أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري

د. ابتسام أحمد ابحيح[1]

مقدمة

إن فكرة الإفلاس ترقي إلى العهد الروماني،إذ أجيز لديهم امتلاك شخص المدين والتصرف فيه، سواء بالبيع أو التأجير أو الحبس أو حتى القتل، وفي حالة تعدد الدائنين لنفس المدين كان يتم بيعه، ومن ثم اقتسام الثمن فيما بينهم، ثم تطور التشريع لديهم، فتم إلغاء الإكراه البدني، وأصبحت أموال المدين وحدها هي الضامنة للوفاء بديونه بمقتضى قرار يصدر من القاضي الروماني LE PRÉTEUR بموجبه يتم غل يد المدين عن إدارة أمواله، ويكلف ممثلا لإدارة هذه الأموال، وكان يسمي وكيل التصفية، بحيث يتولى أمر بيع هذه الأموال، ومن ثم توزيع ثمنها على الدائنين، كل بحسب نصيبه من الدين[2].

وبعد ازدهار التجارة في المدن الايطالية خلال العصور الوسطي انتقل هذا النظام إلى فرنسا، من خلال تدوين الأعراف والعادات التي تواتر التجار على القيام بها، فصدر أول قانون ينظم التجارة في سنة 1673م[3]؛ وهو متعلق بالتجارة البرية، ويعرف بقانون سافاري JACQUES SAVARY، وهو يتضمن الأحكام المتعلقة بالإفلاس، حيث كان يطبق على أي مدين، سواء كان تاجرا أو غير تاجر، طالما كان غير قادر على الوفاء بديونه، وأعقبه صدور قانون التجارة البحرية سنة 1681م، واستمر العمل بهذين القانونين إلى حين

---

[1]- عضو هيئة التدريس بكلية القانون بجامعة بنغازي.

[2]-فالقانون الروماني، وإن كان أول من وضع الخطوط الرئيسية لنظام الإفلاس، إلا أنه لم يعرف بعض المسائل الهامة في الإفلاس، والمعروفة في وقتنا الحاضر، وهي الصلح الواقي من الإفلاس، وإبطال التصرفات في فترة الريبة. أنظر د. إلياس ناصيف: ص11 وما بعدها.

[3]- د. محمد فريد العريني: ص4 وما بعدها.

قيام الثورة الفرنسية، ومن ثم صدور قانون التجارة الفرنسي سنة 1807م، وتم بموجبه تطبيق نظام الإفلاس على التجار فقط[4].

فالإفلاس كنظام قانوني خاص يجمع بين قواعد موضوعية وقواعد إجرائية آمرة، حددها المشرع لتحقيق هدفين، الأول حماية الدائنين من تصرفات المدين المفلس، إما لعدم كفاية أمواله للوفاء بحقوق هؤلاء الدائنين[5]، أو حمايتهم من محاولة تهريب هذه الأموال للإضرار بهم[6]، أو نتيجة لسعيه لتحقيق مصلحة غير مشروعة[7]، فوضع بمقتضي ذلك أحكاما لغل يد المفلس عن إدارة أمواله[8].

أما الهدف الثاني فهو حماية الدائنين أنفسهم تجاه بعضهم البعض، باعتبار هذه الحالة تخلق نوعا من التزاحم، والمشرع في إطار سعيه لتحقيق العدالة والمساواة بينهم أوجد نظاما جماعيا لتصفية أموال هذا المدين المعسر[9]، وذلك بتعيين مأمور للتفليسة من قبل القضاء، يقوم بإدارة هذه الأموال وتصفيتها، ومن ثم بيعها وقسمتها بين الدائنين قسمة غرماء.

4- د. إلياس ناصيف:ج4، ص 12.

5- تنص المادة 237 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بحقوق الدائن على أموال المدين على أن: "1- أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. 2- وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون".

6-تنص المادة 240 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بدعوى إبطال تصرف المدين على أنه: "لكل دائن أصبح حقه مستحق الأداء، وصدر من مدينه تصرف ضار به، أن يطلب عدم نفاذ هذا التصرف في حقه، إذا كان هذا التصرف قد أنقص من حقوق المدين، أو زاد في التزاماته، وترتب عليه عسر المدين، أو زيادة في عسره، وذلك متى توافرت الشروط المنصوص عليها في المادة التالية".

7- تنص المادة 245 من القانون المدني الليبي على صورتين من صور المصلحة غير المشروعة التي يسعى المدين إلى تحقيقها لمصلحة دائن من دائنيه، فجاءت بعنوان حالات خاصة بالغش، ونصت على أنه: "1- إذا لم يقصد بالغش إلا تفضيل دائن على آخر دون حق، فلا يترتب عليه إلا حرمان الدائن من هذه الميزة. 2- وإذا وفي المدين المعسر أحد دائنيه قبل انقضاء الأجل الذي عين أصلا للوفاء، فلا يسري هذا الوفاء في حق باقي الدائنين. وكذلك لا يسري في حقهم الوفاء، ولو حصل بعد انقضاء هذا الأجل، إذا كان قد تم نتيجة تواطؤ بين المدين والدائن الذي استوفي حقه".

8- راجع بهذا الخصوص الفقرة الأولى من المادة 1047 من قانون النشاط التجاري المتعلقة بأموال المفلس، حيث تنص على أنه: "يحرم المفلس من تاريخ الحكم بشهر إفلاسه من إدارة أمواله والتصرف فيها".

9- تختلف حالة الإفلاس الذي يطبق على التاجر نتيجة لإعساره، وتوقفه عن دفع ديونه، ويخضع بموجبها لأحكام القانون التجاري فيما يتعلق بهذا النظام، ومن ثم يخضع لنظام التصفية الجماعية لأمواله، عن حالة العجز المالي أو الإعسار الذي يقع فيه الشخص العادي، أي غير التاجر، والذي ينشأ بموجبه مبدأ الملاحقة الفردية التي تخضع لأحكام القانون المدني وفق ما ورد في نص المادة 242 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بإعسار المدين، والتي تنص على أنه: "إذا ادعى الدائن عسر المدين، فليس عليه إلا أن يثبت مقدار ما في ذمته من ديون، وعلى المدين نفسه أن يثبت أن له مالا يساوي قيمة الديون أو يزيد عليها".

وبالنظر للحساب الجاري[10] كنظام نشاء أساسا في البيئة التجارية، ويقوم على مبدأ سلطان الإرادة، وكان للعرف التجاري دور في إرساء قواعد سريانه،ويهدف إلى حماية الطرف الدائن في الحساب، فكل المدفوعات تدخل الحساب، وتعتبر كلا لا يتجزأ، وتصبح مدفوعات كل طرف فيه ضمانا لمدفوعات الطرف الآخر، وهذا واضح من تعريف المشرع الليبي للحساب الجاري، إذ تنص المادة 771 من قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010 على أنه: "عقد يتفق بمقتضاه شخصان على أن يقيد في الحساب، عن طريق مدفوعات متبادلة ومتداخلة، الديون الناشئة عن العمليات التي تتم بينهما عن تسليم نقود أو أموال أو أوراق تجارية قابلة للتمليك وغيرها، وأن يستعيضا عن تسوية هذه الديون، كل دفعة على حدة، بتسوية نهائية ينتج عنها رصيد الحساب عند قفله.

وتحق المطالبة بالرصيد عند حلول الأجل المقرر للإقفال، وإذا لم يطالب بدفعه اعتبر الرصيد دفعة جديدة أولى لحساب جديد، ويعد العقد مجدداً لفترة غير معينة".

ومن ثم يصبح من الصعوبة التوفيق بين المصالح التي يسعى كل من النظامين تحقيقها، فتغليب أحدهما على الآخر سيؤدي إلى اضطراب في البيئة الاقتصادية، كما سيؤدي إلى إهدار مبدأ المساواة بين الدائنين المنصوص عليه في المادة 237 من القانون المدني الليبي.

لذلك تقتضي منا دراسة موضوع أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري تحديد مفهوم الإفلاس من حيث تعريفه وشروط إعماله، وأثره على الحساب الجاري، باعتباره نظاما لتسوية المعاملات بين أطرافه، والمتمثل في قفل الحساب وذلك كنقطة أولى. أما النقطة الثانية فنتناول

---

[10]- المشرع الليبي في القانون التجاري السابق الصادر سنة 1953 عرف الحساب الجاري من خلال المادة 200 منه، وذلك بالنص علي أنه "عقد يلتزم بمقتضاه فريقان بتسجيل ديونهم وحقوقهم المتبادلة، الناشئة عن الأخذ والعطاء، في حساب خاص، معتبرين الرصيد غير حال الأجل، وغير قابل للتصرف فيه، إلا عند حلول أجل إقفال الحساب.وتحق المطالبة بالرصيد عند حلول الأجل المقرر للأقفال، وإذا لم يطالب بدفعه اعتبر الرصيد دفعة أولى لحساب جديد، ويعد العقد مجددا لفترة غير معينة".

كما أن المحكمة العليا في حكم لها صادر بتاريخ 1980/3/9 رأت أن "عقد الحساب الذي يلتزم بمقتضاه كل طرف بتقديم مدفوعات للطرف الآخر، ويتعرض لخطر إعساره طول مدة الحساب حتى تتم المقاصة في جميع العمليات لاستخراج الرصيد النهائي وقت إقفال الحساب، لا يعتبر من نوع الحساب العادي، وإنما يعتبر حسابا جاريا في حكم المادة 200 من القانون التجاري، وإن لم يحصل تبادل المدفوعات بالفعل، إذ يكفي في ذلك أن يكون التبادل ممكنا باتفاق الطرفين".طعن مدني رقم 24/89 ق.، مجلة المحكمة العليا، السنة السادسة عشرة، العدد الرابع، ص85.

من خلالها المركز المتميز الذي يكون فيه أحد أطراف الحساب في مواجهة دائني الطرف الآخر الذي تم شهر إفلاسه،والذي يبرز من خلالها مدى التعارض بين بعض القواعد الواردة في الإفلاس وبين قواعد سريان الحساب الجاري.

أولا- مفهوم الإفلاس:

الإفلاس نظام قانوني، خاص بالتجار والشركات المدنية، نظمه المشرع الليبي من خلال الكتاب السابع من القانون رقم 23 لسنة 2010م بشأن النشاط التجاري، والذي جاء بعنوان الإفلاس والصلح الواقي منه، وقد تم تقسيمه إلى بابين، الأول يتعلق بالصلح الواقي من الإفلاس، من المادة 984 إلى المادة 1011، والثاني يتعلق بالإفلاس من المادة 1012 إلى المادة 1190، وأحكامه مستمدة من القانون التجاري الليبي الصادر بتاريخ 28 نوفمبر 1953م، والذي تم اقتباسه من القانون الايطالي رقم 267، والصادر بمرسوم جمهوري بتاريخ 1942/3/16م.

1- التعريف:

المشرع الليبي، وهو بصدد بيان أحكام الإفلاس، لم يضع له تعريفا لذلك سنعتمد على التعريفات التي أوردها الفقه، إذ تم تعريفه بأنه "إجراء جماعي مقرر من قبل السلطة القضائية، يباشر من خلاله تصفية أموال التاجر المعسر، بهدف توزيع الناتج على الدائنين طبقا لمبدأ المساواة بينهم، إلا إذا وجد سبب قانوني للتقدم"[11].

كما تم تعريفه بأنه "الإجراء القضائي الذي يمارس من خلاله جماعة الدائنين على جميع أموال التاجر الذي يكون في حالة إعسار، بهدف تحقيق مبدأ المساواة بين كل الدائنين، ما لم يوجد سبب قانوني للتقدم"[12].

---

[11]-Il fallimento è una procedura concorsuale disposta dall'autorità giudiziaria e diretta a liquidare il patrimonio dell'imprenditore insolvente al fine di distribuire il ricavato tra i creditori secondo il criterio della ''par condicio'', fatte salve le cause legittime di prelazione. v. WIKIPEDIA l'enciclopedia libera www.http://it. Wikipedia. Org/wiki/fallimento_(diritto)

[12]-V. Alessandro GIRAUDO,Corso di diritto privato, II, "diritto commerciale", MARIETTI, 1976, p. 335.

وقد تم تعريفه من قبل بعض الفقه بأنه "التنفيذ الجماعي على أموال التاجر المدين, الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية في مواعيد استحقاقها، وذلك عن طريق القواعد التي تكفل للدائنين تحصيل حقوقهم, ضمن حدود الأموال التي يمتلكها التاجر المفلس"[13]. كما يجوز شهر إفلاس التاجر إذا توقف عن دفع ديونه المدنية إذا ثبت توقفه عن دفع ديونه التجارية أيضا[14].

ويبدو واضحا أن التعريفين الأولين أكثر انسجاما مع القانون التجاري الليبي، وفق ما ورد في الفقرة الأولي من نص المادة 734، المتعلقة بشهر الإفلاس، حيث نصت في عجز هذه المادة على أنه "كل تاجر توقف عن دفع ديونه يشهر إفلاسه"[15].

ومن خلال ما ورد في الفقه الايطالي فإن توقف التاجر عن دفع ديونه بصفة عامة، سواء كانت تجارية أو غير تجارية، هي مطلب أساسي لدى المشرع، لأن قانون التجارة الإيطالي القديم الصادر 1865م كان يقتضي أن يكون التاجر متوقفا عن دفع ديونه التجارية[16]. وهذا يعتبر متفقا مع ما هو مطبق في قوانين الإفلاس العربية، حيث تشترط هذه القوانين أن يكون توقف التاجر عن دفع ديونه التجارية[17]،وما التعريف الفقهي الوارد في

---

[13]- أنظر د. إلياس ناصيف: ج4، ص 14.

[14]- أنظر المرجع السابق: نفس الإشارة.

[15]-V. l'articolo 5 dal R. D. 16 marzo 1942, n. 267 con il titolo ststo d'insolvenza "L'imprenditore che si trova in stato d'nsolvenzaè dichiarato fallito".

ويلاحظ بهذا الشأن أن لفظ insolvenza الذي تم اعتماده في القانون الايطالي، وتم اقتباسه في القانون الليبي، يقصد به العجز المالي للتاجر " insolvenza è incapacità patrimoniale dell'imprenditore" أنظر بهذا الشأن

Giuseppe FERRI, Manuale di diritto commerciale, "a cura di Carlo Angelici et Giovanni B. Ferri", undicesima edizione, UTET, Torino, 2001, p. 562

[16]-"Una diversità tra i due sistemi di norme potrebbe ravvisarsi in ciò che nella legge vigente non è più espressa l'esigenza che l'inadempimento riguardi obbligazioni che sorgano dall'attività imprenditrice, mentre nel codice di commercio cessato era precisato che la cessazione dei pagamenti doveva essere relativa a obbligazioni commerciali" Giuseppe FERRI, Manuale di diritto commerciale, "a cura di Carlo Angelici et Giovanni B. Ferri", undicesima edizione, UTET, Torino, 2001, p. 562

[17]-تراجع بهذا الشأن المادة 550 من قانون التجارة المصري، والمادة 489 من قانون التجارة اللبناني، حيث اعتبرت التاجر في حالة إفلاس إذا انقطع عن دفع ديونه التجارية.

الفقرة السابقة إلا نموذج لهذا الاتجاه، وهو مخالف للاتجاه التشريعي في كل من ليبيا وايطاليا بعد التعديل الحاصل في القانون التجاري في 1942/3/16م، حيث يشترط في كلا القانونين أن يكون التاجر متوقفا عن دفع ديونه بصفة عامة، سواء كانت تجارية أو غير تجارية،عكس القوانين العربية الأخرى التي ترى أن "التوقف عن الدفع، هو عجز التاجر، أو امتناعه، عن دفع الديون التجارية في مواعيد استحقاقها. وهو يختلف عن الإعسار أو عدم الملاءة insolvabilité الذي يتحقق عند عدم كفاية أموال المدين الحالة والمستقبلة، لإيفاء ديونه المستحقة الأداء"[18].

2- الشروط:

لابد أن تتوافر شروط لشهر الإفلاس، إذ يجب أن يكون الشخص الذي يخضع لهذا النظام تاجرا، وأن يكون متوقفا عن دفع ديونه.

أ- الشرط الشخصي

حدد المشرع الليبي الشخص الذي يخضع لنظام الإفلاس بمقتضى المادة 1012 من قانون النشاط التجاري، حيث نصت الفقرة الأولى من هذه المادة على أنه: "مع عدم الإخلال بأحكام الباب السابق بشأن الصُلح الواقي، يشهر إفلاس التاجر، سواء أكان شخصا طبيعيا أم معنويا، كما يشهر إفلاس الشركات المدنية إذا توقف أي منهم عن دفع ديونه"[19].

فوفقاً لهذا التعريف فإن التاجر قد يكون شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً معنوياً. والشخص الطبيعي يكتسب هذه الصفة إذا زاول أعمال تجارية على وجه الاحتراف، وتوافرت

---

[18]- أنظر د. إلياس ناصيف: ج4، ص 120.

[19]- بالنظر للقانون التجاري السابق نجد أن المشرع الليبي في القانون الحالي تبنّى نفس الأحكام الواردة في المادة 734 من القانون التجاري السابق، حيث إن هذه المادة، في فقرتها الأولى كانت تنص على أن "كل تاجر توقف عن دفع ديونه يشهر إفلاسه"، مكتفيا المشرع بما ورد من تعريف للتاجر في المادة التاسعة من القانون التجاري السابق، حيث كانت تنص على أنه " كل شركة تجارية، وكل من باشر أعمال تجارية، واتخذها حرفة معتادة له". فوفقاً لهذا التعريف فإن التاجر قد يكون شخصاً طبيعياً، وقد يكون شخصاً معنوياً. والشخص الطبيعي يكتسب هذه الصفة إذا زاول أعمالا تجارية على وجه الاحتراف، وتوافرت فيه الأهلية اللازمة، أما الشخص المعنوي فإنه يكتسب هذه الصفة إذا كان في شكل إحدى الشركات التجارية المسماة. أي أن القانون وضع معياراً موضوعياً بالنسبة للشخص الطبيعي، وهو مزاولته للعمل التجاري، ومعياراً شكلياً بالنسبة للشخص المعنوي، وهو ضرورة أن يكون في شكل شركة تجارية. كما أن المادة 496 من القانون المدني الليبي تقرر أحكاما في نفس السياق،إذ تقرر أن الشركة المدنية إذا أفرغت في شكل شركة تجارية فإنها تخضع لأحكام هذا النوع من الشركات الذي وقع عليه الاختيار فيما عدا الإفلاس. أنظر بهذا الشأن د.ابتسام بحيح: ص45.

فيه الأهلية اللازمة[20]، أما الشخص المعنوي فإنه يكتسب هذه الصفة إذا كان في شكل إحدى الشركات التجارية المسماة.أي أنه وفقا للقانون التجاري تثبت هذه الصفة للشخص الطبيعي أو الشخص المعنوي، وتضعه في مركز قانوني متميز عن الشخص غير التاجر، ومن ثم يقع عليه التزام بمسك الدفاتر التجارية والالتزام بالقيد في السجل التجاري، بالإضافة إلى أن هذه الصفة قد تخضعه لمخاطر نظام الإفلاس، باعتباره نظاما ينفرد به القانون التجاري، ويخضع له التاجر دون غيره نتيجة لاكتسابه لهذه الصفة. والخضوع لهذا النظام لا يتوقف على إرادة الأشخاص، بل إن أحكامه متعلقة بالنظام العام[21].

وصفة التاجر لا تفترض، ومن ثم فإن على من يدعى وجودها أن يثبت ذلك بكافة طرق الإثبات، تطبيقاً لمبدأ حرية الإثبات في المسائل التجارية، ولكن يجب ملاحظة أن القيد في السجل التجاري أو مسك الدفاتر التجارية ليست كافية لإثبات هذه صفة، فهي لا تكسبها، ومن ثم لا تعد معياراً لها، بل مجرد قرائن يستعان بها في الإثبات، ومن ثم يكون على الشخص الذي يدعى الصفة التجارية إثبات توافر عناصر هذه الحرفة[22].

وهذا الأمر يعد مسألة واقعية يختص بها قاضي الموضوع، أما مسألة اكتساب الصفة التجارية من عدمها فهي مسألة قانونية، تخضع لرقابة المحكمة العليا، باعتبارها النتيجة القانونية التي يستخلصها القاضي من وجود هذه العناصر، ومن ثم يرتب عليها وجود الحرفة التجارية من عدمها.

ولكن تم استبعاد بعض الفئات التي تمارس أنشطة اقتصادية، تندرج ضمن الأعمال التجارية بنص القانون وعلى سبيل الاحتراف، فالمادة الحادية عشرة من قانون النشاط

---

[20]- يشترط في الشخص الطبيعي الذي يمارس أعمال تجارية على سبيل الاحتراف أن يكون كامل الأهلية وفقا لما ورد في المادة السابعة من قانون النشاط التجاري، أما بالنسبة لممارسة النشاط التجاري نيابة عن القاصرين ومن في حكمهم فإن المادة الثامنة من نفس القانون نظمت أحكام هذه المسألة، وبيّنت في عجز المادة أنه يجوز شهر إفلاس القاصر أو من في حكمه مع عدم تطبيق التبعات الجنائية لشهر الإفلاس عليهم.

[21]- يراجع إبراهيم سيد أحمد: ص 7.

[22]- يقصد بالاحتراف القيام بأعمال تجارية على وجه التكرار ويكون المحرك الأساسي لممارستها تحقيق الربح والتكسب من ورائها وتتم مباشرة هذه الأعمال باسم الشخص ولحسابه وبشكل مستقل. فمن خلال هذا التعريف تبدو لنا العناصر الرئيسية المكونة للحرفة التجارية و التي لا يمكن تصور قيام الحرفة بدونها. انظر بهذا الشأن د. ابتسام بحيح: ص 46.

التجاري تنص على أنه "لا يعد من مزاولي النشاط الاقتصادي الدولة، والوحدات الإدارية العامة، واللجان والنوادي، والجمعيات ذات الشخصية الاعتبارية التي ليس هدفها الكسب، وإن قامت بمعاملات تجارية، إلا أن معاملاتها المذكورة تكون خاضعة لهذا القانون"[23]. إضافة إلى ذلك فإن المادة العاشرة من قانون النشاط التجاري أعفت صغار التجار من الخضوع للقواعد المتعلقة بالإفلاس والصلح الواقي منه.

ب- الشرط الموضوعي:

التوقف عن الدفع يقصد به عجز التاجر، أو امتناعه، عن دفع ديونه في مواعيد استحقاقها[24]، كما أن هذا التوقف قد يكون ناتجا عن عدم الملاءة أو اليسار نتيجة لعدم كفاية أموال المدين الحالة والمستقبلة للوفاء بديونه مستحقة الأداء، إذ تنص الفقرة الثانية من المادة 1012 من قانون النشاط التجاري على أنه "وتثبت حالة التوقف عن دفع الديون عندما يظهر عجز المدين عن الوفاء بها، أو تدل عوامل أخرى خارجية على عدم قدرته القيام بالتزاماته بصفة منتظمة".

فما عبر عنه المشرع بعوامل أخرى خارجية قد تكون بموجبها الذمة المالية للتاجر موسرة، إلا أنه من الناحية الفعلية لم يتمكن من الوفاء بالتزاماته مستحقة الأداء بشكل طبيعي

---

[23]- عدم اكتساب الدولة والوحدات الإدارية العامة، واللجان والنوادي، والجمعيات ذات الشخصية الاعتبارية يرجع إلى أن المشرع وضع معيار الغرض التجاري لاكتساب هذه الصفة، وهو تحقيق الربح، بينما نجد أن جميع هذه الأشخاص الاعتبارية الغرض الأساسي لها ليس تحقيق الربح، وإنما تحقيق مصلحة عامة، وبالتالي لم يعطها هذه الصفة، وإن كان أخضع أعمالها التجارية لأحكام القانون التجاري، فيما عدا ما ورد في قوانين إنشائها، إذ قد تعفيها من تبعات هذا القانون في بعض الأحيان، كالإعفاء من تطبيق نظام الإفلاس، كما قد تبيّن طريقة تصفيتها وحلها، بالإضافة إلى بيان مدى خضوعها للآثار القانونية التي ترتب على اكتساب صفة التاجر.

[24]- يجب أن تكون هذه الديون التي توقف التاجر عن دفعها مؤكدة ومحددة ومستحقة الأداء، "فعدم امكانية التاجر للوفاء بالتزاماته في مواعيد استحقاقها، وعجزه يكون ناتجا عن بعض المؤشرات، إذ قد يكون عدم وفائه ليس ناتجا عن إعسار، وإنما عن رفض الوفاء ببضاعة وحيازتها بهدف الإضرار، وبالعكس قد يكون عدم الوفاء ناتجا عن تجنب القيام بوسائل غير مشروعة، كالإقراض بالربا".

stato d'insolvenza, ossia l'impossibilità dell'imprenditore ad essere puntuale nel soddisfacimento delle obbligazioni. Lo stato d'insolvenza si presenta talvolta con alcuni sintomi, come l'inadempienza, ma si può essere inadempienti senza essere insolventi (il caso dell'imprenditore che si rifiuta di pagare le merci ritenute difettose) e viceversa (quando l'inadempimento è evitato con mezzi anomali, es.il prestito ad usura). v. WIKIPEDIA l'enciclopedia libera www.http://it. Wikipedia. Org/wiki/fallimento_(diritto)

أو منتظم، كما لو كانت لديه أموال عقارية لا يمكنه التصرف فيها، أو أن لديه حقوقا في ذمة الغير إلا أنها غير مستحقة الأداء وقت توقفه عن دفع ديونه.

ويبدو أن المشرع الليبي باستخدامه لفظ "توقف عن دفع ديونه"[25] أراد أن يتفادى الدائن مشقة إثبات الإعسار من خلال عمل جرد لأصول وخصوم الذمة المالية، إذ يكفي إثبات عدم الكفاءة أو اليسار من خلال التوقف عن دفع الدين من ناحية؛ ومن ناحية أخري فإنه نتيجة لدعامة السرعة والائتمان التي تتطلبها البيئة التجارية والاعتبار الشخصي، فإن إجراء موازنة بين هذه الأصول والخصوم لمعرفة مدى إعسار التاجر تقتضى وقتا لا تتمشي مع طبيعة هذه البيئة خاصة، وأنه في الغالب أن دائني التاجر هم أنفسهم من البيئة التجارية، أي تجار، وبالتالي الإخلال بالالتزام في مواجهتهم من شأنه زعزعة الثقة في البيئة التجارية التي تضر بالائتمان ككل.

والملاحظ أن هذه المادة، بالرغم من انسجامها مع طبيعة البيئة التجارية وما تتطلبه من دعامتي السرعة والائتمان، إلا أن المشرع الليبي في القانون رقم 23 لسنة 2010 بشأن النشاط التجاري أحدث تغييرا واضحا في هذا الجانب، إذ فيما تقرره المادة 785 يقفل الحساب الجاري إذا كان غير محدد المدة بوفاة أحد الطرفين أو فقده للأهلية أو إفلاسه، دون الإشارة لفقد الكفاءة أو اليسار، كما كان مقررا في المادة 210 من القانون التجاري الليبي السابق، وفي ذلك اختلاف واضح بين كلا القانونين، السابق والحالي، إذ وفقا للقانون السابق لا يشترط شهر الإفلاس طالما أن هناك مؤشرات له، وكان الحساب غير محدد المدة، إذ يجوز لأحد أطراف الحساب الجاري التحلل من العقد، مع مراعاة شرط الإخطار، بينما القانون الحالي يشترط في مسألة إقفال الحساب الجاري غير محدد المدة أن يكون قد شهر إفلاس أحد الأطراف فعلا.

[25]- مما يجب ملاحظته أنه بالرجوع للأصل التاريخي للقانون التجاري الليبي نجد أن شرط الإعسار أو عدم اليسار، وفقا للقانون الايطالي، شرط أساسي لشهر الإفلاس. خاصة وأن المشرع الليبي في القانون السابق نص في الفقرة الثانية من المادة 210 المتعلقة بالحساب غير المحدد بأجل على أنه "وفي حالة فقد أحد المتعاقدين الأهلية أو الكفاءة أو اليسار [...] جاز لكليهما [...] الحق في التحلل من العقد".

3- قفل الحساب الجاري كأثر للإفلاس:

بمجرد شهر إفلاس أحد أطرف الحساب فإنه يجب عدم إلقاء أي مدفوع في الحساب، سواء في جانب الأصول أو في جانب الخصوم. فإذا تم قيد دفعة جديدة بعد شهر الإفلاس فإنها لا تؤثر في رصيد هذا الحساب، بحيث لا يتم اندماجها مع بقية الدفعات الأخرى المقيدة في الحساب قبل شهر الإفلاس، ومن ثم يقتضي الأمر عدم معاملتها كمفرد حسابي تم إدراجه في الحساب، فهذا الأمر يمس سريان الحساب.

ولكن ما هو أثر الإفلاس على عقد الحساب الجاري ذاته؟ إذ هل يؤدي إلى إنهاء هذا العقد، أيا كان محدد المدة أو غير محدد المدة؟ أم يظل العقد قائما، ولا يتأثر بهذا الإفلاس؟ وعندئذ ما هي الكيفية لتسيير هذا الحساب في ظل الظروف الاقتصادية السيئة للمفلس؟

لو نظرنا لنص المادة 1/260 من القانون المدني الليبي نجد أن القواعد العامة تنص على سقوط حق المدين المفلس في الأجل "إذا شهر إفلاسه وفقا لنصوص القانون"، وذلك سواء كان هذا العقد محدد المدة أو لم يكن محدد المدة، أي لابد من قفل الحساب فورا، وهذا يقتضى من الطرف غير المفلس في الحساب أن يقوم بإجراء المقاصة بين المدفوعات التي تم قيدها في جانب الدافع بالنسبة له وتلك التي تم قيدها في جانب القابض، لمعرفة ما يسفر عنه من الرصيد، وفيما إذا كان الطرف المفلس في الحساب دائنا بقيمة ما أسفر عنه الرصيد، وعندئذ لابد من تقديمه للتفليسة، أو مدينا به ومن ثم يتقدم في التفليسة كدائن عادي، ليقتضي حقه من خلالها.

وبناء على ذلك إذا كانت المدفوعات التي تشكل خصوما للمفلس أكثر من المدفوعات التي تشكل أصولا له فإن الطرف الآخر في الحساب يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين، طبقا لمبدأ المساواة بينهم، إلا في حالة وجود ضمانات خاصة. وهذا الأمر تقرره المادة 1087 من قانون النشاط التجاري، والتي تنص على أنه "تنحل الحسابات الجارية [...] بإفلاس أحد

الطرفين"، كما أن المادة 785 من قانون النشاط التجاري[26] تنص في فقرتها الثالثة على نفس الحكم "وفي جميع الأحوال يقفل الحساب الجاري بوفاة أحد الطرفين أو بفقدانه الأهلية أو إفلاسه"[27].

مما لا شك فيه أن عدم اليسار، الذي كان ينص عليه المشرع في القانون السابق، يعتبر ظرفاً اقتصادياً سيئاً، يخل بالمركز المالي للتاجر، وكان من المجدي لو أن المشرع الحالي نص عليه، ومن ثم قد يترتب عليه شهر إفلاس التاجر مما يقتضي سقوط الأجل بالنسبة له، ومن ثم قفل الحساب وفق القواعد العامة.

ثانيا- المركز المتميز لأحد أطراف الحساب الجاري في مواجهة دائني الطرف الأخر المفلس:

نتيجة لمبدأي التجديد[28] وعدم التجزئة[29] اللذين يحكمان سريان المدفوعات في الحساب الجاري، فإن هذا النوع من الحسابات يعطى مركزا متميزا لأحد أطرافه في تفليسة

---

[26]-الجدير بالملاحظة أن المادة 210 من القانون التجاري الليبي السابق خالفت هذه القواعد من ناحيتين، الأولى جواز التحلل من العقد، والثانية هو عدم سقوط الأجل، ومن ثم لا يجوز المطالبة بدفع الرصيد إلا عند حلول الأجل المقرر لقفل الحساب، ومن ثم يقتصر الأمر علي مجرد عدم إدراج دفعات جديدة فيه؛ أي وقف سريان الحساب دون قفله. ولكن هذا الخروج عن القواعد العامة يمكن أن نجد له تفسيرا واحدا، وهو أن المشرع أراد معالجة فرضية أن يكون أحد أطراف الحساب في مركز اقتصادي سيء، ولم يتم شهر إفلاسه، وأراد الطرف الأخر في الحساب، الذي يكون الرصيد المؤقت لمصلحته، أن يدرأ هذا الخطر، بدون أن يلجأ للقضاء للمطالبة بشهر الإفلاس، فأعطاه المشرع امكانية التحلل من العقد، إذا كان حقه في مواجهة الطرف الآخر للحساب يمكن أن يضمنه من خلال المفردات المقيدة فيه، أو من خلال مجموع العلائق التي تربطه بهذا الأخير إذا كان الحساب الجاري مصرفي، وفقا لما تقرره المادة 242 من القانون التجاري السابق والمادة 707 من قانون النشاط التجاري، والتي تقرر نفس الأحكام المتعلقة بالاندماج في حالة تعدد العلائق بين المصرف والعميل صاحب الحسابات.

[27]- بالنظر لما ورد في الفقرة الأخيرة من نص المادة 210 من القانون التجاري السابق نجد أن المشرع قد جعل الأمر جوازيا في التحلل من العقد في حالة عدم الكفاءة أو اليسار، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى جعل الأثر المترتب على ذلك هو "عدم امكانية إدراج دفعات جديدة في الحساب، إلا أنه لا تجوز المطالبة بدفع الرصيد إلا عند حلول الموعد المقرر في المادة 208" من نفس القانون. أي بحسب الاتفاق أو العرف، أو في نهاية كل ستة أشهر اعتبارا من تاريخ العقد. وفي ذلك الموقف ما يبرره، وهو أن التحلل من العقد غير محدد المدة كان جوازيا نتيجة لعدم الكفاءة أو اليسار، أي قبل شهر إفلاس التاجر أصلا، إلا أن المشرع في القانون الحالي لم يعط هذه المكنة للطرف الآخر في الحساب، وكل ما أعطاه له هو قفل الحساب بعد شهر إفلاس الطرف المقابل.

[28]-يعتبر التجديد أثرا من آثار دخول الحق في الحساب الجاري، وحق الدافع يتحول إلى مجرد قيد في الجانب الدائن للحساب، ويحل محله مقابل بنفس القيمة في الجانب المدين للقابض، ويشكل بذلك عنصراً من عناصر الحساب المكونة للرصيد النهائي، ويعتبر تحويل الحق بقيده في الحساب الجاري تجديداً من نوع خاص، والمشرع الليبي في المادة 342 من القانون المدني الليبي ينص على ذلك بقوله "1- لا يكون تجديداً مجرد تقييد الالتزام في حساب جار . 2.وإنما يتجدد الالتزام إذا اخضع رصيد الحساب، وتم إقراره على أنه إذا كان الالتزام مكفولاً بتأمين خاص فإن هذا التأمين يبقى ما لم يتفق على غير ذلك "

[29]- تنص المادة 781 من قانون النشاط التجاري على أن "مفردات الحساب الجاري بمجموعها لا تقبل التجزئة قبل إقفال الحساب واستخراج الرصيد النهائي، وإقفال الحساب وحده هو الذي تنشأ عنه المقاصة الإجمالية لجميع مفردات الحساب". ويقصد به أن أي مدفوع يدخل الحساب يفقد ذاتيته بمجرد

الطرف الآخر، وهذا الأمر يتعارض مع مبدأ المساواة بين الدائنين المقرر بموجب الفقرة الثانية من المادة 237 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بحقوق الدائنين على أموال المدين، حيث تنص على أنه "وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقا للقانون"، كذلك تم تقريره بمقتضي الأحكام الخاصة بالإفلاس من خلال المواد 1056؛ 1119؛ 1120.

والحساب الجاري، وما ينتج عنه من مديونية أحد الأطراف في مواجهة الطرف الآخر، لا يعتبر دينا ممتازا، ولا يعطي صاحبه حق التقدم إلا إذا كان مصحوبا بتأمين خاص، يمكن أن يحتج به في مواجهة جماعة الدائنين، إلا أن هذا التميز في الحساب الجاري يجد له مجالا للتطبيق نتيجة لآثار دخول المدفوع في الحساب الجاري، إذ أن جماعة الدائنين بالنسبة للطرف المفلس من مصلحتهم إعمال مبدأ المساواة بينهم، إلا أن الطرف الآخر في الحساب من مصلحته إعمال قواعد سريان الحساب الجاري؛ أي عدم إعمال مبدأ المساواة بين الدائنين، ومن خلال ذلك يظهر التعارض بين هاتين المصلحتين، ومن ثم فإن تغليب مصلحة الطرف غير المفلس في الحساب ينطوي على المساس بهذا المبدأ، والذي يتجلى في الآتي:

1- دور المقاصة في إنشاء المركز المتميز لأحد أطراف الحساب في مواجهة بقية الدائنين:

رأينا أن من ضمن مزايا الحساب الجاري أنه يوسع نطاق تطبيق المقاصة كوسيلة لانقضاء الالتزام، إذ يتم إجراؤها في حالة شهر إفلاس أحد طرفي الحساب، ومن شأن هذا النظام أن يغل يد المفلس عن إدارة أمواله، ويتولى هذه الإدارة مأمور التفليسة، وفقا لما هو مقرر بموجب أحكام القانون رقم 23 لسنة 2010م، المتعلق بالنشاط التجاري، المنصوص عليها من خلال المادة 1093 وما بعدها، والمتعلقة بحفظ مقومات التفليسة وإدارتها.

القيد فيه، ويضمحل ويصبح مفرد حسابي، ليشكل مع غيره من المدفوعات العناصر المكونة للحساب، وتصبح جميعها كل لا يتجزأ، ولا يحل محل أي مدفوع دين في ذمة القابض، ويصبح ديناً آخراً. ومحكمة القاهرة الابتدائية في حكم لها صادر بتاريخ 1961/5/11م رأت أن "الحساب الجاري يعتبر وحدة متماسكة العناصر، غير قابلة للتجزئة، فلا يجوز فصل العمليات الداخلة فيه، والنظر إلى كل منها على انفراد، ذلك أن كل دين يدخل الحساب يفقد ذاتيته ومقوماته كدين مستقل، ويعتبر مفردة من مفردات الحساب، لا يمكن فصلها أو المطالبة بها علي استقلال، وتنعدم الديون والحقوق داخل الحساب، وتحل محلها مفردات حسابية من الجانبين،وتتقاص دفعة واحدة عند قفل الحساب، وعلى هذا الأساس لا يجوز فصل مفردة من الحساب وتخصيصها للوفاء بمفردة أخري مقابلة". المجموعة الرسمية، السنة الستون، العدد الثاني، رقم 144، ص1106. أنظر أيضا د. عبد الحميد الشواربي: ص 470.

إلا أن أحكام هذا القانون ذاته، والمتعلقة بتسيير الحساب الجاري، تعطي أطراف الحساب امكانية إجراء المقاصة بين المدفوعات الدائنة والمدينة في الحساب، بحيث لا يلزم الطرف غير المفلس في الحساب بتقديم الديون التي في ذمته تجاه المفلس لمأمور التفليسة، على أن يدخل في التفليسة بالمدفوعات التي تم قيدها في الجانب المدين للمفلس، ومن ثم يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين.

فإمكانية إجراء المقاصة تعطيه الحماية الكافية، بحيث لا يضار من تطبيق مبدأ المساواة بين الدائنين[30] نتيجة لتطبيق مبدأ العدالة الذي تقوم على أساسه فكرة المقاصة المقررة بموجب المادة 349 من القانون المدني الليبي، والمتعلقة بالديون القابلة للمقاصة[31]، طالما أن كلا الطرفين دائن ومدين للآخر، بموجب علاقات قانونية جارية بينهما، وبالتالي تعتبر المقاصة وسيلة حماية يستوفي بمقتضاها كل طرف حقه في مواجهة الطرف الآخر[32]، ولا يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين إلا في حدود القدر الزائد على الجانب المدين في الحساب.

---

[30]- A proposito di quest'ultimo aspetto è stato osservato che talvolta tra compensazione ed equità può esserci contraddizione, per esempio nel caso della disciplina particolare che la legge fallimentare detta contro il principio della *par condicio creditorum*, attribuendo al creditore la possibilità di avvalersi della compensazione nei confronti del fallito (art. 56 L. fall.) v. R.D. 16 marzo 1942, n. 267, Disciplina. del fallimento, del concordato preventivo, dell'amministrazione controllata e della liquidazione coatta amministrativa.

Cf. P. PERLINGIERI, *Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni*, cit., p. 111ss.

[31]-Secondo la migliore dottrina la norma appare dettata da motivi di equità, poiché si ritiene ingiusto che il creditore possa pretendere l'intero credito mentre poi, da parte sua, non è in condizione di pagare tutto il debito.

In questo senso si veda:. G. ZUDDAS, *Compensazione*, in Encicolpedia, Roma,1993, p. 6.

[32]-"Quando due persone sono obbligate l'una verso l'altra, i debiti ed i crediti reciproci avranno un'autonoma giustificazione causale perchè derivano da distinti rapporti giuridici intercorrenti tuttavia tra le medesime parti, e quindi la compensazione è un modo soddisfativo del creditore".v. Cf. C. FALQUI MASSIDDA, *Compensazione*, in Rivista di diritto civile, VII, 1961, II, parte seconda, CEDAM, Padova, p. 61.

فالمقاصة في مجال الإفلاس تم تنظيمها بكيفية بسيطة من خلال المادة 1061 من القانون رقم 23 لسنة 2010م الخاص بالنشاط التجاري، والمتعلقة بالمقاصة في مرحلة التفليس، إذ افترض فيها المشرع وسيلة للضمان في هذا المجال، فنص على أنه "تقع المقاصة بين الديون المطلوبة للدائنين من المفلس وبين ما له من ديون في ذمتهم، حتى ولو لم يحل أجلها قبل شهر الإفلاس. ومع ذلك لا تجري المقاصة بالنسبة إلى الديون التي لم يحل أجلها إذا اكتسبها الدائن بعقد بين الأحياء بعد شهر الإفلاس أو خلال السنة السابقة عليه".

فهذه القاعدة لا تثير جدلا بسيطا، وذلك بالسماح للدائن بإجراء المقاصة،أي إعفاؤه من الدفع، وذلك بتفعيل وسيلة من وسائل انقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء، بل أثارت جدلا معمقا لكونها تعطي أفضلية في المعاملة في مجال من المفترض أن يبرز فيه مبدأ المساواة بين الدائنين، أي أن آلية المقاصة التي يتم إجراءها في حالة الإفلاس وفقا للمادة 1061 تقدم مخالفة لمبدأ المساواة بين الدائنين، وفضلا عن ذلك تتضمن إمكانية أن يجري مدين المفلس، حتى في مواجهة مأمور التفليسة، المقاصة لديون متقابلة بين هذا المدين والمفلس، فيستوفي من خلالها حقه الذي في ذمة المفلس، وينقضي في المقابل التزامه تجاه هذا الأخير.

فالمقاصة في حالة الإفلاس تعطي للدائن نوع من الحماية الخاصة التي يتميز بمقتضاها هذا الدائن عن بقية دائني المفلس، إذ وفقا لهذه المادة يستطيع الدائن أن يجري المقاصة بين ما له من حقوق وما عليه من ديون في مواجهة المفلس، بالرغم من أنها لم يحل أجلها قبل شهر الإفلاس[33].

[33]-La compensazione nel fallimento si atteggia in modo particolare tanto che i legislatori, negli articoliprecedenti, hanno stabilito che i creditori possono compensare i loro debiti verso il fallito con i loro crediti che hanno verso il medesimo, ancorché non scaduti prima della dichiarazione di fallimento.
v. Ibtesam BEHEH, Le garanzie legali innominate nel credito bancario - diritto comparato libico e italiano, tesi di dottorato, Università degli studi di Roma Tor Vergata, 2008, p. 74

كما أن المقاصة تلعب دورا هاما في مجال الحسابات الجارية المصرفية، وفقا للقانون التجاري الليبي[34]، وهذا المجال يكون له أثر مباشر في حالة شهر إفلاس العميل أو المصرف، إذ تنص المادة 707 من القانون رقم 23 لسنة 2010م على أنه "إذا تعددت العلائق بين المصرف وصاحب الحساب الجاري، أو كانت على أساس عدة حسابات، ولو بنقود مختلفة، فالأرصدة الدائنة والمدينة تجري عليها المقاصة، ما لم يتفق على خلاف ذلك". فمن خلال هذه المادة نجد أن القاعدة المقررة من قبل المشرع، وفي إطار العمليات المصرفية، تنص على وحدة أو اندماج العلاقة بين المصرف والعميل، ولو كان هناك تعدد للعلائق أو الحسابات طالما كانت متعلقة بإحدى العمليات المصرفية [كالإيداع المصرفي أو فتح الاعتماد] المنظمة في حساب جار.

ففي حالة إفلاس أحد أطراف الحساب الجاري المصرفي فإن الطرف الآخر، نتيجة لتقرير مبدأ الاندماج، سوف يستوفي حقه، ما أمكنه ذلك وبحسب المركز المالي للمفلس في العلائق التي تربطه به، دون أن يجبر على التقدم في التفليسة بكل علاقة أو حساب على حدة، فيدخل كدائن في التفليسة بالرصيد المدين للمفلس، وعندئذ يتعرض لخطر مزاحمة بقية الدائنين، لأنه سيدخل معهم في قسمة الغرماء، كما يفترض فيه تقديم القيمة الدائنة للمفلس لمأمور التفليسة، بحيث تصبح من ضمن أموال التفليسة التي تخضع للتقسيم بين الدائنين. ولكن بتقرير مبدأ الاندماج، والذي يتم تفعيله من خلال إجراء المقاصة، فإنه سيدرأ هذا الخطر قدر الإمكان، وتصبح المقاصة بموجب ذلك وسيلة من وسائل الضمان.

وتبدو وسيلة الضمان هذه واضحة وجلية حتى في إطار النظام القانوني الفرنسي الذي يعتمد في حالة تعدد العلائق بين المصرف والعميل على الاتفاقات بينهما، باعتبار أن القانون

---

[34]- L'art. 1853 c.c.it. (letteralmente l'art. 707 del c. comm. libico) stabilisce la compensazione tra i saldi di più rapporti o più conto:"Se tra la banca e il correntista esistono più rapporti o più conti, ancorché in monete differenti, i saldi attivi e passivi si compensano reciprocamente, salvo patto contrario".

الفرنسي لا يوجد به نص يقرر اندماج الحسابات في حالة تعدد العلائق بين العميل والمصرف.

ففي حكم لمحكمة استئناف ريوم صادر في 1960/10/7م[35] تتلخص وقائعه في أنه كان يوجد اتفاق صريح بين الشركة والمصرف على اندماج الحسابات، وذلك بموجب خطاب مرسل منها، وعند شهر إفلاسها كان مركز أحد الحسابين دائنا والآخر مدينا، بنفس القيمة تقريبا، وعندئذ تقدم المصرف كمدين في التفليسة بقيمة الحساب الدائن، وتقدم كدائن فيها بقيمة الحساب المدين، وبعد إجراء التصفية تحصل على نسبة من ديونه، وطالب الكُفلاء بالنسبة الباقية منها، إلا أن هؤلاء دفعوا بأن المصرف كان بإمكانه تفادي هذه النتيجة عن طريق تطبيق الاتفاق المتعلق باندماج الحسابات، وأن المصرف بتهاونه في استعمال حقه هذا يعفيهم من التزاماتهم المترتبة عن عقد الكفالة بموجب المادة 2037 من القانون المدني الفرنسي [المادة 793 من القانون المدني الليبي والمتعلقة ببراءة الكفيل بخطأ الدائن[36]] إلا أن المصرف دفع بعدم إمكانية إجراء المقاصة خلال فترة الريبة وإلا كانت باطلة[37].

ولكن المحكمة رأت أن هذه المقاصة ليست عادية، بل هي مقاصة في حساب جاري، ونتيجة لمبدأ عدم الانقسام الذي يحكم سريان مثل هذه الحسابات، كان على المصرف دمج الحسابين، وإعفاء الكفلاء من التزاماتهم، دون أن يتعرض لدعوى البطلان.

2- بعض المسائل التي تثيرها قواعد سريان الحساب الجاري في حالة إفلاس احد أطرافه وتمنح الطرف الأخر مركزا متميزا:

الضرورات العملية كان لها دورا في الخروج المستمر عن المبادئ التي تحكم سريان الحساب الجاري، نتيجة لطبيعته الخاصة، وقيامه في بيئة خاضعة لسنة التطور والتغيير، ويبدو ذلك واضحا من خلال بعض المسائل التي تثار في حالة إفلاس أحد أطرافه.

---

[35]-Dalloz 1962, P 479, obs. HONORAT; Rev. Trim. Dr. Com. 1962, P. 756, nº 27, obs. R. HOUIN.

[36]- تنص المادة 793 من القانون المدني الليبي على أنه "1- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من ضمانات.2- ويقصد بالضمانات في هذه المادة كل تأمين يخصص لضمان الدين، ولو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون".

[37]- تنص المادة 1061 من قانون النشاط التجاري على أنه "تقع المقاصة بين الديون المطلوبة للدائنين من المفلس وبين ما له من ديون في ذمتهم حتى، ولو لم يحل أجلها قبل شهر الإفلاس.ومع ذلك لا تجري المقاصة بالنسبة إلى الديون التي لم يحل أجلها إذا اكتسبها الدائن بعقد بين الأحياء بعد شهر الإفلاس أو خلال السنة السابقة".

أ- إنشاء التأمينات خلال فترة الريبة ضمانا للحساب الجاري:

وفقا لمبدأ عدم التجزئة فإن أي مدفوع يدخل الحساب لا يعتبر وفاء لمدفوع آخر[38]، ومن ثم فإن المدفوعات التي يقدمها المفلس خلال فترة الريبة[39] لا تخضع لأحكام القانون المتعلقة بعدم نفاذ تصرفات المفلس المنصوص عليها في القانون التجاري الليبي[40] بحسب مقتضيات وطبيعة الحساب الجاري الخاصة.

فوفقا لما هو مقرر في المادة 1072، والمتعلقة بالأعمال بالمقابل والدفوع والضمانات، نجد أن الفقرتين رقمي 3 و 4 من الفقرة الأولى المتعلقة بعدم نفاذ بعض التصرفات الواردة في هذه المادة ما لم يثبت الطرف الثاني أنه لا علم له بعدم قدرة المدين على أداء ديونه، إذ تنص على عدم نفاذ أي رهن، سواء كان منصبا على منقول أو على عقار، إذا نشأ خلال السنتين السابقتين على شهر الإفلاس تأمينا لدين سابق لم يحل أجله، إلا إذا كان الطرف الثاني غير عالم بعدم قدرة المدين عن أداء ديونه، واستطاع إثبات ذلك. وكذلك الأمر بالنسبة للتأمينات التي تنشأ خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، إذا كانت هذه الضمانات مقدمة لتأمين دين حال الأجل.

أما الفقرة الثانية من نفس المادة فهي متعلقة بالضمانات المعاصرة لنشأة الدين، إذ لا تنفذ في حق الدائنين إذا قدم هذا الضمان خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، وكان الدائن على علم بعدم قدرة المدين على أداء ديونه.

---

[38]- يري د. علي جمال الدين عوض أنه بناء على تطور القضاء فإنه بالنسبة للمدفوع الحاصل من المفلس في فترة الريبة، وإن لم يكن اعتباره وفاء، إلا أنه مشروط بأن يكون هذا القيد ممثلا لمدفوع حقيقي، وإلا فإنه يمكن إبطاله إذا كان القصد منه وضع القابض في مركز ممتاز، وفي هذه الحالة أصبح هناك إمكانية لمعاملة المفرد الحسابي معاملة خاصة، وهذا الأمر لا يتفق مع مبدأ عدم التجزئة. د. على جمال الدين عوض: ص 470

[39]- "فترة الريبة هي الفترة التي تقع بين تاريخ توقف المدين التاجر عن دفع ديونه وتاريخ الحكم بشهر إفلاسه".راجع بهذا الشأن د. مصطفى كمال طه: ص 292.

[40]- خلال فترة الريبة ينص المشرع الليبي، من خلال قانون النشاط التجاري، على بطلان بعض التصرفات بشكل مطلق، كما هو منصوص عليه في المادة 1069، المتعلقة بالتصرفات بدون مقابل، والتي تنص على أنه "تقع باطلة بالنسبة للدائنين التصرفات المجانية التي قام بها المفلس خلال سنتين قبل شهر إفلاسه، عدا الهدايا المعتادة والتصرفات التي تتم وفاء بواجب أدبي أو لغرض تحقيق نفع عام، طالما كانت متناسبة وحالة المتبرع الاقتصادية". والمادة 1070المتعلقة بالتسديدات، والتي تنص على أنه "يقع باطلا بالنسبة للدائنين أداء الديون التي حل أجلها يوم شهر الإفلاس أو بعده، إذا أدي المفلس هذه الديون خلال العامين السابقين على شهر الإفلاس". وإما بشكل نسبي كما هو منصوص عليه في المواد 1071؛1072؛1073.

وبالنظر لهذه الأحكام، ومدي تطبيقها بخصوص الحساب الجاري، نجد أن قواعد سريان هذا النوع من الحسابات تمنح أحد أطرافه مركزا متميزا في مواجهة دائني الطرف الأخر الذي تم شهر إفلاسه، وفي ذلك أيضا إخلال بمبدأ المساواة المقرر للدائنين بموجب المادة 2/237 من القانون المدني الليبي. ولكن هذا المركز المتميز لأحد أطراف الحساب كان مثار جدل فقهي وقضائي، فأصبح ينظر لمدى تطبيق هذه الأحكام على التأمينات التي تنشأ خلال فترة الريبة، ضمانا للحساب الجاري، حتى لا يكون الحساب الجاري وسيلة للإفلات من أحكام الإفلاس، ومن ثم الإضرار بجماعة الدائنين، خاصة إذا انطوى الأمر على غش من جانب أطرافه.

ففي البداية يجب ملاحظة أنه وفقا للنظرية التقليدية، التي تتمسك بمبدأ عدم التجزئة، فإن أي تأمين يقدم لرصيد الحساب الجاري من المفترض أن يكون بمنأى عن تطبيق أحكام المادة 1072 من قانون النشاط التجاري، ذلك أن أي مدفوع يدخل الحساب يفقد ذاتيته، ويصبح مجرد مفرد حسابي، تنتفي عنه صفة الحق أو الدين، فإذا شهر إفلاس أحد أطراف هذا الحساب، فإن مديونيته للطرف الأخر لا تنشأ إلا عند قفل الحساب، أي من تاريخ شهر الإفلاس، ومن ثم فإن أي تأمين نشأ خلال سريان الحساب يعد مقدما كضمان لدين مستقبل، وليس مقدما لدين سابق، وفقا لما تقرره الفقرة رقم ثلاثة من المادة 1072، أو دين حال الأجل، وفقا لما تقرره الفقرة رقم أربعة من نفس المادة، كما أن هذا الضمان لم يكن تقديمه معاصرا لنشأة الدين، وفقا لما تقرره الفقرة الثانية من المادة ذاتها.

إلا أن تطبيق هذا الأمر على إطلاقه فيه مساس بمبدأ المساواة، وإضرار بجماعة الدائنين، وفقا لما تقرره النظرية الحديثة، فأصبح هناك إمكانية للاعتداد بالرصيد المؤقت للحساب الجاري وقت إنشاء التأمين، ومن ثم فهو يمثل حقا أو دينا سابقا، وأصبح بموجب ذلك هناك مجال لتطبيق الأحكام السابقة، ومن ثم قد يخضع هذا التأمين لعدم النفاذ بقدر الرصيد المؤقت، أما قيمة المدفوعات التي تدرج لاحقا فهي لا تعتبر من ضمن الرصيد المؤقت، وبالتالي التأمينات التي تنشأ بشأنها تعتبر صحيحة، إذا كان الحساب الجاري يسير سيرا

طبيعيا، بحيث يظهر من خلاله تبادل وتشابك المدفوعات، وتتأرجح فيه صفة الدائنية والمديونية بين أطرافه، حتى لا يكون هناك مضنة الغش للإضرار بالدائنين[41].

ففي حكم لمحكمة النقض الايطالية بتاريخ 1975/10/24 رقم 3519 قررت من خلاله أن "التصرف الذي ينشئ ضمانا يكون في حالة الإفلاس محلا للبطلان، إذا تم إجراؤه فقط خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، وفقا لما هو مقرر بموجب المادة 67 من قانون الإفلاس الايطالي"[42]، وهي تقابل المادة 1072 من قانون النشاط التجاري رقم 23 لسنة 2010.

أي أن هذه الضمانات كانت معاصرة لنشأة الدين، إذ في هذه الحالة ينظر فيما إذا كانت نافذة في حق الدائنين، أو أنها لا تنفذ في حقهم، وذلك إذا قدم هذا الضمان خلال السنة السابقة على شهر الإفلاس، وكان الدائن على علم بعدم قدرة المدين على أداء ديونه.

إضافة إلى ذلك فإن القانون رقم 23 لسنة 2010م الخاص بالنشاط التجاري يقرر من خلال المادة 778، والمتعلقة بالديون المضمونة على أنه "إذا كان الدين المدرج في حساب جار مقرونا بضمان عيني أو شخصي، فللمتعاقد الحق في التمسك بالضمان لاستيفاء الرصيد القائم لصالحه عند إقفال الحساب الجاري، وإلى حد مقدار الدين المضمون، ويطبق نفس الحكم إذا كان الدين مصحوبا بكفيل متضامن. وإذا اشترط القانون إجراءات معينة لانعقاد الضمان، أو للاحتجاج به على الغير، فلا يتم انتقاله إلى الرصيد، ولا يجوز الاحتجاج به إلا من تاريخ تمام تلك الإجراءات".

وفي حالة الحساب الجاري المصرفي فإن الرصيد المؤقت قابل للتصرف فيه، إذ في هذه الحالة يعترف بدائنية ومديونية كل طرف في مواجهة الطرف الآخر. فإذا تعددت العلائق بين المصرف والعميل، بحيث يكون هناك مجال لتطبيق نص المادة 707من قانون النشاط التجاري، فيكون هناك حساب جاري يضمن جميع العلائق بين المصرف والعميل، فإن هذا

[41]-د.على البارودى؛ د. محمد فريد العريني: ص367 وما بعدها؛ د. على جمال الدين عوض: ص472 وما بعدها؛ د. مصطفى كمال طه: ص 292.

[42]-Cass. 24 ottobre 1975, n. 3519, inBanca, Borsa e tit. cred., 1976, II, p. 289

التصرف جائز وفقا لأحكام المادة 1072، ولا مجال للدفع ببطلانه باعتباره يخضع لأحكام المادة 707، إلا إذا كان هذا التصرف منطويا على غش[43].

ب- القيد العكسي للأوراق التجارية بعد شهر الإفلاس:

عرّف المشرع الليبي خصم السندات من خلال المادة 752 من قانون النشاط التجاري، فنص على أنه "خصم السندات عقد يعجل المصرف بمقتضاه إلى حامل سند مالي على الغير لم يحل أجله دفع قيمته بعد اقتطاع الفائدة والعمولة، على أن تنتقل ملكية السند إلى المصرف مقيدة بشرط استيفاء الدين عند حلول الأجل"[44].

كما أنه أعطى حكما خاصا لخصم الأوراق التجارية بصفة عامة[45] من خلال المادة 756 من قانون النشاط التجاري، إذ تنص هذه المادة على أنه "في حالة خصم ورقة تجارية أو صك مصرفي عن طريق التدوير يحق للمصرف استرداد المبلغ المعجل، إذا لم تدفع القيمة

---

[43]-Qualora una banca conceda un'apertura di credito in conto corrente garantita da pegno su merci al solo scopo di fornire, attraverso il meccanismo della compensazione prevista dall'art. 1853 c.c., una garanzia reale ai credito nel caso di fallimento del cliente tale garanzia reale, essendo costituita in favore dei crediti ricollegati alla precedente apertura di credito, non può considerarsi concessa per un credito contestualmente creato e non sfugge, perciò, all'azione revocatoria proposta ai sensi dell'art. 67 comma 1° L. fall. con la conseguente presunzione iuris tantum di conoscenza dello stato di insolvenza

-v. A. CECCHERINI, M. GENGHINI, I contratti bancari nel codice civile, Giuffrè, Milano, 1996, 2003, p. 686 ss.

[44]-Secondo l'art. 1858 c.c. it. "Lo sconto è il contratto con il quale, la banca pervia deduzione dell'interesse, anticipa al cliente l'importo di un credito verso terzi non ancocora scaduto, mediante la cessione, salvo buon fine, del credito stesso".

[45]-يلاحظ أن المادة 247 من القانون التجاري الليبي جاءت معنونه بعنوان خصم الكمبيالات، أي بصيغة الجمع، وذكرت في متن المادة الصك المصرفي، مما قد يتبادر إلى الذهن الكمبيالة والصك فقط دون السند الإذني، إلا أن هذا التفسير فيه مجانبة للصواب، باعتبار أن القانون الإيطالي، الذي يعد الأصل التاريخي للقانون التجاري الليبي، يطلق علي كل من الكمبيالة والسند الإذني لفظ الكمبيالة، ويتم التفريق بينهما من خلال بعض المواد التي تبين الأحكام الخاصة لكل منهما في القانون رقم 1669، الصادر بتاريخ 1933/12/14م، إذ تم التمييز بين الكمبيالة التي تتضمن أمر بالدفع La cambiale tratta "الكمبيالة وفق ما يطلق عليها المشرع الليبي" أو التي تتضمن تعهد بالدفع La cambiale diretta "وهي التي يطلق عليها المشرع الليبي السند الاذني". بالإضافة إلى أن موسوعة القانون المدني الايطالي أشارت إلى هذه المسألة في هامش هذا القانون، وذلك بالقول "Il testo del decreto consta di due articoli, rispettivamente così formulati: «Alle disposizioni contenute nel codice di commercio concernenti la cambiale sono sostituite le norme sulla cambiale e sul vaglia cambiario allegate al presente decreto e firmate d'ordine Nostro dal Ministro Guardasigilli»".

عند حلول الأجل، وذلك علاوة على الحقوق الأخرى الناشئة عن السند، وتراعى النصوص الخاصة بتدوير السفاتج غير المقبولة أو المصحوبة بشرط (بدون قبول)".

فإذا تلقى أحد أطراف الحساب الجاري ورقة تجارية من الطرف الآخر على سبيل الخصم، فإنها تكون قد تم تظهيرها للقابض تظهيرا ناقلا للملكية، فتقيد في الجانب المدين للقابض، وفي الجانب الدائن للدافع. فإذا لم يتم دفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق كان للقابض حق الرجوع على كل الموقعين، بما فيهم الدافع، فإذا تم شهر إفلاس هذا الأخير عندئذ يكون على القابض التقدم في التفليسة بقيمة الورقة التجارية كدائن عادي، ويخضع بذلك لقسمة الغرماء.

ولكن أحكام سريان الحساب الجاري تعطي مركزا متميزا للمصرف القابض، إذ يمكنه إجراء القيد العكسي للورقة التجارية التي لم يتم استيفاء قيمتها بعد، بالرغم من أن شهر إفلاس العميل يتطلب قفل الحساب، إذ لا يجوز قيد أي دفعة فيه بعد ذلك[46].

فالمادة 780 من قانون النشاط التجاري[47]، والمتعلقة بإدراج ديون على الغير، افترضت إدراج الدين على الغير مقترنا بشرط فاسخ، يسمي بشرط قبض القيمة، أو شرط التحصيل[48]، فإذا لم يتم الوفاء بقيمة هذا الدين، فلقابله حق الخيار بين مطالبة المدين، أو شطب الدفعة من الحساب، وهذا يقتضي إجراء قيد عكسي لهذه الدفعة، ومن ثم فإن أحكام هذه المواد تعتبر الأساس القانوني لهذا الاستثناء[49].

---

[46]-"إلغاء المدفوع لا يعتبر قيدا جديدا، ولذلك يصبح من الممكن إجراء هذا القيد العكسي، حتى بعد صدور حكم الإفلاس". د.على البارودى؛ د. محمد فريد العرينى: ص 377

[47]- تنص المادة 780 على أن "إدراج دين على الغير في حساب جار يفترض اعتباره مقترنا بشرط (قبض قيمته)، وفي هذه الحالة إذا لم يتم الوفاء بالدين فلقابله حق الخيار، إما بمطالبة المدين، وإما بشطب الدفعة من الحساب، وإرجاع حقوق صاحب الدفعة إليه، ويجوز له كذلك شطب الدفعة من الحساب، إذا لم يحصل على نتيجة في الدعوى المقامة ضد المدين".

[48]-استخدم المشرع الايطالي هذا اللفظ "si presume fatta con la clausola [salvo incasso]" من خلال المادة 1829 من القانون المدني، وهي مطابقة للمادة 780 من قانون النشاط الاقتصادي رقم 23 لسنة 2010 [المادة 206 من القانون التجاري الليبي السابق].

[49]- في الفقه الفرنسي والمصري قيل بعدة آراء فقهية للبحث في الأساس القانوني لهذا الاستثناء، فالبعض تبني فكرة الشرط الفاسخ، مستمدا رأيه من الشروط الاتفاقية التي كانت المصارف تحرص على إدراجها في اتفاقاتها مع عملائها. والبعض الآخر يستند على فكرة السبب، باعتبار أن قيد قيمة الورقة في الحساب دون أن يتم الوفاء بها يجرد هذه الدفعة من السبب. والبعض الآخر يري أن إجراء القيد العكسي يستند إلى الضمانات الصرفية للورقة التجارية ذاتها. وهناك رأي أخير يستند إلى اعتبارات الائتمان.راجع هذه الآراء والانتقادات الموجهة لها في مؤلف ". د.على البارودى؛ د. محمد فريد العرينى: 2004، ص 378 وما بعدها.

وبناء على ذلك أصبح القيد العكسي للورقة التجارية التي لم يتم تحصيل قيمتها تنطوي على خروج على مبدأ المساواة بين الدائنين، فيكون أحد أطراف الحساب، الدائن بقيمة الورقة التجارية التي لم يتم استيفاء قيمتها، له الأفضلية في اقتضاء حقه عن بقية دائني الطرف الأخر في الحساب، ولو تم شهر إفلاسه.

الخلاصة

من الواضح أن المدين التاجر، إذا كان تربطه علاقة عقدية على أساس عقد حساب جار بينه وبين مصرف، أو بينه وبين شخص طبيعي، سواء كان تاجرا أو غير تاجر، فإن كلا الطرفين في الحساب له وضع قانوني متميز عن بقية الدائنين، نتيجة لطبيعة عقد الحساب الجاري، وما يترتب علية من آثار لدخول المدفوع في هذا الحساب. فالقواعد الموضوعية للإفلاس تظل قائمة بين الدائنين ومدينهم المفلس، إلا أن القواعد الإجرائية لهذا النظام، والمتمثلة في حماية الدائنين أنفسهم تجاه بعضهم لبعض، نتيجة للتزاحم فيما بينهم، فيها مخالفة للقواعد العامة المنصوص عليها في المادة 237 من القانون المدني الليبي. فالقواعد الإجرائية بعد شهر الإفلاس يتبيّن من خلالها أن الحساب الجاري يعطي مركزا متميزا للدائن في الحساب عن بقية الدائنين للمفلس عند تزاحمهم، وفي ذلك إخلال بمبدأ المساواة بين الدائنين، المقرر في القواعد العامة، والذي يعد استثناء لها، تبرره طبيعة الحساب الجاري وقواعد قانونية واردة في القانون التجاري الليبي رقم 23 لسنة 2010م الخاص بالنشاط التجاري، معتمدا في ذلك على الأحكام الواردة في القانون التجاري السابق.

قائمة المراجع

- د. ابتسام بحيح: مذكرات في القانون التجاري، ألقيت على طلبة السنة الثالثة، كلية القانون، جامعة قاريونس، العام الجامعي 2008 – 2009

- إبراهيم سيد أحمد: الموسوعة التجارية فقها وقضاء، المجلد الأول، دار العدالة، 2004م.

- د. إلياس ناصيف: الموسوعة التجارية الشاملة، الجزء الرابع "الإفلاس"، عويدات للطباعة والنشر، 1999م.

- د. عبد الحميد الشواربي: عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، منشأة المعارف، 2001م.

- د. محمد فريد العريني: القانون التجاري، ط1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 1977/1976م.

- د. مصطفى كمال طه: العقود التجارية وعمليات البنوك، دار المطبوعات الجامعية، 2002م.

- د. على جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، طبعة مكررة، 1989م.

- د.على البارودى؛ د. محمد فريد العريني: القانون التجاري "العقود التجارية – عمليات البنوك"، دار الجامعة الجديدة، 2004م.

- Alessandro GIRAUDO,Corso di diritto privato, II, "diritto commerciale", MARIETTI, 1976-

-A. CECCHERINI, M. GENGHINI, I contratti bancari nel codice civile, Giuffrè, Milano, 1996,2003.

-Dalloz 1962, P. 479, obs. HONORAT; Rev. Trim. Dr. Com. 1962-

-Cf. C. FALQUIMASSIDDA, *Compensazione*, in Rivista di diritto civile, VII, 1961, II, parte seconda,

- CEDAM, Padova, Giuseppe FERRI, Manuale di diritto commerciale, "a cura di Carlo Angelici et Giovanni B.

- Ferri", undicesima edizione, UTET, Torino, 2001

-G. ZUDDAS, *Compensazione*, in Encicolpedia, Roma,1993-

-Ibtesam BEHEH, Le garanzie legali innominate nel credito bancario

- diritto comparato libico e- italiano, tesi di dottorato, Università degli studi di Roma Tor Vergata, 2008

-CF .P. PERLINGIERI, Il fenomeno dell'estinzione nelle obbligazioni, cit.

-WIKIPEDIA l'enciclopedia libera www.http://it. Wikipedia. Org/wiki/fallimento_(diritto)-

-Cass. 24 ottobre 1975, n. 3519, inBanca, Borsa e tit. cred., 1976, II.