفك الحجر على المدين في الشريعة سواءً تمّ ذلك بحكم الحاكم أم بمجرد قسمة الأموال .

وفيما يتعلّق بالنطاق الموضوعي لغل اليد ، والذي يمثل موضوع هذه الدراسة ، فإنه يمتدّ ليشمل أموال المفلس وأفعاله ويتعدّى ذلك لمنعه من التقاضي .

وبالنسبة للأموال ، فمن الطبيعي أن تكون الركن الأساسي الذي ينصب عليه غل اليد بحيث يُحال بين المفلس وبين إدارتها أو التصرف فيها . وعلى الرغم من أن هذا الغل يشمل أموال المدين الحاضرة والمستقبلة إلاّ أن الأمر يدق بالنسبة لبعضها وفقاً للتفصيل التالي :

١ - لا يشمل غل اليد الأموال التي يستغلّها المفلس في تجارتة الجديدة ، وانما يشمل الأرباح الناتجة عنها منقوصاً منها ما يكفي لنفقة المفلس وأسرته .

٢ - يشمل غل اليد الأموال التي تؤول للمفلس بسبب الهبة أو الإرث أو

الوصية ، وذلك مع الأخذ بعين الاعتبار أن لا تكون الهبة مخصصة للتجارة الجديدة وأن لا يُغفل إعمال المبدأ المستقر في الشريعة الاسلامية والذي يقضي بأن لا تركة إلاّ بعد سداد الدَّين .

وواقع الأمر أن قاعدة منع المفلس من ادارة أمواله والتصرف فيها ليست مطلقة ، فهناك مجموعة أموال تكون تصرفات المفلس بالنسبة اليها نافذة وتشمل : الأموال التي لا يجوز الحجز عليها قانوناً ، والإعانة التي تتقرر للمفلس ، والأموال غير المملوكة له ، وأخيراً التعويضات التي تستحق للغير من جراء عقد تأمين أبرمه المفلس قبل إفلاسه لصالح هذا الغير ، أو تستحق للمجني عليه بسبب فعل ضار ارتكبه المفلس بعد اشهار افلاسه لدى الغالبية ، أو ارتكبه قبل ذلك الإشهار ، لدى البعض ، إلاّ أن الحكم بالتعويض قد تراخى الى ما بعد ذلك .

وبالنسبة للأفعال ، فالأصل أنه لا يجوز للمفلس - بعد اشهار افلاسه - أن يُباشر على أمواله المشمولة بغل اليد أي عمل من أعمال الإدارة والتصرف ، فيُحظر عليه الوفاء بالديون واستيفاؤها والمقاصة - سواءً كانت قانونية أم اتفاقية - والوكالة . ولكن ترد عدة استثناءات على الأصل السابق منها : قبض المفلس مبلغاً واستعماله في مصلحة جماعة الدائنين والوفاء بقيمة ورقة تجارية في ميعاد استحقاقها وأخيراً المقاصة بين حقوق المفلس والتزاماته المترابطة .

وبالنسبة لمنع المفلس من التقاضي فإن ذلك مقرر لئلا يؤدي السماح له بذلك لهدر الغاية التي قصدها المشرع من غل اليد حيث يُمكن للمفلس الإضرار بجماعة الدائنين - من خلال هذا السماح - عن طريق تواطئه مع المدعي والتسليم بطلباته أو اهماله في التنفيذ أو تخلّفه عن حضور الجلسات .

والواقع أن منع المفلس من التقاضي لا ينحصر في الحيلولة بينه وبين إقامة الدعاوي وإنما يمتد ليشمل منعه من اتمام الاجراءات القضائية التي بدأت قبل اشهار الافلاس ، بمعنى أن سير الخصومة ينقطع وتقف اجراءات الدعوى عند النقطة التي وصلت إليها وقت اشهار الافلاس ،

ولا يجوز استئناف الدعوى لسيرها إلا بتكليف بالحضور يُعلن لأمين التفليسة .

وهنا أيضا ، نلاحظ أن غل اليد المتعلق بمنع المفلس من التقاضي ليس مطلقاً . فهنالك مجموعة من الأعمال والإجراءات القضائية غير مشمولة بهذا الغل ، وقد جاء استثناؤها إمّا بسبب طبيعتها أو لاعتبارات انسانية واجتماعية ، أو - وهو الأهم - لانتفاء الضرر من مباشرتها على جماعة الدائنين . وتشمل الإجراءات والأعمال المستثناه من منع المفلس من التقاضي الاجراءات التحفظية ، والدعاوي المتعلقة بالأموال والحقوق والتصرفات التي لا يشملها منع المفلس من الإدارة والتصرف ، والدعاوي المتعلقة بالتفليسة والتي يُجيز القانون للمفلس القيام بها والدعاوي الجزائية وأخيراً الدعاوي المهيأة للحكم بقفل باب المرافعة فيها .

وفي ختام هذه الدراسة أرى الأخذ بالتوصيات التالية :

١ - ضرورة نقل النصوص المتعلقة بالأحوال الشخصية للمدين وبشخصه من قائمة الأموال غير المشمولة بغل اليد في بعض التشريعات والحاقها بالنصوص المتعلقة بحق التقاضي ، وذلك نظراً لأن الأموال الناتجة عن هذه الحقوق مشمولة بغل اليد ، وغير المشمول بهذا الغل وفقا للتشريعات هو الحق في التقاضي بشأن الدعاوي المتعلقة بها .

٢ - إن حرمان المضرور - من جراءالأفعال التي يرتكبها المفلس بعد شهر الإفلاس أو من أفعاله التي يرتكبها قبل الحكم بإشهار الافلاس ولكن يتراخى الحكم بالتعويض بالنسبة إليها الى ما بعد صدور الحكم - من الاشتراك في التفليسة يُشكل عنتاً لهذا المضرور واعتداءً على حقه في الحصول على تعويض ، خاصة اذا تمّ ذلك قبل قسمة أموال التفليسة . ولذلك ، فإننا نرى ضرورة تبنّي ما أخذت به الشريعة الاسلامية وبعض التشريعات من السماح للمجني عليه بالدخول في التفليسة والمزاحمة في قسمة الغرماء بقيمة التعويض ، سواءً وقع الضرر قبل الحكم بإشهار الافلاس أم بعده ، وذلك مالم يثبت التواطؤ بين المفلس والمجني عليه .

٣ - إن حرمان المفلس من أن يكون وكيلاً للغير - باستثناء أولاده القصر وبإذن المحكمة لدى بعض التشريعات - لا يتسق واعتباره كامل الأهلية ، كما لا يتّسق مع ما يتغّياه غل اليد بصورة أساسية من مجرد المحافظة على أموال التفليسة وعدم الإضرار بالدائنين .

٤ - إن استثناء " قبض المفلس مبلغاً واستعماله في مصلحة جماعة الدائنين " من الأعمال المشمولة بغل اليد أمر سليم فقط حين لا يؤدي ذلك الاستعمال للإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين ، ولذا ينبغي تضمين التشريعات المختلفة ما يُقيد هذا الاستعمال بعدم الإخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين .

٥ - لا يُمكن التسليم باعتبار عمل المفلس المتمثل بالوفاء بقيمة ورقة تجارية في ميعاد استحقاقها من قبيل الاعمال القانونية غير المشمولة بغل اليد ، حيث من المتعذر اعتبار المفلس في هذه الحالة حسن النية ، بمعنى أنه لا يعلم بحالة إفلاسه ، ولذا أرى أن يقتصر النص على حالة استيفاء المفلس لقيمة الورقة التجارية من موف (مسحوب عليه) حسن النيّة حيث أنها الحالة الوحيدة التي يُتصور فيها قيام حسن النية .

٦ - لابُدّ أن يشمل المنع من التقاضي الدعاوي والاجراءات التي تُوجه ضد الغير بشأن أموال التفليسة لا أن يقتصر ذلك على الدعاوي والاجراءات الموجهة ضد المفلس من الغير كما هو الحال بالنسبة للقانون المصري ، بمعنى أن يحلّ أمين التفليسة محل المفلس في المثول أمام القضاء - سواءً بصفته مدعياً أم مدعى عليه ، وذلك تحقيقاً للغاية التي شُرع من أجلها غل اليد .

٧ - لابُدّ من السماح بإدخال المفلس طرفاً في الدعاوي المتعلقة بالتفليسة ، وسواءً كانت هذه الدعاوي مرفوعة من التفليسة أم عليها ، وعدم الاقتصار على السماح بإدخاله في الدعاوي المقامة ضد التفليسة فقط كما هو الحال في القانون المصري ، وذلك لاتحاد العلّة في الحالتين ، حيث قد تكون لدى المفلس معلومات خافية على أمين التفليسة وتُفيد الدعوى .

٨ - إن التطبيق المطلق لمبدأ شخصية الجرائم والعقوبات " يستتبع عدم منع المفلس من التقاضي بالنسبة للدعاوي الجزائية والسماح له بمباشرتها مستقلاً حتى لو اشتملت على طلبات مالية . وفي هذا الصدد أرى الأخذ بما ذهب اليه فقهاء الشريعة الاسلامية من أنه ليس من حق أمين التفليسة إقامة دعوى نيابة عن المفلس للمطالبة بتعويض عن ضرر لحق به بسبب جناية وقعت عليه حيث أنه لايجبر على أخذ دية عن قود وجب له بجناية عليه لأن القول بخلاف ذلك يفوت المعنى الذي وجِبَ له القصاص .

ومن جانب آخر ، فإنى أرى أنه إذا أقام المفلس المجني عليه دعوى وتلقَّى تعويضاً ، فإن حصيلة ما يتلقاه لا يكون مشمولاً بغل اليد ، بمعنى أن الغرماء لا يستحقون منه شيئاً ، وذلك خلافاً للحال فيما لوجنى المفلس جناية موجبة للمال ، فإن المجني عليه يُشارك الغرماء في أرش الجناية .

مراجع البحث

أولا - كتب الأئمة الفقهاء :

١ - الاختيار لتعليل المختار تأليف عبدالله بن محمود بن مودود الموصلي الحنفي الجزء الثاني بدون تاريخ .

٢ - الأم ، تأليف الإمام أبى عبدالله محمد بن ادريس الشافعي الجزء الثالث الطبعة الثانية دار المعرفة للطباعة والنشر ، بيروت ١٣٩٣ هـ - ١٩٧٣ م .

٣ - اعلام الموقعين عن رب العالمين تأليف شمس الدين أبي عبدالله محمد بن أبي بكر المعروف بابن قيّم الجوزية مراجعة وتعليق طه عبدالرؤوف سعد الجزء الأول شركة الطباعة الفنية المتحدة ١٣٨٨ هـ ١٩٦٨ م .

٤ - بداية المجتهد ونهاية المقتصد تأليف محمد بن أحمد بن محمد القرطبي ، الجزء الثاني الطبعة الرابعة ، مطبعة مصطفى الحلبي ١٣٩٥ هـ - ١٩٧٥م .

٥ - البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار تأليف أحمد بن يحي بن المرتضى ، الجزء السادس ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الأولى بيروت ١٣٦٦ هـ - ١٩٤٦ م .

٦ - تبيين الحقائق ، شرح كنز الدقائق تأليف فخر الدين عثمان بن علي الزيلعي ، الجزء الخامس ، طبعة ثانية بالأوفست عن الطبعة الأولى سنة ١٣١٥ هـ بيروت .

٧ - حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للعلامة شمس الدين الشيخ محمد عرفة الدسوقي ، الجزء الثالث ، مطبعة عيسى الحلبي ، بدون تاريخ .

٨ - الكافي في فقه أهل المدينة المالكي تأليف الحافظ الفقيه أبو عمر بن عبدالبر النمري القرطبي تحقيق محمد محمد أحيد ماديك الموريتاني ، الجزء الثاني مطبعة حسان القاهرة ١٣٩٩ هـ - ١٩٧٩ م .

٩ - كشاف القناع عن متّن الإقناع للشيخ منصور بن يونس بن ادريس البهوتي الجزء الثالث مطبعة الحكومة بمكة ١٣٩٤ هـ .

١٠ - فقه مذهب الامام الشافعي لشهاب الدين قليوبي والشيخ عميرة ، الجزء الثاني ، دار احياء الكتب العربية مطبعة عيسى الحلبي ، بدون تاريخ .

١١ - المغني ويليه الشرح الكبير للإمامين موفق الدين ابن قدامي المقدسي دار الكتاب العربي للنشر والتوزيع بيروت ١٤٠٣ هـ - ١٩٨٣ م .
١٢ - مطالب أولي النهي في شرح غاية المنتهى تاليف الشيخ مصطفى السيوطي الرحباني - الجزء الثالث مطبوع على نفقة الشيخ على بن عبدالله آل ثاني منشورات المكتب الاسلامي دمشق بدون تاريخ .
١٣ - نتائج الأفكار في كشف الرموز والأسرار لشمس الدين أحمد بن قودر وهي تكملة فتح القدير لابن الكمال الجزء الخامس الطبعة الثانية - دار الفكر ١٣٩٧ هـ - ١٩٧٧ م .
١٤ - الهداية ، شرح بداية المبتدي تاليف شيخ الاسلام برهان الدين أبي الحسن علي بن أبي بكر عبدالجليل الرشداني المرغيناني الجزء الثالث مطبعة مصطفي الحلبي ، مصر بدون تاريخ .

ثانيا - كتب فقهية حديثة :

١٥ - السيد سابق ، فقه السنة المجلد الثالث الطبعة الثانية دار الفتح للاعلام العربي القاهرة ١٩٩٠ .
١٦ - محمد مصطفى شلبي المدخل في التعريف بالفقه الاسلامي دار النهضة العربية بيروت ١٣٨٨ هـ - ١٩٦٩ م .
١٧ - وهبة الزحيلي ، الفقه الاسلامي وأدلته ، الجزء الخامس الطبعة الأولى دار الفكر ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م .

ثالثا - كتب قانونية :

١٨ - أحمد حسني ، قضاء النقض التجاري ، المباديء التي قررتها محكمة النقض في خمسين عاماً ١٩٣١ - ١٩٨١ ، منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٨٢ .
١٩ - أحمد محمود خليل ، الافلاس التجاري والاعسار المدني ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ١٩٨٧ م .
٢٠ - الياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الافلاس الطبعة الأولى بيروت ، ١٩٨٦ .

٢١ - أنور طلبة ، مجموعة المباديء التي قررتها محكمة النقض ، الجزء الرابع ، دار المطبوعات المصرية ١٩٨٣ .
٢٢ - حسن رسمي سليم ، الموجز في شرح القانون التجاري المصري الطبعة الثانية ، مكتبة الآداب بالجماميز ١٩٥٢ .
٢٣ - حسني المصري ، القانون التجاري ، الافلاس الطبعة الأولى بيروت ١٩٧٩ م .
٢٤ - رضا عبيد ، القانون التجاري الطبعة الخامسة ١٩٨٤ .
٢٥ - شكري أحمد السباعي ، الوسيط في القانون التجاري المغربي والمقارن الجزء الثالث مكتبة المعارف للنشر و التوزيع الرباط ١٩٨٦ .
٢٦ - صبحي محمصاني ، أركان حقوق الانسان ، دار العلم للملايين الطبعة الأولى بيروت ١٩٧٩ .
٢٧ - صلاح الدين الناهي - الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي الجزء الرابع مطبعة النجاح بغداد ١٩٥٨ .
٢٨ - عبدالحميد الشواربي ، الافلاس ، منشأة المعارف الاسكندرية ١٩٨٨ .
٢٩ - عزت عبدالقادر شرح أحكام المنازعات التجارية الطبعة الأولى ١٩٩٠ .
٣٠ - عبد المعين لطفي جمعة ، موسوعة القضاء في المواد التجارية ، دار الكاتب العربي للطباعة والنشر القاهرة ١٩٦٧ .
٣١ - عزيز عبدالأمير العكيلي ، أحكام الافلاس في قانون التجارة الكويتي الطبعة الأولى مؤسسة الكويت للتقدم العلمي ١٩٨٧ .
٣٢ - علي حسن يونس ، الافلاس في القانون التجاري المصري دار الفكر العربي ١٩٥٧ .
٣٣ - علي الزيني ، أصول القانون التجاري الجزء الثالث الطبعة الثانية - مكتبة النهضة العربية ١٩٤٦ .
٣٤ - القطب محمد القطب طبلية ، الاسلام وحقوق الانسان دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي الطبعة الأولى ١٣٩٦ هـ - ١٩٧٦ م .
٣٥ - محسن شفيق القانون التجاري الكويتي ، مطبوعات جامعة الكويت ١٩٧٢ .
٣٦ - محسن شفيق الوسيط في القانون التجاري ، الجزء الأول ١٩٥١ .
٣٧ - محمد سامي مدكور وعلي يونس ، الافلاس ، دار الفكر العربي ١٩٦١ .
٣٨ - محمد سلام مدكور ، بحث بعنوان " المقاصة " مجلة القانون والاقتصاد مارس ويونيو ١٩٥٨ السنة ٢٨ العددان ١ ، ٢ .

٣٩ - محمود شريف بسيوني ومحمد السعيد الدقاق وعبدالعظيم فريز ، حقوق الإنسان المجلد الثاني ، دراسات حول الوثائق العالمية والإقليمية دار العلم للملايين ، الطبعة الأولى بيروت ١٩٨٩ .

رابعا - كتب أجنبية :

40 - A . Honorat la situation des creanciers et d'indemnites délictuelles et contratuelles dans la faillite et le reglement judiciaire du débituer , Revue trimestrielle de droit commercial 1961.

41 - C. Hamblin and F.B. Wright . Introduction to Commercial law Sweet and Maxwell London 1982 .

42 - Escarra (J.) cours de droit commercial , librairie de Recueil , Sirey Paris 1952 .

43 - Gordon j . Borrie , Commercial law Fifth edition Butterworths , London 1980 .

44 - Francis lemeunier , principes et prratiques du droit Commercial 10 e eddition 1980 .

45- Lacour (L) precis de droit Commercial 9 e edition , par J . Morandiere , librairie Dalloz , paris 1955 .

46 - R.M. Goodé , Commercial law , England 1985 .

47 - Williams and Muir Hunter , The law and practice in Banruptcy , 19 th ed . by Muir Hunter , London , Stevens and sons 1979 .