طبيعة الدين وصفة التاجر كشرطين لشهر الإفلاس
دراسة بين القانون التجاري الجزائري والمصري

د. محمد رضا التميمي
كلية الحقوق والعلوم السياسية
جامعة العربي بن مهيدي أم البواقي

الملخص:

إن الجمود التشريعي في القانون التجاري الجزائري وخاصة في نظام الإفلاس يمكن تبريره بسيطرة المشروعات العامة على النشاط التجاري خلال حقبة زمنية معينة فنشأ القطاع العام مضطلعا بالجانب الأكبر من النشاط الاقتصادي، وحظر القانون شهر إفلاس شركات القطاع العام مما أدى إلى عدم الحاجة لتعديل قانون يتناول نشاط جانب صغير من مجتمع التجارة.

أما اليوم فان النشاط التجاري الخاص أخذ يستعيد مكانته فتم تأسيس بنوك ومشروعات وطنية وأجنبية أو مشتركة، وهو الأمر الذي يقتضي تغيير وتعديل جدي في الفلسفة والنظرة التي يقوم عليها نظام الإفلاس في الجزائر لكي يتلاءم

مع تلك المتغيرات. خاصة فيما يتعلق بشروط شهر الإفلاس من خلال التمييز بين العمل المدني والتجاري من حيث طبيعة الدين، وان أحكام الإفلاس تنطبق على التجار دون سواهم.

الكلمات المفتاحية: الإفلاس، طبيعة الدين، المدين، الدائن، منازعة الدين، صفة التاجر، الاحتراف، الأهلية التجارية.

Résumé.

La stagnation législative algérienne en matière commerciale et notamment le système de liquidation est justifier par la faite de la domination des projette publics sur les activités commerciales au cour dune phase dèternminèe la liquidation a été prohiber sur le secteur public ce qui a pousse le blocage.

Actuellement les activités commerciales ontètè développer par la constitution des nouvelles institutions commerciales ce qui a pousse la nécessité de promulguer un nouveau arsenal junidique conforme avec laclualitè notament les mécanismes de la liquidation. Et le statut juridique du commerçant.

مقدمة:

من المعلوم أن النشاط التجاري يختلف عن النشاط المدني اختلافا تاما، فبينما يقدم الفرد العادي على التعاقد في تهيب وحرص شديدين، نرى التاجر يعقد العديد من الصفقات يوميا دون تهيب ودون تردد أمام أية فرصة تسنح له هنا أو هناك، ولو كانت الصفقة تتضمن مخاطرة. فالنشاط التجاري بما له من طبيعة خاصة يستلزم إطارا قانونيا يحقق عنصري السرعة والائتمان اللذين يضمنهما القانون التجاري.

ولذلك تتسم أحكام القانون التجاري بالتشدد مع المدين الذي يخل بالائتمان التجاري الذي منحه له دائنه، فرسم طريقا لضمان الوفاء بالديون التجارية وافتراض تضامن المدينين تجاريا إذا ما تعددوا. وأنشأ نظام الإفلاس وجعل منه أداة تهدد التاجر الذي يتوقف عن سداد دينه التجاري، إذ يؤدي شهر إفلاس التاجر إلى تصفية جماعية لأمواله لتحقيق المساواة بين دائنيه، بالإضافة إلى تعرضه للحكم عليه بالسجن أو الحبس إذا ما أفلس بالتدليس أو التقصير.

فالمدين لا يعتبر متوقفا عن الدفع إلا إذ اثبت عجزه عن الوفاء بديونه التجارية لان الإفلاس نظام تجاري لا يسري ألا على التجار، وهنا يلزم في الدين الذي يمتنع التاجر عن الوفاء به أن يكون تجاريا أما أذا استمر في الوفاء بديونه التجارية فلا يقبل طلب إفلاسه ولو توقف عن دفع احد ديونه المدنية، ذلك أن الإفلاس نظام تجاري بحت مقصود به حماية الثقة التجارية

فمادام التاجر حائزا لثقة الدائنين أصحاب الحقوق التجارية فان البيئة التجارية لا تتأثر من توقفه عن دفع ديونه المدنية، فضلا عن إن التوقف عن دفع ديونه المدنية لا يترتب عليه ذات الآثار الخطيرة التي تنجم عن التوقف عن دفع الديون التجارية.

هذا من جهة ومن جهة أخرى الإفلاس نظام خاص بالتجار فلا يخضع له غير التاجر ومن ثم يشترط فيمن يشهر إفلاسه أن يكون تاجرا، وعملا بنص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري التي تنص:((يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك)).

يتضح مما تقدم أن صفة التاجر يكتسبها الأفراد والشركات التي يكون غرضها تجاريا. والقاعدة أن التجار الأفراد والشركات التجارية يخضعون لنظام قانوني واحد كالقيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية وإشهار الإفلاس، ومع ذلك تستقل كل طائفة بقواعد خاصة تتعلق بأهليتهم وبحالتهم المالية والشركات التجارية تخضع لقواعد خاصة تتعلق بطريقة تكوينها وأدارتها وانقضائها.

إنّ الهدف من التعديلات الأخيرة المدخلة على القانون التجاري الجزائري وقانون الاستثمار هو مواكبة التغيرات الحاصلة في عالم التجارة والمحافظة على المعاملات التجارية وتبسيط النشاط التجاري لمسايرة هذه التغيرات، إلاّ أنّ التّسارع المذهل لعالم التقنية والاتصال وأشكال التعامل

المتنوعة جعل هذه الجهود تصطدم بنوع من العراقيل جعلتها غير كافية لحلّ المشاكل التي يفرضها الانفتاح على العالم الخارجي، ومن واقع هذه النظرة المتغيرة فان التشريع المعمول به في شهر الإفلاس في الجزائر قد لا يكون بمقدوره كفالة أو مد يد العون إلى التجار أو المشروعات الاقتصادية، مما يستوجب إعادة النظر في نظام الإفلاس وتطويره بما يلائم مقتضيات العصر الحديث.

ومن هنا فأن البحث في هذا الموضوع يثير تسال رئيسيا:

هو مدى استجابة التشريع التجاري الجزائري للتغيرات الحاصلة في عالم التجارة خاصة بما يتعلق بشروط شهر إفلاس التاجر، حيث يتعين لتحقق حالة الإفلاس توافر شروط معينة وهي تتصل بالدين محل التوقف تارة وتارة بشخص المدين بحيث إذا انتفت كلها أو بعضها لا يجوز شهر إفلاس المدين لعدم تحقق الشروط المنصوص عليه قانونا في الالتزامات المنسوب للمدين التاجر الإخلال بها.

ومتى كان موضوع الدراسة مزاوجة بين التشريع الجزائري والمصري، فان هذه الدراسة ليست دراسة مقارنة بالمعنى الفني للكلمة، فقد نكون ملزمين –متى اقتضت الدراسة– إلى عقد مقارنة بسيطة بين التشريعين من باب الوقوف على ما تناوله المشرع المصري وسكت عنه التشريع الجزائري ، كل ذلك لبلوغ نظرية عامة تحكم مسالة طبيعة الدين وصفة التاجر كشرطين لشهر الإفلاس.

هذا ما سيتم الإجابة عنه من خلال تقسيم هذه الدارسة إلى مبحثين:

- **نتناول في المبحث الأول شروط الدين محل التوقف.**
- **ونخصص المبحث الثاني لصفة التاجر كشرط لشهر الإفلاس.**

المبحث الأول: شروط الدين محل التوقف

في هذا المبحث سوف نستعرض الشروط التي يتعين توافرها لتحقق حالة الإفلاس وهي تتصل بالدين محل التوقف. وبالرجوع إلى القانون التجاري الجزائري نجد أن المشرع لم يتطرق إلى هذه المسالة واكتفى فقط من خلال نص المادتين (215 و216 ق.ت.ج) على شهر إفلاس التاجر الذي توقف عن الدفع دون أن يحدد ماهية الشروط الواجب توافرها في الدين محل التوقف لإمكانية شهر إفلاس المدين ودن أن يحدد أيضا ما هي طبيعة الدين الذي توقف المدين عن دفعه.[1]

وعلى هذا الأساس هناك عدة أمور يتعين الوقوف عندها لتباين شروط الدين محل التوقف. وهي أن يكون الدين تجاريا و أن يكون خاليا من النزاع، وهي أمور لم يتطرق إليها المشرع الجزائري وإنما اكتفى فقط كما ذكرنا سالفا إلى شهر إفلاس التاجر الذي توقف عن الدفع. وعليه سوف نتناول هذين الشرطين مع بيان آراء الفقه والقضاء في القانون المصري وهذا لعدم وجود أي اجتهاد قضائي جزائري في هذا المجال.

([1]) انظر المادة216 قانون تجاري جزائري.

أولا: أن يكون الدين تجاريا.

يجب في البداية أن نشير إلى أن المشرع الجزائري ومن خلال نصوص القانون التجاري لم يشترط تجارية الدين عندما بين ما هو المقصود بحالة الإفلاس وهو توقف التاجر عن دفع ديونه مهما كانت طبيعة دينه، وهذا اللفظ جاء مطلقا من كل قيد ودون تخصيص وهو الأمر الذي يثير إشكالا في تحديد طبيعة الدين الواجب توافره لإعلان حالة الإفلاس. فهذا اللفظ في رأينا يسوي ما بين الدائن بدين تجاري والآخر بدين مدني فيجوز لكليهما أن يطلب شهر إفلاس مدينه التاجر.

إن هذا النص الوارد في القانون التجاري الجزائري في عدم تحديد طبيعة الدين محل التوقف لا يستقيم في رأينا وتطور مفهوم التوقف عن الدفع الذي يرى أن المدين لا يكون متوقفا عن الدفع إلا إذا ثبت عجزه عن الوفاء بديونه التجارية لأن الإفلاس نظام تجاري لا يسري إلا على التجار[1]. فهذا الاتجاه يرى أنه يجب في الدين الذي يمتنع التاجر عن الوفاء به أن يكون تجاريا أما إذا استمر في الوفاء بديونه التجارية فلا يقبل طلب إفلاسه ولو توقف عن دفع أحد ديونه المدنية. ذلك أن الإفلاس نظام تجاري بحت مقصود به حماية الثقة التجارية فمادام التاجر حائزا لثقة الدائنين أصحاب الحقوق التجارية فان البيئة التجارية

([1]) علي حسن يونس، الإفلاس في القانون التجاري المصري،دار الفكر العربي،طبعة 1957، ص42، وفي نفس المعنى د.محمد سامي مدكور، الإفلاس، دار الفكر العربي، طبعة 1998، ص52.

لا تتأذى من توقفه عن دفع ديونه المدنية، فضلا عن أن التوقف عن دفع ديونه المدنية لا يترتب عليه ذات الآثار الخطيرة التي تنجم عن التوقف عن دفع الديون التجارية.[1]

ومفاد ذلك أنه يجب أن يكون الدين محل التوقف دينا تجاريا أي ناشئا عن المعاملات التجارية، سواء أكان تجاريا بطبيعته أم تجاريا بالتبعية فالأصل أن جميع ديون التاجر تعتبر تجارية إلا إذا أثبت هو العكس تطبيقا لنظرية الأعمال التجارية بالتبعية.[2] وإذا كان الدين مدنيا وتجاريا بالنسبة لأحد طرفيه فيجب أن يثبت أنه تجاري بالنسبة للمدين المفلس ولو كان يعتبر مدنيا بالنسبة للطرف الآخر.

وفي ظل هذا الإجماع الفقهي على اشتراط تجارية الدين محل التوقف، فان هناك رأيا في الفقه من أنصار هذا الاتجاه هو اشترط تجارية الدين سواء في ذلك أكان تجاريا بطبيعته أم بالتبعية وسواء أكان عاديا أو مضمونا ولكن التوقف عن أداء الديون المدنية وحدها لا يبرر شهر الإفلاس على أن هذا الرأي لا يغالي أو يسرف في تمسكه بهذا الشرط إذ قرر أن المقصود به ليس إقصاء الديون المدنية

([1])راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2000، ص229.

([2]) مصطفى كمال طه و وائل بندق، أصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007ص39.

عن نظام الإفلاس إقصاء تاما، بل يقرر أن للدائن بدين مدني أن يطلب شهر الإفلاس متى أثبت أن المدين قد توقف عن دفع أحد ديونه التجارية. [1]

والواقع أن هذا الرأي المتوازن الذي قال به جانب من الفقه هو ما قرره المشرع المصري الذي نص في الفقرة الأولى من المادة (554 ت.م)على أنه: ((لكل دائن بدين تجاري خال من النزاع حال الأداء أن يطلب الحكم بشهر إفلاس مدينه التاجر. ويكون للدائن بدين مدني حال هذا الحق إذا أثبت أن التاجر توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة فضلا عن دينه المدني)).

إن الظاهر من نص المادة (554 ت.م) التي تجيز للدائن بدين مدني طلب شهر إفلاس مدينه التاجر أنها تقرر استثناء من نظام الإفلاس القائم على الصفة التجارية للدين، إلا أن حقيقة الأمر أن هذا النص لا يحتوي على أية استثناءات، بل على العكس يتضمن توكيدا لهذه الصفة. ذلك أن الدائن بدين مدني ليس بإمكانه طلب شهر إفلاس مدينه التاجر إلا إذا اثبت توقفه عن دفع دين أو ديون أخرى ذات طبيعة تجارية وهذا هو مناط شهر الإفلاس، فضلا عن

([1]) محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري،الجزء الثالث،مكتبة النهضة العربية،طبعة1959،ص131، وفي نفس المعنى د.حسني المصري، القانون التجاري، الإفلاس، مطبعة حسان، طبعة 1988، ص66، د.صفوت ناجي بهنساوي، مفهوم التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس، دار النهضة العربية، طبعة 1989، ص86.

ذلك فان كافة ممتلكات المفلس تدخل في أموال التفليسة سواء منها ما كان تجاريا أو مدنيا.[1]

وتفسير ذلك أن الأصل في أعمال التاجر يفترض فيها دائما أنها تجارية ما لم يثبت عكس ذلك، و الاستثناء الوارد على ذلك وهو كون الدائن بدين مدني كي يكون له طلب شهر إفلاس مدينه أن يثبت أن الأخير توقف عن دفع دين آخر ذو طبيعة تجارية وحال الأداء وعلى الدائن إثبات طبيعة ذلك الدين أي أن المشرع نقل عبء إثبات هذا الفرض من على عاتق المدين التاجر ونقله إلى الدائن بدين مدني.

وهذا ما قررته المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري إذا نصت على أن:((يعتبر التاجر في حالة إفلاس إذا وقف عن دفع ديونه التجارية أثر اضطراب أعماله التجارية)). [2]وهو بذلك قد حسم أي خلاف قد يثور حول طبيعة هذا الدين كما أنه لم يغلق الباب في وجه الدائن بدين مدني إذ أجاز له طلب شهر إفلاس مدينه التاجر متى تمكن من إثبات توقفه عن دفع دين تجاري آخر على التفصيل الذي تعرضنا له.

ورجوعا إلى الشرط محل البحث وهو تجارية الدين محل التوقف فقد رأينا أن القانون التجاري الجزائري جاء خاليا من أي نص صريح قاطع الدلالة في هذا

([1]) سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، دار النهضة العربية، طبعة 2003، ص57.

([2]) المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري الحالي، مجلة المحاماة، يونيو1999، ص562.

الأمر وهو أن يكون الدين محل التوقف ذو طبيعة تجارية. ومن هنا نناشد المشرع الجزائري إعادة النظر في صياغة المادة (216 ق.ت.ج) لتحديد طبيعة الدين محل التوقف وعدم ترك المجال لأي خلاف قد يثور في تحديد طبيعة الدين، كما انه ومن خلال هذا التعديل المقترح يمكن فسح المجال للدائن بدين مدني طلب شهر إفلاس مدينه التاجر وفقا للشروط الأنف الإشارة إليها.

ثانيا: أن يكون الدين خاليا من النزاع.

أما بخصوص الشرط الثاني وهو أن يكون الدين خاليا من النزاع فان المشرع الجزائري قد تغاضى عن هذا الشرط أيضا ولم يتطرق إليه في نصوص القانون التجاري فيما يخص تطبيق نظام الإفلاس على التاجر الذي توقف عن دفع ديونه وهو أن يكون الدين المطلوب الأداء خاليا من النزاع. وعليه يجب أن يكون الدين مؤكدا فان كان وجوده معلقا على شرط أو كان المدين ينازع في نشأة الدين أو في بقائه كأن يدعي بطلان الالتزام أو انقضائه بالمقاصة أو بالوفاء أو بالتقادم.

ففي مثل هذه الصور يحق للمدين الامتناع عن الوفاء لحين الفصل في وجود أو عدم وجود الدين، ولا يعد امتناعه هنا توقف عن الدفع.[1] أو مبررا لشهر إفلاسه لان المنازعة المانعة من شهر إفلاس التاجر يجب أن تكون منازعة جدية لها ما يسوغها من أسباب وليست مجرد منازعة وهمية غرض المدين منها

(1) مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص39.

تشتيت أوصال الدعوى أو إطالة أمد التقاضي. وهذا يقتضي بداية على المحكمة التي تنظر في حالة طلب شهر إفلاس تاجر ومنازعته في الالتزام أن تغوص في أوراق الدعوى لتتأكد ما إذا كانت هذه المنازعة جدية من عدمه. ومن هنا كان بالأحرى على المشرع الجزائري أن يعالج هذه المسالة المتعلقة بشروط الدين محل التوقف من خلال نصوص القانون التجاري و وضع نص قانوني يحدد هذه الشروط الواجب توافرها لإمكانية طلب شهر إفلاس التاجر، على أن يترك مسألة تقدير هذه الشروط لسلطة محكمة الموضوع. خاصة وأن شروط الدين محل التوقف تعتبر مسألة مهمة لإمكانية شهر الإفلاس من عدمه.

المبحث الثاني: صفة التاجر كشرط لشهر الإفلاس

الإفلاس نظام خاص بالتجار فلا يخضع له غير التاجر ومن ثم يشترط فيمن يشهر إفلاسه أن يكون تاجرا. وعملا بنص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري ((يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي يباشر عملا تجاريا ويتخذه مهنة معتادة له، ما لم يقض القانون بخلاف ذلك)).

وإعمالا لهذا النص يعد تاجرا كل شخص طبيعي أو معنوي باشر عملا تجاريا على وجه الاحتراف أي أنه يتخذ من العمل التجاري حرفة معتادة، فلا يكفي إذا لإصباغ صفة التاجر على شخص أن يكون قد مارس العمل التجاري على سبيل المصادفة أو التجربة بل يتعين أن يكون ذلك العمل هو مصدر رزقه الأول حتى يتحقق فيه وصف التاجر. وفي هذا الصدد تجدر الإشارة إلى أنه فيما

يخص تحديد طبيعة العمل التجاري والمدني والتمييز بينهما فان المشرع الجزائري قد اعتمد على معيار مزدوج، الأول موضوعي يقوم على فكرة التداول بقصد تحقيق الربح، والمعيار الثاني شخصي يقوم على فكرة المقاولة والمضاربة في العمل.

كما يشترط كذلك لإصباغ صفة التاجر على شخص ما أن يمارس ذلك العمل باسمه ولحسابه الخاص وفي ذلك يكتمل معنى الاحتراف. ذلك أن التجارة تقوم على فكرة المخاطرة والمضاربة، وهي لا تتحقق إلا إذا كان الشخص يقوم بالعمل لحسابه الخاص. فمن يعمل لحساب غيره لا تتولد لديه روح التجارة المتمثلة في المخاطرة لأنه لا يخسر شيئا في حالة عدم نجاح العمل.

والمقصود هنا بالأعمال التجارية التي يحترفها الشخص الأعمال التجارية بطبيعتها وليس الأعمال التجارية بالتبعية، ذلك لان الأعمال التجارية بالتبعية تفترض لوجودها اكتساب الشخص لصفة التاجر ونحن هنا نبحث عن العمل الذي يضفي احترافه على الشخص صفة التاجر.[1]

ومتى تحققت هذه الشروط فان الشخص يكتسب صفة التاجر ومن ثم يكون قابلا لإشهار إفلاسه ولا ينال من ذلك كونه غير ملتزم بتطبيق أحكام القانون التي فرضها على التجار مثل القيد في السجل التجاري ومسك الدفاتر التجارية، فعدم التزام الشخص بهذه الالتزامات لا يزيل عنه صفة التاجر التي تثبت له بمباشرة العمل لحسابه الخاص وعلى سبيل الاحتراف.

([1]) مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص20.

وتفسير ذلك أن القيد في السجل التجاري وان كان وسيلة لإثبات صفة التاجر حسب نص المادة(21 ق.ت.ج) التي تنص على انه: ((كل شخص طبيعي أو معنوي مسجل في السجل التجاري يعد مكتسبا صفة التاجر...)) فان عدم القيد لا ينفي هذه الصفة على الشخص لأنها مرتبطة بواقع الحال وبعناصر موضوعية متى توافرت تحققت الصفة بغض النظر عن إشهارها وفقا للقانون من عدمه.

هذا من ناحية ومن ناحية أخرى فانه لا يتفق ومنطق الأمور أن الشخص الذي يمارس عملا تجاريا على وجه الاحتراف ولحسابه الخاص ويكون ملتزما بتطبيق أحكام القانون نصبغ عليه صفة التاجر ومن ثم يمكن شهر إفلاسه إذا ما توقف عن الدفع مع ما يترتب على ذلك من أثار مادية وأدبية في حين أن شخص آخر يمارس نفس العمل بذات الكيفية ولكونه غير ملتزم بتنفيذ أحكام القانون فلا يكتسب صفة التاجر فيكون بمأمن من إمكانية شهر إفلاسه وهو أمر يتنافى مع العدالة ومبادئ القانون التجاري.

والتساؤل الذي يطرح نفسه ويرتبط بطبيعة الأعمال التجارية هل يشترط لاكتساب صفة التاجر أن يكون العمل الذي يحترفه الشخص عملا مشروعا. وعدم مشروعية النشاط هل يؤثر على الشخص في اكتسابه صفة التاجر؟

إن الرأي الراجح إزاء هذه المسألة يذهب إلى أن الشخص الذي يحترف عملا غير مشروع لا يمكن أن يكتسب صفة التاجر لأن هذه الصفة ميزة لا

تصح أن تمنح لمن يباشر عملا غير مشروع.[1] إضافة إلى أن القانون قد حدد العناصر التي يتعين توافرها في ممارسة نشاط معين لإصباغ صفة التاجر فانه لا يتصور أن المشرع يعول على الأنشطة غير المشروعة لتحقيق هذه الصفة لأن توافرها يعني مراكز قانونية معينة لا يستقيم أن يضعها المشرع في حسبانه إذا كانت غير مشروعة.[2]

وبالرجوع إلى نص المادة الأولى من القانون التجاري الجزائري فالتاجر هو كل شخص طبيعي أو معنوي اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له، وعليه فالإفلاس يطبق على الأشخاص الطبيعيين كما يطبق على الأشخاص المعنوية، وعليه فسنتعرض أولا للحالة التي يكون فيها التاجر شخصا طبيعيا، وثانيا لما يكون التاجر شخصا معنويا.

1- التاجر شخص طبيعي.

لتطبيق نظام الإفلاس لابد من الشرط الموضوعي الأول وهو صفة التاجر، وقد استقر الفقه والقضاء على أن الشخص يكتسب صفة التاجر إذا مارس الأعمال التجارية على وجه الاحتراف وباسمه ولحسابه الخاص وكان متمتعا بالأهلية التجارية، وبذلك فهناك أربعة شروط يجب توافرها حتى يصبغ المشرع على الشخص صفة التاجر وهي:

([1]) مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص21.

([2]) سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، المرجع السابق، ص28.

*أن يقوم الشخص بأعمال تجارية.

*أن يتخذ من هذه الأعمال مهنة له.

*أن يمارس التجارة باسمه ولحسابه الخاص.

*أن تتوافر الأهلية الواجبة لاحتراف التجارة.

وإذا ثار النزاع حول صفة التاجر فعلى من يدعي هذه الصفة أن يثبتها وله أن يسلك جميع طرق الإثبات، والقرائن على احتراف مهنة التجارة وهي كثيرة ومتعددة، منها مثلا فتح محل تجاري، وإثبات الصفة يجب أن يتضمن قيام الشخص بالعمل التجاري على سبيل الاحتراف والاستقلال.

وتقدير توافر صفة التاجر يخضع لقاضي الموضوع الذي لديه سلطة استنباط القرائن الدالة عليها. وبالتالي متى توافر للشخص وصف التاجر وكان أهلا لذلك خضع للالتزامات المفروضة على التاجر في مباشرة مهنته ووجب عليه مسك الدفاتر التجارية وكذلك القيد في السجل التجاري كوسيلة إشهار قانوني تهدف إلى إطلاع الغير على المركز القانوني للتاجر.[1]

أ- التجارة باسم مستعار.

([1]) د. نادية فوضيل، الوجيز في شرح القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1992، ص35.

من الأهمية بمكان الإشارة إلى أنه قد يباشر شخص التجارة باسم شخص آخر أو متخفيا وراء شخص آخر ويلجأ عادة لذلك الأشخاص الذين تمنعهم مهنتهم من مزاولة العمل التجاري كموظفي الدولة، فيثور التساؤل حينئذ عمن يكتسب صفة التاجر هل هو الشخص القائم بالنشاط التجاري الظاهر أم الشخص المستتر؟

إذا رجعنا إلى القانون التجاري الجزائري فنجد أنه جاء خاليا من نص يحكم هذه المسألة. إلا أن الفقه استقر على ثبوت صفة التاجر للشخص المستتر لأن العمل يتم لحسابه ومن ثم يجوز شهر إفلاسه. ولكن المشكلة تطرح بالنسبة للشخص الذي يظهر أمام الغير على أنه يمارس العمل التجاري لحسابه.

لقد اتجه الرأي الراجح فقها على إصباغ صفة التاجر على الشخص الظاهر وجواز شهر إفلاسه لأن ظهوره بمظهر التاجر وتعامله مع الغير على هذا الأساس يجب أن يؤدي إلى إكسابه تلك الصفة بما سيتتبعه من أثار إعمالا لنظرية حماية الأوضاع الظاهرة.[1]

([1]) محمود مختار احمد بريري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، طبعة 1995، ص483. وفي نفس المعنى د. راشد راشد، المرجع السابق، ص224.

وإذا ما استقر الأمر على إصباغ صفة التاجر على الشخص الظاهر فانه في مجال مسئوليته في مواجهة التاجر المستتر فانه يكون في حكم الوكيل وتخضع علاقتهما حينئذ للقواعد العامة في الوكالة.[1]

والواقع أن هذا الاتجاه يستقيم ومنطق العدالة ذلك أن قوام التجارة هو الثقة والائتمان الذي يمنحه المتعاملون مع التاجر لتوافر هذه الصفة فيه التي تحقق مزايا عدة لا تتوافر لمن يتعامل مع غير التاجر، ومن ثم فان العدالة تأبى أن يكون الغير حسن النية الذي تعامل مع شخص ما على أنه تاجر ومنحه ائتمانا على هذا الأساس أن يجرد من الوسائل الفعالة المنصوص عليها في القانون التجاري للمتعاملين مع التاجر كإمكانية طلب شهر إفلاسه مثلا لكونه شخصا ظاهرا يمثل الغير الخفي.

وبالرجوع إلى القانون التجاري المصري في هذه النقطة فإننا نجده قد قطع دابر الخلاف حول هذا الأمر إذ وضع قاعدة قاطعة تطبيقا لما تواتر عليه الفقه والقضاء في مصر من خلال نص المادة (18 ق.ت.م) والتي قضت بأنه ((تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار أو مستترا وراء شخص أخر فضلا عن ثبوتها للشخص الظاهر)).

وباستقراء هذا النص في قانون التجارة المصري فنجد أنه قد طبق نظرية حماية الأوضاع الظاهرة وأخذ بالرأي الراجح فقها وقضاء إذ أصبغ صفة التاجر

([1]) سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، المرجع السابق، ص25.

على الشخص الخفي والظاهر على السواء وذلك حماية للغير الذي تعامل بحسن نية مع التاجر الظاهر ومنحه ائتمانا ما كان ليوفره له لو لم تكن له هذه الصفة.[1]

ب- توافر الأهلية التجارية.

يلزم أن يكون الشخص كامل الأهلية ليكتسب صفة التاجر وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان قد بلغ تسعة عشر سنة كاملة عملا بنص المادة (40 ق.م.ج) علاوة على ألا يكون مصابا بأحد عوارض الأهلية كالجنون أو العته أو مصابا بنقص في الأهلية لسفهه (المادة43 ق.م.ج).

أما بالنسبة للقاصر البالغ من العمر ثمانية عشر سنة كاملة فانه يجوز له مزاولة التجارة بعد حصوله مسبقا على إذن والده أو أمه أو إقرار مجلس العائلة مصدق عليه من طرف المحكمة.[2] فإذا ما حصل على هذا الأذن أصبح تاجرا ويكتسب هذه الصفة شأنه شأن كامل الأهلية ولكن في حدود الإذن الممنوح له، وعليه يصبح له من الحقوق ما للتجار كما يلتزم بالتزاماتهم ويجوز شهر إفلاسه. ولكنه إذا اكتسب صفة التاجر بسبب الأعمال المأذون بها فان تجاوزه حدود الإذن لا يخلع عنه هذا الوصف وأن جاز له التمسك بإبطال الأعمال

([1]) المادة 5/624 قانون التجارة الفرنسي الجديد الصادر في 18 سبتمبر2000، تنص على اكتساب الشخص الخفي أو الذي تزاول التجارة لصالحه صفة التاجر.

([2]) انظر المادة 05 قانون تجاري جزائري.

الخارجة عن حدود الإذن. أما إذا لم يحصل القاصر على الإذن بالاتجار فلا يجوز له ممارسة الأعمال التجارية، فحتى لو خالف هذا الحظر وزاول العمل التجاري فانه لا يكتسب صفة التاجر ومن ثم لا يجوز شهر إفلاسه.[1]

والسؤال المطروح هنا، إذا طبقنا الإفلاس على القاصر المأذون له بالاتجار. هل يشمل هذا جميع أمواله أو المستثمرة فقط في التجارة ؟

في الواقع أن القانون التجاري الجزائري جاء خاليا من أي نص يتعلق بهذه المسالة وهذا ما يطرح إشكالا في تحديد ما هي الأموال التي يطبق عليها نظام الإفلاس في حالة التوقف عن الدفع. فإذا طبق نظام الإفلاس على القاصر المرشد المأذون له بممارسة التجارة فان هذا يعني أن جميع أمواله سواء المستثمرة أو غير المستثمرة تكون ضامنة للوفاء بديونه وهذا في رأينا يعتبر إجحافا في حق القاصر المرشد لأن ممارسته للنشاط التجاري جاءت بناء على إذن ممنوح له وليس على أساس أنه شخص كامل الأهلية.

وهنا كان بالأحرى على المشرع الجزائري أن يحدد أن القاصر المأذون له بمزاولة التجارة في حدود مال معين وتوقف عن الدفع فانه يجوز شهر إفلاسه إلا أن حالة الإفلاس لا تلحق كل أمواله بل فقط الجانب المستغل منها في التجارة.

([1]) عبد الرحمن سيد قرمان، الوسيط في قانون التجارة الحالي، الإفلاس والصلح الواقي منه، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى عام 2000 ، ص55.

وهذا راجع – كما ذكرنا سابقا- أن ممارسة القاصر المرشد للتجارة جاء بناء على إذن ممنوح وليس على أساس انه شخص كامل الأهلية.

أما بالنسبة لقانون التجارة المصري فقد نص صراحة على هذه المسالة من خلال المادة (13 ق.ت.م) التي تنص على أنه:((إذا أمرت المحكمة بالاستمرار في تجارة الصغير أو المحجور عليه، فلا يلتزم إلا في حدود أمواله المستثمرة في هذه التجارة، ويجوز شهر إفلاسه على ألا يشمل الإفلاس الأموال غير المستثمرة في التجارة، وفي هذه الحالة لا يترتب على الإفلاس أثر بالنسبة إلى شخص الصغير أو المحجور عليه)).

ومفاد هذا النص أنه لا ينطبق على القاصر آثار الإفلاس كالحبس أو التحفظ على شخصه مثل توقيع عقوبة الإفلاس بالتقصير أو بالتدليس إنما يقتصر التزام القاصر في حالة إفلاسه في حدود أمواله المستغلة في التجارة فقط[1]، وهذا استثناء من قاعدة وحدة الذمة المالية للشخص المفلس حيث تقضي القواعد العامة بأن للإفلاس أثر عام يشمل الأموال المستقلة في التجارة كما يشمل غيرها من ممتلكات التاجر المفلس.[2]

2- التاجر كشخص معنوي.

([1]) سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، المرجع السابق، ص38.

([2]) انظر المادة 621 قانون تجاري فرنسي الصادر سنة2000، والمادة 91 قانون تجاري كويتي الصادر سنة1980 تنص على الحكم ذاته.

يكتسب الشخص المعنوي وصف التاجر شأنه في ذلك شأن الشخص الطبيعي متى كان الغرض من إنشائه مزاولة النشاط التجاري واحتراف العمل التجاري ومن ثم جاز شهر إفلاس الشركات التجارية.

والأمر لا تشوبه أية صعوبة بالنسبة للشركات التجارية أي التي يكون الغرض من إنشائها مزاولة النشاط التجاري فهذه تكتسب صفة التاجر فور تأسيسها ومن ثم يجوز شهر إفلاسها. كما أنه يجوز شهر إفلاس الشركاء المتضامنين فيها سواء كانت شركات أشخاص أو شركة توصية بسيطة دون الحاجة إلى نص صريح في حكم الإفلاس، لأن الشريك المتضامن يكتسب صفة التاجر بمجرد انضمامه لهذه الشركة ولو لم تكن له من قبل بل ولو كان يمارس مهنة أخرى تحظر عليه مزاولة النشاط التجاري. علة ذلك أن الشريك المتضامن يعرض ذمته المالية كلها للمخاطرة لأنه وفقا للقانون يسأل مسئولية غير محدودة عن ديون الشركة أي أن نطاق مسئوليته لا يقتصر على قدر مساهمته في رأسمال الشركة بل يسأل عن ديونها في أمواله الخاصة وعليه يكتسب صفة التاجر عند انضمامه كشريك متضامن في شركة تجارية.[1]

وإذا كان إفلاس شركة التضامن يؤدي إلى إفلاس الشركاء المتضامنين فان العكس غير صحيح، فإفلاس أحد الشركاء المتضامنين لدين خاص به لا يستتبع إفلاس الشركة لأن الشركة غير مسئولة عن ديون الشركاء. ولأن الشركاء الآخرين

([1]) زيد أنيس محمد نصير، مركز الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1984، ص210.

قد يتمكنون من الوفاء بديونها وإنما يترتب على إفلاس الشريك حل الشركة وانقضاؤها وتستطيع الشركة أن تستمر في نشاطها إذا نص قانونها الأساسي على ذلك، أو إذا قرر باقي الشركاء ذلك بإجماع الآراء.[1]

ولكن التساؤل يثور حول حكم الشركات المدنية التي تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية. والتفرقة بين الشركات المدنية والتجارية قائمة على نفس معيار التمييز بين التاجر وغير التاجر أي على حسب طبيعة نشاطها وما تقوم به من أعمال. فان كانت الشركة تحترف القيام بالأعمال التجارية اعتبرت شركة تجارية كاحتراف شراء المنقولات بقصد بيعها وتحقيق الربح، أما إذا كان الغرض من أنشاء الشركة يعد وفقا للقانون عملا مدنيا فإنها تعتبر شركة مدنية كالشركات التي تعقد بين مجموعة من الأطباء أو المحامين لمزاولة أنشطة مهنية معينة.

والدافع إلى طرح التساؤل الخاص بحكم الشركات المدنية المتخذة شكل الشركات التجارية هو بحث مدى إمكانية شهر إفلاسها. الواقع أن الأمر يحكمه نص المادة (544 ق.ت.ج) التي نصت على أنه: ((يحدد الطابع التجاري لشركة أما بشكلها أو موضوعها.تعد شركات التضامن وشركات التوصية والشركات ذات المسؤولية المحدودة وشركات المساهمة، تجارية بحكم شكلها ومهما يكن موضوعها)).

([1]) انظر المادة 563 قانون مدني جزائري.

وبالرجوع إلى بيت القصيد وهو مدى جواز الحكم بشهر إفلاس الشركات المدنية التي تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية، فانه إعمالا للفقرة الثانية من المادة (2/544 ق.ت.ج) فان صفة التاجر تلحق كل شركة تتخذ أحد أشكال الشركات التجارية المنصوص عليها في المادة السالفة الذكر، سواء كان غرضها تجاريا أو مدنيا كشركات مزاولة المهن الحرة.

وسند ذلك أن المشرع الجزائري اخذ بالمعيار الشكلي في إضفاء صفة التاجر على الشركة حيث اكتفى باتخاذ الشركة الشكل التجاري لتخضع لأحكام القانون التجاري بغض النظر عن الغرض من إنشائها ومن ثم يجوز شهر إفلاس الشركة ذات الغرض المدني إذا توافر شرط شهر الإفلاس.

وبناء على المعيار الشكلي الذي اعتمده المشرع للتمييز بين العمل التجاري والعمل المدني فان الشركات التي تزاول نشاطا مدنيا كالشركات المهنية ولكنها تتخذ قالب الشركات التجارية فإنها تكتسب الصفة التجارية ويصبح الشركاء المتضامنون فيها تجارا ومن ثم يجوز شهر إفلاسهم فضلا عن الشركة ذاتها.[1]

ومما سبق ذكره بالنسبة لشركات الأشخاص لا ينطبق على شركات الأموال وهي شركات ذات المسئولية المحدودة وشركات المساهمة وهذه الشركات تقوم

([1]) علي جمال الدين عوض، الإفلاس في قانون التجارة الحالي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية، ص30.

على الاعتبار المالي. [1] فالعنصر الشخصي غير ملحوظ فيها ومن ثم فان مشاركة أحد الأشخاص في هذه الشركات يجعل مسئوليته محدودة أي أنه لا يسأل عن ديون الشركة إلا بحدود مقدار مساهمته في رأس المال فلا يسأل عنها في أمواله الخاصة. ويترتب على ذلك أن الشريك في هذه الشركات لا يكتسب صفة التاجر بمجرد مساهمته فيها – ما لم تكن له هذه الصفة من قبل- ومن ثم فان إفلاس شركة الأموال لتوقفها عن دفع ديونها لا يؤدي إلا إلى إفلاسها بوصفها شخصا معنويا ولا يمتد إلى المساهمين فيها لأنهم لا يكتسبون صفة التاجر و لا يلتزمون شخصيا بديون الشركة.

إلا أن هذه القاعدة لو كانت مطلقة لضمنت للمسيرين والمديرين في بعض الحالات عدم المعاقبة. وعليه وتجنبا لهذه النتيجة السيئة، [2] أجاز المشرع شهر إفلاس المدير أو المسير القانوني أو الواقعي، الظاهري أو الباطني، المأجور أو غير المأجور، إذا كان ذلك المدير في ظل الشخص المعنوي وأثناء قيامه بتصرفاته قد قام لمصلحته بأعمال تجارية أو تصرف في أموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة. إذا باشر تعسفيا لمصلحته الخاصة باستغلال خاسر لا يمكن أن يؤدي إلا إلى توقف الشخص المعنوي عن الدفع. [3]

([1]) انظر المادة 564 و592 قانون تجاري جزائري التي تحدد طبيعة هذه الشركات.

([2]) راشد راشد، المرجع السابق، ص225.

([3]) انظر المادة 224 قانون تجاري جزائري.

والنقطة الأخيرة فيما يخص الشركات تتعلق بالشركة الفعلية و الشركة الباطلة والشركة المنحلة وسوف نتطرق إلى مدى إمكانية شهر إفلاس هذا النوع من الشركات بإيجاز.

أ- الشركة الفعلية والشركة الباطلة.

قد يحدث أن تزاول الشركة نشاطها دون اتخاذ إجراءات شهرها أو قيدها في السجل التجاري، فان هذه الشركة تدعى بالشركة الفعلية، وحسب نص المادة (549 ق.ت.ج) فان الشركة لا تتمتع بالشخصية المعنوية إلا من تاريخ قيدها في السجل التجاري، وبمقتضى هذا النص فان عدم تمتع الشركة بالشخصية المعنوية يمثل مانعا من تطبيق نظامي الإفلاس والتسوية القضائية على الشركة الفعلية.[1]

أما بالنسبة للأشخاص الذين تعهدوا باسم الشركة ولحسابها قبل قيدها في السجل التجاري، فإنهم يعتبرون متضامنين من غير تحديد في أموالهم بالنسبة لهذه التصرفات.[2] وهنا لا عبرة لكون الشركة قد تخلف أحد أركانها كعدم القيد في السجل التجاري،لأن هذا البطلان لا يجوز للشركاء الاحتجاج به على دائني الشركة.

([1]) راشد راشد، المرجع السابق، ص226.

([2]) مصطفى كمال طه و وائل أنور بندق، المرجع السابق، ص31.

أما فيما يتعلق بالشركة الباطلة، فإذا أنتج البطلان الأثر الذي ينتجه الفسخ، بمعنى أن الشركة الباطلة تنعدم بالنسبة لفترة ما بعد الحكم بإبطالها، بمعنى أن فترة التوقف عن الدفع إذا تمت بعد صدور الحكم بإبطالها، فانه لا يجوز شهر إفلاسها لأنها تعتبر فاقدة لشخصيتها المعنوية، أما إذا وقعت حالة التوقف عن الدفع قبل صدور الحكم وكانت قد سجلت في السجل التجاري فانه يجوز شهر إفلاسها.[1]

ب- الشركة المنحلة.

أما بالنسبة للشركة المنحلة التي تنقضي لأي سبب من أسباب الانقضاء، فان الشركة تبقى محتفظة بشخصيتها بالقدر اللازم لأعمال التصفية، ولذا يجوز طلب شهر إفلاسها متى توقفت عن دفع دين عليها نشأ قبل انحلالها أو أثناء فترة التصفية.[2] ويظل هذا الطلب جائزا حتى تنتهي فترة التصفية نهائيا وتنقضي بذلك الشخصية المعنوية للشركة. [3]

([1]) راشد راشد، المرجع السابق، ص226.

([2]) علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص41.

([3]) انظر الفقرة الثانية من المادة 2/766 قانون تجاري جزائري.

خاتمة:

عالجت الدراسة الشروط التي يتعين توافرها لتحقق حالة الإفلاس، ورأينا أن النص الوارد في القانون التجاري الجزائري في عدم تحديد طبيعة الدين محل التوقف لا يستقيم وتطور مفهوم التوقف عن الدفع ولم يعد ملائما الإبقاء عليه والنظر إلى إفلاس التجار بذات النظرة التي تمنح لهم في ظل الأنظمة القانونية القديمة.

كما بينت الدراسة إن الإفلاس نظام خاص بالتجار فلا يخضع له غير التاجر ومن ثم يشترط فيمن يشهر إفلاسه أن يكون تاجر وان يتخذ العمل التجاري حرفة معتادة، وان يمارس ذلك العمل باسمه ولحسابه الخاص وبذلك يكتمل معنى الاحتراف.

وانطلاقا من ذلك نرى أن على المشرع الجزائري إعادة النظر في مسالة مهمة وهي شروط الدين محل التوقف، حيث أن صياغة المادة 216 قانون تجاري جزائري جاء مطلقا من كل قيد ودون تخصيص عندما بين ماهو المقصود بحالة الإفلاس وهو توقف التاجر عن دفع ديونه مهما كانت طبيعة دينه.

وهو الأمر الذي يثير إشكالا في تحديد طبيعة الدين الواجب توافره لإعلان حالة الإفلاس، فهذه الصياغة في رأينا يسوي ما بين الدائن بدين تجاري والأخر بدين مدني فيجوز لكليهما أن يطلب شهر إفلاس مدينه التاجر.

ومن ثم فان الأصواب هو العمل على استقلال العمل التجاري عن العمل المدني وتطبيق قواعد الإفلاس على الأول دون الثاني.

هذا من جهة، ومن جهة أخرى فان من شروط الدين المطلوب الأداء أن يكون خاليا من النزاع، وعليه يجب آن يكون الدين مؤكدا فان كان وجوده معلقا على شرط أو كان المدين ينازع في نشأة الدين كأن يدعي بطلان الالتزام أو انقضائه بالمقاصة أو بالتقادم ففي هذه الحالة يحق للمدين الامتناع عن الوفاء لحين الفصل في وجود أو عدم وجود الدين، ولا يعد امتناعه هنا توقفا عن الدفع.

وهذا الشرط لم يتطرق إليه المشرع الجزائري، وهنا كان الأحرى عليه أن يعالج هذه المسألة المتعلقة بشروط الدين محل التوقف و وضع نص قانوني يحدد هذه الشروط الواجب توافرها لإمكانية طلب شهر إفلاس التاجر على أن يترك مسألة تقدير هذه الشروط لسلطة محكمة الموضوع، خاصة وأن شروط الدين محل التوقف تعتبر مسألة مهمة لإمكانية شهر الإفلاس من عدمه.

قائمة المراجع:

1–علي حسن يونس، الإفلاس في القانون التجاري المصري،دار الفكر العربي،طبعة 1957.

2–محمد سامي مدكور، الإفلاس، دار الفكر العربي، طبعة 1998.

3–راشد راشد، الأوراق التجارية الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 2000.

4–مصطفى كمال طه و وائل بندق، أصول الإفلاس، دار الفكر الجامعي، طبعة 2007.

5–محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري،الجزء الثالث،مكتبة النهضة العربية،طبعة1959. **6**–حسني المصري، القانون التجاري، الإفلاس، مطبعة حسان، طبعة 1988.

7–صفوت ناجي بهنساوي، مفهوم التوقف عن الدفع في نظام الإفلاس، دار النهضة العربية، طبعة 1989.

8–سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، دار النهضة العربية، طبعة 2003.

9–المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة المصري الحالي، مجلة المحاماة، يونيو1999.

10–نادية فوضيل، الوجيز في شرح القانون التجاري، ديوان المطبوعات الجامعية، طبعة 1992.

11-محمود مختار احمد بريري، قانون المعاملات التجارية، دار النهضة العربية، طبعة 1995.

12-عبد الرحمن سيد قرمان، الوسيط في قانون التجارة الحالي، الإفلاس والصلح الواقي منه، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى عام 2000 .

13-زيد أنيس محمد نصير، مركز الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1984.

14-زيد أنيس محمد نصير، مركز الشريك الموصي في شركة التوصية البسيطة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة القاهرة، سنة 1984.

15-علي جمال الدين عوض، الإفلاس في قانون التجارة الحالي، الطبعة الثانية، دار النهضة العربية