مجلة كلية القانون والعلوم السياسية العدد (١١)

معايير دولية الإفلاس في القانون الدولي الخاص

أ.د. بشير جمعة عبد الجبار
الباحث: أحمد رياض فياض
الجامعة العراقية ـ كلية القانون والعلوم السياسية

المستخلص

يُعد الإفلاس العابر للحدود من أهم المسائل التي ازدادت أهميتها في الآونة الأخيرة، وذلك نتيجة تطور التجارة الدولية وزيادة الاستثمارات الأجنبية، أصبح من المتوقع سهولة تعرض الاستثمارات الأجنبية لخطر الإفلاس وقد أصبح موضوع الإفلاس في بؤرة الاهتمام على الصعيد الفقهي والتشريعي والقضائي والاتفاقيات الدولية، حيث أثار موضوع الإفلاس مشاكل عديدة في مجال القانون الدولي الخاص، وذلك من ناحية تحديد المحكمة المختصة بنظر دعوى أشهار الإفلاس، وتحديد القانون الواجب التطبيق.

إن دخول الصفة الأجنبية في تلك الاستثمارات أدى إلى ظهور نزاعات بين أطراف ينتمون إلى دول مختلفة، ولحسم هذه النزاعات يتطلب معرفة المحكمة المختصة بالنظر إلى النزاع, ومن ثم تحديد القانون الواجب التطبيق على دعوى الإفلاس المتضمنة عنصراً أجنبيا، ويكون ذلك من خلال البحث في مدى إمكانية الاستعانة بقواعد الاختصاص القضائي الوطني في حل إشكاليات الإفلاس الدولي, ومن أهمها تحديد المحكمة المختصة في نظر قضايا الإفلاس العابر للحدود، وقد حاولت هذه الدارسة إيجاد الحلول القانونية من خلال التطبيق على بعض النصوص القانونية العراقية بالاستعانة بقواعد قانون الإفلاس العابر للحدود الصادر عن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي «الأونسيترال».

Abstract

Cross-border bankruptcy is one of the most important issues that have increased its importance in recent times, due to the development of international trade and the increase in foreign investment. The issue of bankruptcy raised many problems in the field of private international law, in terms of determining the competent court to hear the bankruptcy lawsuit, and determining the applicable law. Entering foreign status in these investments leads to the emergence of disputes between parties belonging to different countries, and to resolve these disputes requires knowledge of the competent court by looking into the dispute and then determining the law applicable to the bankruptcy lawsuit that includes a foreign element, This is done by examining the extent to which the rules of national jurisdiction can be used in solving international bankruptcy problems, the most important of which is identifying the competent court to consider cross-border bankruptcy cases, as this study tried to find legal solutions through application to the texts of Iraqi law with the help of the rules of the cross-border bankruptcy law Issued by the United Nations Commission on International Trade Law «UNCITRAL».

المقدمة

لقد أصبح الإفلاس العابر للحدود أمراً يفرضه واقع الاقتصاد العالمي، حيث يواجه هذا النوع من الإفلاس فراغاً تشريعياً في معظم التشريعات الوطنية، فتحديد الصفة الدولية للإفلاس يقوم على مجموعة من الأسس والمعايير، فمن الصعب اعتبار الإفلاس دولي لمجرد أن المستثمر المراد شهر افلاسه يحمل جنسية أجنبية، أو لمجرد أن بعض دائنيه من الأجانب، فلا بد من وجود بعض المعايير التي بموجبها يمكن تحديد دولية الإفلاس، فامتلاك المستثمر أموالاً في أكثر من دولة قد يشكل صعوبة في وضع اليد على أمواله وحصرها، الأمر الذي يؤدي إلى صعوبة تحديد القانون الواجب التطبيق على مسائل الإفلاس الدولي، مما أدى ذلك إلى تزايد المشاكل القانونية التي تحتاج إلى حلول سريعة وفعالة، وذلك لحماية الدائنين والمشروعات التجارية من أجل استقرار الاقتصاد الوطني وتطوره.

أهمية البحث:

تكمن أهمية موضوع البحث في كثرة التطور الاقتصادي التي أدت إلى زيادة احتمالية وقوع الإفلاس وصعوبة تحديد الإفلاس كان دولياً أم لا، فالإفلاس الدولي يثير عدة إشكاليات لاسيما إزاء اختلاف الفقه التجاري والنقص التشريعي في القوانين إقليمياً ودولياً، وعليه نرى لا بد من تسليط الضوء على هذا الموضوع الذي يُعد من المواضيع ذات الأهمية البالغة في الوقت الحاضر.

مشكلة البحث:

إن مشكلة البحث تكمن في احتمالية تعرض المستثمر إلى خطر الإفلاس وهذه الحالة يمكن أن تدخل في نطاق القانون الدولي الخاص عندما يكون المستثمر أجنبي, فلا بد أن يتصف الإفلاس بهذه الحالة بصفة الدولية, حيث تعد صفة الدولية هنا من المسائل التي تثير بعض الصعوبات في تحديدها وهذا ما سيكون مدار بحثنا حول هذه الاشكالية.

منهجية البحث:

تم اتباع منهجية الأسلوب التحليلي المقارن, فهو أسلوب تحليلي يقوم على تحليل نصوص التشريعات القانونية لمختلف الدول، لاستخلاص دلالتها وتفسير وشرح القواعد القانونية للإفلاس, بالإضافة إلى معرفة مدى إمكانية تطبيقها على المستثمرين الأجانب, وهو أسلوب مقارن من خلال المقارنة بين موقف التشريعات القانونية لمختلف الدول.

المبحث الأول
الأسس التي تقوم عليها دولية الإفلاس

إن تحديد الصفة الدولية للإفلاس يقوم على مجموعة من الأسس والمعايير، فالإفلاس الدولي له أثر على المستثمر الأجنبي، فتحديد الصفة الدولية للإفلاس يقوم على معيارين، المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للإفلاس، والذي يقوم على فكرة أساسية مفادها أن العلاقة القانونية تعد دولية إذا اتصلت بعناصرها القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، والمعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للإفلاس، والذي يعتبر الافلاس وفقاً لهذا المعيار دولياً إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، وعليه ينقسم هذا المبحث إلى مطلبين، المطلب الأول يناقش الأسس والمعايير التي تحدد الصفة الدولية للإفلاس، أما المطلب الثاني فيناقش الإفلاس بين النظرية العالمية والنظرية الاقليمية.

المطلب الأول: الأسس والمعايير التي تحدد الصفة الدولية للإفلاس

لكي يكون الإفلاس دولياً لابد أن يخضع إلى أحد المعايير التي تحدد دوليته، ولقد اختلفت التشريعات في مدى الأخذ بهذه المعايير، فتحديد دولية الإفلاس مهم جداً في القانون الدولي الخاص وذلك لإيجاد تنظيم فعال حول الإفلاس الدولي، وحماية أطراف المعاملات التجارية الدولية وإشاعة الثقة بينهم، فما هي هذه المعايير التي تحدد دولية الإفلاس، وعليه سنتناول هذه المعايير في فرعين وهي كالآتي:

الفرع الأول: المعيار القانوني لتحديد الصفة الدولية للإفلاس

يقوم هذا المعيار على فكرة أساسية مفادها اختلاف جنسية الدائن عن جنسية المدين أو قد يمارس التاجر تجارته على أراضي أجنبية، وهذا ما يسمى بالمعيار القانوني[١]، فالعلاقة القانونية تعد دولية إذا اتصلت بعناصرها القانونية بأكثر من نظام قانوني، وعلى ذلك فإن دولية العلاقة تتحدد في مدى تطرق الصفة الأجنبية إلى العناصر القانونية لتلك العلاقة، على أساس أن مسألة تنازع القوانين تثور عند اكتساب العلاقة القانونية الصفة الأجنبية فتصبح علاقة دولية خاصة[٢].

لقد أيد الفقه الفرنسي هذا الإتجاه لأن دولية العلاقة في نظرهم يكفي لتوافرها اشتمال النزاع على عنصر يخرجه من النطاق الوطني البحت، كاختلاف جنسية الخصوم، أو اختلاف مراكز اعمال الخصوم وأجنبية القانون الواجب التطبيق على موضوع النزاع، فمعيار دولية الإفلاس يمكن التوصل إليه من خلال النظر إلى الأسباب التي من أجلها وضع القانون النموذجي للإفلاس الدولي، حيث كان من ضمنها المعيار القانوني، فإفلاس التاجر الفرد أو المؤسسة أو الشركة عبر الحدود والذي يتمثل بوجود عنصر أجنبي يدخل الإفلاس في نطاق القانون الدولي الخاص[٣]، ولقد اختلف أنصار هذا الإتجاه على مدى فاعلية العناصر القانونية للإفلاس لإضفاء الطابع الدولي له،

(١) د. بسمة محمد نوري كاظم، د. قيس الشرايرة، الإفلاس التجاري عبر الحدود ودور الاختصاص القضائي الدولي في حل إشكالياته، بحث منشور في مجلة دنانير، العدد السابع، ٢٠١٥، ص ٥.

(2) Mayer (P.). Droit international prive. 4eme Ed. Montchrestien. 1991. P. 11.

(٣) د. بسمة محمد نوري كاظم، د. قيس الشرايرة، المصدر السابق، ص ٥.

والمتمثلة بالأطراف والمحل والسبب، فالمعيار القانوني وفقاً لهذا الإتجاه يؤدي إلى اعمال احكام القانون الدولي الخاص لمجرد أن يتوافر في الإفلاس عنصراً أجنبياً، بصرف النظر عن أهمية هذا العنصر(٤).

يعد الإفلاس دولياً وفقاً للمعيار القانوني إذا كانت أحد عناصره من أطراف ومحل وسبب أجنبياً، فهو يعد دولياً وفقا لمفهوم هذا الرأي إذا كان المدين المفلس أو أحد الدائنين أجنبياً، أو مقيماً في دولة غير تلك التي تتخذ اجراءات الإفلاس، أو يمتلك أموالاً في أكثر من دولة، أو إذا ابرم بعض التصرفات التجارية في دولة أجنبية عن الدولة التي يمارس فيها نشاطه(٥).

من الانتقادات التي وجهت لهذا الإتجاه أنه من الصعب اعتبار الإفلاس دولياً لمجرد أن التاجر المراد اشهار إفلاسه يحمل جنسية أجنبية أو لمجرد أن بعض دائنيه من الأجانب، فمشكلة دولية الإفلاس تثور إذا كان للمدين المفلس اموال موزعة في أكثر من دولة، حيث تدعي كل دولة لنفسها بالحق في خضوع كل جزء من اموال المدين الكائنة فيها لقانونها، ولقد نص المشرع العراقي في المادة ٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن الشركة الأجنبية التي تمارس نشاطها في العراق يطبق عليها القانون العراقي(٦)، فإن اختلاف جنسية المدين عن جنسية الدائنين لا يكفي لوصف الإفلاس بالدولي, وأنما امتلاك المدين اموالا في أكثر من دولة من عدمه هو الذي يتحدد على أساسه ما إذا كان الإفلاس دولي أم لا، فبمجرد وجود دائن أجنبي لمدين تتركز كل ذمته المالية في بلد واحد لا يؤدي إلى اعتبار الإفلاس دولياً، فقد يتوافر العنصر الأجنبي بعدة وجوه، كأن تكون شركة متعددة الجنسيات تباشر نشاطها في العديد من الدول، أو أن يكون تاجر يمتلك بضائع خارج وطنه، فلا يمكن الاكتفاء بوجود العنصر الأجنبي، وهو وجود البضائع في الخارج، لاعتبار الإفلاس دولي، ذلك لأن وجود البضائع في الخارج ليس له إلا أهمية محدودة(٧).

الفرع الثاني: المعيار الاقتصادي لتحديد الصفة الدولية للإفلاس

يعتبر الإفلاس دولياً وفقاً لهذا المعيار إذا تعلق بمصالح التجارة الدولية، فدولية الإفلاس مستمدة من موضوع العلاقة وهو كون اموال المدين موزعة في أكثر من دولة، حيث يعتبر العقد دولياً وفقاً للمعيار الاقتصادي إذا اتصل بمصالح التجارة الدولية، أي تجاوز رابطة الاقتصاد الداخلي لدولة معينة بأن يتضمن هذا العقد مثلا استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة اجنبية، أي يترتب عليه حركة البضائع

(٤) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٥، ص ٦٠.
(٥) محمد السيد عرفه، دور الاتفاقيات الدولية في وضع حلول لتنازع القوانين والاختصاص القضائي الدولي بمسائل الإفلاس، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٩، ص ٦.
(٦) نصت المادة ٤٩ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على انه: ((١- يسري على النظام القانوني للأشخاص المعنوية الأجنبية من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها قانون الدولة التي يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، ٢- ومع ذلك فإذا باشر الشخص المعنوي الأجنبي نشاطه الرئيسي في العراق فان القانون العراقي هو الذي يسري)).
(٧) د. ناجي عبد المؤمن، الإفلاس والتحكيم والعولمة، دراسة حول بعض إشكاليات الإفلاس الدولي، دار النهضة، القاهرة، ٢٠٠٣، ص ٢٥.

عبر الحدود، ويتصف هذا المعيار بأنه ينظر إلى دولية العلاقة انطلاقاً من دور نظام الإفلاس في التجارة الدولية، بوصفه أحد أهم الأدوات والأنظمة التي تكفل تدفق السلع والخدمات عبر الحدود، وتوفير الحماية اللازمة للأطراف المتعاملة دولياً، وإشاعة الثقة بينهم، فالمعيار الأقتصادي يتفق مع التعريف الذي أورده القانون الأوروبي للإفلاس رقم ١٣٤٦ لعام ٢٠٠٠ بشأن مركز النشاط الرئيسي للمدين[٨]، وأيضاً يتفق مع التعريف الذي اورده قانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود بالنسبة للمؤسسة[٩].

لقد نصت اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقود البيع الدولي للبضائع لعام ١٩٨٠ في المادة ١٢ على أنه: «تطبق أحكام هذه الاتفاقية على عقود بيع البضائع المعقودة بين أطراف توجد اماكن عملهم في دول مختلفة»، وهذا ما أخذت به اتفاقية الأمم المتحدة بشأن عقد البيع الدولي لاعتبار العقد دولياً إذا اتصل بالتجارة الدولية وهذا هو المعيار الاقتصادي[١٠]. لقد أخذ القانون اللبناني بالمعيار الاقتصادي فيما يتعلق بالتجارة الدولية، ويرى أن التجارة تعد دولية إذا اتصلت بأكثر من دولة، ويرى أن تطبيق ذلك في مجال الإفلاس يؤدي إلى القول بإن اجراءات الإفلاس التي تستحق أن تتصف بالدولية هي تلك التي تنطوي على تجارة دولية أي اجراءات الإفلاس التي تتعلق بمصالح التجارة الدولية[١١]، أما فيما يخص المشرع العراقي، فإنه بالرجوع إلى قانون التجارة رقم(٣٠ لسنة ١٩٨٤) نراه قد حدد في المادة [١٢]٢٩٤, من القانون المذكور أن البضائع المنقولة بين دولتين أو أكثر تُعد من البيوع الدولية, الأمر الذي يؤكد أن المشرع العراقي في قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) قد اعتمد في تحديده لعقد البيع الدولي أن يكون البيع بين دولتين او أكثر، فالبيع بحد ذاته هو عملية تجارية لما تتضمنه من استيراد وتصدير للبضائع، وهذا يتفق مع نص المادة (٥/ثالثا) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤)[١٣]، الذي عد استيراد البضائع أو تصديرها هو أحد الأعمال التجارية[١٤].

اتجه القضاء الفرنسي الحديث للتصدي لمدى دولية العقد إلى الجمع بين كل من المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، وهذا ما يطلق عليه بالمعيار المزدوج، فالمعيار

---

(٨) نص القانون الأوروبي للإفلاس رقم ١٣٤٦ لعام ٢٠٠٠ بشأن مركز النشاط الرئيسي للمدين على انه: ((المكان الذي باشر فيه المدين عادة نشاطه الاقتصادي)).

(٩) نصت المادة رقم ٦٠ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الإعسار عبر الحدود: المنظور القضائي لعام ٢٠١٢ بالنسبة للمؤسسة على انه: ((مكان عمليات يقوم فيه المدين بنشاط اقتصادي غير عارض بواسطة وسائل بشرية وسلع وخدمات)).

(10) John O. Honnold, Uniform Law for International Sales under the 1980 United Nations Convention, 4th edition, 2009, P. 13.

(١١) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص ٢٧.

(١٢) نصت المادة ٢٩٤ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه: ((البيع الدولي هو بيع يكون محله بضاعة منقولة او معدة للنقل بين دولتين او أكثر)).

(١٣) نصت المادة (٥/ثالثا) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه: ((تعتبر الاعمال التالية اعمالًا تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس: ثالثا: استيراد البضائع او تصديرها واعمال مكاتب الاستيراد والتصدير)).

(١٤) د. عبد الرسول الاسدي، حيدر عبد الحسين حسن، سلطة المحكم في تحرير العقود الدولية من الخضوع للقوانين الوطنية، دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني/ السنة العاشرة، ٢٠١٨، ص ٢٢.

المزدوج يربط المعيارين القانوني والاقتصادي معاً عن طريق امتلاك المدين المفلس اموال في أكثر من دولة، وأضف إلى ذلك أن تكون ديون الدائنين ناشئة عن علاقات تجارية دولية[١٥]، فالأخذ بالمعيار القانوني وحده يؤدي إلى دولية علاقة بالرغم من عدم اتصالها بمصالح التجارة الدولية، كذلك الحال بالنسبة للمعيار الاقتصادي فأنه سيثير العديد من المشاكل أكثر مما يجد لها حلولاً، لأنه معيار واسع ومطاط ويتسم بالغموض وعدم التحديد، لذلك لا بد من الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي لإلحاق الصفة الدولية بالإفلاس، بحيث أن هذه الصفة الدولية تثبت لدعاوى الإفلاس في الحالة التي يكون فيها للمدين المفلس اموال في أكثر من دولة، وتكون ناشئة عن علاقات تجارية دولية أي انشطة اقتصادية عابرة للحدود[١٦].

المطلب الثاني: الإفلاس بين النظرية العالمية والنظرية الاقليمية

إن الإفلاس تحكمه نظريتان، الأولى تنادي بوحدة وعالمية الإفلاس، أما الثانية فتنادي بتعدد الإفلاس وإقليميته, الأمر الذي يترتب عليه اختلاف تحديد المحكمة المختصة بالنظر في دعاوى الإفلاس، وعليه اختلاف القانون الواجب التطبيق، إذ إن لكل من النظريتين جانب إيجابي وآخر سلبي، إذ اختلفت التشريعات ما بين مؤيد ومعارض، فمنهم من أخذ بالنظرية العالمية للإفلاس ومنهم من أخذ بالنظرية الاقليمية للإفلاس، لذلك لا بد من بيان موقف التشريعات من النظريتين، وهذا ما سوف يكون مدار حديثنا في هذا المطلب ويكون ذلك وفق ثلاث محاور وهي كالاتي:

الفرع الأول: النظرية العالمية للإفلاس

ذهب أنصار هذه النظرية والتي تعرف بوحدة أو عالمية الإفلاس، إلى أن الذمة المالية للمدين الأجنبي بمثابة عنصراً واحداً غير قابل للتجزئة أو الانقسام، بغض النظر عن مكان وقوعه, وبغض النظر عن جنسية المدين الأجنبي أو دائنيه، فيكون الحق في إشهار الإفلاس والدعاوى الناشئة عن الإفلاس لمحكمة واحدة، وهي محكمة مركز المصالح الرئيسة للمدين الأجنبي، أي محكمة موطن المدين الأجنبي المتوقف عن الدفع، ويكون القانون الواجب التطبيق هو واحداً أيضاً وهو قانون القاضي للمحكمة المختصة سواء على دعوى الإفلاس ذاتها أو على الدعاوى الناشئة عن الإفلاس[١٧], كما أن الحكم الصادر بإشهار الإفلاس هو حكم واحد أيضا، يمتد أثره إلى كافة الدول التي يمتلك فيها المدين الأجنبي أموالا، وبغض النظر عن طبيعتها عقارات أو منقولات، وذلك مع الاحتفاظ بإتباع إجراءات شكلية محددة في بعض الأحيان، فيتمتع هذا الحكم بالصفة العالمية، وعليه لا يجوز إشهار إفلاس المدين الأجنبي مرة أخرى في دولة أخرى، وذلك لأن إشهار إفلاس المدين الأجنبي من قبل هذه المحكمة كافٍ للاحتجاج به في كافة الدول التي يمتلك المدين الأجنبي فيها أموالاً، وينحصر دور محاكم الدول

(١٥) هشام علي صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، المصدر السابق، ص ٩٢.
(١٦) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص ٢٩.
(١٧) محمد السيد عرفة، الإفلاس في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٨، ص١١٠.

الأخرى المرتبطة بعملية الإفلاس بتقديم المساعدة للمحكمة المختصة[١٨], ولقد حاول أنصار نظرية وحدة أو عالمية الإفلاس تقديم العديد من المبررات لنظريتهم، حيث رأى مؤيدو هذه النظرية من البديهي أن يخضع إفلاس المدين لقانون الموطن على أساس أنه مركز أعماله التجارية, وذلك باعتبار أن الذمة المالية للمدين المفلس تتكون بالدرجة الأولى من المنقولات وغير المنقولات، ومن ثم اختصاص محكمة موطن المدين المفلس وتطبيق قانون موطن المدين (قانون القاضي الناظر في النزاع)[١٩], وأيضاً رأى مؤيدو هذه النظرية أن نظام الإفلاس يهدف إلى ضمان المساواة بين الدائنين، ولتحقيق هذا الهدف لا يتم إلا إذا اعتنقنا نظرية وحدة أو عالمية الإفلاس[٢٠].

إن المتأمل في نظرية وحدة الإفلاس يتبين له أن هذه النظرية بسيطة من حيث التطبيق، فتحديد المحكمة المختصة بإشهار الإفلاس والدعاوى الناشئة عنه لا يشكل عناء، وقد تم تحديدها على أنها محكمة موطن المدين المفلس، بالإضافة إلى سهولة تحديد القانون الواجب التطبيق على الإفلاس الدولي، لأن المحكمة التي انعقد لها الاختصاص بالإفلاس الدولي سوف تطبق قانونها، أي قانون القاضي على كل المسائل التي تتعلق بالإفلاس، الأمر الذي أدى إلى اعتناق هذه النظرية من قبل الكثير من الدول الأوروبية والولايات المتحدة الأمريكية، واقرارها بالعديد من الاتفاقيات الدولية[٢١], إلا أن هذه النظرية تعرضت للكثير من الانتقادات، حيث يرون بأنه من المستحيل اخضاع الإفلاس لقانون الموطن بحجة أن الذمة المالية للمدين المفلس تتكون بالدرجة الأولى من المنقولات وغير المنقولات، فقد يكون للعقارات في هذه الذمة أهمية وقيمة تفوق هذه المنقولات، فضلاً عن أن المساواة بين الدائنين في نظرية وحدة الإفلاس ما هي إلا مساواة ظاهرية، فالدائنين الموجودين في خارج دولة موطن المدين قد لا يتمكنون من العلم المسبق بشهر الإفلاس، وأيضًا الحالات التي تقوم فيه قوانين هذه الدول بإقامة نوع من التفرقة بين الدائنين الموجودين في موطن المدين المفلس وبين الدائنين الموجودين في خارجه، وعليه يكون التبسيط في الإجراءات التي يتحدث عنها انصار نظرية وحدة الإفلاس يبدو تبسيطاً ظاهرياً وليس حقيقياً، خاصة في حالة اختلاف الحلول التي تقررها القوانين المختصة، وإذا اسلمنا بأن تطبيق قانون واحد على جميع المسائل المتعلقة بالإفلاس أمراً حسن، فما هو الحل لو لم تقبل قوانين الدول المرتبطة بالإفلاس بالتخلي عن اختصاصها لمصلحة قانون الافلاس؟[٢٢].

---

(18) ichel Trochu, Conflits de lois et conflits de juridictions en matiere de faillite, these, Universite des Rannes, edition Sirey, Paris, 1967, p. 2 et.

(١٩) سعيد يوسف البستاني، أحكام الإفلاس والصلح الواقي في التشريعات العربية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠٠٧، ص ١٥١.

(٢٠) عبد المنعم زمزم، الإفلاس الدولي بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١١، ص٢١.

(٢١) إدوار عيد، أحكام الإفلاس وتوقف المصارف عن الدفع، مطبعة باخوس وشرتوني، بيروت، ج١، ١٩٧٢، ص٧٨.

(٢٢) محمد السيد عرفة، الافلاس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ٦٩ و٧٠.

الفرع الثاني: النظرية الإقليمية للإفلاس

هناك جانب آخر من الفقه قام بتأييد نظرية أخرى وهي نظرية إقليمية أو تعددية الإفلاس، إذ تنطلق هذه النظرية من أن كل عنصر من اموال المدين المفلس يمثل ذمة مالية مستقلة عن غيره من العناصر الأخرى، فالمال الذي يملكه المدين المفلس في دولة معينة، له كيان مستقل قائم بذاته عن باقي الاموال التي يملكها المدين المفلس في دولة أخرى، إذ إن كل مجموعة من اموال المدين المفلس هي بمثابة ذمة مالية مستقلة تصلح بذاتها أن تكون محل لحكم إشهار الإفلاس، حيثُ أنه لا يتعدى آثار هذا الحكم الحدود الإقليمية للدولة التي اصدرته، ومن ثم لا يؤثر هذا الحكم على باقي اموال المدين المفلس المتفرقة في الدول[٢٣], لذلك نجد أن التشريع الفرنسي والمصري واللبناني اتجه بالأخذ بهذه النظرية[٢٤], فالدائنون إذ ما ارادوا التنفيذ على اموال المدين الأجنبي المفلس الموجودة في الخارج, فعليهم اللجوء إلى القضاء في تلك الدول حيث وجود المال للمطالبة بإشهار افلاس المدين الأجنبي المفلس حتى لو تم إشهار افلاسه من قبل دولة أخرى، إذ إن الحكم الذي يصدر مسبقاً من هذه الدول هو حكم اقليمي الأثر لا تمتد اثاره إلى هذه الاموال، فتختص وفقاً لهذه النظرية محاكم الدول التي توجد على اقليمها اموال المدين المفلس، ويؤدي ذلك إلى اختصاص قوانين هذه الدول بحكم جميع المسائل التي تتعلق بالإفلاس، لكن أثر هذا الإفلاس نسبي بحيث يتقيد بحدود الدولة التي اصدرته[٢٥].

يترتب على نظرية إقليمية الإفلاس صدور أكثر من حكم افلاس يطال ذلك المدين المفلس بتعدد الدول التي تتوزع فيها امواله، فيكون المدين المفلس موضوعاً لعدة تفليسات مستقلة عن بعضها البعض سواء من حيث المحكمة المختصة، أو من حيث القانون الواجب التطبيق، أو من حيث مدراء التفليسة، وهذا الوضع قد لا يكون محموداً نظراً إلى إمكانية تعارض الاحكام في ظل هذه النظرية، لذلك كان لابد لمؤيدون هذه النظرية تبرير نظريتهم بمجموعة من الحجج فيما لو حاول المناهضون لهذه النظرية توجيه النقد لهذه لنظرية[٢٦]. أما عن مؤيدون هذه النظرية، فحاولوا تبرير نظريتهم بمجموعة من المبررات، حيث أن نظرية اقليمية الإفلاس تهتم بأموال المدين المفلس التي توجد في دولة معينة، فيتم تحديد حقوق المدين المفلس التي تقع في هذه الدولة، ومن ثم توزيعها على الدائنين الذين ارتبطوا بنشاط المدين المفلس في هذه الدولة ولا فرق بين دائن وآخر، وهنا تتحقق المساواة الفعلية بين الدائنين، وذلك لأن الدائنون الذين تعاقدوا مع المدين يعولون كفالة حقوقهم على الضمان المقرر على الاموال التي يملكها المدين المفلس في دولة معينة, ولمعرفتهم المسبقة بهذه الاموال وبقيمتها، كما أنهم قد تعاقدوا مع المدين في ظل قانون اقليم معين وتوقعوا أن يسري عليهم، وهذا يقتضي الأخذ بنظرية اقليمية الإفلاس بدلا من نظرية عالمية أو وحدة الإفلاس، التي تدخل دائنين جدد إلى التفليسة غير متوقعين أن

(٢٣) محمد السيد الفقي، القانون التجاري، الإفلاس، العقود التجارية، عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ط١ ،٢٠١٠، ص٧٣.

(٢٤) حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي، الاختصاص القضائي الدولي وتنفيذ الاحكام الاجنبية واحكام التحكيم، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص٦٨

(٢٥) مصطفى كمال طه، اصول الافلاس، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، ٢٠٠٥، ص٨٤.

(٢٦) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص٤٨.

يشاركوا هؤلاء الدائنين في المبالغ الناشئة عن التفليسة[٢٧]، إضافة إلى أنه لا بد للإفلاس أن يكون اقليميا، لأن اعتناق النظرية المقابلة وهي نظرية وحدة الإفلاس يؤدي إلى مد آثار حكم الإفلاس إلى خارج حدود الدولة التي اصدرته، وهذا بدوره يؤدي إلى انتهاك سيادات الدول المراد الاعتراف بآثار حكم الإفلاس فيها، وذلك من منطلق أن قوانين هذه الدول هي صاحبة الاختصاص في حكم هذا الإفلاس وترتيب آثاره[٢٨].

يرى البعض أنه ليس صحيحاً أن تكون القواعد العامة المنظمة للإفلاس متشابه في معظم دول العالم، فهناك من الأنظمة القانونية ما يسمح بإشهار افلاس غير التجار بينما تصر أنظمة أخرى على قصر نظام الإفلاس على من تثبت لهم صفة التاجر، وهذا الاختلاف يقف عقبة أمام تبني نظرية عالمية أو وحدة الإفلاس، لأن حكم الإفلاس الصادر لن يحظى بتنفيذه على اقاليم الدول الأخرى, لتعارض ذلك مع اعتبارات النظام العام في الدول المطلوب منها التنفيذ, الأمر الذي يؤيد تبني نظرية اقليمية الإفلاس[٢٩], وأيضاً يرى أنصار نظرية تعددية الإفلاس وإقليميته أن الدائن الوطني وفقاً لهذه النظرية غير مرغم على الخروج إلى اقليم غير دولته للتنفيذ على اموال المدين الأجنبي المفلس التي يملكها في الخارج، طالما أن هذا المدين الأجنبي المفلس يمتلك اموالا في اقليم الدولة التي يمارس نشاطه فيها، إضافة إلى إمكانية المحكمة في تقدير المركز المالي الحقيقي للمدين الأجنبي المفلس داخل البلد، بما يترتب على ذلك من اتخاذ موقفها من إشهار افلاس المدين الأجنبي المفلس من عدمه، وذلك نظراً لحصر ديون وحقوق الدائنين داخل بلد واحد، ولا تطال ديونه أو امواله التي في الخارج[٣٠].

إن هذه النظرية تعرضت إلى انتقادات، إذ يذهب المناهضون لنظرية إقليمية الإفلاس إلى أنه ليس صحيحاً أن هذه النظرية تحترم توقعات الافراد، فيعد أنه ليس صحيحاً أن الدائن الذي تعاقد مع المدين الأجنبي أن لا يأخذ بنظر الاعتبار مجمل الذمة المالية له أنما الأموال الموجودة فقط على الإقليم, وعليه سيرغب في حسم النزاع على نحو إقليمي، فهذا الادعاء يجافي المنطق في تفسير إرادة الدائنين ولا يصلح أن يكون سنداً لنظرية إقليمية الإفلاس، فان اعتناق هذه النظرية فيه اهدارا لحقوق الدائنين الأجانب[٣١]. يذهب البعض إلى أن دفع المؤيدون لنظرية إقليمية الإفلاس بالسيادة دفع تقليدي، كان المراد منه منع ظهور تنازع القوانين من أساسه، فقد ولى زمن الذي ينظر فيه إلى القانون الدولي الخاص على أنه تنازع سيادات، فالنظرة الحديثة للقانون الدولي الخاص هي التنسيق والتوفيق بين الحلول العالمية بغية تحقيق التعايش المشترك بين مختلف النظم القانونية، ولكن مع من ذلك فأن في هذه الحجة شيء من الصواب، فكيف يمكن لمحكمة أجنبية أن تأمر سلطات دولة أخرى للقيام بالتنفيذ على أموال

(٢٧) مصطفى كمال طه، المصدر السابق، ص ٦١.

(٢٨) عناية عبد الحميد ثابت، ذاتية أو عدم ذاتية قواعد تأمين المجتمع في نطاق فض تداخل مجالات انطباق القوانين ذي الطابق الدولي، بحث منشور في المجلة المصرية للقانون الدولي، العدد ٤٨، ١٩٩٢، ص ٨١.

(٢٩) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ٤٤.

(30) Pierre Safa, La faillite en droit international prive: Analyse des jurisprudences libanaise, Syrienne et Egyptienne a la lumiere du droit compare, Beyrouth, Lyon, 1953, p 41.

(٣١) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ٤٦.

المدين الأجنبي المفلس الكائنة في أراضي تلك الدولة؟، وما هو الحل إذا ما اتضح لهذه السلطات اختلاف الحلول التي اقرتها المحكمة الأجنبية عن حلولها الوطنية؟[٣٢]، وفي الغالب أن المدين الأجنبي المشهر افلاسه لا تكفي امواله الموجودة على الاقليم لسداد الديون التي تعلق بها، ومن غير المنطقي أن يتمكن المدين الأجنبي المفلس من مباشرة اعماله في الخارج بطريقة طبيعية دون أن يتمكن الدائنون من استيفاء حقوقهم لمجرد تطبيق مبدأ تعدد الإفلاس، فاعتناق نظرية اقليمية الإفلاس فيه اطاحة بمبدأ المساواة بين الدائنين[٣٣]. وتأسيساً على كل ما سبق فان الاعتراف بنظرية وحدة الإفلاس وعالميته يبدو أنه الطريق الوحيد لتشجيع التجارة الدولية، فهذه النظرية تحقق التعايش المشترك بين النظم القانونية المختلفة، وتستجيب لمقتضيات التجارة الدولية.

الفرع الثالث: موقف التشريعات من النظريتين

يختلف موقف التشريعات من الأخذ بنظريات الإفلاس، فالمشرع الأمريكي انقسم إلى جانبين، جانب يؤيد نظرية عالمية الإفلاس، والجانب الآخر يؤيد نظرية اقليمية الإفلاس، وعليه كان لابد من التوصل لحل وسطي بين الجانبين. لقد توصل الفقه الأمريكي إلى أربعة حلول وسطية،الحل الأول: الأخذ بالنظرية العالمية المعدلة، والتي سمحت للممثل الأجنبي في الولايات المتحدة الأمريكية أن يطلب تنفيذ حكم الإفلاس الصادر بحقه من قبل المحاكم الأجنبية، إلا أن التعديل هنا يكمن بوجوب حق للمحكمة المختصة في الولايات المتحدة الأمريكية برفض أو قبول الاعتراف بحكم اشهار الإفلاس الأجنبي، أما الحل الثاني: الأخذ بالنظرية الاقليمية المعدلة، حيث يصدر حكم اشهار الإفلاس من المحكمة التي يوجد فيها موقع المال، إلا أن التعديل هنا يكمن بأن محكمة موقع المال ستقوم بتوزيع اموال المدين على الدائنين الوطنيين، ومن ثم اعطاء ما تبقى من المال للممثل الأجنبي لتوزيعها على الدائنين الأجانب، والحل الثالث: اتباع النظرية الاقليمية المتعاونة، والتي بتطبيقها تحتفظ كل دولة بنظام اقليمية الإفلاس، إذ تصدر كل دولة حكم اشهار افلاس خاصاً بها، ولكن يكمن التعاون هنا بإمكانية عقد اتفاقات بين الممثل الأجنبي المعين مع محاكم الدولة، التي يوجد على اقليمها اموال المدين على كيفية التعاون بين المحكمتين، أما الحل الرابع: الأخذ بالنظرية التعاقدية، والتي تشير إلى أنه لابد للشركة عند تأسيسها أن تحدد في نظامها الأساسي قانون الدولة الذي يحكم نظام الإفلاس فيها، ويحق للشركة أن تحدد الأفضل لها في النظر بدعاوى الإفلاس في تفليسة واحدة (العالمية) أم في عدة تفليسات (الاقليمية)[٣٤]، وحقيقة الأمر أن التطبيق القضائي على أرض الواقع لهذه النظريات هو من شأنه أن يحدد مدى صحة الأخذ بهذه النظريات إذ كان لابد من الاختيار بينهم.

أما عن موقف المشرع العراقي فقد أخذ بالنظرية الاقليمية للإفلاس في قانون

(٣٢) هشام علي صادق، تنازع القوانين، دراسة مقارنة في المبادئ العامة والحلول الوضعية المقررة في التشريع المصري، منشأة المعارف، الاسكندرية، ط٣، ١٩٧٤، ص ٤٥٩.

(٣٣) محمد السيد عرفة، الافلاس في القانون الدولي الخاص، المصدر السابق، ص ١٠٨.

(٣٤) نبيل عمران، المصدر السابق، ص ٤٤.

التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) النافذ وذلك وفقا لنص المادة (٥٧٣)[٣٥] من قانون التجارة العراقي، إلا أنه أشارة إلى الأخذ بالنظرية العالمية بالإفلاس في قانون المصارف العراقي رقم (٩٤ لسنة ٢٠٠٤) وذلك من خلال نص الفقرة (١) والفقرة (٥) من المادة (٩٩)[٣٦] من قانون المصارف العراقي.

(٣٥) نصت المادة ٥٧٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على انه: ((١- تختص بإشهار الافلاس محكمة البداءة التي يقع في منطقتها المركز الرئيسي لمتجر المدين، ٢- ومع عدم الإخلال بما تقضي به الاتفاقات الدولية يجوز إشهار إفلاس التاجر الذي له في العراق فرع أو وكالة ولو لم يصدر حكم بإشهار إفلاسه في دولة أجنبية، وفي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة بإشهار الإفلاس في العراق هي المحكمة التي يقع في منطقتها الفرع أو الوكالة)).

(٣٦) نصت الفقرة (١) من المادة ٩٩ من قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ على انه: ((يجوز اقامة دعوى الافلاس ضد مكتب فرع محلي او مكتب تمثيل محلي لمصرف أجنبي: أ- إذا كان من الأسس المذكورة في المادة ٧١ ينطبق على هذا المكتب وكأنه كيان قانوني مستقل أو ب- إذا اقيمت دعوى الافلاس بناء على التماس من البنك المركزي العراقي ضد المصرف الاجنبي في البلد الذي يوجد فيه مركزه الرئيسي او الذي يمارس فيه اعماله بصفة رئيسية)). نصت الفقرة (٥) من المادة ٩٩ من قانون المصارف العراقي رقم ٩٤ لسنة ٢٠٠٤ على أنه: ((لا تقيد دعوى الإفلاس التي تقام في العراق ضد مكتب مصرف أجنبي حقوق دائني المصرف الأجنبي في ملاحقة الموجودات الأجنبية لذلك المصرف لينالوا مطالباتهم)).

المبحث الثاني
الإفلاس الدولي في إطار الاتفاقيات الدولية وقانون الأونسيترال

لابد من تنظيم العلاقات الدولية الخاصة من خلال الاتفاقيات الدولية أو القرارات القضائية التي تعقدها الدولة والتي ترغب بتنظيم علاقاتها الدولية، لتشمل هذه الاتفاقيات على قواعد تطبق مباشرة على العلاقات القانونية الخاصة المتضمنة عنصراً أجنبياً، فهذه القواعد، التي تعرف بقواعد الاسناد، هي قواعد وطنية من صنع المشرع الوطني أو من يفوضه في ذلك، فهي لا تعطي الحل المباشر للنزاع، وأنما ترشد للقانون الذي يجب تطبيقه بوصفه أكثر القوانين اتصالا بالعلاقة القانونية المشوبة بعنصر أجنبي، وعليه سنتطرق إلى الاتفاقيات الدولية لتنظيم الإفلاس الدولي، وإلى دور الأونسيترال في تنظيم الإفلاس الدولي، وذلك في فرعين وكالآتي:

المطلب الأول: الاتفاقيات الدولية لتنظيم الإفلاس الدولي

إن مسألة افلاس المستثمر الأجنبي العابر للحدود من المسائل الحديثة نسبياً، فقد بذلت جهود اقليمية ودولية لتنظيمها وأن كانت متواضعة بالنظر لأهميتها، ومنها اتفاقيات أوروبية لتنظيم الإفلاس العابر للحدود، وجهود أمريكا الجنوبية في مجال توحيد القواعد الخاصة بالإفلاس العابر للحدود من خلال معاهدتي مونتيفيديو لعام ١٨٨٩ ثم لعام ١٩٤٠, إلا أن هذه الاتفاقية لم تحقق الهدف الذي انعقدت من أجله وهو تنظيم القواعد الخاصة بالإفلاس, وكذلك لم تحقق المساواة بين الدائنين, ونتيجة لذلك انظمت معظم دول أمريكا الجنوبية إلى اتفاقية أخرى وهي اتفاقية هافانا(تقنين بوستامنت) لعام ١٩٢٨، والتي نجحت في قيام التعاون القضائي بين الدول التي تجمعها روابط كاللغة والموقع الجغرافي والأنظمة القانونية المتشابهة المطبقة في كل منها، كما توجد جهود عربية في مجال توحيد احكام الإفلاس والإفلاس الدولي[٣٧], وعليه تعددت الاتفاقيات التي تكون الدول الأوربية طرفاً فيها، كالاتفاقية المبرمة بين المانيا والنمسا بشأن الإفلاس والصلح الواقي من التفليسة، والموقعة في فيينا بتاريخ (٢٥/مايو ١٩٧٩)، والاتفاقية الأوربية بشأن بعض أوجه الإفلاس الدولي، الموقعة في اسطنبول بتاريخ (٥/ يونيو ١٩٩٠)، وغيرها من الاتفاقيات الأوربية، إلا أنه عد هذه الاتفاقية مجرد مرحلة من مراحل التطور القانوني لتوحيد القواعد المتعلقة بالإفلاس الدولي، وبعد هذا التطور وقعت الدول الأوربية اتفاقية في بروكسل سنة ٢٠٠٠ لتحل محل جميع الاتفاقيات الأوربية السابقة، سواء كانت ثنائية أو متعددة الأطراف[٣٨].

من الجدير بالذكر بأن لائحة المجلس الأوربي بشأن إجراءات الإفلاس رقم ١٣٤٦، والتي وقعت في بروكسل سنة ٢٠٠٠، دخلت حيز التنفيذ في (٣١/ ايار/٢٠٠٢)، قد تبنت نظرية وحدة الإفلاس، والتي تطبق بنطاق الدول الاعضاء في الاتحاد الأوربي،

(٣٧) نبيل عمران، المصدر السابق، ص١١٠.
(٣٨) د. عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص١٢٥.

وتركز على خلق إطار جديد لإجراءات الإفلاس، بحيث توحد وتسهل عملية تنفيذ الاحكام الصادرة بشأن الإفلاس من محاكم دول الاعضاء، وتهدف إلى ضمان الاعتراف بالتفليسة الرئيسية وفق شروط حددها، ويهدف هذا التنظيم إلى توحيد قواعد تنازع القوانين في شأن الإفلاس، ومن ثم يجب أن تحل قواعده محل القواعد الوطنية لكل دولة، حيث حددت هذه الاتفاقية الاختصاص القضائي والذي يكون من اختصاص محكمة مركز النشاط الرئيسي لأعمال المدين للنظر بدعاوى الإفلاس، واخضعت هذه الاتفاقية الإفلاس والآثار المترتبة عليه لقانون دولة افتتاح التفليسة، وهي بطبيعة الحال دولة مركز النشاط الرئيسي للمدين(٣٩).

إن الدول العربية حاولت مواكبة الأنظمة الحديثة لأحكام الإفلاس من خلال إعداد مشاريع لهذا الغرض، إلا أن هذه المشاريع لم تدخل حيز التطبيق والنفاذ، ونخص بالذكر مشروع مبادرة الشرق الاوسط لإصلاح نظام الإفلاس، ومشروع إتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة عن المحاكم العربية وتنفيذها في الدول العربية لسنة ٢٠١٥ وكالاتي(٤٠):

١- مشروع مبادرة الشرق الاوسط لإصلاح نظام الإفلاس لسنة ٢٠١٣، وقد تطرق المشروع إلى نظام الإفلاس في كل من الأردن ومصر من زوايا عدة، لاسيما ما يتعلق منها بإفلاس المصارف وافلاس الشركات القابضة والمحكمة المختصة بالنظر في الدعاوى الناشئة عنها، وبالرغم من أهمية التوصيات التي جاء بها المشروع، إلا أنه لم يأتِ بقواعد شاملة تنظم الإفلاس المصرفي، ولم ينظم الدعاوى المتعلقة بامتداد افلاس الشركة المصرفية التابعة إلى الشركة المصرفية القابضة، لكونه يميل إلى اقليمية الإفلاس باعتبارها أسرع في إنجاز إجراءات التفليسة، وهذا مأخذ جدي حول المشروع رغم أهميته في إطاره العام(٤١).

٢- مشروع إتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة عن المحاكم العربية وتنفيذها في الدول العربية لسنة ٢٠١٥، حيث تعد هذه الاتفاقية بمثابة جهود جماعية من أجل تعديل قوانين الإفلاس النافذة في الدول العربية، لاسيما ما يتعلق منها بتنفيذ أحكام الإفلاس العابر للحدود، ولقد تبنى المشروع جملة من المبادئ العامة المصاغة على شكل مواد قانونية، من أهمها(٤٢):

أ- الاستناد إلى قانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود (الإفلاس

(٣٩) شورش حسن كريم، شورش حسن كريم، حسن كريم، نظرية الافلاس الممتد في المصارف القابضة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٩، ص١٥٦.

(٤٠) المصدر نفسه، ص ١٦٢.

(٤١) مبادرة الشرق الاوسط لإصلاح نظام الإفلاس وتحت عنوان (تحديث نظام الإفلاس/ مصر والأردن)، المركز العربي لتطوير حكم القانون والنزاهة، بيروت،٢٠١٤، ص١٣١، متوفر على الرابط التالي:

http://alrai.com/article/664876.html , 2019/7/30 .تاريخ الزيارة

(٤٢) اتفاقية بشأن الاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة عن المحاكم العربية وتنفيذها في الدول العربية في المؤتمر السادس لرؤساء المحاكم العليا في الدول العربية، والتي عقدت في بيروت سنة ٢٠١٥ وتم اعدادها من قبل القاضي فادي الياس، رئيس الغرفة الابتدائية الأولى في بيروت، الناظر في قضايا الإفلاس والتحكيم، لبنان، للاطلاع على الاتفاقية منشورة على الموقع الالكتروني

www.carjj.org/node/2019/7/30 تاريخ الزيارة **4355.**

الدولي) في تبني الأحكام الخاصة بقواعد الإفلاس، عن طريق الاعتراف بالحكم القضاء الأجنبي بإعلان الإفلاس واعطائه الأثر القانوني في الدولة التي قدم لها طلب الاعتراف.

ب- حصر نطاق تنفيذ الاتفاقية على الدول العربية التي انظمت إلى الاتفاقية.

ج- تطبيق الاتفاقية بناء على شرطين وهما: اتباع مبدأ المعاملة بالمثل في تنفيذ أحكامها، وعدم مخالفة هذه الأحكام للنظام العام في الدولة المطلوب التنفيذ فيها.

د- ضمان التزام جميع دول الاعضاء في الاتفاقية بالاعتراف بأحكام الإفلاس الصادرة من محاكم غيرها من الدول الاعضاء في الاتفاقية.

بعد الانفتاح الذي حصل للعراق بعد ٢٠٠٣، قام العراق بعقد مجموعة من الاتفاقيات الدولية لتشجيع المستثمر الأجنبي للاستثمار في العراق، ومن أبرز هذه الاتفاقيات هي اتفاقية المؤسسة الإسلامية لتأمين الاستثمار وائتمان الصادرات لسنة ٢٠٠٧، واتفاقية تشجيع وحماية ضمان الاستثمارات بين الدول الاعضاء في منظمة التعاون الإسلامي والتي انضم لها العراق سنة ٢٠١٥، والاتفاقية الموحدة لاستثمار رؤوس الأموال العربية في الدول العربية لسنة ٢٠١٢ المعدل التي انضم لها العراق سنة ٢٠١٥، واتفاقية واشنطن لتسوية منازعات الاستثمار بين مواطني دول ودول أخرى لسنة ١٩٦٥، فقد أنظم العراق لهذا الاتفاقية بمقتضى قانون رقم ٦٤ لسنة ٢٠١٢، المنشور بجريدة الوقائع العراقية للعدد ٤٢٨٣ في ٢٠١٣/٧/٢٩، واتفاقية تسوية منازعات الاستثمار للدول العربية لسنة [٤٣] ٢٠٠٠.

أما الاتفاقيات الثنائية التي تم المصادقة عليها وتم نشرها في جريدة الوقائع العراقية الرسمية هي اتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وفرنسا، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٢، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق وارمينا، والتي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٤، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق واليابان، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٣، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والأردن، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٥، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والكويت، التي صادق عليها العراق ٢٠١٤، واتفاقية تشجيع وحماية الاستثمارات المتبادلة بين العراق والمانيا، التي صادق عليها العراق سنة ٢٠١٢، واتفاقية حوافز الاستثمار بين الحكومة العراقية والولايات المتحدة الأمريكية، التي صادق عليها العراق سنة [٤٤] ٢٠١٣. وفي ضوء ما تقدم أن المشرع العراقي لم يتطرق للإفلاس العابر للحدود بشكل خاص, وأنما تطرق بصورة عامة في تشجيع وحماية الاستثمارات وتسوية منازعات الاستثمار.

(٤٣) فاطمة بشير علي الاعرجي، الضمانات التعاهدية للاستثمار الأجنبي في العراق، رسالة ماجستير، جامعة النهرين، كلية الحقوق، ٢٠١٨، ص ٣٨.

(٤٤) د. حاتم غائب سعيد، النظام القانوني لضمانات وحوافز الاستثمار الأجنبي الخاص في العراق، دراسة مقارنة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، ط١، ٢٠١٧، ص١٣٢.

المطلب الثاني: الأونسيترال في تنظيم الافلاس الدولي

إن الاتفاقيات السابقة سواء كانت ثنائية أو متعددة الاطراف، لا زالت قاصرة عن بلوغ الأماني المقصودة، ذلك لأنها لا تشكل قانوناً عالمياً، ولا تتجاوز اثارها حدود الدول التي ابرمتها، ويختلف الوضع بطبيعة الحال إذ تكلمنا عن الأمم المتحدة، ذلك لأنها المنظمة الوحيدة من بين المنظمات الدولية تعتبر صاحبة الاختصاص العالمي، لأنها تخاطب بكل أجهزتها المجتمع الدولي بأكمله، وتمتد القواعد التي تقررها إلى كل الدول الاعضاء في الجماعة الدولية، ومن أهم إنجازات الأمم المتحدة في مجال القانون الدولي الخاص، هو انشاء لجنة لتوحيد الأحكام المتعلقة بالتجارة الدولية في عام ١٩٦٦، والتي اطلقت عليها لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي (الأونسيترال)، وفي ١٩٩٧ تم إعداد واعتماد القانون النموذجي للإفلاس، بالتعاون بين اللجنة المذكورة والجمعية الدولية لخبراء الافلاس[٤٥], (الأنسول)[٤٦].

نتيجة لزيادة عدد حالات الإفلاس الدولي المقترن بزيادة عدد الاستثمارات الأجنبية، وإخفاق التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية في معالجة إفلاس المشروعات الدولية، تم صياغة القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود، باستخدام مصطلحات تعبر عن المعتقدات السائدة في كل الدول، فلم يمل القانون النموذجي لنظام قانوني على حساب آخر، حيث يهدف القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود إلى تحقيق التنسيق بين الأحكام الموضوعية في تشريعات الإفلاس، وتحقيق اقصى تعاون ممكن بين سلطات الدول المعنية بالإفلاس الدولي، وهي الدول التي تتوزع فيها اموال المدين، فلقد ساهم القانون النموذجي للإفلاس الدولي (الأونسيترال)، الذي تبنى نظرية عالمية الإفلاس، في تنظيم مسائل الإفلاس العابر للحدود من عدة أوجه، حيث سعى إلى تحديد الحالات التي يعترف فيها بالتفليسة الأجنبية، مع بيان النتائج المترتبة على هذا الاعتراف، إضافة إلى السماح للدائنين بالمشاركة في التفليسات التي تفتتح في الدول الاعضاء[٤٧]، وتحقيق التعاون الفعال بين محاكم الدول الاعضاء ومحاكم الدول الأخرى والتنسيق بينهم، لتحديد القواعد الكفيلة برسم الاختصاص القضائي لمحاكم الدول المعنية بشهر الإفلاس وذلك وفقاً لنص المادة (٢٥) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود[٤٨].

لقد وضح القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود (الأونسيترال) صور التعاون بين السلطات الوطنية والأجنبية المعنية بالإفلاس الدولي في المادة (٢٧) منه[٤٩]،

(45) Loi type de la CNUDCI sur l'insolvabilite internationale et Guide pour son incorporation, New York, 1999, p. 23, note 3.

(٤٦) الأنسول (INSOL) وهي جمعية دولية مختصة بإعادة الهيكلة والاعسار والافلاس، وتتكون من محاسبين ومحامين مختصين، اسست عام ١٩٨٢، ومقرها الرئيسي في لندن، المعلومات متوفرة على الموقع الالكتروني الآتي: www.insol.org تاريخ الزيارة ٢٠٢٠/٩/٢٠.

(٤٧) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ١٣١.

(٤٨) نصت المادة ٢٥ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود: المنظور القضائي لسنة ٢٠١٢ على أنه: ((١- تتعاون المحكمة إلى اقصى حد ممكن مع المحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب، ٢- يحق للمحكمة الاتصال المباشر بالمحاكم الأجنبية أو الممثلين الأجانب أو طلب المعلومات أو المساعدة المباشرة منها)).

(٤٩) نصت المادة ٢٧ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((يجوز إقامة تعاون المشار إليه في المادتين ٢٥ و ٢٦ بأي وسيلة مناسبة بما في ذلك: أ- تعيين=

ليشمل أي وسيلة يكون من شأنها الوصول لإفلاس أفضل، كالتعاون بين المحاكم في تحديد الهيئة المختصة بإدارة التفليسة وإدارة شؤون المدين واموالـه، وذلك للحفاظ على حقوق الدائنين، إضافة إلى تبادل المعلومات اللازمة بينهم بأي وسيلة تراها المحاكم مناسبة، والتنسيق بين دعاوى الإفلاس القائمة التي يكون موضوعها نفس المدين، مع ترك الحرية لكل دولة بإدراج في قوانينها الداخلية أي صورة أخرى من صور التعاون بين المحاكم التي ترى بأنها تساهم بتحقيق التعاون بين السلطات الوطنية والاجنبية(٥٠). لقد ذكرنا سابقاً بأن القانون النموذجي للإفلاس العابر للحدود (الأونسيترال) قد انحاز لنظرية عالمية الإفلاس، حيث يترتب للحكم الصادر بشهر الإفلاس آثاره كاملة، ليس فقط في الدولة التي صدر فيها، وأنما في كل الدول التي يمتلك فيها المدين اموالا، وكأنه حكم واحد يعترف به في كل الدول المعنية، الأمر الذي يؤدي إلى تعدد تفليسات المدين من خلال افتتاح تفليسات فرعية، فقد قررت أحكام القانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود في المادة (٣٠/ب)(٥١) أنه يجب على المحكمة التي أمرت بافتتاح تفليسات فرعية أن تعيد النظر في جميع الإجراءات التي اتخذتها، على نحو يحقق التنسيق بين هذه الإجراءات وبين الإجراءات التي اتخذتها التفليسة الرئيسية(٥٢).

لقد بين قانون الأونسيترال القواعد التي يتم الاستناد عليها في حالة وجود أي غموض في أي قانون, لتفسير أي حكم من الاحكام التي يتضمنها، وقد بين هذه القواعد في مادته الثامنة(٥٣), التي تقضي بضرورة تفسير احكامه في ضوء الأصل الدولي للقانون النموذجي، وبما يعني ضرورة التحرر من المفاهيم الوطنية لصالح تبني حلول عالمية مستمدة من البيئة الدولية، على النحو الذي تلقى معه هذه الحلول قبول أكبر قدر ممكن من الدول، وتشجيع التطبيق الموحد لأحكام هذا القانون، إذ يهمل التفسير الذي يؤدي إلى تطبيقه بطرق مختلفة من محاكم الدول، لصالح التفسير الذي يؤدي تطبيقه بأسلوب موحد، والأخذ بمبدأ حسن النية(٥٤)، ولابد للإشارة إلى أنه بالرغم من أن احكام القانون النموذجي بشأن الإفلاس الدولي واجبة التطبيق، إلا أن هذا التطبيق لا يجب أن يخل بالنظام العام في الدولة صاحبة الشأن، فقد اعطى القانون النموذجي استنادا لنص المادة ٦ منه(٥٥)،

=شخص أو هيئة للتصرف بناء على توجيهات المحكمة، ب- ابلاغ المعلومات بأي وسيلة تعتبرها المحكمة مناسبة، ج- تنسيق إدارة أصول المدين وشؤونه والاشراف عليها، د- موافقة المحاكم على اتفاقات متعلقة بتنسيق الإجـراءات أو قيامها بتنفيذها، هـ- التنسيق بين الإجـراءات المتزامنة والمتعلقة بالمدين ذاته، و- يجوز للدولة المشترعة أن تضيف قائمة بأشكال أو أمثلة إضافية للتعاون)).

(٥٠) عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ١٦٨.

(٥١) نصت المادة (٣٠/ب) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((إذا اعترف بإجراء أجنبي رئيسي بعد طلب الاعتراف بإجراء أجنبي غير رئيسي أو بعد إيداع طلب الاعتراف به تعيد المحكمة النظر في أي انتصاف سار بموجب المادة ١٩ أو المادة ٢١ ويحق لها تعديل أو أنها هذا الانتصاف إذا ثبتت لديها أنه لا يتسق مع الإجراء الأجنبي الرئيسي)).

(٥٢) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص١٩٥.

(٥٣) نصت المادة (٨) من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((يولى الاعتبار في تفسير هذا القانون لمصدره الدولي ولضرورة تشجيع التوحيد في تطبيقه والحرص على حسن النية)).

(٥٤) د. عبد المنعم زمزم، المصدر السابق، ص ١٧٦.

(٥٥) نصت المادة ٦ من قانون الأونسيترال النموذجي بشأن الاعسار عبر الحدود مع دليل الاشتراع والتفسير لسنة ٢٠١٤ على أنه: ((ليس في هذا القانون ما يمنع المحكمة من رفض إتخاذ إجراء منصوص عليه في هذا القانون إذا كان واضحاً أن ذلك الإجراء مخالفاً للسياسة العامة لهذه الدولة)).

كلية القانون و العلوم السياسية

المحكمة الحق في رفض إتخاذ أي إجراء، إذ كان هذا الإجراء يخالف بصورة صريحة احكام النظام العام[٥٦]. ولقد اصدرت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي المنظور القضائي لقانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود في ٢٠١١/١١/١، وتكمن أهمية هذا المنظور القضائي في أن ما يقارب ١٩ دولة قد سنت تشريعات بخصوص الإفلاس العابر للحدود استناداً إلى هذا القانون النموذجي، فكان لابد من اصدار منظور قضائي لمساعدة القضاة في المحاكم المختصة بنظر الدعاوى المتعلقة بالإفلاس العابر للحدود، قد انضمت ٦٠ دولة كعضو في لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي في ٢٠١٢[٥٧]، فالقانون النموذجي وما جاء فيه من نصوص واحكام قد كانت في خدمة التوجه نحو ترسيخ دولية الإفلاس وامتداد آثاره عبر الحدود.

(٥٦) ربيع حسين العلي، المصدر السابق، ص١٧٩.

(٥٧) تقرير لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي، فيينا، ٢٠١٥، ص ١، والمتاح على الموقع الالكتروني الآتي: https://undocs.org/pdf?symbol=ar/A/17/70f 2019/9/1 .تاريخ الزيارة

الخاتمة

بعدما انتهينا من بحث موضوعنا (معايير دولية الإفلاس في القانون الدولي الخاص) توصلنا إلى الاستنتاجات والتوصيات التالية:

أولاً: الاستنتاجات

١- إن أحكام الإفلاس بصورة عامة والأحكام الخاصة بإفلاس الشركات التجارية بصورة خاصة, ما زالت في العراق تخضع لأحكام الإفلاس المنصوص عليها في الباب الخامس من قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩ لسنة ١٩٧٠)(الملغى)، حيث أدى صدور قانون التجارة العراقي رقم (٣٠ لسنة ١٩٨٤) النافذ إلى الغاء قانون التجارة رقم (١٤٩ لسنة ١٩٧٠) باستثناء الباب الخامس منه.

٢- إن معايير تحديد الصفة الدولية للإفلاس أثنان وهي المعيار القانوني والمعيار الاقتصادي، فالأخذ بالمعيار القانوني لوحده يؤدي إلى دولية العلاقة بالرغم من عدم اتصالها بمصالح التجارة الدولية، كذلك فإن المعيار الاقتصادي معيار واسع ومطاط ويتسم بالغموض وعدم التحديد، فلابد من الجمع بين المعيار القانوني والاقتصادي لإلحاق الصفة الدولية بالإفلاس، بحيث أن هذه الصفة الدولية تثبت لدعاوى الإفلاس في الحالة التي يكون فيها للمدين المفلس اموال في أكثر من دولة، وتكون ناشئة عن علاقات تجارية دولية.

٣- إن الإفلاس يحكمه نظريتان، الأولى هي النظرية الاقليمية للإفلاس، والتي تعتبر كل جزء من اموال المدين بمثابة ذمة مالية مستقلة، ومن ثم يقتصر أثر الحكم الصادر بشهر الإفلاس على امواله الكائنة في الدولة التي اصدرت الحكم، والثانية هي النظرية العالمية للإفلاس، والتي تعتبر كل اموال المدين الموزعة بين مختلف الدول على أنها وحدة واحدة، ومن ثم يكون للحكم الصادر بشهر الإفلاس أثره في كل هذه الدول التي يمتلك المدين فيها اموالا.

٤- إن المشرع العراقي قد وقع في تناقض واضح من موقفه من مبدأ إقليمية الإفلاس ومبدأ دولية الإفلاس، فقد تبنى المشرع العراقي في قانون التجارة مبدأ اقليمية الإفلاس، إلا أنه تبنى مبدأ دولية الإفلاس في قانون المصارف، وهذا يدل على عدم الانسجام في النسق التشريعي للمشرع في القوانين التي اصدرتها سلطة الائتلاف المؤقتة والمتأثرة بالتشريع الأمريكي.

٥- من الجهود العالمية في مسألة الافلاس الدولي وافلاس الشركات العابر للحدود اتفاقية بروكسل لسنة ١٩٦٨, واللائحة الأوروبية للإفلاس الدولي لسنة ٢٠٠٠, وقانون الأونسيترال النموذجي للإعسار عبر الحدود لسنة ١٩٩٧، إذ عد قانون الأونسيترال النموذجي من أفضل الحلول الموجودة حالياً لتوفير مظلة قانونية يحتمي بها كل من الدائن والمدين المفلس، إذ من أهداف هذا القانون حماية الدائنين عبر الحدود وإعادة تنظيم نشاط التاجر إذ توافرت شروط ذلك.

ثانياً: التوصيات

١- نقترح على المشرع العراقي اصدار قانون خاص بالإفلاس العابر للحدود يتبنى فيه صراحة نظرية عالمية الإفلاس من خلال الأخذ بقانون الأونسيترال النموذجي، بالقدر الذي لا يتعارض مع القوانين العراقية ذات الصلة وما يحقق إمكانية رجوع الدائنين على الاموال الموزعة بين مجموعة من الدول، مما ينعكس ذلك إيجاباً على مسلك القضاء العراقي بدلاً من الحيرة في تطبيق النظرية العالمية أو الاقليمية للإفلاس، إضافة إلى عقد المزيد من الاتفاقيات الدولية وادراج احكام الإفلاس ضمن نطاق الاتفاقيات.

٢- نقترح ضرورة انشاء معاهد خاصة بالإفلاس الدولي على غرار معهد الإفلاس الدولي الموجود في مدينة نيويورك في الولايات المتحدة الأمريكية، وتضم هذه المعاهد اساتذة قانونيين وقضاة ومحامين من اصحاب الاختصاص بهدف البحث عن الحلول التي يثيرها الإفلاس الدولي والتي أصبحت أهمية تنظيمه تتزداد يوما بعد يوم.