مجلة النور للدراسات القانونية ، العدد (3) ، المجلد 1 ، آذار 2025
ISSN: 3007-3340, https://doi.org/10.69513/jnfls.v1.i3.a4 (176-104)

تعارضُ المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر
دراسة تحليلية مقارنة وفق أحكام الإفلاس

م. د. نواف علي خليف الطائي
كلية القانون / جامعة نينوى
nawaf.ali@uoninevah.edu.iq
ORCID: 0009-0001-8003-2218

تاريخ الاستلام: 2024/11/6 تاريخ القبول: 2024/12/3

تاريخ النشر:2025/3/24

المستخلص

لا تقتصر ممارسة الأعمال التجارية على كاملي الأهلية بل تمتد لتشمل فئات اخرى تمارس الأعمال التجارية كالقاصر بترخيص من المحكمة أو من يرث مشروعاً تجارياً أو شركة مما يجعله في مركز التاجر حكما، وبما أنّ الأعمال التجارية عُرضَةٌ للربح والخسارة فإنّ الأمر قد ينطوي على توقف هذا القاصر عن دفع ديونه مما يجعله في حالة إفلاس، وبالمقابل تتشكل في مواجهته جماعة الدائنين بحكم القانون مما يَنتُج عنه تعارض بين الحقوق المالية للطرفين جماعة الدائنين أصحاب الديون والقاصر محدود الذمة المالية وقد لا تكفي أمواله المُستَثمَرَة في التجارة لسداد تلك الديون ووفقاً لذلك نكون أمام مشكلة تعارض في المصالح بين الطرفين.

الكلمات المفتاحية: تعارض المصالح، التاجر، القاصر، الإفلاس، جماعة الدائنين، التفليسة، الاجتهاد القضائي.

© THIS IS AN OPEN ACCESS ARTICLE UNDER THE CC BY LICENSE.
http://creativecommons.org/licenses/by/4.0/

مجلة النور للدراسات القانونية ، العدد (3) ، المجلد 1 ، آذار 2025
ISSN: 3007-3340, https://doi.org/10.69513/jnfls.v1.i3.a4 (176-104)

Conflict of Interest Between Creditors and the Minor Trader: A Comparative Analytical Study According to Bankruptcy Provisions.

Dr. Nawaf Ali Khalif Al-Taie
College of Law / University of Nineveh
nawaf.ali@uoninevah.edu.iq
ORCID: 0009-0001-8003-2218

Abstract

The practice of commercial business is not limited to those with full legal capacity; it extends to include other categories, such as minors authorized by a court or those who inherit a commercial project or company, thereby placing them in the position of a de facto merchant. Given that commercial activities are subject to profit and loss, this could result in a minor ceasing to pay their debts, placing them in a state of bankruptcy. Conversely, this situation legally establishes a group of creditors against the minor, leading to a conflict between the financial rights of both parties: the creditors, who are owed debts, and the minor, whose financial capacity is limited. The minor's invested assets in the trade may not suffice to settle these debts. Accordingly, this situation presents a problem of conflicting interests between the two parties.

Keywords: Conflict of Interests, Merchant, Minor, Bankruptcy, Group of Creditors, Bankruptcy Proceedings, Judicial Precedent.

المقدمة

أولاً- مدخل تعريفي بموضوع البحث:

تعد التجارة المصدر الأساس للمال وإنّ إستقرار الحياة التجارية ينعكس على الواقع الاقتصادي في الدولة، لذلك إهتمت القوانين الوضعية في مختلف الدول بوضع قواعد قانونية لحماية الحياة التجارية لضمان إستمرار سريان المعاملات التجارية، ولكن على الرغم ذلك قد يتعثر التاجر في شؤونه المالية ويتوقف عن دفع ديونه إضافةً إلى ذلك قد يكون هذا التاجر قاصراً مارس التجارة برخصةٍ من المشرع على سبيل الإستثناء أو انّ الواقع أفرز إمكانية ممارسته للتجارة نتيجةً لتملُّكه مشروع تجاري أو حصة في شركة بالميراث، فإنّ إفلاس هذا القاصر سيثير مشكلة سيما وأنّه محدود الذمة المالية في نطاق الأعمال التجارية، لذلك سوف تتعارض مصالح دائِني هذا التاجر القاصر مع القاصر نفسه في حين يتمتع هذا التاجر القاصر بنوعٍ من الحماية القانونية كما انّ نظام الإفلاس يهدف في ذات الوقت إلى حماية الدائِنين وحصولهم على حقوقهم من المدين مما يَنتُج عنه تضاد أو تعارض بين المصالح.

كما أنّ إتخاذ الإجراءات القانونية من قبل الدائِنين وفقاً لأحكام الإفلاس للتنفيذ على أموال القاصر هي الأخرى سوف تتسبب بخلق التعارض بين مصالح الطرفين مما يضر بحقوق الدائِنين وهذا التاجر القاصر المفلس.

لذلك ينبغي وضع قواعد خاصة يخضع لها هذا التاجر القاصر عند إفلاسه لأجل حل التعارض بين مصلحته ومصالح جماعة الدائِنين بما ينعكس إيجاباً على الحياة الإقتصادية وإستمرار المعاملات التجارية.

ثانياً- مشكلة الدراسة وتساؤلاتها:

تبدو إشكالية البحث بالآتي: -

1. إنّ ممارسة القاصر للأعمال التجارية أجازها المشرع في القانون المدني، إضافةً إلى أنّ تملكه للمشروع التجاري عن طريق الميراث أمرٌ واردٌ جداً في الحياة العملية كما أنّ قانون الشركات أجاز إنتقال حصة المورث بعد وفاته في الشركات التضامنية والمشروع الفردي والشركة البسيطة إلى الوارث وإن كان قاصراً، مما يقتضي بحث مدى إمكانية اكتساب القِصَر لصفة التاجر.
2. أحكام الإفلاس جاءت مُنَظِّمَة لإفلاس التاجر بشكلٍ عام فهل هي قابلة للتطبيق على حالة إفلاس القاصر عند ممارسته للأعمال التجارية أم إنها

ستؤدي إلى عدم تحقيق الغاية من السماح له بممارسة الأعمال التجارية أو هدر مصلحته.

3. تعدد التشريعات المُنَظِّمَة لإدارة وإستثمار أموال القاصر ما بين القانون المدني وقانون رعاية القاصرين والقانون التجاري وقانون الشركات مما يقتضي دراسة النصوص القانونية ذات الصلة وتقويمها وتحديد مكامن القوة والضعف فيها.
4. تقييم الحماية القانونية التي أقرها المشرع لكل مِن القاصر عند ممارسته للأعمال التجارية وللدائِنين عند إفلاس هذا القاصر وهل هي كافية لضمان حقوق الطرفين.

ثالثاً- تساؤلات البحث:

يطرح البحث مجموعة من التساؤلات تتمثل بالآتي: -

1. هل يوجد هناك تعارض في المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر، فما هي شروطه وما هو نطاقه؟
2. مَن هو التاجر القاصر هل هو من إفرازات الواقع التجاري أم أنّه تعبير مجازي لحالةٍ واقعيةٍ أوجدها المشرع؟
3. ما المقصود بجماعة الدائِنين وما هو مركزهم القانوني؟
4. هل توجد هناك حلول لهذا التعارض في المصالح؟
5. ما مدى إمكانية اللجوء إلى الإجتهاد القضائي لحل تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر على إعتبار انّ القاضي مُلزَم بالحكم بالنزاع المعروض أمامه في حالة غموض النصوص القانونية أو قصورها؟

رابعاً- هدف البحث:

يهدف البحث إلى الوقوف على حالات التعارض بين المصالح عند إفلاس التاجر القاصر مع جماعة الدائِنين والوقوف على مَوَاطِنْ القصور التشريعي في ذلك وإيجاد الحلول القانونية لإزالة هذا التعارض وإيجاد نوع من الضمانات لأجل المحافظة على توازن حقوق الطرفين وتحقيق العدالة.

خامساً- منهج البحث:

لقد إعتمد هذا البحث على المنهج التحليلي المُقَارِن، من خلال إستعراض الأحكام القانونية المُنَظِّمَة لممارسة القاصر للأعمال التجارية ومدى الإعتراف لاكتسابه لصفة التاجر إضافةً لإيضاح جماعة الدائِنين بإعتبارهم الجماعة التي تتأثر بشكلٍ مباشر عند إفلاس القاصر المُمارِس للأعمال التجارية، وماهية

تعارض المصالح بين الطرفين من خلال تحليل أحكام الإفلاس وبيان مدى خضوع هذا التاجر القاصر لها، ومحاولة لإيجاد الحلول القانونية لإزالة هذا التعارض من خلال المُقارَنَة بين تشريعات كل مِن العراق ومصر والجزائر ولبنان مع بعض الإشارات للقانون الكويتي.

سادساً- هيكلية البحث:

قسمنا بحثنا الموسوم بـ (تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر -دراسة تحليلية مقارنة وفق أحكام الإفلاس) إلى مبحثين وبالتفصيل الآتي: -

المبحث الأول: ماهية تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر.

المطلب الأول: مفهوم تعارض المصالح.

المطلب الثاني: مفهوم التاجر القاصر.

المطلب الثالث: مفهوم جماعة الدائِنين.

المبحث الثاني: حل تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر.

المطلب الأول: حل التعارض الإجرائي الناجم عن خصوصية حكم الإفلاس.

المطلب الثاني: الحلول التشريعية والموضوعية لإزالة التعارض.

المبحث الأول

ماهية تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر

لأجل الإحاطة بموضوع البحث بشكل دقيق وتحديد نطاقه لابد من معرفة مفاهيم ما يتضمنه من مصطلحات قانونية لتحديد مدلولها القانوني ومعرفة أبعادها والنظام القانوني الذي تخضع له ليتسنى لنا إستبعاد ما قد يتداخل مع موضوع البحث من موضوعات أخرى لذلك سوف نوضح في هذا المبحث مفهوم كل من تعارض المصالح والتاجر القاصر وجماعة الدائِنين حتى تكتمل الصورة عن موضوع البحث بشكل دقيق بما يمكِّن من بحث طبيعة هذا التعارض بين الإجراءات والمصالح ومن ثم بحث الجوانب القانونية الإجرائية والموضوعية لذلك بما يسهم في وضع الحلول لتجنب ذلك التعارض، وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطالب ثلاث سيكون الأول لتحديد مفهوم تعارض المصالح أما المطلب الثاني نبين فيه مفهوم التاجر القاصر وفي المطلب الثالث سيكون توضيح المقصود بجماعة الدائِنين. وحسب ما يلي: -

المطلب الأول

مفهوم تعارض المصالح

إن وجود المصلحة أو حد أدنى منها هو المبرر لتدخل المشرع وإصدار النظام القانوني لأجل حماية تلك المصلحة، لذا فإن الهدف من تدخل المشرع في تنظيم وحماية التاجر القاصر هو تأمين الحماية القانونية له، لكن قد يفوت على المشرع ان رعاية هذه المصلحة قد يتعارض مع مصلحة أخرى يقرر المشرع لها حماية في موضع آخر وعادةً ما يحصل هذا التعارض دون أن ينتبه المشرع، لذلك لابد من بيان المقصود من هذا التعارض وما هي شروطه وما هو نطاق هذا التعارض وهذا ما سنحاول توضيحه من خلال الفروع الآتية: -

الفرع الأول

تعريف تعارض المصالح

إنّ مصطلح تعارض المصالح ليس بالجديد في ميدان الدراسات القانونية، إلا انه لم يكتسب أهمية خاصة وشكلاً مستقلاً بحيث تتضح أبعاده والمقصود منه وذلك لإرتباطه في مجالات مختلفة منها ما يتعلق بالمجال المالي وفي الشركات التجارية بالتحديد [1]، ومنها ما يرتبط بالمجال الإداري وتعلقه بقضايا الفساد بحيث أصبح يمثل شكلاً خطِراً من أشكال الفساد المالي والإداري في إطار الحياة السياسية [2].

إبتداءً إن فكرة تعارض المصالح تتولد من ان لكل شخص من الناحية القانونية حق الدفاع عن حقوقه إذا ما توافرت له مصلحة مشروعة يرغب في الحفاظ عليها، لكن في ذات الوقت قد يصطدم بحق مشروع لشخص آخر يسعى أيضاً لحماية مصلحته التي تتعارض مع مصلحة الطرف الأول أو مع غيره من أصحاب المصالح، ففي هذه الحالة سوف ينجم وضع يسمى (تعارض المصالح) يلزم المحكمة بدراسة وقائع وجزئيات هذا التعارض لأجل حل التعارض بشكلٍ متوازن دون أن يؤدي ذلك على هدر مصلحة على حساب الأخرى.

وإذا كان تعارض المصالح يقوم على أساس تفضيل مصلحة على مصلحة أخرى إلا ان هناك صعوبة في تعريفه بشكلٍ دقيق وتكمن هذه الصعوبة في إتساع هذا المفهوم وشموليته وإرتباطه بالعديد من المجالات، الأمر الذي يترتب عليه تنوع وتشعب صوره وتطبيقاته، ولكن مع ذلك حاول الفقهاء تعريف تعارض المصالح من خلال تعريف التزاحم بشكلٍ عام ذلك أنهم إعتبروا تعارض المصالح هو إحدى صور التزاحم المعروف في القانون

المدني لذلك تم تعريفه بأنه (اجتماع حقين (مصلحتين مشروعتين) أو أكثر بالمعنى الدقيق للحق بدرجةٍ متقاربة من القوة أياً كان سبب هذا الاجتماع بحيث يقعان في حالة تعارض وتنازع مما يقتضي الترجيح بينهما) [3].

كما عرفه آخر بأنه (تضاد المنافع بين طرفين أو أكثر على وجه يوجب الترجيح بينهما) وبُرِرَ هذا التعريف على أن المعنى اللغوي للتعارض هو التضاد ولغوياً فإن معنى المصلحة هو المنفعة كما ان هذا التعارض يتطلب التعدد ولابد من الترجيح بين هذه المصالح أو المنافع المتعارضة [4].

وعلى الرغم من جهود فقهاء وشراح القانون لمحاولة إيجاد معنى محدد لتعارض المصالح إلا ان إختلاف التطبيقات والحالات التي أوردها المشرع جعل من الصعوبة جمع هذه الحالات تحت تعريف محدد جامعاً مانعاً لهذه الفكرة، حتى تشريعياً على الرغم من إيراد المشرع لعدد من التطبيقات لتعارض المصالح إلا انه لم يضع تعريف صريح لفكرة تعارض المصالح، وإذا كانت فكرة تعارض المصالح تعني تغليب مصلحة على أخرى فيتضرر أحد الأطراف من ذلك، ففي نطاق بحثنا قد تتعارض مصالح الدائِنين مع مصلحة الصغير الذي تؤول إليه ملكية حصة في شركة تضامنية أو مشروع تجاري، فإذا أفلست الشركة أو المشروع فسيكون إفلاس الصغير في حدود حصة مورّثه في رأس مال الشركة أو المشروع في حين مصلحة الدائِنين تكون بالتنفيذ على أموال القاصر جميعها في حال عدم كفاية أموال الشركة أو المشروع في الوقت الذي تكون فيه مسؤولية جميع الشركاء بما فيهم الوارث الصغير مسؤولية شخصية غير محدودة، فهنا يحصل تعارض دون أن ينتبه المشرع لذلك نتيجة تشريع قوانين مختلفة ومحاولاً حماية كل مصلحة على حدا.

وبناءً على ما تقدم يبدو لنا ان التعارض بين مصلحة جماعة الدائِنين والتاجر القاصر يحمل معنى تعاكس أو تضارب بين أمرين لا يمكن الجمع بينهما أو أن إقرارهما قانوناً ينجم عنه تضاد في المصالح لذلك يمكن لنا أن نعرف تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر بأنه (تضاد المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر الذي يكون نتيجة ما يقرره المشرع من حماية قانونية لمصلحة كل منها الأمر الذي يترتب عليه هدر لمصلحة على حساب الأخرى).

فمن خلال تحليل هذا التعريف نجد أن التضاد بين المصلحتين يدل على وجود أمرين إعترضا البعض بحيث يتطلب الأمر التدخل لحل هذا التعارض، وان هذا التعارض حصل نتيجة الحماية القانونية التي يقررها المشرع لكل مصلحة

على حدا الأمر الذي يترتب عليه تعارض من خلق المشرع نفسه مما يتطلب حلولاً تشريعية لحل هذا التعارض.

الفرع الثاني

شروط تعارض المصالح

ان تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر بوصفه وضع قانوني سلبي له آثاره على كلا الطرفين مما يؤثر على مبدأ الأمن التعاقدي الذي يعد من أهم الوسائل القانونية التي يمكن من خلالها المحافظة على إستقرار المعاملات ولا يتحقق ذلك إلا من خلال وسائل قانونية يضعها المشرع ويطبقها القاضي، لكن قبل ذلك فإن هذا التعارض في المصالح لا يوجد قبل أن تتوافر مجموعة من الشروط، لذلك سنبين هذه الشروط حسب ما يأتي: -

أولاً- عدم الإتفاق على تسوية بين الطرفين:

إبتداءً ان تعارض المصالح بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين قد يفرزها الواقع في الميدان العملي، ولكن على الرغم من ان هذا التعارض مسألة ذات طابع واقعي إلا انه قد لا يتفق الطرفين على إيجاد تسوية لحل هذا التعارض فيما بينهما، أي عدم إتفاق كل من جماعة الدائِنين والتاجر القاصر أو من يمثله على الآلية أو الطريقة التي سيتم من خلالها تسوية تعارض مصالحهما، ولكن في حال وجود إتفاق أو التوصل إلى إتفاق حينئذٍ سيعمل به وفي هذه الحالة سيتم حل التعارض في المصالح بشكلٍ وديٍ ولا يتطلب قيام نزاع فعلي أو قضائي أمام المحكمة، وان وجود هذا الاتفاق لا ينفي وجود تعارض مصالح بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين وإنما لا يضفي عليه صفة النزاع القضائي أو يعطي هذا التعارض صفة النزاع أمام القضاء [5].

وفي الغالب يقع مثل هذا الاتفاق عند بداية التعارض في المصالح أو الدخول في نشاط تجاري وبشكلٍ مسبق من خلال إيجاد إتفاق لحل أي تعارض يحصل بين مصالح الطرفين وفي هذه الحالة سيشكل هذا الاتفاق إلتزاماً قانونياً يقع على عاتق الطرفين الوفاء به وإلا تعرض للمسؤولية القانونية حسب نوع العقد وطبيعته سيما وان القاصر يعد بحكم كامل الأهلية في نطاق الإتفاقات التي تدخل ضمن نشاطه التجاري [6].

ثانياً- عدم تنازل الطرفين عن مصالحهم:

إن حماية المصالح تمثل أساس مهم بل ان حماية المصالح المشروعة هي غاية التشريعات بل ان وجود المصلحة هو مبرر كافٍ لتدخل المشرع لإصدار

تنظيم قانوني بشأن مسألة معينة، ويتم تحديد وجود المصلحة من إنعدامها من خلال الحصول على فائدةٍ ما، لذلك فإن القانون في عمومه والنصوص القانونية في تشريع خاص يضفي الحماية القانونية لهذه المصلحة [7].

والمصلحة محل الحماية في نطاق التعاملات التجارية هي حماية الثقة بين جميع الأفراد ويَنْتُج ذلك من أنّ طبيعة النشاط الاقتصادي يعد بالدرجة الأساس شكل من أشكال النشاطات اليومية التي يمارسها الفرد. الأمر الذي يترتب عليه أو تتولد عنه تعارض في المصالح بين الأفراد المتعاملين ومن الصعوبة ضبط أو السيطرة على هذه الأنشطة من التعارض مما يجعل طرفي المعاملة أمام أمرين الركون إلى النصوص القانونية لحل هذا التعارض وقد يطول عرض هذا النزاع أمام المحاكم أو يتم ترك ذلك لطبيعة ممارسة الأنشطة التجارية وحسب الأعراف التجارية، وفي جميع الأحوال لا يمكن للسلطة التشريعية أن تكون متدخلة دائماً في الحياة الاقتصادية لاسيما إذا إتسم تدخلها بطابع الأمر والنهي سيما وان تعارض المصالح على وجه الخصوص يكون نتيجة تعاملات الأفراد اليومية [8].

لذلك فإن من شروط قيام تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر عدم تنازل أي من الطرفين عن حقه الذي يتضمن تلك المصلحة المتعارضة مع مصلحة الطرف الآخر، ففي مثل هذه الحالة يتمسك كل طرف بمصلحته باعتبارها حقاً خالصاً له كما ان التنازل عن هذه المصلحة يعد من حقوقه الخالصة أيضاً، فيمكن له أن يتنازل عن حقه الذي تتعارض فيه مصالحه مع مصالح جماعة الدائِنين بما يؤدي إلى إنقضاء هذا التعارض لذا فإن هذا التنازل يجعل وجود التعارض أمراً غير ممكن، لذلك فإن تعارض المصالح بين الطرفين يشترط فيه إستمرار تمسك كلا الطرفين بمصلحته وعدم التنازل عنها للطرف الآخر [9].

ثالثاً- قيام الخصومة بين الطرفين أمام القضاء:

سبق وأن ذكرنا انّ تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر أمر يفرزه الواقع العملي للمعاملات اليومية بين الأطراف دافعها الحصول على المكاسب أو العائد المالي بل ان الأصل في المعاملات المالية بشكلٍ عام هو وجود تعارض المصالح [10]، ولا يقتصر تعارض المصالح على التعاملات التجارية فحسب بل هي حالة يُتَصوَّر قيامها في شتى المجالات سواءً في نطاق الوظيفة العامة أو حتى في المجال الطبي والمحاماة وغيرها من المجالات [11].

ولكي يأخذ هذا التعارض طبيعة النزاع القضائي يجب أن يكون معروضاً أمام

القضاء أي يجب أن يكون هذا التعارض مصحوباً بخصومة أو نزاع بين الطرفين قائم أمام القضاء، وبمعنى آخر ان هناك مصلحة معينة قد يؤدي التعارض إلى إهدارها كلياً أو جزئياً أو ان هذا التعارض سوف يفرز خطراً على تلك المصلحة لذلك يجب أن يتدخل المشرع لحل هذا التعارض من خلال قيام القضاء بنظر هذا النزاع والوصول إلى حل يتوافق مع مصالح أطراف هذا التعارض [12]، لذلك لا يمكن وصف هذا التعارض بالمعنى القانوني طالما لم يكن معروض أمام القضاء وهنا يبرز دور المشرع من خلال القضاء في إسباغ الحماية على تلك المصالح المتعارضة والتي يضطلع القانون بعبء حمايتها فضلا عن حماية المراكز القانونية للأشخاص والتي تمثل هدف المشرع نحو تحقيق الحد الأقصى من الحماية لطائفة المصالح والتي تؤدي إلى تحقيق العدالة والاستقرار القانوني في نطاق المعاملات التجارية.

وأمام ذلك سيكون دور القضاء في حل هذا التعارض في المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر والذي أساسه تدخل المشرع في حماية مصلحة معينة من خلال إيجاد تنظيم قانوني لها ولكن قد يفوت على المشرع ان رعاية هذه المصلحة قد تتعارض مع مصلحة أخرى يقرر لها حماية في موضع آخر الأمر الذي يجعل القضاء أمام مهمة صعبة ألا وهي ترجيح إحدى المصلحتين على الأخرى لذلك لابد من وجود معيار لهذا الترجيح أو إيجاد وسائل أخرى تكفل حماية مصالح كلا الطرفين والتي قد تتمثل بتعديل أو إضافة بعض النصوص القانونية بحيث لا يؤدي هذا التعارض إلى إهدار إحدى هذه المصالح على حساب الأخرى.

الفرع الثالث

نطاق تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر

يعد تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر من المسائل الهامة والتي يمكن أن تتسع لكثير من المعاملات التي قد تجري بين الطرفين لذلك فان دراسة ماهية تعارض المصالح بينهما يتطلب منا تحديد نطاق هذا التعارض سيما وان المعاملات التي تتم بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين لا تقتصر فقط على المعاملات التي يحكمها القانون التجاري بل ان هناك تعاملات تجري بينهما يختص بتنظيمها القانون المدني، ولكون دراستنا محددة في أحكام الإفلاس الذي نظمه القانون التجاري وحدد له إجراءات خاصة لذلك فإن هذا التعارض قد يكون في إطار الإجراءات وقد يكون التعارض موضوعياً يتحدد بالمعاملات المالية وقد يكون شخصياً من حيث تحديد أطراف هذا التعارض،

لذلك سنحاول تحديد نطاق هذا التعارض في الفقرات الثلاث الآتية وفق ما يأتي: -

أولاً- التعارض الإجرائي بين مصالح الطرفين:

والمقصود هنا ان هناك تعارض في الجوانب الإجرائية التي أقرها المشرع لحماية كل طرف أي ان هذا التعارض من صنع المشرع وليس للخصوم دور في وجوده، فعندما أفرد المشرع أحكاماً خاصة لنظام الإفلاس غايته هو حماية الدائِنين عند إفلاس المدين لذلك وضع له إجراءات محددة هدفها إستحصال حقوق جماعة الدائِنين [13]، وفي ذات الوقت عندما سمح المشرع للتاجر القاصر بممارسة التجارة ووضع له نوع من الحماية القانونية واستثناه من بعض إجراءات الإفلاس، فهنا حصل تعارض في الجوانب الإجرائية التي يهدف كل جانب منها إلى حماية أحد الأطراف.

ويمكن تحديد التعارض الإجرائي أو تعارض الحماية القانونية لكل طرف في المسائل الآتية: -

1. الصفة الآمرة لقواعد الإفلاس:

لما كانت قواعد الإفلاس لا تطبق إلا في الميدان التجاري والذي يقوم على دعَّامَتَي السرعة والإئتمان بإعتبارهما من ظواهر البيئة التجارية وذلك لأجل حماية العاملين في التجارة وضمان حصولهم على حقوقهم في مواعيدها المحددة [14]، لذلك جعل المشرع قواعد الإفلاس في مجملها آمرة لا يجوز إتفاق الطرفين المدين والدائِنين على مخالفتها لإنها تمس مصالح المجتمع أي لم توضع لحمايتهم بشكلٍ خاص بل لحماية الإئتمان التجاري ومصالح المجتمع الاقتصادية [15].

وفي هذا الصدد نرى أنّ شمول التاجر القاصر بالصفة الإلزامية لقواعد الإفلاس يخلق تعارض شكلي بين مصالح كل من دائِني التاجر القاصر والتاجر نفسه لذلك ينبغي استثنائه من بعض هذه الإجراءات فعلى سبيل المثال انه لا يجوز تنازل الدائِن عن حكم شهر الإفلاس الذي تم بناءً على طلبه على أساس أن حكم الإفلاس لا يتعلق بمصلحة الدائِن فحسب بل يتعلق بمصالح بقية الدائِنين فهذه القاعدة تخلق تعارض بين مصالح الأطراف لذلك ينبغي السماح لذلك الدائِن بالتنازل عن حكم الإفلاس الصادر بناءً على طلبه بحق التاجر القاصر، أي ترك فرصة للرجوع إلى نوع من التوازن بين مصالح الأطراف [16].

2. خضوع الإفلاس لإشراف السلطة القضائية:

إذا كانت الغاية من نظام الإفلاس الوصول إلى تصفية سريعة لأموال المدين المفلس من خلال جعل السلطة القضائية هي المختصة لإدارة إجراءات التفليسة بحيث لا يمكن للدائِنين وحدهم أن يعلنوا أن مدينهم في حالة إفلاس بل جعل المشرع أن الحكم الصادر من المحكمة مُنشئ لحالة الإفلاس [17]، ولعل هذا الحكم الصادر عن القضاء يخلق نوع من التعارض بين مصالح جماعة دائِنين التاجر القاصر والقاصر ذاته كون إشراف السلطة القضائية يتحدد بأموال محددة في التفليسة وهو ما يحقق مصالح جماعة الدائِنين بشكل محدود كون الأموال الداخلة في التفليسة هي محددة بالأموال المستثمرة في التجارة فهذه الحماية للدائِنين من خلال القضاء تخلق نوع من التعارض بين جماعة الدائِنين والمدين [18].

3. إقرار المشرع لمبدأ المساواة بين الدائِنين:

إذا كان من بين أهداف نظام الإفلاس تحقيق المساواة بين الدائِنين لأجل منعهم من التزاحم عند التنفيذ على أموال المدين لذلك أخذت التشريعات محل المقارنة بمبدأ المساواة بين الدائِنين عند تساوي مراكزهم القانونية في خصوص توزيع أموال المدين المفلس [19]، وهنا وفيما يخص التاجر القاصر فإن المساواة قد تخلق نوع من التعارض بين مصلحته ومصالح بعض من الدائِنين فإذا كانت مصلحة التاجر القاصر تتحقق عند إقرار المساواة بين الدائِنين فأن ذلك سيشكل إجحاف لحقوق الدائِنين من أصحاب الديون الكبيرة لذلك نرى أنه ينبغي إيجاد نوع الخصوصية لهؤلاء الدائِنين بحسب ديونهم من حيث إذا كان لها تاريخ إستحقاق أسبق أو هؤلاء الدائِنين لا علم لهم بأن هذا التاجر قاصر أو أنه تحت التجربة لذلك ينبغي مراعاة ذلك عند إخضاع التاجر القاصر للإفلاس.

ثانياً- التعارض الموضوعي:

يتحدد النطاق الموضوعي لتعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر محور بحثنا بالمعاملات المالية التي تنشأ بين الطرفين بالنشاط التجاري فقط، وهذا التعارض موجود هو أمر موجود ولا يمكن إنكاره ولكن الذي يهمنا في نطاق بحثنا هو التعارض الحاصل في حالة الإفلاس إذ لكل طرف حماية قانونية خاصة الأمر الذي

سيؤدي إلى إهدار إحدى تلك المصالح على حساب الأخرى.

لذا فان الإطار الموضوعي يتحدد عند صدور حكم الإفلاس على التاجر القاصر بإجراءات الجرد لأموال التاجر القاصر من خلال إعداد قائمة بهذه الأموال ومن ثم حصر ديون المفلس والتحقق منها من خلال دعوة جماعة الدائِنين ومن ثم إعداد قائمة بها تتضمن كشف بأسماء الدائِنين [20].

أي أن التعارض يحصل في الحقوق المالية عند قيام الخصومة والنزاع بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر ويتصف هذا التعارض بالمصالح المتعارضة الأمر الذي يتعين فيه على المشرع وضع آليات قانونية يمكن من خلالها الوصول إلى مصلحة راجحة من خلال إيجاد نوع من التوازن بين تلك المصالح حيث أننا نَكْون من الناحية الموضوعية أمام تعارض مصلحة دائِن مع مصلحة مدين [21].

ثالثاً- النطاق الشخصي لتعارض المصالح:

بعد أن حددنا النطاق الموضوعي لتعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر والذي يكاد ينحصر بالمعاملات المالية والتي تظهر بوضوح عند الحكم بإفلاس التاجر القاصر يتبين المركز المالي لهذا التاجر ومدى قدرته على سداد ديونه.

وبما أن المعاملات المالية تعد جزءاً أساسياً في تشريعات العمل التجاري وبسبب تعقيدات الأوضاع الاقتصادية والمخاطر المالية التي قد تصيب فئة التجار بسبب تذبذب الحالة الاقتصادية قد تجعل البعض في وضع إقتصادي لا يستطيع من سداد ديونه مما يجعل الدائِنين مضطرين بسبب خوفهم من تصرفات المدين وهو التاجر القاصر في نطاق بحثنا لذلك يُلجَأ إلى تلك التشريعات التي تحكم التجار والأعمال التجارية من خلال طلب إيقاع الإفلاس على ذلك التاجر القاصر لأجل حماية حقوقهم من الضياع [22].

ففي هذه الحالة نكون أمام تعارض المصالح بين الدائِن والمدين وتتمثل مصلحة الدائِن بالحصول على حقوقه بشكل كامل من المدين التاجر القاصر الذي توجد نصوص قانونية تحيطه بنوع من الحماية قد تؤدي إلى عدم حصول الدائِنين على جزء من حقوقهم.

أي ان الطرف الأول في النطاق الشخصي لتعارض المصالح هم جماعة الدائِنين والتي تكون على فئتين الدائِنين العاديين

وهم المقبول ديونهم وليس لديهم إمتيازات وهناك فئة الدائِنين أصحاب الإمتياز الخاص وهؤلاء دائِنين مُرْتَهَنين حقوقهم مُؤَمَنة بضمانات خاصة، وعموماً سمح القانون اجتماع الدائِنين في حالات معينة وذلك للمداولة في شؤون هامة تتعلق بإجراءات تفليسة التاجر [23]، وهذا ما سنوضحه في موضع لاحق من هذا البحث.

مع ذلك فإن النطاق الشخصي للدائِنين لا يقتصر على شخص الدائِن بل قد تتغير أطراف العلاقة القانونية أثناء إجراءات الإفلاس بسبب خارج عن إرادتهم ويحصل ذلك عند وفاة أحد الدائِنين فتنتقل حقوقهم إلى ورثته الذين يحملون صفة الخَلَف العام [24]، وهذا ما أخذ به المشرع العراقي بموجب الفقرة الثالثة من المادة (593) من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 حيث جاء فيها أنه لحاكم التفليسة إستدعاء التاجر المفلس أو ورثته لسماع أقوالهم في شؤون التفليسة أي ان شخصية الخَلَف العام هي ضمن النطاق الشخصي لتعارض المصالح مع جماعة الدائِنين [25]، فإذا قام النزاع بين الدائِن والمدين التاجر القاصر وقبل الفصل فيه توفي السلف ففي هذا الفرض سينتقل حق السلف (الدائِن) إلى خَلَفه العام وهو يشتمل على ذات النزاع المشوب بتعارض المصالح، لذا يتوجب على الخَلَف العام أن يكمل إجراءات الدعوى وصولاً إلى حسم النزاع [26].

أما الطرف الآخر للنطاق الشخصي في تعارض المصالح هو المدين التاجر القاصر ويكاد يتحدد بذمته المالية فنظام الإفلاس يهدف إلى وضع اليد على ذمة المدين المفلس دون تمليكها للدائِنين لأجل تنظيمها وتصفيتها وتوزيع ناتجها على جماعة الدائِنين لذلك ينحصر النطاق الشخصي بالمدين (وهو التاجر القاصر في مدار بحثنا) والتنفيذ على ذمته المالية دون إنتقال أثر ذلك إلى أي طرف آخر [27].

وخلاصة القول ان هناك ثمة تعارض بين مصلحة جماعة دائِني التاجر القاصر عند شهر إفلاسه وهذا التعارض قد يُكَوِن الجوانب الإجرائية للإفلاس والتي غاية المشرع فيها حماية جماعة الدائِنين كما ان هذا التعارض له نطاق موضوعي يتحدد بحقوق الدائِنين وديونهم في ذمة

هذا التاجر القاصر هذا من جهة وأموال هذا التاجر المستثمرة في التجارة من جهة ثانية كما ان هذا النزاع ينحصر بالأصل بين جماعة الدائِنين والتاجر المفلس ويدخل في مفهوم الدائِن خَلَفَه العام أما التاجر القاصر فإن الأمر يكاد ينحصر بذمته المالية دون أن ينسحب ذلك إلى شخص آخر.

المطلب الثاني

مفهوم التاجر القاصر

قد يكون مصطلح التاجر القاصر مجازياً يثير إستغراب غير المختصين إذ كيف يكون قاصراً وتاجراً في ذات الوقت فقد يكون الجمع بين الأضداد كما أن الأهلية تعد من النظام العام التي لا يمكن الاتفاق على ما يخالفها كما أنها من متطلبات أو شروط ممارسة العمل المدني فمن باب أولى إشتراطها للممارسات التجارية، لذا فهو مصطلح أفرزه الواقع التجاري واعتدت به التشريعات ووضعت له نوع من الحماية القانونية وإن كان بشكلٍ جزئي، لذلك فإن الأمر يتطلب تحديد المقصود بالتاجر القاصر فقد يكون هذا القاصر مأذون بممارسة الاعمال التجارية أو قد يكون هذا القاصر آلت إليه ملكية تجارية وهذا ما سنحاول بيانه من خلال الفرعين التاليين: -

الفرع الأول

التاجر القاصر المميز

عموماً التاجر في نظر القانون هو كل من اشتغل بالمعاملات التجارية واتخذها حرفة معتادة له ويترتب على ذلك أن صفة التاجر لا تثبت للشخص لمجرد أن يخلع على نفسه صفة التاجر أو إعلانه ذلك في وسائل الإعلان المرئية أو المسموعة لذلك فإن التاجر وبتعبير أغلب التشريعات هو كل من يزاول على وجه الإحتراف بإسمه ولحسابه عملاً تجارياً [28]. من ذلك يتضح أن صفة التاجر تطلق على الشخص الذي يحترف الأعمال التجارية على شرط أن يمارسها بإسمه ولحسابه الخاص على وفق الأحكام القانونية ويستوي في ذلك الشخص الطبيعي والمعنوي، أي أن هناك جملة شروط يجب توفرها لاكتساب هذه الصفة بشكل عام لكن اكتساب القاصر المميز يقتضي توافر عدد من المتطلبات تسبق الشروط يجب تحققها قبل بحث توافر الشروط، أي أن

الأمر فيه نوع من التحديد فليس كل قاصر مميز يمارس العمل التجاري يعد تاجراً بل لابد من توافر عدد من المتطلبات في هذا القاصر حتى يمكن أن نضفي عليه الصفة التجارية، أي أن توافر المتطلبات يسبق البحث في توافر شروط التاجر فيه فلا يمكن بحث تفاصيل الشروط قبل وجود المتطلبات فبدون المتطلبات لا يمكن الإنتقال لبحث الشروط فالصفة التجارية مرهونة بتوافر تلك المتطلبات لذلك سوف نقسم دراستنا لهذا الفرع إلى فقرتين وحسب الأسبقية القانونية فالمتطلبات أولاً والشروط ثانياً على وفق ما يأتي: -

أولاً– متطلبات ممارسة القاصر للعمل التجاري:

ان الأعمال التجارية تعد من التصرفات القانونية التي يستلزم تمتع الشخص الذي يرغب ممارستها بالأهلية القانونية، ومن حيث المبدأ تثبت الأهلية الكاملة لمن يبلغ سن الرشد وهذا الأمر محل إتفاق التشريعات محل المقارنة [29].

ومع ذلك قد يمارس العمل التجاري بعض الأشخاص ممن لم يكتسب الأهلية الكاملة كما في حالة القاصر، لذلك نَصَّت بعض التشريعات على إمكانية السماح لهذا القاصر لممارسة التجارة إستثناء من قواعد الأهلية وقبل بلوغ سن الرشد وهذا ما يعرف بنظام الإذن بالتجارة، إلا ان هذا النظام تنشأ عنه حالة قانونية تمخض عنها مركز قانوني لهذا القاصر وجعله في مركز التاجر أضفى الشرعية على أعماله من خلال السماح له بممارسة التجارة وعدم حرمانه من ذلك وهنا تكون له أهلية خاصة تجعله في منزلة البالغ سن الرشد في حدود نظام الإذن، إلا ان هذا النظام له متطلبات عدة تتمثل بالآتي: -

1. بلوغ القاصر سن محدد:

الوعي والإدراك هو مناط التمييز بالنسبة للصغير بحيث يَفهم الخطاب إجمالاً، ومن الناحية القانونية تكون له معرفة معاني الألفاظ والكلمات التي تنشأ فيها العقود [30]. واختلفت التشريعات حول سن التمييز فقد اشترط كل من المُشَرعين العراقي والإماراتي إكمال أو إتمام سبع سنوات كاملة حتى يصبح مميزاً [31]، في حين عدَّ المشرع المصري مجرد بلوغ الصغير سبع سنوات مميزاً والفرق بين الإكمال أو الإتمام وبين بلوغ سن السابعة هو سنة كاملة [32]، في حين خالف المشرع المغربي تلك التشريعات فقد حدد سن التمييز بإثنتي عشر سنة شمسية كاملة [33].

وعلى الرغم من تحديد التشريعات لسن التمييز إلا أنه ليس كل صغير مُمَيِّزْ مُؤَهَلْ لمنحه الإذن لممارسة التجارة بل قضت التشريعات محل المقارنة بوجوب بلوغ القاصر سن محدد حتى يمكن منحه الإذن على ضوء ذلك، لذا فقد حدد المشرع العراقي بإكماله خمس عشر سنة كاملة [34]، أما المشرع المصري فقد اشترط لمنح الإذن إكمال القاصر ثمان عشر سنة [35]، في حين المشرع الجزائري إشترط أيضاً إكمال القاصر ثمان عشر سنة كاملة لمنحه الإذن لممارسة التجارة [36]. أما المشرع الكويتي فقد خالف موقف التشريعات محل المقارنة الأخرى فلم يحدد سن معينة للقاصر لغرض منحه الإذن بالتجارة بل أكثر من ذلك فقد جعل الإذن يُمنَح لولي القاصر لممارسة التجارة لمصلحة القاصر [37].

ومما سبق يتبين ان التشريعات محل المقارنة تتطلب أعلى مراحل التمييز من خلال تحديد سنوات ما قبل سن الرشد مباشرة وهو ما عبر عنه فقهاء المسلمين بسن البلوغ الذي يأتي بعد إنتهاء مرحلة الصغر فهم يميزون ما بين سن البلوغ وسن الرشد [38].

2. أن يكون للقاصر أموال خاصة به:

كثيراً ما يكتسب القاصر أموالاً عقارية أو منقولة بشتى طرق اكتساب المال فيكون من الأجدر إستثمار هذه الأموال وتفادي تجميدها لحين بلوغه سن الرشد، وهنا نقصد أن يكون للقاصر أموال خاصة به بمعزل عن الأب، ذلك أننا نبحث في هذه الفرضية بأن الأب قد يكون على قيد الحياة وللأبن القاصر أموال تلقاها عن طريق الميراث والهبات والوصايا [39]، لذلك تكون الغاية المرجوة من منح الإذن للقاصر هو إستثمار هذه الأموال وإعطائه الفرصة لتعاطي التجارة بجزء من أمواله تجربة له، ولايمكن والحالة هذه إعطائه الحرية بإستخدام جميع أمواله لممارسة التجارة وإلا فات الغرض من منح الإذن.

وخلاصة ما تقدم هو إمتلاك القاصر أموال خاصة به يقتضي الحال إعطاءه فرصة لتعاطي التجارة بجزء منها على سبيل التجربة لأجل إستثمارها والحصول على ثمرة أو غلة هذه الاستثمار بما يدر من منفعة وريع إضافي للقاصر [40].

3. منح الإذن للقاصر:

ان كان الإذن هو منح الموافقة للقاصر المميز لممارسة العمل التجاري فقد إختلفت التشريعات محل المقارنة في أحكام منح هذا الإذن، ففيما يتعلق بالقانون العراقي جعل منح الإذن مقصور على الولي وهذا ما قضت به المادة (1/98) من القانون المدني حيث نصت على (للولي بترخيص من المحكمة...)[41] والمشكلة التي تثور في القانون العراقي في تحديد من هو الولي؟ ذلك لوجود خلاف حول ترتيب مستحقي الولاية في التشريع العراقي بَيَّنَ القانون المدني الذي عقد الولاية للأب ثم وصي الأب ثم جده الصحيح ثم وصي الجد ثم المحكمة [42]، وبين قانون رعاية القاصرين الذي عقد الولاية للأب ثم المحكمة أي ان الولاية تنعقد للمحكمة مباشرة في حال عدم وجود الأب وهو خلاف لموقف القانون المدني [43].

وهنا نرى سريان أحكام قانون رعاية القاصرين في ترتيب مستحقو الولاية لأن أحكامه تعد ناسخة للقانون المدني كونه لاحق في صدوره على القانون المدني.

ومما تجدر الإشارة إليه في هذا المقام ان تطبيق حكم المادة (1/98) ومنح الإذن بموافقة الولي أصبح مقيد قانوناً بعد صدور قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 وتعليماته رقم 4 لسنة 1980، إذ أنّ إذنَ الولي لم يعد كافياً للسماح للقاصر المميز بممارسة الأعمال التجارية على سبيل التجربة بل لابد من موافقة دائرة رعاية القاصرين، لذلك نعتقد يجب أن تقترن موافقة الولي مع موافقة دائرة رعاية القاصرين حيث قَيَّدَ ذلك القانون التصرف بأموال القاصر وإستثمارها بموافقة الدائرة المعنية [44].

فمن باب أولى أن يخضع الإذن لموافقة دائرة رعاية القاصرين سيما ان ما ورد من أحكام في قانون رعاية القاصرين هي لاحقة لأحكام القانون المدني وبذلك فإن تطبيق المادة (1/98) من القانون المدني أصبحت مقيدة بما ورد في قانون رعاية القاصرين من أحكام تُنَظِم إستثمار أموال القاصر وكيفية التصرف بها [45].

وأياً كان القانون الذي يخضع له الإذن فإنه لا يجوز ان يكون مطلقاً يُرَد على جميع أموال القاصر بل ينصرف إلى جزء من أمواله على سبيل التجربة وإلا نكون أهدرنا غاية المشرع وهو حماية القاصر [46].

إلا انه يجوز ان يرد الإذن على جميع صور النشاط التجاري دون تحديد بحيث يشمل جميع الأعمال التجارية دون تخصيص وقد يكون مقيد بنوع معين من النشاط التجاري كأن يقتصر الإذن على ممارسة أعمال بيع وشراء العقارات أو المنقولات أو أعمال التوريد [47].

وبعد أن بَيَّنّا موقف القانون العراقي من منح الإذن للقاصر سوف نستعرض مواقف القوانين محل المقارنة، ففيما يخص القانون المصري جعل منح الإذن لمن يبلغ الثامنة عشر من عمره ولم يبلغ سن الرشد الحادي والعشرين سنة من إختصاص المحاكم المصرية، حيث أجاز المشرع المصري للقاصر الذي أتم ثمانية عشر سنة ممارسة التجارة بنفسه بعد الحصول على إذن من المحكمة المصرية المختصة ويكون ذلك بموجب طلب يقدمه القاصر للمحكمة طالباً منحه الإذن لممارسة التجارة [48]. وفي نطاق ذلك تتمتع المحكمة بسلطة تقديرية من حيث قبول طلب القاصر أو رفضه، كما انه للقاضي ان يمنح الإذن مُقَيَدَاً سواءً كان القيد يتعلق بنوع التجارة أو مقدار الأموال المسموح الإتجار بها وهنا بعد صدور الإذن يكون القاصر بحكم كامل الأهلية بالنسبة لجميع التصرفات المتعلقة بتجارته طالما كانت في حدود الإذن [49].

أما عن موقف المشرع الجزائري فإنه خول القاضي سلطة منح الإذن للقاصر المميز في التصرف بأمواله كلياً أو جزئياً بناءً على طلب من له مصلحة وللقاضي الرجوع عن الإذن إذا وجد مبرر لذلك [50]، لكن هذه الصلاحية الممنوحة للقاضي في المسائل المدنية أما في المسائل التجارية فقد قيد المشرع الجزائري منح الإذن من خلال نص المادة الخامسة من قانون التجارة الجزائري لسنة 1975 حيث إشترط للسماح للقاصر بممارسة التجارة بعد بلوغه ثمانية عشر سنة كاملة أن يحصل على إذن والده أو أمه [51]، أو قرار من مجلس العائلة مصدق عليه من قبل المحكمة في حالة وفاة الأب أو غيابه أي ان الإذن مناط بالأب أو الأم أو مجلس العائلة في المسائل التجارية شرط بلوغ القاصر ثماني عشر سنة كاملة [52].

أما عن موقف المشرع اللبناني حيال منح الإذن للقاصر فقد أشار في المادة 217 من قانون الموجبات والعقود لسنة 1932 إلى منح الإذن للقاصر للقيام بالأعمال التجارية على ان يكون منح الإذن على الوجه

القانوني، ومما يلاحظ ان المشرع اللبناني لم يحدد سن معينة لمنح الإذن وانه مجرد أشار لذلك في المادة 216 من قانون الموجبات والعقود وترك تقدير ذلك للقاضي من حيث وجوب التمييز من عدمه في كل حالة على حدا دون التقيد بسن محدد في حين حدد سن الرشد بتمام ثمان عشر سنة من العمر [53].

4. ترخيص المحكمة:

لقد تباينت التشريعات إزاء ذلك فقد أخذ المشرع العراقي بنظام الترخيص القضائي حسب أحكام المادة 98 من القانون المدني حيث جاء فيها (للولي بترخيص من المحكمة ...) أي ان المشرع العراقي إشترط ترخيص من المحكمة فضلا عن إذن الولي للسماح للقاصر بممارسة الأعمال التجارية، لكن هذا الموقف للمشرع العراقي يجب الوقوف عنده فقد قضى بذلك عندما كانت أحكام الولاية خاضعة للقانون المدني وحسب ترتيب مستحقو الولاية (الأب ثم وصي الأب ثم الجد الصحيح ثم وصي الجد الصحيح ثم المحكمة) أي إشترط ترخيص المحكمة لمنح الإذن لوجود عدد من مستحقي الولاية قبل أن تنعقد الولاية للمحكمة [54].

لكن نرى أن الأمر قد إختلف بعد صدور قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 الذي قضى بأنه الولاية تنعقد للمحكمة مباشرةً في حال عدم وجود الأب [55]، وفي هذه الحالة تنعقد للمحكمة صلاحيتي الولاية والترخيص في منح الإذن في آن واحد وإذا ما فَعَّلنا المادة (98) من القانون المدني في حال عدم وجود الأب فهنا تكون المحكمة هي الولي حسب أحكام قانون رعاية القاصرين لذلك نرى بوجوب صدور قرار من المحكمة يكون شاملاً للأذن والترخيص للقاصر لممارسة الأعمال التجارية بإعتبارها ولي القاصر إضافة إلى صلاحياتها بالترخيص لهذا الإذن.

أما عن موقف التشريعات محل المقارنة من نظام الترخيص القضائي نجد ان أغلبها تخطت مسألة الترخيص حيث قضت مباشرةً بمنح الإذن من قبل المحكمة كما هو الحال في التشريع المصري والكويتي إذ ان الإذن يُمْنَح من المحكمة مباشرةً ولا وجود لنظام الترخيص اللاحق لموافقة الولي.

أما عن موقف المشرع اللبناني فإنه لم يفصل ذلك بل أشار في المادة

(217) من قانون الموجبات والعقود أن يكون الإذن على الوجه القانوني فلم يبين هل أن الإذن يكون مباشرةً من المحكمة أم أن يكون هناك ترخيص من المحكمة لاحق لموافقة الولي.

وفي ختام متطلبات ممارسة الصغير المميز للعمل التجاري نرى بوجوب إعادة النظر في الأحكام المُنَظِمَة لذلك من قبل المشرع العراقي إذ يوجد هناك تشتت في تلك الأحكام خصوصاً بعد صدور قانون رعاية القاصرين الذي قَيَّدَ التصرف والاستثمار بأموال القاصر بموافقة دائرة رعاية القاصرين، الأمر الذي يتطلب من المشرع تنظيم منح الإذن والترخيص للقاصر المميز بممارسة التجارة وأن يفرق بين حالة وجود الأب فهنا يكون منح الإذن من قبل الأب (الولي) ثم ترخيص المحكمة، وبين حالة عدم وجود الأب (الولي حسب أحكام قانون رعاية القاصرين) فهنا تنعقد الولاية للمحكمة ولكن نرى بوجوب موافقة دائرة رعاية القاصرين ثم ترخيص من المحكمة.

وفي جميع الأحوال نرى أن يضاف قيد على منح الإذن للقاصر المميز وهو إجتياز القاصر لدورة تدريبية عن ممارسة الأعمال التجارية تقيمها غرفة التجارة الغاية منها أن يكون للقاصر فكرة عن كيفية الدخول في الأعمال التجارية وعن طبيعة وأنواع الأعمال والأنشطة التجارية، تتولى غرفة التجارة تنظيم تلك الدورات من حيث مدتها وموضوعاتها ومحاورها.

ثانياً- مدى توافر شروط اكتساب القاصر المأذون لصفة التاجر:

سنبحث في هذه الفقرة مدى تحقق شروط اكتساب الصفة التجارية للقاصر المميز حتى يكون بالإمكان إخضاعه لنظام الإفلاس التجاري.

إبتداءً تشترط قوانين التجارة بشكلٍ عام عدة شروط لكي يكتسب الشخص صفة التاجر أما فيما يخص القاصر المميز فإنه يُفتَرَض تحقق عدد من المتطلبات وكما بيناها فيما سبق قبل توافر شروط اكتساب الصفة التجارية، أي أنه بعد توافر المتطلبات يتم التحقق من إستيفاء الشروط لكي يمكن إضفاء الصفة التجارية عليه، وعنى ذلك انّ توفر متطلبات منح الإذن في القاصر المميز ستَخلُق أو تُنشِئ لنا حالة قانونية على خلاف الأصل ألا وهي إضفاء صفة التاجر القاصر المميز في حال تحقق شروط التاجر فيه.

عموماً فإنّ أغلب قوانين التجارة تستند على فكرة العمل التجاري في

تحديد صفة التاجر حيث تشترط إحتراف الشخص للعمل التجاري وأن يمارس هذا العمل بإسمه ولحسابه الخاص علاوةً على التمتع بالأهلية القانونية اللازمة لممارسة الأعمال التجارية، ولأجل بيان هذه الشروط ومدى تَحَقُّقِها أو إنطباقها على القاصر المميز سنتناول تلك الشروط بالفقرات الثلاث على وفق ما يأتي: -

1. الإحتراف:

إذا كان الإحتراف يعني توجيه نشاط الشخص بصفة معتادة ودائمة للقيام بعمل معين لتحقيق غرض معين فإن ذلك يقتضي من القاصر المميز أن يكرس نشاطه لعمل معين وإتخاذ مهنة له وقد يكون هذا العمل محدد بأحد الاعمال التجارية أو مطلق دون تحديد حسب ما يرد في الإذن الممنوح له كما يتطلب منه تكرار هذا العمل أو مجموعة الأعمال التجارية [56]، معنى ذلك انّ إستيفاء القاصر المميز متطلبات منح الأذن لا يكفي لإضفاء الصفة التجارية عليه إذ قد يحصل هذا القاصر على الإذن ثم يعزف عن ممارسة الأعمال التجارية فهنا لا يمكن إعتباره تاجر لمجرد حصوله على الإذن بل لابد من ممارسة الأعمال التجارية الداخلة في الإذن على وجه الإحتراف حتى يتحقق الشرط الأول أو ما يسميه جانب من الفقه العنصر المادي للحرفة [57].

وتكاد تتفق التشريعات محل المقارنة على إشتراط الإحتراف لإضفاء الصفة التجارية سواءً كان شخص طبيعي قاصر أو بالغ سن الرشد وحتى بالنسبة للشخص المعنوي وهذا ما يستشف من منطوق الفقرة الأولى من المادة السابعة من قانون التجارة العراقي حيث نصت على ((يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول بإسمه ولحسابه على وجه الإحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون)) [58].

وبذات الإتجاه ذهب المشرع المصري من حيث إشتراط الإحتراف لإضفاء الصفة التجارية على الشخص حيث نصت المادة العاشرة من قانون التجارة بأنّ التاجر هو كل شخص يزاول على وجه الإحتراف بإسمه أو لحسابه عملاً تجارياً أي انّه لا يكفي تجارية العمل وإنما يجب كذلك ثبوت مباشرته لذلك العمل على وجه الإحتراف [59]، وهو ذات الموقف بالنسبة للمشرع الكويتي حيث إشترط أيضاً إحتراف الأعمال التجارية لكي يكتسب الشخص الصفة التجارية [60]. وفي ذات الإتجاه ذهب المشرع الجزائري من حيث عدّ الإحتراف أحد الشروط

الجوهرية لاكتساب صفة التاجر أي انّه حتى يكتسب الشخص الصفة التجارية يجب أنْ يباشر مهنته التجارية على وجه الإحتراف [61].

2. **ممارسة العمل التجاري بإسمه ولحسابه الخاص:**

إنّ إحتراف القاصر المأذون خلال فترة الإذن للأعمال التجارية لايكفي لإعتباره تاجراً بل لابد من وجوب تعاطي هذا القاصر للأعمال بإسمه ولحسابه الخاص وهذا الشرط بديهي في الواقع لأنّ التجارة تقوم على الإئتمان الشخصي [62].

وذلك يعني أن يتحمل مَن يمارس العمل التجاري الآثار القانونية جميعها التي تترتب على نشاطه التجاري وهو الذي يتحمل مخاطر المشروع ويحصل على أرباحه حيث انّ العمل التجاري يقوم على الاستقلالية أي انّ صاحب العمل هو الذي يتحمل نتائج عمله الإيجابية والسلبية ذلك إن أساس التجارة هي المضاربة لتحقيق الربح المادي وهو ما يجب تحققه في القاصر المأذون كي يكتسب صفة التاجر [63].

3. **الأهلية:**

القاعدة العامة ان الشخص الطبيعي لا يمكن ان يلتزم قانوناً إلا إذا كان أهلاً للتعاقد فصحة التصرف القانوني ترتبط بصلاحية الشخص في إحداث الأثر القانوني، وبما أنّ الأعمال التجارية هي نوع من التصرفات القانونية فإنه يجب مَنْ يباشر هذه الأعمال أن يتمتع بالأهلية اللازمة لها، وعلى هذا لا يكتسب الشخص صفة التاجر مال تتوافر فيه الأهلية اللازمة للقيام بالأعمال التجارية حسب أحكام قانون التجارة العراقي [64].

إلا أنّ التشريعات محل المقارنة ذهبت على خلاف القاعدة العامة في الأهلية وهي بلوغ سن الرشد من خلال إضفاء المشروعية على أعمال القُصَّر عند ممارسته للتجارة على شرط تحقق متطلبات ممارسة العمل التجاري.

وذلك يعد إستثناءً من القاعدة العامة من خلال السماح للمميز المأذون بممارسة العمل التجاري وإعتباره بمنزلة البالغ سن الرشد كامل الأهلية في التصرفات الداخلة تحت الإذن [65]، وعليه يكون له مزاولة الأعمال التجارية ويصطلح على هذه القاعدة إسم (الأهلية القضائية) لإنها تُكتَسَب بترخيص من القضاء [66].

ومفاد ما تقدم انّ توافر متطلبات ممارسة القاصر للعمل التجاري

وتحقق شروط اكتساب الصفة التجارية سيجعل من هذا القاصر في مركز التاجر حكماً لذلك سوف يخضع لنظام الإفلاس بإعتباره مكتسب للصفة التجارية إذ يهدف هذا النظام إلى تقوية الإئتمان وحماية حقوق الدائِنين وإن إختلفت الآراء الفقهية إزاء ذلك بين مؤيّد ورافض لخضوع القاصر المأذون لنظام الإفلاس [67]، ونحن بدورنا نؤيد خضوع القاصر المأذون لنظام الإفلاس التجاري في حالة توقفه عن دفع ديونه التجارية على ان تقتصر على الآثار المالية للإفلاس دون الآثار الشخصية للإفلاس، لذلك سيستبعد المميز الذي يمارس النشاط التجاري دون توافر المتطلبات من اكتساب الصفة التجارية وإنما يخضع في ممارسته للأعمال التجارية لأحكام القانون المدني بحيث تكون موقوفة على إجازة وليه، لذلك لا يجوز شهر إفلاسه لأن من شروط إشهار الإفلاس ثبوت صفة التاجر فضلاً عن تمتعه بالأهلية القانونية اللازمة وهي بلوغ سن الرشد أو حصوله على إذن بممارسة العمل التجاري وعليه فلا يجوز شهر إفلاسه على وفق ذلك يخرج القاصر عن نطاق بحثنا.

الفرع الثاني

أيلولة ملكية تجارية للقاصر

قد يحدث أن تؤول للقاصر ملكية تجارية قائمة بالفعل سواءً بالميراث أم بالوصية أو بغيرها من أسباب كسب الملكية، سواءً كانت هذه الملكية مشروع تجاري أو صناعي أو قد تكون حصة في شركة من شركات الأشخاص وسواء كانت مملوكة للقاصر بالكامل أو تكون للقاصر حصة فيها [68]، ولمّا كانت مصلحة القاصر هي مناط الحماية القانونية له، وبما أنّ مثل تلك المشاريع في أغلب الأحيان تكون في مصلحته إذ توفر مصدر دخل مناسب له فضلا عن أنها تعمل على حفظ أموال القاصر وتنميتها وصيانتها [69].

فإذا إنتقلت إلى القاصر ملكية مشروع صناعي أو تجاري أو ملكية محل تجاري فيجوز إستثناء الإستمرار في إستغلال هذا المشروع أو المحل التجاري بعد أخذ موافقة دائرة رعاية القاصرين وبما يحقق مصلحة القاصر فإذا رأت المحكمة انّ إستمرار هذا الإستغلال التجاري فيه مصلحة للقاصر أمرت بإستمراره عن طريق الولي الذي

تعينه دائرة رعاية القاصرين، إلا أنّ المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ لم يُنَظِم حالة أيلولة ملكية تجارية للقاصر على خلاف قانون التجارة العراقي الملغي رقم 149 لسنة 1970 حيث أجاز إستمرار هذا النشاط التجاري [70]، لذلك انه من الأجدر بالمشرع العراقي النص في قانون التجارة النافذ على الإستمرار في تجارة هذا القاصر الذي تؤول إليه لأي سبب من أسباب كسب الملكية لكي يسهل معرفة مدى إطلاق صفة التاجر على القاصر من عدمها وإلزامه بواجبات التاجر ومدى خضوعه لنظام الإفلاس من عدمه.

في حين نجد أنّ المشرع المصري أجاز بنص صريح جواز إستمرار التجارة التي تؤول للقاصر عن طريق الإرث أو الوصية [71]، وهو ذات موقف قانون التجارة الكويتي حيث إجازت الإستمرار في التجارة التي تؤول للقاصر على وفق ما تقتضي به مصلحة القاصر [72].

وهنا ولكون جميع آثار التصرفات التي يقوم بها الولي تنصرف إلى ذمة القاصر فإنه لا يترتب على ذلك الإستغلال اكتساب النائب عن القاصر لصفة التاجر طالما انّه يزاول العمل التجاري باسم ولحساب القاصر، لذلك فإنّ القاصر هو الذي يكتسب صفة التاجر لكونه أصيلاً وعليه يمكن إشهار إفلاسه، إلا أنّ المشرع العراقي لم يُنَظِم مسألة إفلاس هذا القاصر ولم يبين الأموال المشمولة بالإفلاس لذلك يرى بعض الفقهاء أن يقتصر الإفلاس على الأموال المستثمرة في التجارة دون غيرها من أمواله الأخرى وذلك إستثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية كما لا تأثير للإفلاس على شخص هذا القاصر فلا يجوز حبسه أو إعتباره متفالساً بالتقصير [73].

أما إذا كانت الملكية التجارية التي إنتقلت للقاصر هي حصة في شركة من شركات الأشخاص سواءً كانت شركة تضامنية أم مشروعاً فردياً أم شركة بسيطة فيجوز الإستمرار بالنشاط التجاري على ان يكون للقاصر نائباً عنه ويُشتَرَط في الإستمرار بالنشاط التجاري تحقيق لمصلحة القاصر [74]، وقد أجاز المشرع العراقي 1لك في المادة (70 أولاً وثانياً والمادة 193) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل إستمرار الشركة مع القاصر في حال وفاة الشريك وبشروط محددة [75].

إلا أنّ المشرع العراقي لم يحدد مسؤولية القاصر الذي تنتقل إليه حصة

في شركة من شركات الأشخاص وذلك يعني أنّ القاصر يبقى مسؤولاً في كل أمواله عن ديون الشركة جميعها [76]، لذلك نقترح على المشرع العراقي تدارك ذلك وتحديد مسؤولية القاصر بمقدار حصته في رأس مال الشركة فقط أُسوَةً بالمشرع الأردني الذي سمح بإنتقال حصة الشريك المتوفي إلى ورثته القاصرين بشرط أن تتحول الشركة من شركة تضامنية إلى شركة توصية بسيطة والهدف من ذلك لكي يكون الشركاء القاصرون مسؤولين بمقدار حصتهم في رأس مال الشركة فحسب وبذلك تبقى أموالهم الأخرى التي خارج الشركة بعيدة عن دائنيها ولا يستطيعون التنفيذ عليها لإستيفاء ديونهم [77].

المطلب الثالث

مفهوم جماعة الدائِنين

إن ممارسة التاجر القاصر للنشاط التجاري ستتولد عنه الكثير من العلاقات التعاقدية شأنها شأن المعاملات المالية الأخرى سواءً في ميدان القانون المدني او القانون التجاري ومن الطبيعي أن يترتب على هذه العلاقات التعاقدية حالات دائِنية ومديونية، والتاجر القاصر حاله حال أي تاجر آخر سيكون له دائِنين ومدينين، ولكون محور موضوع بحثنا هو تعارض مصالح هذا التاجر القاصر مع مصالح جماعة الدائِنين لذلك فإن الأمر يتطلب منا توضيح المقصود بجماعة الدائِنين من خلال التعريف بهم وكيفية تكوين هذه الجماعة ومركزهم القانوني وذلك من خلال الفروع الآتية: -

الفرع الأول

التعريف بجماعة الدائِنين وآلية نشوؤها

يقصد بجماعة الدائِنين تلك المجموعة من الدائِنين العاديين الذين لا توجد لديونهم إمتيازات خاصة تكفل لهم الحصول على ديونهم بالأولوية على شرط أن يكون دينه قد نشأ قانوناً في تاريخ قبل تاريخ الحكم على المدين التاجر القاصر المفلس قبل شهر إفلاسه [78]، وعلى الرغم من تداول المشرع العراقي لمصطلح جماعة الدائِنين إلا انه لم يضع تعريف محدد يوضح معنى هذا المصطلح [79]، إلا أنه مع ذلك يُفهَم من نصوص المواد (1/569/ب) و(570) بأن كل دائِن بدينٍ تجاري حال أن يطلُب الحكم بإشهار إفلاس مدينه التاجر أي ان على كل دائِن بدين تجاري ان يقدم طلب لمحكمة البداءة يطلب فيه إصدار

حكم بإشهار إفلاس مدينه التاجر دون ان يحدد طبيعة هذا الدين هل هو دين ممتاز أو دين عادي، وكذلك أشار في المادة (701) إلى عدّ الدائنين في حالة إتحاد بحكم القانون دون أن يميز بين الدائِنين أصحاب حقوق الإمتياز والدائِنين العاديين [80].

لكن على الرغم من ذلك فمن المنطقي أن لا يشمل جماعة الدائِنين أصحاب حقوق الإمتياز أو التأمينات الخاصة التي تتقرر على مال معين من أموال التاجر المفلس، حيث لا حاجة لهم بالإنضمام إلى باقي الدائِنين العاديين [81]، حيث يجوز لهم إقامة الدعاوى الفردية أو الإستمرار فيها في مواجهة أمين التفليسة وكذلك التنفيذ على الأموال التي تقع عليها تأميناتهم وهذا ما أخذ به كل من المشرعين العراقي والمصري [82].

وتنشأ جماعة الدائِنين بقوة القانون بين الدائِنين العاديين فور صدور حكم الإفلاس أياً كان مصدر ديونهم شريطة أن تكون سابقة على حكم الإفلاس، حيث لم يَصدُر الأخير إلا بعد ثبوت هذه الديون في حق المدين المفلس [83]، ولأجل تخفيف مصلحة جماعة الدائِنين يجب أن يتضمن حكم الإفلاس تعيين أمين التفليسة [84]، والهدف من ذلك هو تمثيل جماعة الدائِنين والعمل لما يحقق مصلحتهم وتفضيل مصلحة هذه الجماعة على مصلحة كل دائِن على حدا حيث يتولى أمين التفليسة إدارة أموال المدين المفلس، ولا شك ان وجود جماعة الدائِنين وتمثيلهم بواسطة أمين التفليسة والإعتراف بحقوقهم يقتضي الإعتراف لهم بكيان قانوني مستقل عن شخصية واهلية كل دائِن على حدا الأمر الذي يتطلب الإعتراف بالشخصية المعنوية لهذه الجماعة [85]، لذلك ذهب جانب من الفقه إلى إعتبار ان لجماعة الدائِنين شخصية معنوية طالما ان القانون يعين لها وكيلاً يسمى أمين أو وكيل التفليسة مهمته تولي إدارة المعاملات التي تهدف إلى تأمين المصالح المشتركة لجماعة الدائِنين ولها حق التقاضي فلها ان ترفع دعوى بإسمها ضد الغير كما يمكن للغير أن يختصمها أمام المحاكم [86].

يتضح مما تقدم انه وبصدور حكم الإفلاس على التاجر القاصر تعين المحكمة أمين التفليسة يتولى إدارة أموال التاجر المفلس وينوب عنه، أي أنه تتشكل جماعة من دائِني هذا التاجر المفلس ولأجل المحافظة على حقوقهم وصيانتها يتم تعيين أمين التفليسة، لذلك يشترط لدخول الدائِن في جماعة الدائِنين في

مواجهة التاجر القاصر المفلس ان يكون حقه سابقاً على حكم شهر الإفلاس، وفي هذا الخصوص العبرة بنشوء الحق فإذا كان مصدره العقد فالعبرة بتاريخ إبرام العقد، وإذا كان مصدر هذا الدين الفعل الضار فالعبرة ستكون بتاريخ حدوث الفعل ولا يعتد بتاريخ الحكم في أي من الحالتين لأن الحكم هو كاشف للحق لا منشئ له [87].

وفي ذات الإتجاه ذهب المشرع الجزائري من حيث تشكيل جماعة دائِني التاجر المفلس تتولى هذه الجماعة إتخاذ الإجراءات اللازمة لتصفية أموال المفلس تصفية جماعية يمثله وكيل التفليسة الذي أصبح يطلق عليه الوكيل المتصرف القضائي لكونه ممثلاً عن جماعة الدائِنين [88]، وهو ذات الموقف للمشرع اللبناني في قانون التجارة البرية لسنة 1942 الذي أخذ بتعيين وكيل التفليسة بموجب المادة (512) يتولى إدارة أموال التاجر المفلس بإعتباره ممثلاً عن جماعة الدائِنين لأجل المحافظة على حقوقهم [89].

وإذا كانت الغاية من تشكيل جماعة الدائِنين وضمهم في تكتل واحد بحكم القانون وبمجرد صدور حكم الإفلاس هو لتحقيق المساواة بين الدائِنين وحمايتهم بلا تمييز وحتى لا يستوفي أحدهم دينه دون بقية الدائِنين إلا إذا كان لأحدهم حق على مال معين من أموال المدين (كَرَهن أو إمتياز ...) بحيث يتميز به عن سائر الدائِنين [90]، فضلا عن منع التشاحن والتسابق بين الدائِنين لأجل حصول كل دائِن منهم على أوفر قدر من حقه دون إعتبار لما سيحصل عليه غيره من الدائِنين لذلك تدخل المشرع في مجمل التشريعات محل المقارنة لحماية الدائِنين العاديين حماية متساوية ومَنَعَهم من الإضرار ببعضهم البعض ولأجل تحقيق هذه المساواة منع الدائِنين من إتخاذ إجراءات أو رفع دعاوى فردية ضد المدين [91].

وإذا كانت جماعة الدائِنين تنشأ كأثر فوري ومباشر لصدور حكم شهر الإفلاس من دون حاجة للنص على نشأتها في حكم شهر الإفلاس [92]، لكن التساؤل الذي قد يثار هو: ما العدد المطلوب والذي يكفي لقيام جماعة الدائِنين؟ وكذلك ما لم يتطرق له المشرع حالة إنتفاء التعدد أي ان يكون هناك دائِن واحد فهل تقوم هنا الحكمة من إنشاء جماعة الدائِنين أم تنعدم؟

للإجابة عن هذه التساؤلات تعددت الآراء الفقهية إزاء ذلك فقد اشترط جانب من الفقه أن يكون للمدين المفلس أكثر من دائِن واحد لقيام جماعة الدائِنين وترتيب الآثار وأعمال الحقوق التي يقدرها القانون

لهذه الجماعة، أي أنّ التعدد واجب لتحقيق غاية المشرع في تحقيق المساواة بين الدائِنين [93].

في حين يذهب جانب آخر من الفقه الى أن جماعة الدائِنين تنشأ وتتكون ولو لم يوجد سوى دائِن واحد للمفلس لأن تقدم دائِن واحد للتفليسة لا يجزم القول بأنه لا يوجد دائِن سواه بل تنشأ جماعة الدائِنين حتى لو بدائِن واحد على أمل إنضمام دائِنين جدد وتستمر الإجراءات كما هو محدد لها قانوناً، إذ انه في حال عدم تأسيس جماعة الدائِنين إبتداءً بدائِن واحد ومن ثم ظهور دائِن آخر لاحقاً سوف يؤدي إلى عدم إستقرار مركز الدائِن في التفليسة وهذا الأمر لا يستقيم مع أحكام الإفلاس التي تتصف بالصفة الآمرة [94].

أما من جانبنا وفي حدود نطاق بحثنا فإنَّ مصلحة التاجر القاصر في حال إفلاسه ان الأمر يقتضي مراعاة تلك المصلحة من خلال عدم نشوء جماعة الدائِنين في حال وجود دائِن واحد لهذا التاجر لأجل عدم الإضرار به وعلى أمل عدم وجود دائِنين آخرين أو حتى تأخر ظهورهم إلى ما بعد بلوغه سن الرشد وذلك لمحدودية رأس المال المستثمر في التجارة وعلى الأغلب عدم كفايته للوفاء بحقوق جماعة الدائِنين في حال أنشأ هذه الجماعة.

الفرع الثاني

المركز القانوني لجماعة دائِني التاجر القاصر

ذكرنا فيما سبق ان الحكم بإفلاس التاجر يؤدي إلى تكوين تكتل لجماعة الدائِنين يمثلهم أمين التفليسة وذلك بدلاً من الملاحقات الفردية للتاجر المفلس ويضم هذا التكتل جماعة الدائِنين العاديين مهما كان مصدر ديونهم، وعلى الرغم من التسليم بتكوين جماعة الدائِنين في مواجهة التاجر المفلس إلا انه هناك ثم تساؤلات حول هذه الجماعة هي التساؤل الأول وهو: الطبيعة القانونية لهذه الجماعة؟ أما التساؤل الثاني فهو: المركز القانوني لهذه الجماعة بالنسبة للتاجر المفلس؟

للإجابة عن هذه التساؤلات فإنه يقضي إفراد إجابة مستقلة لكل منهما، ففيما يتعلق بالتساؤل الأول بخصوص الطبيعة القانونية لجماعة الدائِنين فهناك من قال بأن هذه الجماعة تتمتع بالشخصية المعنوية لذلك فهي تقترب من فكرة الجمعية [95]، ولا يمكن التسليم بهذا الرأي إذ أنه لا يمكن القول باكتسابها الشخصية المعنوية لأنها لا تمتلك ذمة مالية إذ لا تمتلك مالاً خاصاً ولا أي حصص خاصة بها، إذ أنّ هذه الأموال

هي بالأصل للمدين المفلس على الرغم من منعه من التصرف بها ثم ان هذه الديون هي لهؤلاء الدائِنين ولكنها ليست مملوكة على وجه الشيوع أو الشراكة إنما هو مجرد نتيجة لوحدة المصلحة [96]، ثم انه لا يمكن لجماعة الدائِنين القيام بأي تصرف إلا بواسطة أمين التفليسة والذي هو ليس من بين جماعة الدائِنين بل تعينه المحكمة فضلا عن ذلك فإن القانون هو الذي رسم إجراءات سير جماعة الدائِنين في مواجهة المدين المفلس [97].

إضافةً إلى ذلك نرى أن جماعة الدائِنين تنشأ كنتيجة لإجراءات الإفلاس التي تقضي بأن الحكم بإشهار الإفلاس يُسقِط آجال جميع الديون النقدية التي على المفلس سواءٍ كانت عادية أو مضمونة بإمتياز عام أو خاص [98]، فهذا الحكم سيؤدي إلى حشد جميع الدائِنين في مواجهة التاجر المفلس، ونعتقد أنّ هذا الحكم إنْ كان يصح في حالة التاجر العادي فإنّه قد لا ينسجم مع مصلحة التاجر القاصر لذلك نرى بضرورة تعديل هذا النص وبما انه التاجر القاصر وخصوصاً المأذون بممارسة التجارة لا تفصله عن سن الرشد إلا سنوات معدودة أو أقل لذلك يفضل إستثناء الديون التي تمتد آجالها إلى ما بعد بلوغه سن الرشد من هذا الحكم وعدم سقوط آجالها بل تبقى مُحتَفِظة بمواعيد استحقاقها الطبيعية، بل حتى الديون التي تحل قبل بلوغه سن الرشد نرى بضرورة منح المحكمة سلطة تقديرية في ذلك حسب أوضاع التاجر القاصر وظروفه وما يقدمه من ضمانات.

أما فيما يتعلق بالتساؤل الثاني بخصوص المركز القانوني لجماعة الدائِنين تجاه التاجر المفلس؟ فعلى وفق القواعد العامة فإن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه أي ان أموال المدين تشكل الضمان العام للدائِنين، ويكون هؤلاء الدائِنين وحسب ما هو مقرر قانوناً على قدم المساواة في هذا الضمان فإذا إتسعت لهم أموال المدين إستوفى جميع الدائِنين حقوقهم بشكلٍ كامل، أما إذا كانت أموال المدين لا تتسع لأموال الدائِنين واتخذ كل منهم الإجراءات التنفيذية على أموال المدين لأجل التنفيذ عليها فإنهم سوف يتقاسمون أموال هذا المدين كلاً بنسبة حقه ووفقاً لذلك سَيُحَصِل كل منهم على جزء من حقه، إلا أنه قد يتعرض أعضاء جماعة الدائِنين لخطر عدم حصول الإمتياز على حقوقهم كونهم دائِنين عاديين ليس لديهم أي إمتياز على أموال المدِين

أو في حال عدم وجود أي مال للمدين يمكن التنفيذ عليه. وهنا سيكون الدائِن العادي خاضعاً لرحمة مدينه وذلك على وفق القواعد العامة في القانون المدني والتي أعطت الدائِن بعض الوسائل التي تمكنه من تلافي غش المدين أو تهاونه في المطالبة بحقوقه لدى الغير [99].

أما في نطاق القانون التجاري وحسب نظام الإفلاس فإنه يحظر على أي دائِن سواءً كان عادي أو من أصحاب حقوق الإمتياز من إقامة دعوى فردية على التفليسة بل وحتى وقف الدعاوى المقامة على التاجر المفلس أو إتخاذ إجراءات التنفيذ على أموال المفلس أو إتمام الإجراءات التي بدأت قبل صدور حكم الإفلاس أو إتخاذ أية إجراءات قضائية أخرى [100]، ولعل الحكمة من ذلك خشية المشرع من حصول بعض الدائِنين على أحكام لصالحهم دون الآخرين بما يميزهم عن بقية الدائِنين، ذلك ان قاعدة المساواة بين الدائِنين تقتضي إختصام من يمثل التفليسة وحده حتى تقرر به حقوق في مواجهة جماعة الدائِنين بإعتباره ممثلاً قانونياً عنهم [101].

وهنا وكما ذكرنا سابقاً تتشكل جماعة الدائِنين بحكم القانون حسب نظام الإفلاس وفي مواجهة المدين المفلس، لذلك فما هو المركز القانوني لهذه الجماعة وهل تختلف في مركزها القانوني تجاه التاجر القاصر عن التاجر العادي؟

لم يحسم القانون التجاري هذه المسألة لذلك تعددت الآراء الفقهية إزاء ذلك إلى إتجاهات ثلاث هي: -

الإتجاه الأول:

يذهب أصحاب هذا الإتجاه إلى تطبيق قواعد القانون المدني وإعتبار جماعة الدائِنين خَلَفَاً للمفلس كما هو الحال بالنسبة للدائِن الذي يعتبر خَلَفَاً للمدين وفقاً لأحكام القانون المدني وفي هذه الحالة ستكون العقود الرضائية الصادرة من المدين قبل الإفلاس حجةً على جماعة الدائِنين إلا في حالة إثبات أمين التفليسة وجود الغش من قِبَل المدين أو أثبت أنّ تاريخها لاحِقٌ لحكم الإفلاس، وكما ستكون الأحكام الصادرة على المفلس قبل حكم الإفلاس حُجَةً عليهم بما أنهم في مركز خلفاء المفلس لذلك لا يجوز لهم التنصل عن ذلك [102].

ونرى أنه لا يمكن الأخذ بهذا الرأي في نطاق إفلاس التاجر القاصر وإن صح بالنسبة للتاجر العادي إذ أنّ هناك تخصيص للذمة المالية لهذا

التاجر القاصر وستكون له تقريباً ذمتين أحداما تجارية والأخرى مدنية لا يحق له التصرف بها لكونه غير بالغ سن الرشد لذلك سوف تكون هناك إزدواجية في الإجراءات ولا يمكن إعمال هذا الرأي عملياً.

الإتجاه الثاني:

يرى أصحاب هذا الإتجاه بإن جماعة الدائِنين تعتبر من الغير بالنسبة للمدين المفلس وفي جميع الأحوال سواءً كانت تَستَعمِل هذه الجماعة حقاً خاصاً بموجب القانون، أم كانت تَستَعمِل هذه الجماعة حقوق المفلس لدى الغير، وتبرير ذلك ان لجماعة الدائِنين بموجب حكم الإفلاس حقاً على أموال المفلس لذلك يضفى عليهم صفة الغير، كما أنّ المفلس ومنذ صدور حكم الإفلاس يكون ممنوعاً من إدارة أمواله والمطالبة بحقوقه لدى الغير ويكون ذلك من إختصاص أمين التفليسة بإعتباره ممثلاً عن جماعة الدائِنين، ونعتقد بإن هذا الإتجاه هو الأقرب على وفق قواعد الإفلاس واحكامه، لكون جماعة الدائِنين تتلقى الحق من القانون مباشرةً وليس مِن كونها خَلَفَاً للمفلس [103].

الإتجاه الثالث:

وحاول أصحاب هذا الإتجاه الجمع بين الإتجاهين السابقين من خلال عدّ ان لجماعة الدائِنين صفة مزدوجة تجاه التاجر المفلس فهي تعدّ خَلَفَاً له إذا طالبت بحقوقه لدى الغير على إعتبار أنها تطالب بهذه الحقوق باسم المفلس كما أن ليس لها إتجاه الغير أكثر مما للمدين، في حين تعتبره جماعة الدائِنين من الغير تجاه المفلس عند إستعمالها لحق تتلقاه مباشرةً من القانون كحقها بالطعن بتصرفات المدين في فترة الريبة أو إسقاط تصرفات المفلس التي يجريها بعد شهر إفلاسه [104].

إلا أنه وبعد عرض الإتجاهات الثلاث بخصوص المركز القانوني لجماعة الدائِنين وكما بينا فيما سبق يبدو لنا أنّ الإتجاه الثاني هو الأرجح والذي يقضي أنّ هذه الجماعة تعتبر من الغير في جميع الأحوال إذ أنها تتلقى حقاً من القانون مباشرةً وليس بإعتبارها خَلَفَاً للمفلس حيث لا يمكن إعمال قواعد القانون المدني ومنها الدعوى غير المباشرة تجاه الغير لأجل المطالبة بحقوق المدين، إذ بصدور حكم الإفلاس تتوقف كافة الدعاوى الفردية من قبل الدائِنين كما انه ليس للمدين المفلس المطالبة بحقوقه تجاه الغير ويكون ذلك من إختصاص

أمين التفليسة بوصفه ممثلاً عن جماعة الدائِنين لذلك لا يمكن القول ان جماعة الدائِنين هي خَلَفَاً للمفلس في الوقت الذي لا يستطيع المدين نفسه مباشرة هذا الحق لذلك فإنّ التكييف الصحيح هو أن جماعة الدائِنين تستخدم حقاً خاصاً تتلقاه من القانون مباشرةً وهذا ما قضت به القوانين محل المقارنة حيث قضت بتعيين أمين للتفليسة يتولى إدارة أموال التفليسة بعد غَل يد المفلس وينوب عن المفلس في جميع الدعاوى والأعمال التي تقتضيها الإدارة بإعتباره في مركز الوكيل من جهة المدين الذي غُلَّت يده ومن جهةٍ أخرى يمثل جماعة الدائِنين [105].

المبحث الثاني

حل تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر

ذكرنا سابقاً أن تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر قد تعددت أسبابه فمنها تشريعية سببها الصياغة التشريعية أي أنّ المشرع نفسه قد تسبب في خلق حالة التعارض ومنها ما قد يقع نتيجة الجوانب الإجرائية لحماية كل حق والتي تؤدي إلى التعارض مع حق الطرف الآخر أو قد يصيبه ضرراً من جراء تلك الإجراءات أو قد لا تتلاءم معه، لذلك فإن حل هذا التعارض قد يمكن أن يكون بأكثر من مرحلة لأجل الوصول إلى أفضل الحلول التي تحقق العدالة وصيانة مصالح الأطراف المتعارضة دون هدر لأي منها أو بأقل الخسائر المادية ويمكن أن يتحقق ذلك من خلال مرحلتين تتعلق الأولى بحل التعارض الإجرائي أما الثانية فهي تتسم بالحلول الموضوعية لهذا التعارض وهذا ما سنتناوله في مطلبين.

المطلب الأول

حل التعارض الإجرائي الناجم عن خصوصية حكم الإفلاس

إنّ حكم الإفلاس الذي يصدر بحق التاجر بشكلٍ عام والتاجر القاصر بشكلٍ خاص قد يتسبب في خلق حالة التعارض نتيجة لما يتميز به هذا الحكم من خصائص تُمَيِّزُه عن الأحكام القضائية الأخرى، لذلك ولأجل حل هذا التعارض نتيجة الإجراءات الملازمة لصدور حكم الإفلاس فإنه ينبغي بيان كيفية حل هذا التعارض الناجم عن إجراءات حكم الإفلاس وذلك في فروعٍ ثلاث.

الفرع الأول

الحجية المطلقة لحكم شهر الإفلاس وتعارضها مع مصلحة التاجر القاصر.

القاعدة العامة في الأحكام القضائية ان أثرها لا يتناول مَن لم يكن طرفاً فيها أي أن حجيتها نسبية من حيث الأشخاص والموضوع كما أن نسبية أثر الأحكام تقضي بحجية الأحكام من حيث أطرافها دون غيرهم [106]، إلا ان حكم الإفلاس يشذ عن هذه القاعدة العامة حيث تكون له حجية مطلقة في مواجهة الكافة وكذلك من حيث الأموال التي يتناولها، فحجية حكم الإفلاس مطلقة من حيث الأشخاص الذين يسري عليهم والأموال التي يتناولها [107]. فمن حيث الأشخاص يكون لحكم الإفلاس حجية مطلقة في مواجهة جميع الدائِنين مَن كان طرفاً فيه ومَن لم يكن طرفاً، أي ان المدين لا يعتبر مفلساً بالنظر للدائِن الذي طلب شهر إفلاسه فقط وإنما يعتبر كذلك إلى الناس كافة وبذلك يعتبر مفلساً بالنسبة لكل الدائِنين ولو لم يكونوا أطرافاً في دعوى الإفلاس [108].

وإذا كانت الحكمة من ذلك هو تنظيم تصفية جماعية لأموال المدين المفلس، فإنه لا يمكن تحقيق ذلك إلا إذا كان لحكم الإفلاس حجية مطلقة في مواجهة الكافة، ولما كان الحكم الصادر بالإفلاس يحدث هذا الأثر المطلق فقد وَضَعت له أغلب التشريعات أحكام خاصة حيث أوجبت على أمين التفليسة شهر حكم الإفلاس بوسائل الشهر والعلانية حتى يتسنى لجميع الدائِنين العلم به [109].

أما من ناحية حجية حكم الإفلاس المطلقة من حيث الأموال فإنها تعني ان الحكم يتناول ذمة التاجر المفلس بأجمعها إذ يعتبر شهر الإفلاس بمثابة حجز عام على هذه الأموال سواء كانت هذه الأموال تتعلق بتجارة المفلس أم ليس لها صلة بالتجارة كما انه يشمل الأموال الحاضرة والمستقبلية، بمعنى آخر يستغرق الإفلاس ذمة المدين برمتها حيث تشمل أموال التفليسة على جميع العناصر الإيجابية للذمة المالية للتاجر المفلس [110].

لذلك وتطبيقاً لمبدأ لا إفلاس على إفلاس لا يمكن إصدار أكثر من حكم شهر إفلاس على التاجر المفلس فحجية حكم الإفلاس في مواجهة الكافة تمكن جميع الدائِنين من التدخل في التفليسة سواءً كانوا أطرافاً في هذا الحكم أو تقدموا بحقوقهم لاحقاً إلى أمين التفليسة. ومقتضى حجية حكم الإفلاس على الكافة انه حكم يتمتع بأثر شامل سواءً من

حيث الأشخاص أو الأموال، وهنا يكمن التعارض مع مصلحة التاجر القاصر إذا ما أفلس ومع الفلسفة التشريعية التي منحت هذا القاصر نوع من الحماية وإعتبر تاجراً إستثناء عن القاعدة العامة، لذا فإن الحجية المطلقة لشهر حكم الإفلاس تؤدي إلى هدر هذه الحماية المقررة للتاجر القاصر بنص القانون. إذ حددت أغلب التشريعات أثر الإفلاس بحدود أموال التاجر القاصر الداخلة في نطاق الإذن والمستثمرة في التجارة، لذلك سوف يتعارض حكم الإفلاس ذو الحجية المطلقة مع مبدأ تخصيص الذمة المالية للتاجر القاصر حيث ان ممارسته للتجارة هو على سبيل التجربة ولأجل إستثمار أمواله رعايةً له لذا فإن سريان الحجية المطلقة لحكم الإفلاس سيهدد أمواله الأخرى خارج نطاق الإذن والتي لم تستثمر في التجارة، كما أنه يفتح باب المواجهة بين التاجر القاصر وبقية الدائِنين الذين لم يطلبوا أو يشتركوا في إجراءات الإفلاس، لذا ينبغي مراعاة خصوصية هذا القاصر وغاية المشرع من حمايته والفلسفة التشريعية من إستثنائه من بعض الأحكام القانونية.

لذلك نرى أنه ينبغي عدم شموله بالأثر المترتب على الحجية المطلقة لحكم الإفلاس وإستثنائه من ذلك من خلال النص على أن تكون هناك نسبية في أثر حكم الإفلاس الصادر بحق التاجر القاصر بحيث

يقتصر الأثر على أطراف الدعوى أو ممن طلب إصدار حكم الإفلاس بحق التاجر القاصر هذا من ناحية الأشخاص أما من ناحية الموضوع نرى بوجوب تخصيص مضمون الحكم بحيث يقتصر على الأموال الداخلة في نطاق التجارة دون غيرها وان لا يسري على الأموال الأخرى الحاضرة أو المستقبلية.

الفرع الثاني

تعارض مصلحة التاجر القاصر مع مبدأ وحدة الإفلاس

المقصود من مبدأ وحدة الإفلاس هو انه لا يجوز شهر إفلاس التاجر أكثر من مرة وقيام تفليسات متعددة للمدين الواحد في ذات الوقت فلا يجوز الإفلاس على الإفلاس، وتأكيداً لمبدأ وحدة الذمة المالية فإن صدور حكم الإفلاس يشير إلى ان الذمة المالية للمدين المفلس في حالة عجز تام لصالح دائِنيه، أي ان المفلس يكون في وضع واحد بالنسبة لكل دائِنيه سواء حلّت ديونهم أم لم تحل بعد [111].

فبعد إجراءات شهر الإفلاس يلتزم كل دائِن بالإنضمام إلى جماعة الدائِنين ولا يمكن له إتخاذ أي إجراء بصيغة منفردة أي انه لكل دائِن أن يتدخل في إجراءات التفليسة للمطالبة بالإشتراك في توزيع أموال التفليسة وهذا ما يعرف بمبدأ وحدة الإفلاس [112].

وإذا كان مبدأ وحدة الإفلاس من الخصائص المميزة لنظام الإفلاس، إلا انَّه قد لا ينسجم مع غايات المشرع في جميع الحالات اذ قد يبتغي المشرع غاية معينة لحالة ما مثل ان من مصلحة القاصر الإستمرار في تجارة مورثة أو السماح له بممارسة العمل التجاري على سبيل التجربة في حين ان وحدة إجراءات الإفلاس تحقق مصلحة جميع الدائِنين لذلك التاجر القاصر مما يحقق تعارض إجرائي بين مصلحة التاجر القاصر ومصلحة جماعة الدائِنين، لذلك فإن تطبيق مبدأ وحدة إجراءات الإفلاس يشكل ضرر للتاجر القاصر وهدر لمصلحته وغاية المشرع من حماية هذه المصلحة مما يرتب آثار سلبية في حق التاجر القاصر والمتمثلة بسقوط آجال جميع الديون المؤجلة وإخضاع جميع نشاطاته التجارية في حال تعددها للإفلاس وشمولها بدعوى الإفلاس تنظرها ذات المحكمة المقامة فيها هذه الدعوى كما ان ذلك سيهدر الثقة في التعامل مع التاجر القاصر أياً كان وضعه سواءً على سبيل التجربة أم آلت إليه شركة تجارية من مورثة، لذلك نرى مراعاة ذلك من قبل المشرع وعدم شمول جميع نشاطات التاجر القاصر التجارية للإفلاس إضافة إلى الإبقاء على آجال الديون التي لم تَحِل بعد والنص على عدم سقوط آجالها وتحديد نسبية أثر حكم الإفلاس من حيث إقتصاره على نشاط محدد وعلى دين محدد دون غيره.

الفرع الثالث

تأثر مصلحة التاجر القاصر بالنفاذ المعجل لحكم الإفلاس

ان الأحكام الصادرة في دعاوى الإفلاس واجبة التنفيذ المعجل في مطلق الأحوال [113]، وذلك بهدف إتخاذ الإجراءات لمنع المفلس من إدارة أمواله أو التصرف بها أو حتى تهريبها ولم يشترط تقديم كفالة لأجل التنفيذ وذلك لتعلق أحكام الإفلاس بمصالح الكثير من المتعاملين مع المدين المفلس وفي مقدمتهم الدائِنين سواءً الذين تقدموا بديونهم بقائمة أمين التفليسة أو غيرهم ممن لا يعلم بالحكم [114].

وإذا كان مبرر شمول أحكام الإفلاس بالنفاذ المعجل هو أهمية

الإجراءات الواجب إتخاذها والحماية التي أولاها المشرع للدائِنين حرصاً منه على حقوقهم وعلى عدم إضطراب المعاملات التجارية التي تمتاز بالسرعة والإئتمان بالإضافة إلى الحيلولة دون قيام المفلس بأي إجراء قد يضر دائِنيه [115].

وعلى الرغم من أهمية هذا المبدأ في أحكام الإفلاس وجدية تبريراته بالنسبة للتجار بشكل عام إلا ان ذلك لا يتلاءم مع حالة التاجر القاصر ويتعارض مع مصالحه، ففي حال شموله بهذا النفاذ المعجل قد يضطرب وضعه المالي وتتأثر سمعته التجارية، لذلك نرى أن ينتبه المشرع لذلك وشمول أحكام الإفلاس التي تصدر بحق التاجر القاصر بنظام الكفالة حتى يكون هناك نوع من الضمان للقاصر في حال تنفيذ حكم الإفلاس.

المطلب الثاني

الحلول التشريعية والموضوعية لإزالة التعارض

تبدو مسألة حل التعارض بين مصالحة جماعة الدائِنين والتاجر القاصر على شكل أساليب مختلفة لكل منها إجراءاتها الخاصة والتي قد تختلف بإختلاف نوع التعارض والمرحلة التي وصل إليها النزاع فيما بين الطرفين فهناك حلول تشريعية قد تسبق وقوع النزاع وهناك حلول تكون من خلال قوانين خاصة تتمثل بقانون رعاية القاصرين الذي يرسم طريقة إدارة واستثمار أموال القاصر كما يمكن حل هذا التعارض والتخفيف من وطأته من خلال إيجاد ضمانات لهؤلاء الدائِنين تجاه ديون التاجر القاصر فضلا عن امكان حل هذا التعارض من خلال وسائل أخرى، وهذا ما سنحاول بيانه في فروع ثلاث وفق ما يأتي: -

الفرع الأول

الحل التشريعي في إزالة التعارض

ان النصوص التشريعية او ان المشرع قد يتسبب بنشوء حالة التعارض بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين من خلال وضع حماية لأحد الأطراف أو تحديد مسؤولية التاجر القاصر عن ديونه في حين يتم صياغة النصوص القانونية الخاصة بالإفلاس بشكل مطلق دون تمييز بين تاجر وآخر الأمر الذي يخلق تعارض عند تطبيق تلك النصوص القانونية، حيث يتحقق التعارض عند تطبيق تلك النصوص

في حالةٍ واحدة أو عند عرض دعوى على القضاء أطرافها التاجر القاصر وجماعة الدائِنين، لذلك نحتاج إلى الإحاطة الشاملة بما يمكن أن يتسبب به النص القانوني من تعارض المصالح بشكلٍ عام والمصالحة الخاصة للأطراف أو الأشخاص الذين تكون غاية النص حمايتهم لتجنب بما يمكن أن يتسبب به النص القانوني من حالات التعارض إذ يجب أن يؤخذ في الحسبان مصالح جميع الأطراف ذات العلاقة لأجل تجنب هدر مصلحة طرف على حساب طرف آخر.

لذلك يتمثل الحل التشريعي في حل التعارض بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين في أسلوبين هما: -

الأسلوب الأول:

ترجيح مصلحة أحد الأطراف على الطرف الآخر وهنا نعتقد الترجيح يكون إذا كان هناك علم للدائِنين بأن التاجر قاصر سواءً كان مأذوناً بالتجارة أم آلت إليه ملكية تجارية أي لديهم علم مسبق بوضعه التجاري ومحدودية ذمته المالية لذا نرى أن المصلحة الأوْلَى بالرعاية هي مصلحة التاجر القاصر وتبرير ذلك ان علم هؤلاء الدائِنين بحالته ودخولهم في أعمال تجارية والتعاقد معه قرينةً على قبولهم المسبق بما ستؤول إليه نتيجةُ تلك المعاملات مع ذلك التاجر القاصر هذا من ناحية ومن ناحية أخرى ان علمهم قد يفسِّر بسوء نيتهم تجاهه لذلك فإن كل ما تقدم يكفي لترجيح مصلحة التاجر القاصر على مصلحة أولئك الدائِنين ويتحقق ذلك من خلال ترك سلطة تقديرية لقاضي التفليسة وعدم اتخاذ إجراءات الإفلاس على ذلك التاجر القاصر.

الأسلوب الثاني:

ويتحقق هذا الأسلوب عند صياغة النص القانوني بحيث ينتبه المشرع إلى ذلك عند الصياغة القانونية للنصوص ويتبع آلية محددة تمنع نشوء التعارض وذلك يحتاج إلى مهارة متخصصة في صياغة النص القانوني بحيث يتصور حالات تطبيق النص القانوني على الواقع وما ينجم عنه من حالات تعارض أي ان هذا الأسلوب سيؤدي إلى الوقاية من وقوع حالات التعارض، وفي ذات الوقت منح المحكمة نوع من السلطة التقديرية في تحديد الحل القانوني المناسب وحسب الأحوال، فعلى سبيل المثال كان على المشرع أن يراعي خصوصية حالة التاجر القاصر في نص المادة (621) من قانون التجارة رقم 149 لسنة

1970 التي قضت بسقوط آجال جميع الديون النقدية على المفلس بمجرد صدور الحكم بإشهار الإفلاس لذلك كان على المشرع أن ينتبه إلى حالة التاجر القاصر واستثنائه من حكم هذه المادة من خلال جعل هذه المادة بفقرتين بحيث تتضمن الفقرة الثانية إستثناء حالة التاجر القاصر وعدم سقوط آجال الديون التي مواعيد استحقاقها يمتد إلى ما بعد بلوغه سن الرشد.

وكذلك نص المادة (566) التي قضت بأن كل تاجر توقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في حالة إفلاس ويشهر إفلاسه بحكم، وهنا ينبغي الأخذ بالمفهوم الحديث للتوقف عن الدفع وعدم إصدار حكم الإفلاس إلا بعد تأكد المحكمة من وجود مركز مالي مضطرب وليس مجرد توقف التاجر القاصر عن إداء دين حال الأداء، أي يجب بحث أسباب توقفه عن الدفع ومعرفة مركزه المالي وهل أنّ التوقف عن الدفع راجع الى اسباب طارئة مؤقتة أم أنّ هناك اضطراباً في ائتمانه التجاري بسبب سلسلة من الإلتزامات والمشاكل المالية المستمرة الأمر الذي ينبئ عن حالةٍ ميؤسٍ منها، أي ينبغي التحري عن أسباب التوقف بشكلٍ دقيق فليس كل توقف عن دفع دين تجاري كافياً للحكم بالإفلاس (116).

الفرع الثاني

حل التعارض على وفق أحكام قانون رعاية القاصرين

يعد قانون رعاية القاصرين من القوانين الخاصة التي عنيت بإدارة أموال القاصر والمحافظة عليها وكيفية إدارة هذه الأموال والتصرف فيها، والذي يهمنا في نطاق بحثنا فئة من القُصَّر ممن شملهم قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 إذ ان الحالات التي نص عليها قانون رعاية القاصرين تشمل الجنين والصغير والمحجور عليه، وذلك واضح مِن أنّ المقصود بالقاصر وفق لأحكام هذا القانون ((يقصد بالقاصر لأغراض هذا القانون الصغير والجنين ومن تقرر المحكمة انه ناقص الأهلية أو فاقدها والغائب والمفقود، إلا إذا دلت القرينة على خلاف ذلك)) (117).

ويفهم من ذلك ان مصطلح القاصر لا يشمل الصغير بشقيه المميز وغير المميز فحسب بل يشمل أيضاً الأشخاص الذين حُجِرَ عليهم لوجود عارض من عوارض الأهلية لديهم، فضلاً عن الجنين الذي يعد

قاصراً بنص القانون، أي ان الذي يجمع تلك الحالات هو إنعدام الأهلية أو نقصها، وفي مدار بحثنا فإن القاصر الذي نبحث في مسؤوليته عن الديون التجارية هو إما ان يكون مأذون بالتجارة والذي يعد بمنزلة البالغ سن الرشد [118]، أي بحكم كامل الأهلية إذا إكتسب الأهلية بترخيص من القضاء لذلك يطلق عليها بالأهلية القضائية وتعد من القواعد الخاصة لإنها إستثناءٌ من القاعدة العامة وهي كمال الأهلية لمن أكمل الثامنة عشر من العمر [119].

أو أن يكون قاصراً وآلت إليه ملكية تجارية سواءً كان محل تجاري أو شركة من شركات الأشخاص، ولما كانت دائرة رعاية القاصرين هي التي تتولى رعاية الشؤون المالية للقاصر بشكل مباشر فضلاً عن دورها في الإشراف على من يتولى رعاية الشؤون المالية للقاصر سواءٍ كان ولياً أم وصياً أم قَيِّماً، ويكاد ينفرد المشرع العراقي من بين القوانين المقارنة بإسناد إدارة أموال القاصر إلى جهة إدارية حيث أناطت تلك القوانين هذه المهمة بالمحكمة المختصة.

وبما ان مفهوم إدارة أموال القاصر لا يقتصر على حفظها وإدارتها المعتادة فقط بل ينصرف على تنمية هذه الأموال وإستثمارها بالشكل الذي يخدم مصلحة التاجر القاصر خلال مدة القصور، وإنّ إستثمار أموال القاصر قد يشمل إستثمار النقود وقد يكون من خلال تيسير المشروعات التجارية التي تعود ملكيتها للقاصر أو يكون له فيها حصة شائعة أو ملكية منفردة.

فيما يتعلق بإستثمار النقود فقد أكَّد قانون رعاية القاصرين على إستثمار أموال القاصر من خلال صندوق أموال القاصرين والذي أوجب تأسيسه في دائرة رعاية القاصرين وأعطاه شخصية معنوية مستقلة تؤهله تملك الأموال المنقولة وغير المنقولة [120]، ومن خلال هذا الصندوق يتم إستثمار نقود القاصرين في العراق بشكلٍ موحد حيث أناط هذه المهمة بدائرة رعاية القاصرين من خلال إستحداث قسم إستثمار أموال القاصر في دائرة رعاية القاصرين وجاء ذلك في القرار رقم (222) لسنة 2000م [121].

وحدد القانون الأسلوب الذي يتم من خلاله إستثمار أموال القاصر وتراوح بين الودائع الثابتة في المصارف العراقية أو الاستثمار في سندات الحكومة وحوالات الخزينة وكذلك تملُّك العقارات وتسجيلها

بأسم صندوق أموال القاصرين وهذه الأساليب التي حددها المشرع لا تخلو من المخاطر التجارية [122]، حيث انّ التقلبات الإقتصادية التي حدثت وتحدث في العراق من شأنها أن تُلحِق خسائر بأموال صندوق القاصرين.

مما تقدم نصل إلى نتيجة ان المشرع أجاز إستثمار الأموال النقدية للقاصر ولكن بشكل موحد في جميع العراق من خلال صندوق أموال القاصرين وحدد أوجه هذا الاستثمار بثلاث أساليب سبق ذكرها، في حين أجاز القانون المدني تسليم الصغير جزء من أمواله لممارسة التجارة على سبيل التجربة [123]، كما أن في حال آلت للقاصر عن طريق الميراث ملكية محل تجاري فإنه لا يمكن الإستمرار في الإستغلال التجاري إلا بناءً على قرار من مديرية رعاية القاصرين حيث لهذ المديرية سلطة تقديرية في ذلك أساسها التحري عن مصلحة القاصر وعلى ضوء تلك المصلحة تقرر الإستمرار في الإستغلال التجاري من عدمه [124].

ويستشف ذلك من أحكام قانون رعاية القاصرين بموجب أحكام المادة 78 فإذا كانت مصلحة القاصر تستوجب الإستمرار بالإستغلال التجاري حينئذٍ يجب تعيين نائباً عن القاصر والقضاء هو الجهة المخولة في تحديد التفويض للنائب سواءً كان هذا التفويض مطلقاً أو مقيداً بالأعمال التي بفرضها الإستغلال التجاري مع الأخذ في الحسبان القيود التي حددها قانون رعاية القاصرين والتي تستلزم موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة [125]، وأياً كانت القرارات التي يتخذها القضاء أو ما يصدر من أوامر من مديرية رعاية القاصرين المُتَخَذَة بشأن القاصر فأنه حسب تقديرنا يجب أن تُسَجَل في السجل التجاري والحكمة من ذلك هي ضمان الحقوق للقاصر ومن يتعامل معه أي هي ضمانة مستقبلية للتاجر القاصر ودائِنيه [126]، حيث من خلال عملية التسجيل يتم التعرف على المسؤولية المحدودة للقاصر الامر الذي قد يجنبنا تعارض المصالح مستقبلاً.

ومن كل ما تقدم يتضح ان دائرة رعاية القاصرين لها دور مميز في إستثمار أموال القاصرين ولها سلطة تقديرية واسعة في إستثمار الإستغلال التجاري للمشروعات التجارية التي تؤول للقاصرين وحتى في حال منحِه الإذن لممارسة التجارة لذلك ولأجل المحافظة على

أموال القاصر وحمايته مما يتعرض له من خسائر مالية نتيجة ممارسة النشاط التجاري من خلال من ينوب عنه ولأجل عدم إضعاف إئتمانه التجاري أو إضعاف الضمان العام للدائِنين نرى بوجوب أن تكون هناك نسبة من أموال صندوق رعاية القاصرية تخصص لدعم وضمان الأنشطة التجارية للقاصرين تشجيعاً لهم وحفاظاً لحقوق ممن يتعامل معهم وذلك سيؤدي إلى تدعيم الإئتمان التجاري لهؤلاء القاصرين سواءً كانت تلك الديون ناتجة عن ممارسة النشاط التجاري على سبيل التجربة أم ناجمة عن الإستمرار بالإستغلال التجاري لمن آلت إليهم ملكية تجارية بطريق الميراث، لذلك فإن الأمر يتطلب تعديل نص المادة (60) من قانون رعاية القاصرين بما يفيد ذلك من خلال جعل صندوق رعاية القاصرين إحدى الضمانات للأنشطة التجارية للقاصر طالما أنّ لدائرة رعاية القاصرين سلطة تقديرية في ممارسة الأنشطة التجارية أو الإستمرار بها من قِبَل القاصر لذلك يجب ان تتحمل مسؤوليتها إزاء ذلك.

أما في حال الشركات التجارية فقد أجاز المشرع العراقي إنتقال الحصة في الشركة التضامنية والمشروع الفردي إلى القاصر بعد وفاة مُوَرِثِه بشروط محددة [127]، وذلك يعني أنّ المشرع العراقي في قانون الشركات أجاز إستمرار الشركة التجارية سواءً كانت شركة تضامنية أم مشروع فردي بعد وفاة المورث وإنتقالها إلى الوراث القاصر، ونعتقد أنّ المشرع العراقي خص هذه الشركات بأحكام خاصة كون المسؤولية فيها شخصية غير محدودة وكل شريك فيها يكتسب صفة التاجر [128]، ولما كانت مصلحة التاجر هي مناط الحماية القانونية له وبما أنّ مثل تلك المشاريع في أغلب الأحيان تكون في مصلحة القاصر فضلاً عن ان مثل هذه المشروعات أي الشركات التجارية تعمل على حفظ أموال القاصر وتنميتها وزيادتها [129]، إلا أنّ الإستمرار في مثل هذه الشركات (شركات الأشخاص) ينطوي على خطورة حيث أنّ المسؤولية فيها مسؤولية شخصية غير محدودة، أي أنّ في حالة إفلاس الشركة فإنّ كل شريك فيها يخضع للإفلاس بما فيهم القاصر لذلك يذهب الفقه القانوني إلى أنّ أثر الإفلاس يقتصر على الأموال مستثمرة في التجارة دون غيرها من أمواله الأخرى وذلك إستثناء من مبدأ وحدة الذمة المالية كما لا تأثير للإفلاس على شخصه ومن ثم لا يجوز حبسه

أو عده متفالساً [130]، لذلك نجد أنّ المشرع الجزائري تلافى هذه الإشكالية حيث منح القاضي سلطة الإذن لإستثمار أموال القاصر في الشركات التجارية فإشترط الإذن المسبق ولم يسمح بإستثمار أموال القاصر إلا في تلك الشركات التي يسأل فيها مسؤولية محدودة بقدر حصته في رأس المال أما الشركات التي تكون فيها المسؤولية غير محدودة فلا يصح إستثمار أموال القاصر فيها لأنّ ذلك سيؤدي إلى اكتسابه صفة التاجر كما أنّها تجعل أمواله الخاصة ضامنَةً لديون الشركة [131].

لذلك نرى أنّ المشرع العراقي في قانون الشركات قد أغفل دور دائرة رعاية القاصرين ولم يستلزم موافقتها لإستمرار الشركة التضامنية أو المشروع الفردي بعد إنتقال الحصة إلى الوارث القاصر خصوصاً وان الشريك في هذه الشركات يكتسب صفة التاجر والمسؤولية فيها غير محدودة لذلك ينبغي تعديل نص المادة (70) بفقراتها الأولى والثانية وأنْ تتضمن موافقة دائرة رعاية القاصرين لإستمرار الشركة مع الورثة القاصرين بعد وفاة الشريك حتى يمكن إلحاق هذه الأموال المُستَثْمَرَة في الشركات التجارية بضمانات صندوق أموال القاصرين.

الفرع الثالث

وسائل أخرى في حل تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر

ان تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر في أثناء التفليسة هو أمر يثير كثيراً من الإشكاليات القانونية ويُظهر قصور التشريع، وما كان لهذا القصور مَظهَراً ملحوظاً لولا هذا التعارض وما يسببه من إضطرابات قانونية وهدر لمصالح الأطراف لابد من تحديد الحلول بغية مساعدة القضاء في تحقيق أفضل الحلول القانونية التي تحقق العدالة، لذلك بعد أن بحثنا إمكانية ان تكون هناك حلول تشريعية من ضمن القواعد المُنَضِمَة للإفلاس كما يمكن أن تكون هناك حلول من خلال قانون رعاية القاصرين، لذلك بقي أن نحاول الوصول على بعض الحلول الإتفاقية بين الطرفين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر أو مَن يمثله وذلك من خلال ضمانات يقدمها التاجر القاصر كما يمكن حل التعارض من خلال تفعيل دور الإجتهاد القضائي وهذا ما سنحاول بيانه من خلال الفقرات الآتية: -

أولاً- ضمانات التاجر القاصر:

مما لا شك فيه ان إستقرار معاملات التاجر في أي معاملة ماليّة يعد من الأمور المهمة التي يرغب كل من المشرع والقضاء في تحقيقها وهذا الغرض لا يمكن بلوغه إلا إذا كانت المعاملات المالية في وضع الاستقرار الذي يخلو من أي نزاع قضائي، وتعارض المصالح إذا ما وقع وأخذ طابع النزاع القضائي يمثل جانباً سلبياً يصيب معاملات التاجر ويجعل وضعه المالي غير مستقر الأمر الذي يتطلب التمعن فيه لإيجاد الحل للخروج من هذه الحالة السلبية من خلال حل التعارض وإعطاء كل ذي حقٍ حَقَّه حسب ما تقتضيه قواعد العدالة [132].

ولمّا كان تعارض المصالح بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين أثناء التفليسة ناجم عن عدم كفاية أموال هذا التاجر لسداد حقوق الدائِنين وحظي هذا التاجر بالحماية القانونية من خلال إقتصار الإفلاس على الأموال المُستَثْمَرَة في التجارة الأمر الذي سيؤدي إلى عدم حصول جماعة الدائِنين على كامل حقوقهم، في الوقت الذي شرَّع القانون نظام الإفلاس لأجل حماية جماعة الدائِنين من خلال إجراءات الإفلاس التي تتسم بالوطأة والشدة على المدين المفلس لأجل إستحصال حقوق الدائِنين [133]، وهنا سيحصل تعارض المصالح بين الطرفين لذلك لابد من إيجاد حل إتفاقي يرضي الأطراف ويتفق مع قواعد العدالة على الرغم من أنّ هذا التعارض هو من خلق المشرع.

وإذا كان إستيفاء الدائِنين لحقوقهم التي في ذمة التاجر هو الهدف الأسمى والغاية العظمى التي من أجلها تحمَّل الدائِنون مشاق مطالبة مَدِينِهم وشهر إفلاسه ورضوخه لقواعد الإفلاس من إجراءات وأحكام، وقد قدَّر المشرع أنّه من المُتَصَوَّر أنْ يتمكن المفلس من تدبير أموره لأجل النهوض من كبوته وإسترداد مركزه بوسائلٍ مختلفة منها إذا أثبت أنّه قد أوفى كل ديون الدائِنين الذين تحققت ديونهم في التفليسة أو أنّه أودع في قلم المحكمة أو لدى أمين التفليسة المبالغ اللازمة لوفاء تلك الديون [134].

وفي نطاق بحثنا ونظراً لخصوصية حالة التاجر القاصر الذي أفلس في جزء من ذمته المالية وفقاً لمبدأ تخصيص الذمة المالية وبما أنّ الإفلاس يقتصر على الأموال المُستَثْمَرَة في التجارة أو المشروع التجاري وأنّ بقية أمواله لا يطالها حكم الإفلاس وستكون بعيدة عن

متناول الدائِنين، لكن في جميع الأحوال سيبقى الإفلاس يمثل حالةً سلبيةً في حياة هذا التاجر القاصر لذا نرى أنّه بإمكان هذا التاجر القاصر بواسطة مَنْ يمثله سواءً كان الولي أو الوصي أو المحكمة بإعتبارها وليه حسب أحكام قانون رعاية القاصرين أنْ يقدم ضمانات لجماعة الدائِنين بأمواله الأخرى لأجل إرضاء جماعة الدائِنين أي ستكون أمواله الأخرى ضامنةً لوفاء ديونه وذلك لأجل الوصول إلى تسوية عادلة بحيث يتخلص التاجر من الوضع السلبي الذي هو فيه وبذات الوقت عدم هدر مصالح جماعة الدائِنين بحيث يكون هناك عدالة في ذلك من خلال حصولهم على ضمانات للحصول على حقوقهم مستقبلاً بعد إنهاء حالة الإفلاس التي يخضع لها هذا التاجر، وهذا الأمر يتفق مع أحكام القانون المدني العراقي والتي أجازت للأب ذلك أنْ كان هو مَن يتولى رعاية الشؤون المالية للقاصر [135]، أما إذا كان غيره سواءً كان وصيّاً أو قَيِّماً فلا بد من إستئذان المحكمة في ذلك [136].

إلا ان الأحكام الخاصة بترتيب ضمان على أموال القاصر الواردة في القانون المدني العراقي أصبحت معطلة بعد صدور قانون راية القاصرين الذي أوجب على من يتولى رعاية القاصر الحصول على موافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة للتأكد أنّ ذلك يصب في مصلحة القاصر [137]، وينطبق ذلك على حالة التاجر القاصر نرى بإمكانيته تقديم أموال القصر كضمانات لإنقاذه من حالة الإفلاس طالما أنّ الأمر يصب في مصلحة ذلك القاصر شرط الحصول على موافقة مديرية رعاية القاصرين، وبذات الإتجاه ذهب المشرع المصري من حيث إمكانية ترتيب حق على أموال القاصر إلا أنّه إشترط الحصول على إذن المحكمة لأجل ترتيب ذلك الحق العيني [138]، وكذلك أجاز المشرع المغربي في مدونة الحقوق العينية ترتيب حق عَيني على مال القاصر على شرط الحصول على إذن من المحكمة المختصة [139].

وعلى وفق ما تقدم وفي حال الاتفاق على ضمان حقوق الدائِنين من خلال ترتيب حق على أموال القاصر خارج نطاق الأموال المستثمرة بالتجارة لأجل إنقاذ التاجر القاصر من الإفلاس، فهنا ستخرج من دائرة الديون التجارية بل تخضع لأحكام القانون المدني ونرى أنْ تمتد الرُهون إلى ما بعد بلوغ القاصر سن الرشد حتى يتولى إدارة أمواله

بنفسه دون خضوعه للولاية أو الوصاية إضافةً إلى إسترداد أمواله من دائرة رعاية القاصرين وفي هذه الحال سيكون له تجربة سابقة في ممارسة النشاط التجاري يستطيع من خلالها الإستفادة منها في إستثمار أمواله المتبقية في ممارسة النشاط التجاري على وجهٍ أفضل.

ثانياً- الإجتهاد القضائي ودوره في حل تعارض المصالح:

إنّ تعارض المصالح بشكلٍ عام وتعارض المصالح في التفليسة بشكلٍ خاص لا يقتصر أثره على تعقد المشكلات وعدم توازن المصالح بل له دوراً إيجابياً حيث يتيح للقاضي حرية الإجتهاد القضائي فيما لا نص فيه إذ يتيح للقاضي إبراز مهاراته ومعارفه التي إكتسبها [140]، حيث يؤدي الإجتهاد القضائي دوراً بارزاً في فهم وتفسير النصوص القانونية ولا يقتصر ذلك على حالات كشف الغموض في النصوص بل تجاوز ذلك إلى التعامل مع مشكلات النقص والفراغ التشريعي [141].

إذ ان الأصل يعد النص التشريعي هو المصدر الرسمي الأول الذي يلجأ إليه القاضي أثناء نظر النزاع المعروض أمامه تمهيداً للفصل فيه، لكن ذلك لا يعني أن تكون النصوص القانونية واضحةً دائماً إذ قد يعتريها غموض أو يوجد تعارض بين النصوص القانونية، لذلك يكون القاضي مُلزَم بالبحث عن مدلولها الذي يقصده المشرع، كما أنّ المشكلة التي يواجهها القاضي عند نظره للنزاع المعروض لا تقتصر على غموض النصوص القانونية أو تعارضها بل يواجه مشكلة عدم وجود نص يحكم المسألة وهنا لا يقف جهد القاضي وإجتهاده عند تفسير النص الذي يحتمل التأويل بل يمتد إلى حالة النقص الذي يعتري النصوص القانونية لذلك على القاضي البحث عن الحل المناسب من مجموعة المبادئ التي يقوم عليها النظام القانوني في الدولة [142].

وفي نطاق بحثنا حول تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر في التفليسة هل يمكن أن يُتَّخَذّ الإجتهاد القضائي كأحد الحلول لتعارض المصالح بين الطرفين؟

إنّ الإجابة على هذا التساؤل تكمن في تفصيل جوانب الإجتهاد القضائي الآتية: -

1. **ما المقصود بالإجتهاد القضائي:**

إذا كان الإجتهاد القضائي ضرورة عملية وعلمية تُمليهِ خصوصية النصوص التشريعية وطبيعتها إضافةً إلى أنّ القاضي مُلزَم للفصل في

النزاع المعروض أمامه، فما هو المقصود بالإجتهاد القضائي؟

وردت تعريفات عدة للإجتهاد القضائي، منها هو ((الحل الذي يتخذه القاضي في الدعوى المعروضة عليه وذلك في حالة عدم وجود نص قانوني أو غموضه أو تعارضه)) [143]، وحدد هذا التعريف مجال الإجتهاد القضائي في حالة غياب النص التشريعي أو غموضه أو حتى تعارض النصوص القانونية.

كما قيل في تعريف الإجتهاد القضائي بأنّه ((إصدار القاضي حكماً ظنياً فاصلاً للخصومة بشأن واقعةٍ متنازع عليها للإلزام به)) وبرَّرَ هذا التعريف بإنّ القاضي هو من يُصدِر الحكم دون غيره وحكمه في هذه الحالة يكون بناءً على غلبة الظن لا على يقين القاضي والهدف منه الفصل في خصومة في واقعة حصل بشأنها نزاع وصل للمحكمة [144].

كما عُرِّفَ أيضاً بأنه ((الحل الخاص الذي يضعه القضاء بشأن قضية معينة)) [145]، ويمكن الوصول إلى تحديد المقصود بالإجتهاد القضائي بأنَّه عملية البحث والإستنباط التي يقوم بها القضاء للوصول إلى حل للنزاع عند عدم وجود النص القانوني أو غموضه أو تعارضه مع نصوصٍ أخرى.

2. **مدى إمكانية إجتهاد القاضي في حالة تعارض المصالح في تفليسة التاجر القاصر:**

إبتداءً إنّ سلطة القاضي في الإجتهاد يحكمها أصلٌ جامعٌ مؤداه ان لا إجتهاد في مورد النص، إلا أنّ هذا النص القانوني قد يكون مَشوباً بعيبٍ من العيوب التي تجعله في حاجةٍ إلى تفسير وهذه العيوب تتمثل بغموض النص التشريعي أو هناك نقصٌ في التشريع أو تعارض وتناقض بين نصين بحيث يُخالِف الحكم الذي يدل عليه أحدهما الحكم الذي يستنتجه من الآخر، لذلك فإنّ الإجتهاد القضائي يشغل دوراً بارزاً في تفسير النصوص القانونية والتصدي لمشكلات النقص التشريعي حيث ان القصور التشريعي يعد من التحديات الرئيسة التي تظهر في النظام القانوني إذ تنشأ نتيجةً للتعارض بين القوانين والتشريعات فيما يتعلق بالدعاوى القضائية.

وفي مدار بحثنا لاحظنا أنّ تعارض المصالح نشأ نتيجةَ قصورٍ تشريعي سببه تعدد التشريعات والقوانين التي تحكم حالة واحدة حيث

أجاز القانون المدني الذي صدر سنة 1951 في المواد (98و99) للقاصر ممارسة التجارة بشروط وإعتبره بحكم كامل الأهلية في نطاق التصرفات الداخلة تحت الإذن [146]، وترك المسؤولية في حالة إفلاس القاصر مطلقة دون تحديد، ثم صدر قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 والنافذ منه الباب الخامس المُنَظِّم لأحكام الإفلاس وجاءت أحكامه شاملةً لكل مَنْ يكتسب صفة التاجر دون أن يراعي خصوصية التاجر القاصر، ثم صدر قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 دون أن ينتبه المشرع أو ينظم ممارسة القاصر للعمل التجاري أو حالة أيلولة ملكية تجارية لهذا القاصر سواءً كانت حصة في شركة أو مشروع تجاري سواءً كانت بالإرث أو الوصية أو الهبة.

ثم بعد ذلك صدر قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 الذي هو الآخر أغفل مسألة إفلاس التاجر القاصر وتَرَكها للإجتهادات الفقهية على خلاف المشرع المصري الذي حَسَمَ هذه المسألة [147].

كما أغفل قانون التجارة مسألة إستمرار تجارة القاصر التي إنتقلت إليه بالميراث خصوصاً إذا كان المشروع من المشاريع الناجحة لذلك يتوجب تنظيم هذه المسألة وتحديد الإلتزامات التي تقع على القاصر في ممارسة التجارة لكي يسهل معرفة مدى إطلاق صفة التاجر على القاصر مِن عدمه ومدى إمكانية إلزامه بإلتزامات التاجر ومدى شموله بنظام الإفلاس.

ومما زاد الأمر تعقيداً صدور قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل الذي أجاز هو الآخر إستمرار الشركة التضامنية مع الوَرَثة في حال وفاة الشريك دون تحديد لمسؤولية هذا القاصر [148]، والشريك في الشركة التضامنية وكما هو معروف يَكتَسِب صفة التاجر وتكون مسؤوليته مسؤولية شخصية غير محدودة وفي هذه الحالة يبقى القاصر مسؤولاً في كل أمواله عن ديون الشركة جميعها، في حين نجد أنّ المشرع الأردني سَمَح بإنتقال حصة الشريك المتوفي إلى ورثته القاصرين بشرط أن تتحول الشركة من شركة تضامن إلى شركة توصية بسيطة والغاية من ذلك هو حماية القاصر وتحديد مسؤوليته بمقدار حصته في رأس مال الشركة وتبقى أمواله الأخرى خارج الشركة بعيدةً عن دائِنيها ولا يستطيعون التنفيذ عليها لإستيفاء ديونهم [149].

وأمام ما تقدم من تعدد التشريعات التي ستحكم حالة إفلاس التاجر القاصر وما ينتج عنه من تعارض بين بعض التشريعات وغموض البعض الآخر والسكوت عن بيان حكم الحالة في مواضعٍ أخرى سيجعل المحكمة أمام قصورٍ تشريعي وتناقض في الأحكام بين تشريعات متعددة ليس من السهل الوصول لحكم عادل للدعوى المعروضة أمام القضاء، وذلك لعدم وضوح الأحكام والتشريعات وتداخل السياسات القانونية مما يتسبب في تشويش تحقيق العدالة الأمر الذي يصعب معه الوصول إلى تصور قانوني موحد [150]، لذلك يبرز هنا دور الإجتهاد القضائي في معالجة هذا القصور التشريعي خصوصاً وان القاضي لا يستطيع الإمتناع عن الفصل في نزاع يعرض عليه بحجة عدم وجود قاعدة قانونية يمكن تطبيقها أو انّ النص القانوني غامض أو هناك تعارض بين النصوص القانونية [151].

وبما انّ القاضي مُلزَم للفصل في النزاع المعروض أمامه، وفي ذات الوقت عدم وجود نص قانوني يحتَكِم إليه بشكلٍ مباشر لذلك يكون مُلزَم بالبحث والإستنباط والإجتهاد للوصول إلى قاعدة يطبقها على النزاع، خاصةً وكما ذكرنا سابقاً أنّ المشرع العراقي ترك كثيراً من المسائل المتعلقة بالتاجر القاصر وإحتمالية تعرضه للإفلاس دون تنظيم قانوني وإنّ أغلب ما ذكر هي إجتهادات فقهية فحسب.

لذلك على القاضي إتباع الطريق الذي رسمه المشرع في حسم المنازعات في حالة إنعدام النص القانوني في التشريع المكتوب وبما أنّ موضوع بحثنا يعد أحد موضوعات القانون التجاري وبما أنّه لا يوجد نص في القانون يحكم مسألة إشكاليات إفلاس التاجر القاصر رغم إعترافه وقانون الشركات في مثل هذه الحالات (أي مباشرة القاصر للنشاط التجاري سواءً مشروع تجاري أو شركة تضامنية)، فهنا نلجأ إلى القانون المدني إستناداً لحكم المادة (4/ثانياً) من قانون التجارة العراقي التي قضت ((بأنْ يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنه حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاصٍ آخر)) [152]، وبالرجوع إلى القانون المدني نجد أنّ المادة الأولى منه رسمت طريقاً للقاضي للسير فيه لحسم ما قد يُعرَض عليه من منازعات، ففي حالة عدم وجود نصٍ تشريعي يمكن تطبيقه فعلى

القاضي أن يحكم بمقتضى العرف وإذا لم يوجد وَجَبَ عليه البحث في مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمةً لنصوص القانون لأجل الوصول لحكم مناسب للنزاع، وإذا لم يهتد إلى الحل بموجب مبادئ الشريعة الإسلامية بَحَثَ القاضي في مبادئ وقواعد العدالة والتي يقصد بها مجموعة المبادئ والقيم الإنسانية التي يهتدي العقل الإنساني إليها [153].

وإنّ إحالة القاضي إلى قواعد العدالة إنما يقصد تكليفه بأن يجتهد برأيه بحثاً عن الحل العادل للنزاع حتى لا يكون منكر للعدالة، وهنا ينبغي عليه ألّا يتأثر بأفكاره ومعتقداته الشخصية وإنما يتعين عليه أن يُصدِر إجتهاده بناءً على إعتبارات موضوعية تراعي المبادئ التي تسود النظام القانوني بأكمله ودوره في هذه الحالة يقترب من دور المشرع بحيث يكون مُلزَم بتنظيم هذه المسألة، لذلك عليه البحث عن الحل الذي يحقق العدالة بما يعزز ثقة الأطراف بالقواعد القانونية والنصوص التشريعية إضافةً إلى شعورهم بالأمان عند الإحتكام إليه والرضا بأحكامه [154].

3. حالات اللجوء للإجتهاد القضائي في تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر:

عندما يتصدى القاضي للدعوى المعروضة أمامه فهو يقوم بدراسة التشريع القائم بين يديه وبالتالي يمكن أن يواجه فرضيات عدة ضمن هذا النص والتي يمكن أنْ تنحصر بعد إستبعاد فرضية النص التشريعي الواضح بأنْ يكون النص التشريعي غامض أي مبهم وغير واضح أو أنْ يكون هناك فراغ أو نقص في بالنص التشريعي [155].

لذلك ومن خلال دراسة وتحليل النصوص القانونية ذات العلاقة بإفلاس التاجر القاصر وعلاقته بدائِنيه فإنّ الأمر يحتاج إلى تدخل القضاء لمعالجة القصور في هذه التشريعات تحت ستار الإجتهاد القضائي لكي يتلافى النقص في التشريع [156]، وإجتهاد القضاء إزاء ذلك القصور التشريعي يبدو في حالتين هما: -

أ. دور الإجتهاد القضائي في حالة غموض النص التشريعي:

رغم أنّ النص التشريعي هو المصدر الأول الذي يلجأ إليه القاضي للفصل في النزاع المعروض عليه، إلا أنّ ذلك لا يعني أن تكون نصوص القانون واضحةً دائماً بل قد يشوبها الغموض أو أنْ تحتمل

أكثر من معنى أو أنْ يوجد تعارض بين أحكام النصوص القانونية الأمر الذي يتطلب من القاضي عناية ومهارة لأجل تطبيق النصوص القانونية بشكلٍ يحقق مصالح أطراف النزاع [157]، لذلك إذا كان النص غامض وليس له معنىً محدد ويحتمل أكثر من تأويل فإنّ القاضي يجتهد لإبراز قصد المشرع منه، وهذا ما يُعرَف بالتفسير القضائي للنص القانوني [158]، وعلى سبيل المثال نجد أنّ نص المادة (70) من قانون الشركات العراقي تحتاج إلى تفسير دقيق فهذه المادة أجازت إستمرار الشركة التضامنية مع ورثة الشريك عند وفاته في حين لم يبين المشرع طبيعة هذه الشراكة هل يبقى الوريث القاصر مسؤولاً مسؤولية شخصية غير محدودة عن جميع إلتزامات الشركة أم أنّ هذا القاصر تقتصر مسؤوليته على مقدار الحصة التي ورثها في الشركة، فهنا الأمر يحتاج إلى إجتهاد من قبل القاضي المعروض أمامه النزاع حيث أنّ أحكام الإفلاس في قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 لم تُوَضِح هي الأخرى حدود هذه المسؤولية.

ب. دور الإجتهاد القضائي في حالة نقص التشريع:

لا يقتصر دور القاضي عند تطبيقه للنصوص القانونية على مشكلة غموضها أو تعارضها بل قد يواجه مشكلة عدم وجود نص يحكم المسألة فلا يقف جهد القاضي هنا عند تفسير النص الذي يحتمل التأويل بل يمتد إلى حالة النقص الذي يعتري النص القانوني [159]، وبالرجوع إلى المادة الرابعة من القانون التجاري التي جاء فيها بأنّ القانون المدني يسري على جميع المسائل التي لم يَرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانونٍ خاص آخر [160]، وبحكم هذه الإحالة إلى القانون المدني فإنّ القاضي برجوعه إلى القانون المدني عند عدم وجود نص في المجموعة التجارية فإنّ القانون المدني هو الآخر يعترف بوجود النقص في التشريع حيث جاء في المادة (2/1) ((فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه ...)) [161].

يتضح مما سبق انّ إجتهاد القاضي عند تطبيقه للنصوص القانونية في حالة عدم وجود نص تشريعي يِحُكُم النزاع المعروض أمامه عليه اللجوء إلى المصادر الإحتياطية، كما انّه يجتهد وكما ذكرنا في حالة غموض النص القانوني أو قصوره وهذه هي حدود الإجتهاد القضائي، والأمثلة كثيرة في نطاق التشريع العراقي فيما يخص إفلاس التاجر

القاصر عند إنتقال ملكية مشروع تجاري إليه بالميراث أو حتى حالة إفلاس القاصر المأذون في ممارسة التجارة حيث هناك نقص تشريعي إذ لم يحدد المشرع مسؤوليته عند إفلاسه هل تقتصر على الأموال المستثمرة في التجارة أم يتعداها الإفلاس ليشمل أمواله الأخرى خارج نطاق الإذن والاستثمار التجاري.

الخاتمة

بعد الإنتهاء من هذا البحث الموسوم بـ (تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر- دراسة تحليلية مقارنة وفق أحكام الإفلاس) فقد تم التوصل إلى مجموعة من النتائج والتوصيات نعرض أبرزها على النحو الآتي: -

أولاً- النتائج:

1. تتباين وجهات النظر بخصوص تحديد معنى دقيق لمفهوم تعارض المصالح بشكلٍ عام، الأمر الذي يتطلب وضع معنى له فيما يتعلق بهذا التعارض إذا ما كان بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين بشكل يستند على الدقة لأجل إعطاء معنى وافي لهذا التعارض لذلك توصلنا إلى تعريف مقترح لتعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر وهو ((تضاد المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر الذي يكون نتيجة ما يقرره المشرع من حماية قانونية لمصلحة كل منهما الأمر الذي يترتب عليه هدر لمصلحة على حساب الأخرى)).
2. إذا كان تعارض المصالح هو الأصل في المعاملات المالية إلا انّ الذي يهمنا في نطاق بحثنا هو تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين المعروض أمام القضاء أي هناك نزاع قضائي بشأنه ومعنى ذلك عدم توصل الطرفين إلى تسوية ودية بين الطرفين أو تنازل أحداهما عن حقوقه.
3. إنّ التعارض في المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر ليس مطلقاً بل له نطاقه من حيث الجوانب الإجرائية تفرضها الإجراءات المصاحبة لحكم الإفلاس، كما أنّه محدد من الناحية الموضوعية بالحقوق المالية لكل من الطرفين، كما لهذا التعارض نطاقه الشخصي حيث يتحدد بالذمة المالية للتاجر القاصر وجماعة الدائِنين.
4. إنّ مصطلح التاجر القاصر أفرزه الواقع التجاري وإعتد به المشرع من حيث السماح للقاصر بممارسة الأنشطة التجارية بجزء من أمواله

وحسب ما جاء بالمادة 98 من القانون المدني العراقي، كما قد يكتسب القاصر هذه الصفة من خلال تملكه عن طريق الميراث لمشروع تجاري أو حصةٍ فيه أو إنتقال حصةٍ موروثة في شركة تضامنية أو مشروع فردي، الأمر الذي يجعله أمام مسؤولية مالية شخصية غير محدودة.

5. الغاية المرجوة من وجود جماعة الدائِنين هي حصوله على حقوقهم على قِدَم المساواة وحمايتهم من مَدِينِهِم المفلس وإنّ هذه الجماعة تتشكل بقوة القانون لها مركزها القانوني تتلقى حقاً مباشراً من القانون تكون في مواجهة التاجر القاصر المفلس يمثلها المصفي في ذلك.
6. تختلف أسباب تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر إذ قد يتسبب المشرع الوضعي في نشوء حالات تعارض المصالح ويرجع ذلك إما إلى القصور التشريعي عند صياغة النصوص القانونية أو غموضها أو عدم وجود نصوص قانونية حاكمة للموضوع أحياناً الأمر الذي يسبب حرج للمحكمة عند الفصل في هكذا نزاع.
7. تتعدد أساليب حل التعارض بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر - أوجزها البحث بما يأتي: -

أ. إنّ إجراءات صدور حكم الإفلاس وما يقترن به من نتائج قد تخلق حالةً من تعارض المصالح بين التاجر القاصر وجماعة الدائِنين وتُنْشِأ حالةً من التزاحم في مواجهة التاجر القاصر.

ب. للدور التشريعي جانب كبير في حل التعارض بين الطرفين من خلال إعادة صياغة بعض النصوص القانونية أو تعديلها بما يسهم بالشكل الذي يمنع حصول تعارض المصالح بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر.

ج. يمكن أن تكون أحكام قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 إحدى أساليب أو ضمانات حل التعارض بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر لكونه القانون المختص بإدارة واستثمار أموال القاصرين.

د. يمكن أن تشكل الذمة المالية للتاجر القاصر غير المُستَثْمَرَة في النشاط التجاري إحدى ضمانات رفع التعارض بين الطرفين بإعتبار انّ للتاجر القاصر ذمتين إحداهما تُستَثْمَر في التجارة وهو

ما يعرف بمبدأ تخصيص الذمة المالية، وذمةٌ ثانية تشكل بقية أمواله الأخرى خارج نطاق الاستثمار التجاري.

8. للاجتهاد القضائي دوره في حل هذا التعارض الذي خلقته النصوص القانونية بين جماعة الدائِنين والتاجر القاصر.

ثانياً- التوصيات:

1. إبتداءً نوصي المشرع العراقي بإعادة تنظيم مسألة ممارسة القاصر للأعمال التجارية أو الإستمرار في المشروع التجاري بعد وفاة المُوَرِّث بقانون موحد ينظم أحكامها وضوابطها بشكلٍ دقيق بدلاً من تركها مبعثرة بين عدة تشريعات كالقانون المدني وقانون رعاية القاصرين وقانون التجارة وقانون الشركات بحيث تتضح معالم ممارسة القاصر للأعمال التجارية وبيان شروطها وتحديد مدى مسؤوليته عن الديون التجارية في حال إفلاسه.
2. ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في نص المادة (98) من القانون المدني العراقي وتنظيم منح الأذن والترخيص للقاصر بممارسة الأعمال التجارية وذلك لصدور قانون رعاية القاصرين بشكل لاحق مما يتطلب موافقة دائرة رعاية القاصرين على منح الإذن للقاصر بإعتبارها هي الجهة المسؤولة عن إدارة وإستثمار أموال القاصر.
3. نظراً لإختلاف أحكام الولاية على القاصرين بين القانون المدني وقانون رعاية القاصرين نرى أن تُعَدَّل أحكام المادة (98) وفق ذلك، حيث تشترط تلك المادة موافقة الولي وترخيص من القضاء، في حين جَعَل قانون رعاية القاصرين الولاية تنعقد للمحكمة في حال عدم وجود الأب الأمر الذي ينبغي مراعاة ذلك عند منح الإذن للقاصر.
4. ندعو المشرع العراقي إلى تدارك القصور التشريعي الموجود في نص المادة (98) من القانون المدني وبيان مدى مسؤولية القاصر المأذون عن ديونه التجارية.
5. ندعو المشرع العراقي إلى تدارك القصور التشريعي في المادة (70 أولاً وثانياً) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل وبيان مدى مسؤولية القاصر في حال إفلاس الشركة بعد إنتقال حصة الشريك المتوفي إلى ورثته من القاصرين بدلاً من ترك الموضوع للإجتهادات الفقهية ونرى أن تُحَدَّد بمقدار الحصة التي ورثها في رأس

مال الشركة.

6. ندعو المشرع العراقي إلى إعادة النظر في أحكام الإفلاس المنصوص عليها في قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 والتي لازالت نافذة بشكلٍ يُعالِج حالة إفلاس التاجر القاصر بشكلٍ خاص وعلى النحو الآتي: -

أ. إضافة فقرة إلى المادة (566) من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 بإستثناء القاصر الذي يمارس التجارة من حالة إعتباره مفلساً لمجرد التوقف عن دفع الدين.

ب. تعديل نص المادة (621) من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 وإستثناء التاجر القاصر من سقوط آجال الديون التي مواعيد حلولها إلى ما بعد بلوغه سن الرشد.

ج. تعديل نص المادة (766) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970، وإستثناء التاجر القاصر من النفاذ المعجل لحكم الإفلاس وشمول أحكام الإفلاس الصادر بحقه بنظام الكفالة لأجل تدارك وضعه المالي وعدم تأثر سمعته التجارية خصوصاً وانّه تحت التجربة أو تَمَلُّك مشروع تجاري بالميراث.

د. إستثناء حالة التاجر القاصر من حالة تكوين جماعة الدائِنين بحكم القانون لمجرد صدور حكم الإفلاس وإنما الإقتصار على أطراف الدعوى دون الآخرين.

7. ندعو المشرع العراقي إلى تعديل نص المادة (60) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980 بما يسمح بأن يكون صندوق رعاية القاصرين أحد الضمانات للأنشطة التجارية للقاصر أو أحد الضمانات في حالة تَمَلُّك القاصر لحصة في مشروع أو شركة تجارية بحسب أحكام المادة (70) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

8. نلتمس من الشرع العراقي أن يضع قاعدة تَمنَح القضاء سلطة تقديرية لحل تعارض المصالح في الأحوال التي لم يُنَظِّمُها المشرع بنص قانوني لمعالجة حالات القصور التشريعي.

9. تفعيل دور الإجتهاد القضائي في حل تعارض المصالح على وفق مبادئ العدالة التي أقرها المشرع العراقي في المادة الأولى من القانون

المدني العراقي والتي رسمت طريقاً للقاضي للفصل في المنازعات التي لم يرد بشأنها نص تشريعي.

10. وأخيراً نوصي المشرع العراقي بوضع تنظيم قانوني خاص لحالة إفلاس التاجر القاصر وأثره على جماعة الدائِنين والتاجر القاصر وكيفية معالجة تعارض المصالح بين الطرفين وعدم كفاية أموال القاصر المُستَثمَرَة في التجارة للوفاء بحقوق الدائِنين والمحافظة على سمعته ومستقبل هذا القاصر بعد بلوغه سن الرشد.

المصادر

أولاً- الكتب:

1. حامد شاكر محمود الطائي، العُدُول في الإجتهاد القضائي، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2018.

2. د. أحمد محمود خليل، شرح الإفلاس التجاري في قانون التجارة الجديد معلقاً عليه بأحكام محكمة النقض، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 2002.

3. د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الرابع، الإفلاس، دار منشورات عويدات، الطبعة الأولى، 1986.

4. د. إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018.

5. د. باسم محمد صالح، القانون التجاري: القسم الأول (النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الإشتراكي)، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، دون سنة طبع.

6. د. بن داؤود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة- مصر، 2009.

7. د. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1982.

8. د. رضا السيد عبد الحميد، القانون التجاري، الجزء الثالث، الإفلاس وفقاً للقانون رقم 17 لسنة 1999، دون دار نشر، 2001.

9. د. سميحة القليوبي، أحكام الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2008.

10. د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2003.
11. د. سيبيل جلول، نظام الإفلاس وخصائصه، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2012.
12. د. عادل محمد خير، شهر الإفلاس وإفلاس الشركات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2005.
13. د. عبد الأول عابدين محمد بسيوني، آثار الإفلاس في إستيفاء الدائِنين حقوقهم من التفليسة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2008.
14. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، دون سنة طبع.
15. د. عبد الفتاح السيد، رسالة في الإفلاس، المطبعة الرحمانية، مصر، دون سنة طبع.
16. د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014.
17. د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون مكان طبع، 1980.
18. د. علي جمال الدين عوض، الإفلاس، دار النهضة العربية، 1986.
19. د. عمر رياض أحمد، إدارة أموال القاصر والتصرف فيها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2023.
20. د. فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، دار السيسبان، بغداد، 2015.
21. د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، الطبعة الثانية، جامعة بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 2008.
22. د. لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي، القانون التجاري، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2000.
23. د. محسن سفيق، القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الإفلاس، مطبعة دار نشر الثقافة، الطبعة الأولى، دون سنة طبع.

24. د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأعمال التجارية، الشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2002.
25. د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، الجزء الثاني، الإفلاس والأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000.
26. د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس والعقود التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2001.
27. د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001.
28. د. هاني محمد كامل المنايلي، الإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة المصري مدعوماً بأحكام محكمة النقض المصرية، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة- مصر، 2009.

ثانياً- البحوث:

1. أحمد عبد الغني جَلَّاب، دور الإجتهاد القضائي الإداري في معالجة القصور التشريعي، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية العدد 69 الجزء الثالث.
2. بوقرور سعيد، إستثمار أموال الطفل في الشركات التجارية ودور القضاء في حمايتها، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد العاشر، العدد الأول، 2019.
3. د. إشراق صباح صاحب الأعرجي، فلسفة السرعة في القانون التجاري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الثامن، المجلد الثامن.
4. د. دعاء محمود عبد اللطيف، جريمة الجمع بين المصالح المتعارضة، دراسة مقارنة، بحث منشور على شبكة الإنترنت، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية.
5. د. عبد الرحمن داخل ناهي، المصلحة المعتبرة لتجريم الإفلاس الإحتيالي- دراسة تحليلية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الإمام جعفر الصادق، المجلد 39، العدد الأول، 2024.

6. د. عبير حمدي محمد، حماية المصلحة العامة من منظور القانون والقضاء الجنائي، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث، كلية الشريعة والقانون بطنطا، 2019.
7. د. عجالي بخالد، دور الإجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والإقتصادي، العدد الثاني، السنة التاسعة.
8. د. فارس العجمي، الحماية القانونية للتاجر القاصر- دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والمصري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 2، 2020.
9. د. محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور ((المصدري)) للإجتهاد القضائي في القانون المدني ((الواقعية القانونية)) دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد4، السنة السابعة العدد التسلسلي 28، أيلول، 2019.
10. شفارة لخضر وفتاك علي، دور الإجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع في الظروف الإستثنائية المُستَجِدة ((دراسة تطبيقية حالة فيروس كورونا كوفيد 19 المستجد))، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07 العدد 2، 2022.

11. مقلاتي مونة، الإفلاس والتسوية القضائية، محاضرات مطبوعة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2021.

ثالثاً- الرسائل الجامعية:

1. تونصير كريمة وقاسمي نصر الدين، المركز القانوني للقاصر المأذون له بالتجارة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق للعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2022.
2. صالح خالد صالح الشقيرات، الإجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه مُقدَّمَة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007.
3. فارس حامد عبد الكريم العجرش الزبيدي، المعيار القانوني، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2002.
4. وليد طارق فيصل العزاوي، تعارض المصالح في المعاملات المالية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2022.

رابعاً- المصادر الإلكترونية:

1. www.justice.gou.fr/art/pix/sepc2004-1-page1 .

خامساً- القوانين:

1. قانون التجارة البرية اللبناني رقم 304 لسنة 1942.
2. القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948.
3. القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
4. قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966.
5. قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970.
6. القانون المدني الجزائري الصادر بالأمر رقم 75-58 لسنة 1975.
7. قانون التجارة الجزائري لسنة 1975.
8. قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980.
9. قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
10. قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
11. قانون الأسرة المغربي رقم 1-4-22 لسنة 2004.
12. قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.
13. مدونة الحقوق العينية المغربية بموجب القانون 39,08 لسنة 2011.

سادساً- القرارات والتعليمات:

1. قرار مجلس قيادة الثورة رقم 222 لسنة 2000.
2. تعليمات تقسيمات ومهام دائرة رعاية القاصرين رقم 2 لسنة 2010.

Reference:

Books

1. Al-Taie, H. S. M. (2018). Judicial Discretion in Legal Interpretation: A Comparative Analytical Study. Arab Center for Publishing and Distribution.
2. Khalil, A. M. (2002). Commentary on Commercial Bankruptcy in the New Commercial Law with Remarks on the Cassation Court's Rulings. Al-Ma'arif Establishment, Alexandria, Egypt.
3. Nasif, E. (1986). Complete in Commercial Law (Vol. 4, Bankruptcy). Dar Publications Awadit.

4. Al-Shakri, I. T. (2018). The Impact of Condition on the Contract's Judgment: A Comparative Study. Zain Legal Publications, Beirut.
5. Salih, B. M. (n.d.). Commercial Law: Part One (General Theory - Merchant - Commercial Contracts - Banking Transactions - Socialist Commercial Sector). Ministry of Higher Education and Scientific Research, University of Baghdad.
6. Ben Daoud, I. (2009). Bankruptcy and Judicial Settlement in Comparative Commercial Law. Dar Al-Kitab Al-Hadith, Cairo, Egypt.
7. Abdul Rahim, T. (1982). Egyptian Commercial Law. Dar Al-Nahda Al-Arabia, Egypt.
8. Abdul Hamid, R. S. (2001). Commercial Law (Vol. 3, Bankruptcy under Law No. 17 of 1999).
9. Al-Qalyubi, S. (2008). Bankruptcy Rulings. Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, Egypt.
10. Al-Qalyubi, S. (2003). Summary of Bankruptcy Rulings. Dar Al-Nahda Al-Arabia, Cairo, Egypt.
11. Jaloul, S. (2012). Bankruptcy System and Its Characteristics. Legal Publications Halabi, Beirut, Lebanon.
12. Khair, A. M. (2005). Bankruptcy Declaration and Commercial Companies Bankruptcy (Vol. 1).
13. Basyuni, A. A. (2008). Effects of Bankruptcy on Creditors' Rights to the Bankruptcy Estate. Dar Al-Fikr Al-Jami'i, Alexandria, Egypt.
14. Al-Sanhouri, A. (n.d.). The Mediator in Explaining Civil Law (Vol. 10, Personal and Real Guarantees). Dar Iḥyā' Al-Turāth Al-ʿArabī, Beirut, Lebanon.

15. Al-Sayed, A. F. (n.d.). Message on Bankruptcy. Al-Rahmaniya Printing Press, Egypt.

16. Abdul Karim, S. K. (2014). Theory of Preferential Claims in Conflicting Rights: A Comparative Analytical Study. Legal Publications Halabi, Beirut.

17. Al-Hakim, M., & Al-Bakri, A. (1980). Brief on the Theory of Obligation in Iraqi Civil Law (Sources of Obligation) (Vol. 1). Ministry of Higher Education and Scientific Research.

18. Awad, A. J. D. (1986). Bankruptcy. Dar Al-Nahda Al-Arabia.

19. Ahmed, O. R. (2023). Management of Minors' Funds and Transactions: A Comparative Study. Zain Legal Library, Beirut, Lebanon.

20. Jassim, F. I. (2015). Brief on Iraqi Commercial Law. Dar Al-Sisban, Baghdad.

21. Sami, F. M., & Al-Shama, F. M. (2008). Commercial Law (Commercial Papers) (2nd ed.). University of Baghdad, Ministry of Higher Education and Scientific Research.

22. Komani, L. J., & Al-Rafii, A. K. (2000). Commercial Law. Dar Al-Kutub and Documents, Baghdad.

23. Sefik, M. (n.d.). Egyptian Commercial Law (Vol. 2, Bankruptcy). Dar Nashr Al-Thaqafa.

24. Al-Arini, M. F., & Al-Fuqee, M. S. (2002). Commercial Law (Commercial Activities, Commercial Companies). Legal Publications Halabi, Beirut, Lebanon.

25. Bariri, M. M. (2000). Commercial Transactions Law (Vol. 2, Bankruptcy and Commercial Papers). Dar Al-Nahda Al-Arabia.

26. Taha, M. K., & Al-Baroudi, A. (2001). Commercial Law: Commercial Papers, Bankruptcy, and Commercial Contracts. Legal Publications Halabi, Beirut, Lebanon.

27. Taha, M. K. (2001). Commercial Papers and Bankruptcy According to the New Commercial Law. University Printing House, Alexandria.

28. Al-Manaily, H. M. K. (2009). Bankruptcy According to the Provisions of the Egyptian Commercial Law Supported by the Rulings of the Egyptian Court of Cassation (1st ed.). Al-Maktaba Al-Asriya for Publishing and Distribution, Mansoura, Egypt.

Research Papers

1. Jalab, A. A. (n.d.). The Role of Administrative Judicial Discretion in Addressing Legislative Deficiencies. Iraqi University Journal, 69(3).

2. Bougourour, S. (2019). Investment of Children's Funds in Commercial Companies and the Role of Judiciary in Protecting Them. Child Rights Research Journal, 10(1).

3. Al-Aaraji, I. S. S. (n.d.). The Philosophy of Speed in Commercial Law: A Comparative Study. Maysan Journal for Comparative Legal Studies, 8(8).

4. Abdul Latif, D. M. (n.d.). The Crime of Combining Conflicting Interests: A Comparative Study. Internet Research Paper, Faculty of Law, University of Alexandria.

5. Nahi, A. R. D. (2024). Recognized Interest in Criminalizing Fraudulent Bankruptcy: An Analytical

Study in Iraqi Law. Legal Sciences Journal, Faculty of Law, Imam Jaafar Al-Sadiq University, 39(1).

6. Hamdi, A. H. (2019). Protecting the Public Interest from the Perspective of Law and Criminal Judiciary. Paper presented at the Third International Scientific Conference, Faculty of Sharia and Law, Tanta.
7. Bakhled, A. D. (n.d.). The Role of Judicial Precedent in Developing Legal Texts in Algerian Legislation. Legal and Economic Thought Journal, 9(2).
8. Al-Ajmi, F. (2020). Legal Protection of the Minor Trader: A Comparative Study between Kuwaiti and Egyptian Laws. Kuwait International Law Journal, 8(2).
9. Al-Khateeb, M. A. (2019). The Source Role of Judicial Precedent in Civil Law: A Comparative Study between French and Arab Schools. Kuwait International Law Journal, 7(4), 28.
10. Leqdar, L., & Fattak, A. (2022). The Role of Judicial Precedent in Filling Legislative Gaps during Exceptional Circumstances: A Case Study of COVID-19. Algerian Journal of Law and Political Science, 7(2).
11. Mkalati, M. (2021). Bankruptcy and Judicial Settlement: Printed Lectures, Faculty of Law and Political Science, University of May 8, 1945, Qalmah.

University Theses

1. Tonseir, K., & Qasmi, N. (2022). The Legal Status of the Minor Authorized to Trade in Algerian Legislation. Master's Thesis, Faculty of Law and

Political Science, Ahmed Drahia University, Adrar, Algeria.

2. Al-Shuqairat, K. S. (2007). Judicial Precedent Where There is No Text and Its Applications in Sharia and Law. Doctoral Thesis, Faculty of Graduate Studies, University of Jordan.
3. Al-Jarash, F. H. A. (2002). Legal Standards. Master's Thesis, Faculty of Law, University of Baghdad.
4. Al-Izawi, W. T. F. (2022). Conflict of Interests in Financial Transactions: A Comparative Study. Doctoral Thesis, Faculty of Law, University of Karbala.

Online Sources

1. Ministry of Justice. (n.d.). Retrieved from www.justice.gou.fr/art/pix/sepc2004-1-page1

Laws

1. Lebanese Commercial Code No. 304 (1942).
2. Egyptian Civil Code No. 131 (1948).
3. Iraqi Civil Code No. 40 (1951).
4. Jordanian Commercial Code No. 12 (1966).
5. Iraqi Commercial Code No. 149 (1970).
6. Algerian Civil Code No. 75-58 (1975).
7. Algerian Commercial Code (1975).
8. Iraqi Minor's Protection Law No. 78 (1980).
9. Kuwaiti Commercial Code No. 68 (1980).
10. Egyptian Commercial Code No. 17 (1999).
11. Moroccan Family Code No. 1-4-22 (2004).
12. UAE Personal Status Law No. 28 (2005).
13. Moroccan Real Rights Code No. 39-08 (2011).

Decisions and Instructions

1. Revolutionary Command Council Decision No. 222 (2000).
2. Instructions on the Divisions and Tasks of the Minors' Care Department No. 2 (2010).

الهوامش

(1) د. دعاء محمود عبد اللطيف، جريمة الجمع بين المصالح المتعارضة، دراسة مقارنة، بحث منشور على شبكة الإنترنت، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ص182.

(2) www.justice.gov.fr/art/pix/scpc2004-1,page1 .

(3) د. عبد الكريم صالح عبد الكريم، نظرية ترجيح السند الأفضل في تزاحم الحقوق، دراسة تحليلية مقارنة بالقانون المدني، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2014، ص67.

(4) وليد طارق فيصل العزاوي، تعارض المصالح في المعاملات المالية، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة كربلاء، 2022، ص26.

(5) د. إيمان طارق الشكري، أثر الشرط في حكم العقد، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2018، ص21.

(6) المادة 99 من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

(7) د. عبد الرحمن داخل ناهي، المصلحة المعتبرة لتجريم الإفلاس الإحتيالي- دراسة تحليلية في القانون العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون، جامعة الإمام جعفر الصادق، المجلد 39، العدد الأول، 2024، ص361.

(8) فارس حامد عبد الكريم العجرش الزبيدي، المعيار القانوني، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 2002، ص67.

(9) عبد الكريم صالح عبد الكريم، مصدر سابق، ص72.

(10) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، مصدر سابق، ص36.

(11) د. دعاء محمود عبد اللطيف، مصدر سابق، ص189.

(12) د. عبير حمدي محمد، حماية المصلحة العامة من منظور القانون والقضاء الجنائي، بحث مقدم للمؤتمر الدولي العلمي الثالث، كلية الشريعة والقانون بطنطا، 2019، ص154.

(13) مقلاتي مونة، الإفلاس والتسوية القضائية، محاضرات مطبوعة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة 8 ماي 1945 قالمة، 2021، ص3.

(14) د. فاروق إبراهيم جاسم، الوجيز في القانون التجاري العراقي، دار السيسبان، بغداد، 2015، ص13؛ وكذلك د. إشراق صباح صاحب الأعرجي، فلسفة السرعة في القانون التجاري (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة ميسان للدراسات القانونية المقارنة، العدد الثامن، المجلد الثامن، ص369.

(15) د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر،2003، ص10.
(16) د. سيبيل جلول، نظام الإفلاس وخصائصه، الطبعة الأولى، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2012، ص15؛ وكذلك د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص11؛ ويستشف ذلك من أحكام المواد (3/580 و584 و613 و614 و620) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970 والنافذ منه الباب الخامس الخاص بأحكام الإفلاس.
(17) المادة (2/566) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970.
(18) احمد محمود خليل، شرح الإفلاس التجاري في قانون التجارة الجديد معلقاً عليه بأحكام محكمة النقض، منشأة المعارف بالإسكندرية- مصر، 2008، ص21؛ وكذلك مقلاتي مونة، مصدر سابق، ص15.
(19) د. سميحة القليوبي، أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص10.
(20) د. هاني محمد كامل المنايلي، الإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة المصري مدعوماً بأحكام محكمة النقض المصرية، الطبعة الأولى، المكتبة العصرية للنشر والتوزيع، المنصورة- مصر، 2009، ص231 و247.
(21) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، مصدر سابق، ص66.
(22) د. عبد الرحمن داخل ناهي، مصدر سابق، ص358.
(23) د. سيبيل جلول، مصدر سابق، ص206.
(24) الخَلَف العام: هو من يَخْلُف غيره في ذمته المالية جميعها أو في جزء شائع منها كربع أو النصف ويشمل الوارث والموصى له بجزء شائع منها؛ ينظر في ذلك د. عبد المجيد الحكيم ود. عبد الباقي البكري، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي (مصادر الإلتزام)، الجزء الأول، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بدون مكان طبع، 1980، ص130.
(25) ينظر نص المادة (3/593) من قانون التجارة العراقي 149 لسنة 1970.
(26) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، مصدر سابق، ص62.
(27) د. سيبيل جلول، مصدر سابق، ص14.
(28) المادة (7) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 والمادة 10 من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999 والمادة (9) من قانون التجارة البرية اللبناني رقم 304 لسنة 1942 والمادة 1/9 من قانون التجارة الأردني رقم 12 لسنة 1966 والمادة 13 من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
(29) ينظر المادة (106) من القانون المدني العراقي.
(30) د. عمر رياض أحمد، إدارة أموال القاصر والتصرف فيها، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، مكتبة زين الحقوقية، بيروت- لبنان، 2023، ص32.
(31) المادة (2/97) مدني عراقي والمادة (164) من قانون الأحوال الشخصية الإماراتي رقم 28 لسنة 2005.
(32) المادة (2/45) مدني مصري رقم 131 لسنة 1948.
(33) المادة (214) من قانون الأسرة المغربي رقم 1-4-22 لسنة 2004.
(34) المادة (98) من القانون المدني العراقي.
(35) المادة (1/11/ب) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.

([36]) المادة (5) من قانون التجارة الجزائري لسنة 1975.
([37]) المادة (2/19) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
([38]) د. عمر رياض أحمد، مصدر سابق، ص37.
([39]) إذ قد يحصل الصغير على أموال آلت إليه عن طريق ميراث الأم بعد وفاتها أو ميراث عن الجد أو الجدة لأم.
([40]) د. عمر رياض أحمد، مصدر سابق، ص327.
([41]) المادة 1/98 من القانون المدني العراقي.
([42]) المادة (102) من القانون المدني العراقي.
([43]) المادة (27) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.
([44]) د. عمر رياض أحمد، مصدر سابق، ص327 وص342.
([45]) على سبيل المثال المادة 43 من قانون رعاية القاصرين.
([46]) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص110.
([47]) تونصير كريمة وقاسمي نصر الدين، المركز القانوني للقاصر المأذون له بالتجارة في التشريع الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق للعلوم السياسية، جامعة أحمد دراية أدرار، الجزائر، 2022، ص43.
([48]) المادة (1/11) من قانون التجارة المصري.
([49]) د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص33.
([50]) المادة 84 من قانون الأسرة الجزائري.
([51]) المادة (42) من القانون المدني الجزائري، علماً أن المشرع الجزائري حدد سن التمييز بثلاث عشر سنة أما سن الرشد فقد حدده بإكمال الشخص تسعة عشر سنة كاملة على أن يتمتع بقواه العقلية ولا يكون محجوراً عليه، المادة (40) من القانون المدني الجزائري.
([52]) المادة (5) من قانون التجارة الجزائري لسنة 1975.
([53]) المادة (215) من قانون الموجبات والعقود اللبناني.
([54]) المادة (102) من القانون المدني العراقي.
([55]) المادة (27) من قانون رعاية القاصرين.
([56]) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص88.
([57]) د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، القانون التجاري (الأعمال التجارية، الشركات التجارية)، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2002، ص166.
([58]) المادة (7/أولاً) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
([59]) المادة (10) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999؛ ولمزيد من التفصيل ينظر د. عادل محمد خير، شهر الإفلاس وإفلاس الشركات التجارية، الجزء الأول، الطبعة الأولى، دون دار نشر، 2005، ص48.
([60]) المادة (13) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
([61]) تونصير كريمة وقاسمي نصر الدين، مصدر سابق، ص6و8.
([62]) د. باسم محمد صالح، القانون التجاري: القسم الأول (النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع التجاري الإشتراكي)، مطابع وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة بغداد، دون سنة طبع، ص97.

(63) د. لطيف جبر كوماني ود. علي كاظم الرفيعي، القانون التجاري، دار الكتب والوثائق، بغداد، 2000، ص165.
(64) المادة (8) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
(65) المادة 99 من القانون المدني العراقي.
(66) د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشمّاع، القانون التجاري الأوراق التجارية، الطبعة الثانية، المكتبة القانونية، بغداد، 2008، ص30.
(67) د. محمد فريد العريني ود. محمد السيد الفقي، مصدر سابق، ص98.
(68) د. فارس العجمي، الحماية القانونية للتاجر القاصر- دراسة مقارنة بين القانونين الكويتي والمصري، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة الثامنة، العدد 2، 2020، ص61.
(69) د. عمر رياض أحمد، مصدر سابق، ص342.
(70) المادة (11) من قانون التجارة العراقي الملغي رقم 149 لسنة 1970.
(71) المادة (3) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
(72) المادة (19) من قانون التجارة الكويتي رقم 68 لسنة 1980.
(73) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص108.
(74) د. فارس العجمي، مصدر سابق، ص62.
(75) المواد (70 و193) من قانون الشركات العراقي؛ ولمزيد من التفصيل ينظر د. عمر رياض أحمد، مصدر سابق، ص346.
(76) وذلك لكون مسؤولية الشريك في الشركة التضامنية والمشروع الفردي مسؤولية شخصية غير محدودة عن جميع إلتزامات الشركة حسب أحكام المادة (6 ثالثاً ورابعاً) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.
(77) المادة (3/30) من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997.
(78) د. هاني كامل محمد المنايلي، مصدر سابق، ص98.
(79) ورد مصطلح جماعة الدائنين في عدد من مواد قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970 وعلى سبيل المثال المواد
(613، 614، 617، 618، 628) ومواد أخرى.
(80) ينظر نصوص المواد (569/ا/ب) و(701) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970.
(81) د. سميحة القليوبي، أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص205.
(82) ينظر المواد (2/620) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970؛ و(605) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999؛ والمواد (503، 504) من قانون التجارة البرية اللبناني لسنة 1942.
(83) أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص100.
(84) ينظر المواد (1/586) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970؛ و(1/591) من قانون التجارة المصري؛ والمادة (512) من قانون التجارة البرية اللبناني لسنة 1942.
(85) د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص177.
(86) د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي، القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس والعقود التجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2001، ص482.
(87) أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص110.

(88) ينظر المادة 04 من الأمر رقم 23/96 في 9. يونيو 1996 المتعلق بالوكيل المتصرف القضائي؛ ولمزيد من التفصيل ينظر د. بن داؤود إبراهيم، مصدر سابق، ص98.
(89) د. هاني محمد كامل المنايلي، مصدر سابق، ص200.
(90) د. علي جمال الدين عوض، الإفلاس، دار النهضة العربية، 1986، ص9.
(91) ينظر في ذلك المواد (620) من قانون التجارة العراقي رقم (149) لسنة (1970)؛ والمادة (605) من قانون التجارة المصري؛ والمادة (503) من قانون التجارة اللبناني؛ والمادة (245) من قانون التجارة الجزائري.
(92) د. محمود مختار بريري، قانون المعاملات التجارية، الجزء الثاني، الإفلاس والأوراق التجارية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، 2000، ص144.
(93) د. مصطفى كمال طه، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لقانون التجارة الجديد، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، 2001، ص424.
(94) د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، الجزء الرابع، الإفلاس، دار منشورات عويدات، الطبعة الأولى، 1986، ص299.
(95) ينظر في تفاصيل ذلك د. هاني محمد كامل المنايلي، مصدر سابق، ص98-99؛ وكذلك د. سيبيل جلول، مصدر سابق، ص173.
(96) د. بن داؤود إبراهيم، مصدر سابق، ص139.
(97) ينظر المواد (586) وما بعدها من قانون التجارة العراقي 149 لسنة 1970؛ والمواد 512 وما بعدها من قانون التجارة اللبناني لسنة 1962؛ وكذلك الأمر 23/96 في 09 يونيو 1996 الجزائري الخاص بالوكيل المتصرف القضائي.
(98) المادة (621) من قانون التجارة رقم 149 لسنة 1970؛ والمادة (606) من قانون التجارة المصري؛ والمادة (505) من قانون التجارة اللبناني؛ والمادة (246) من قانون التجارة الجزائري.
(99) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر، التأمينات الشخصية والعينية، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، دون سنة طبع، ص3.
(100) المادة (620) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970؛ والمادة (605) من قانون التجارة المصري؛ والمادة (503) من قانون التجارة اللبناني؛ والمادة (245) من قانون التجارة الجزائري.
(101) د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص179؛ وكذلك أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص101.
(102) د. عبد الفتاح السيد، رسالة في الإفلاس، المطبعة الرحمانية، مصر، دون سنة طبع، ص97.
(103) د. محسن سفيق، القانون التجاري المصري، الجزء الثاني، الإفلاس، مطبعة دار نشر الثقافة، الطبعة الأولى، دون سنة طبع، ص638؛ وكذلك د. ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري المصري، دار النهضة العربية، مصر، 1982، ص340.
(104) د. ثروت عبد الرحيم، مصدر سابق، ص341؛ وكذلك د. مصطفى كمال طه، مصدر سابق، ص327؛ وكذلك
د. رضا السيد عبد الحميد، القانون التجاري، الجزء الثالث، الإفلاس وفقاً للقانون رقم 17 لسنة 1999، دون دار نشر، 2001، ص173.

(105) ينظر المواد (588) وما بعدها من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970؛ والمواد (572) وما بعدها من قانون التجارة المصري؛ والمواد 521 و524 ومواد أخرى من قانون التجارة اللبناني؛ والمواد 242 و254و257 ومواد أخرى من قانون التجارة الجزائري.
(106) د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص140.
(107) د. عبد الأول عابدين محمد بسيوني، آثار الإفلاس في إستيفاء الدائنين حقوقهم من التفليسة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2008، ص23.
(108) أحمد محمود خليل، مصدر سابق، ص29.
(109) المادة (580) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970.
(110) د. محسن شفيق، مصدر سابق، ص199.
(111) د. سميحة القليوبي، أحكام الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة- مصر، 2008، ص149.
(112) د. هاني محمد كامل المنايلي، مصدر سابق، ص60؛ وكذلك د. بن داؤود إبراهيم، نظام الإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري المقارن، دار الكتاب الحديث، القاهرة- مصر، 2009، ص86.
(113) المادة (584) من قانون التجارة العراقي رقم 149 لسنة 1970.
(114) د. سبيل جلول، مصدر سابق، ص94؛ وكذلك د. سميحة القليوبي، أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص147.
(115) د. بن داؤود إبراهيم، مصدر سابق، ص85؛ وكذلك د. هاني محمد كامل المنايلي، مصدر سابق، ص57.
(116) د. سميحة القليوبي، الموجز في أحكام الإفلاس، مصدر سابق، ص51.
(117) المادة (3) من قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة 1980.
(118) المادة (106) من القانون المدني العراقي.
(119) د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع، القانون التجاري (الأوراق التجارية)، الطبعة الثانية، جامعة بغداد، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، 2008، ص30.
(120) المادة (60) من قانون رعاية القاصرين.
(121) قرار مجلس قيادة الثورة رقم 222 لسنة 2000 النافذ والمنشور في جريدة الوقائع العراقية العدد 3859 سنة 2001؛ وكذلك ينظر رابعاً من تعليمات تقسيمات ومهام دائرة رعاية القاصرين رقم (2) لسنة 2010 والمنشورة في جريدة الوقائع العراقية بالعدد 4167 في 2010/10/8.
(122) المادة (63/ثانياً) من قانون رعاية القاصرين.
(123) المادة (1/98) من القانون المدني العراقي.
(124) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص106.
(125) المادة (43) من قانون رعاية القاصرين.
(126) المادة (13) من قانون التجارة الملغي رقم 149 لسنة 1970.
(127) المادة (70/أولاً وثانياً) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.
(128) المادة (6/ثالثاً) من قانون الشركات العراقي.
(129) د. عمر رياض أحمد، مصدر سابق، ص342.

(130) د. باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص108.
(131) بوقرور سعيد، إستثمار أموال الطفل في الشركات التجارية ودور القضاء في حمايتها، مجلة دفاتر مخبر حقوق الطفل، المجلد العاشر، العدد الأول، 2019، ص86.
(132) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، مصدر سابق، ص142.
(133) د. هاني محمد كامل المنايلي، مصدر سابق، ص268.
(134) د. عبد الأول عابدين محمد بسيوني، مصدر سابق، ص186.
(135) ينظر في ذلك أحكام المادة (1/1289) من القانون المدني العراقي.
(136) المادة (2/1289) من القانون المدني العراقي.
(137) المادة (43) من قانون رعاية القاصرين.
(138) المواد (7و15) من قانون الولاية على المال المصري.
(139) المادة (178) من مدونة الحقوق العينية المغربية الصادرة بموجب القانون 08,39، المنشور في سنة 2011.
(140) وليد طارق فيصل جواد العزاوي، مصدر سابق، ص161.
(141) أحمد عبد الغني جَلَّاب، دور الإجتهاد القضائي الإداري في معالجة القصور التشريعي، بحث منشور في مجلة الجامعة العراقية العدد 69 الجزء الثالث، ص534.
(142) د. عجالي بخالد، دور الإجتهاد القضائي في تطوير النصوص القانونية في التشريع الجزائري، مجلة الفكر القانوني والإقتصادي، العدد الثاني، السنة التاسعة، ص830.
(143) حامد شاكر محمود الطائي، العُدُول في الإجتهاد القضائي، دراسة قانونية تحليلية مقارنة، المركز العربي للنشر والتوزيع، ط1، 2018، ص33.
(144) صالح خالد صالح الشقيرات، الإجتهاد القضائي فيما لا نص فيه وتطبيقاته في الشريعة والقانون، أطروحة دكتوراه مُقدَّمَة إلى كلية الدراسات العليا، الجامعة الأردنية، 2007، ص46.
(145) أحمد عبد الغني جَلَّاب، مصدر سابق، ص520.
(146) ينظر المواد (98 و99) من القانون المدني العراقي.
(147) ينظر المادة (13) من قانون التجارة المصري رقم 17 لسنة 1999.
(148) المادة (70) من قانون الشركات العراقي رقم 21 لسنة 1997 المعدل.
(149) المادة (3/30) من قانون الشركات الأردني رقم 22 لسنة 1997.
(150) أحمد عبد الغني جَلَّاب، مصدر سابق، ص529.
(151) د. عجالي بخالد، مصدر سابق، ص828.
(152) المادة 4/ثانياً من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.
(153) المادة (1) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.
(154) د. عجالي بخالد، مصدر سابق، ص829.
(155) د. محمد عرفان الخطيب، حقيقة الدور ((المصدري)) للإجتهاد القضائي في القانون المدني ((الواقعية القانونية)) دراسة مقارنة بين المدرستين الفرنسية والعربية، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، العدد4، السنة السابعة العدد التسلسلي 28، أيلول، 2019، ص128.
(156) شفارة لخضر وفتاك علي، دور الإجتهاد القضائي في سد النقص في التشريع في الظروف الإستثنائية المُستَجِدة ((دراسة تطبيقية حالة فيروس كورونا كوفيد 19

المستجد))، المجلة الجزائرية للحقوق والعلوم السياسية، المجلد 07 العدد 2، 2022، ص609.

([157]) أحمد عبد الغني جَلَّاب، مصدر سابق، ص533.

([158]) د. عجالي بخالد، مصدر سابق، ص830؛ وكذلك د. محمد عرفان الخطيب، مصدر سابق، ص128-129.

([159]) د. عجالي بخالد، مصدر سابق، ص820؛ وكذلك د. محمد عرفان الخطيب، مصدر سابق، ص129.

([160]) المادة (4/ثانياً) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984.

([161]) المادة (2/1) من القانون المدني العراقي.