

إفلاس المصرف في ضوء القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣

د. زينة غانم الصفار
مدرس القانون المدني
كلية القانون / جامعة الموصل

مقدمة:

يعد الائتمان اساس التعامل في الحياة التجارية ، بل ان الملاحظ على نجاح التاجر (سواء أكان فردا ام شخصا معنويا) أنه مرتبط ارتباطا وثيقا بمدى الثقة التي يمنحها له المتعاملون معه ، خاصة اذا ما علمنا ان النشاط التجاري أداته رؤوس الاموال التي تكون في اغلب الأحيان أموالاً ضخمة قد لا تتوافر لديه في الحال مما يدفعه الى تأجيل الوفاء بها وطلب آجال لاحقة لذلك من قبل دائنيه الذين يمنحونه ذلك استنادا الى هذا الائتمان ومدى ثقتهم به ، لكن هذا الأجل لا يمكن ان يترك بدون وسيلة حماية تؤمن للدائنين مطالبتهم بحقوقهم اذا أخل التاجر المدين في سدادها ، لذا نلاحظ المشرع في القوانين المختلفة لم يترك الامر بدون تنظيم تشريعي فأسس نظام للإفلاس كأداة مهمة ووسيلة للضغط على التاجر الممتنع او المتوقف عن سداد ديونه .

وبذلك نجد أن أهم المبادئ الاساسية التي يقوم عليها نظام الإفلاس يمكن

ايجازها بما يلي :

١- حماية مصلحة دائني التاجر المفلس وذلك من خلال غل يد المدين عن ادارة امواله والتصرف بها بمجرد صدور قرار بذلك ، فضلاً عن خضوع المدين المفلس الى بعض الجزاءات الجنائية فيما لو كان افلاسه نتيجة تقصير منه او تدليساً إضراراً بالغير .

٢- مراعاة مبدأ المساواة بين الدائنين عند توزيع أموال المدين المفلس ووصف أمين التفليسة بأنه ممثل قانوني عن جماعة الدائنين مع الأخذ بنظر الاعتبار مراعاة أصحاب الديون الممتازة التي تمنحها حق التقدم والافضلية في استيفاء الدين .

٣- إن قواعد الإفلاس تعد من النظام العام نظراً لما يمثله إفلاس التاجر - فرداً كان ام شركة- من آثار سلبية تنعكس عليه بحيث يمثل قرار الإفلاس حكماً ينهي وجوده في الحياة التجارية وهذا ما استدعى جانباً من الفقه^(١) الى اطلاق وصف (الموت المدني للتاجر) على التاجر المفلس مما دفع المشرع الى التدخل بنصوص قانونية صريحة لتحقيق العدالة والتوازن، فأخضع إجراءات الإفلاس لمراقبة ومتابعة الجهة القضائية ، وعليه لا يجوز الاتفاق على مخالفة أحكام نظام الإفلاس كونها من نصوص النظام العام .

وفي بادئ الأمر لا بد لنا أن نوضح أن المشرع العراقي قد وضع نظاماً للإفلاس التجاري الذي يطبق على طائفة التجار كي يميزه عن حالة الإعسار المدني التي تطبق على المدين الذي لا يكون تاجراً والمنظم وفق نصوص القانون المدني العراقي النافذ لسنة ١٩٥١ .

وبالرجوع الى قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي فقد خصص الباب الخامس منه للإفلاس والصلح الواقي منه فتناول الموضوع من كل الجوانب وكان موفقاً في الوصول الى الحلول القانونية لكل المسائل التي تثار في هذا الصدد ، وحتى بعد صدور قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ فقد تضمنت المادة (٣٣١) نصاً يقضي بما يلي (١- يلغى قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ وتعديلاته باستثناء الباب

(١) د. سميحة القليوبي ، الموجز في احكام الافلاس ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ ،

الخامس منه المتضمن احكام الافلاس والصلح الواقي منه لحين تنظيم احكام الاعسار بقانون).

وهذا يدل دلالة واضحة على ان المشرع حينها لم يهمل موضوع الافلاس بل تريت في اصدار قانون مستقل خاص بالافلاس الى وقت لاحق نظرا للظروف السياسية والاقتصادية التي كان يمر بها العراق آنذاك عند صدور قانون التجارة الاخير لسنة ١٩٨٣ .

الا انه في السنوات الاخيرة الماضية وبعد الاحداث التي حلت مؤخرا واحتلال العراق في سنة ٢٠٠٣ صدر قانون المصارف رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣^(١) . وتضمن نصوصاً قانونية وأحكاماً عامة لتنظيم مهنة المصارف في العراق أي المصارف المؤسسة في العراق بغض النظر عن جنسيتها وطبيعة رؤوس الاموال التي تساهم فيها وطنية كانت ام اجنبية وهذا ما أكدته المادة الأولى منه في أحكام التعاريف بأن مصطلح مصرف يعني شخصا يحمل ترخيصا او تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية والأنشطة المصرفية الأخرى ، إذ يلاحظ أن الغاية من تشريع هكذا قانون هو تشجيع وتوسيع نطاق الاستثمار الأجنبي في العراق واستقطاب رؤوس الأموال الأجنبية لاستثمارها في العراق^(٢) .

(١) نشر هذا القانون في الوقائع العراقية عدد (٣٩٨٠) ، المجلد ٤٤ ، أذار ، ٢٠٠٤ .
(٢) تجدر الاشارة الى انه صدر في العراق مؤخراً قانون الاستثمار رقم (١٣) لسنة ٢٠٠٦ ، والذي يهدف الى تطوير عملية التنمية الاقتصادية والاجتماعية . المنشور في الوقائع العراقية ، العدد ٤٠٣١ في ١٧/١/٢٠٠٧ .

إلا أنه يجدر التنويه في هذا الصدد ، الى أن الملاحظ على القانون المذكور آنفاً انه قانون لم يخلُ من المثالب القانونية واللغوية كما يبدو على نصوصه التعقيد وعدم الوضوح والسبب مؤكد هو ظروف تشريعه والجهة المصدرة له .

ورغم ما تقدم ، فقد ارتأيت أن أتناول في بحثي المتواضع هذا تسليط الضوء على مواد هذا القانون فيما يتعلق (بافلاس المصرف) موضحة أسباب الخلل في هذه النصوص مع الاستعانة بأحكام الافلاس الواردة في قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ ، والمقارنة أيضاً مع قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ساعية في ذلك الى التوصل الى اقتراح نحت من خلاله المشرع العراقي على إعادة النظر مجدداً في موضوع الإفلاس بصفة عامة وذلك من خلال تفعيل القواعد العامة للإفلاس التي وردت في قانون التجارة لسنة ١٩٧٠ الملغي وتنظيمها بالمنهج والفلسفة ذاتها ضمن أحكام قانون التجارة الحالي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ كقواعد أساسية تحكم إفلاس التاجر فرداً كان أم شخصاً معنوياً ولا ضير من اعتماد قانون خاص يحكم عمل المصارف بضمونها النصوص القانونية الخاصة بإفلاسها ، على أن يكون هذا القانون تشريعاً وطنياً يتسم بالوضوح وبساطة الأسلوب وقوة التأثير كي يكون دليلاً قانونياً تستعين به المحاكم العراقية في هذا الخصوص ، وعلى المحكمة المختصة بنظر إفلاس المصرف الرجوع الى القواعد العامة بالإفلاس فيما لم يرد بشأنه نص في القانون الخاص وبذلك يكون المشرع العراقي قد وضع الحلول المناسبة للوقوف على ما يثيره الموضوع من خلاف وجدل أثناء تطبيقه على الواقع .

ولابد من التنويه ابتداءً الى أن موضوع الإفلاس موضوع واسع جداً لا تغطيه عشرات الصفحات في بحث متواضع ، بل إن استيفاء دراسته تتطلب مؤلفات ضخمة نسبياً.

وعليه ستنحصر دراستي بالموضوع في هذا البحث بالقواعد القانونية التي تناولت إفلاس المصارف في القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ . معلقة على هذه النصوص ومحللة لها مع الأخذ بنظر الاعتبار مدى امكانية الاستعانة بالنصوص الواردة في قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي ومقارنتها مع قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ومن الله أرجو العون والتوفيق .

ولما تقدم سنتناول موضوع بحثنا هذا في خطة على الوجه التالي :

- المبحث الاول : التعريف بافلاس المصرف
المطلب الاول : المقصود بافلاس المصرف وشروطه
المطلب الثاني : المصارف التي يطبق عليها نظام الافلاس
المبحث الثاني : اجراءات اشهار افلاس المصرف
المطلب الاول : صاحب الحق في طلب اشهار افلاس المصرف
المطلب الثاني : المحكمة المختصة باشهار افلاس المصرف
المطلب الثالث : ادارة تفليسة المصرف
المبحث الثالث : آثار افلاس المصرف
المطلب الاول : آثاره بالنسبة للمصرف المدين
المطلب الثاني : آثاره بالنسبة لدائني المصرف
الخاتمة

المبحث الأول التعريف بإفلاس المصرف

سنتناول في هذا المبحث مطلبين يتضمن الاول المقصود بإفلاس المصرف من خلال البحث في تعريفه وشروطه ويليه مطلب ثانٍ نوضح فيه المصارف التي يطبق عليها نظام الإفلاس .

المطلب الأول المقصود بإفلاس المصرف وشروطه

الإفلاس لغةً : هو حالة الانتقال من اليسر الى العسر ^(١) وقانونا : هو توقف التاجر عن دفع ما عليه من ديون تجارية ^(٢) .

ومما تقدم يمكن استخلاص شروط الإفلاس بصفة عامة بما يلي :

- ١- أن يكون الشخص تاجراً وهو كل شخص طبيعي أو معنوي يزاول باسمه ولحسابه الخاص عملاً تجارياً على وجه الاحتراف ^(٣) .
- ٢- أن يتوقف هذا الشخص عن دفع ديونه التجارية حصراً ، فلو كان الدين مدنياً بحكم ماهيته فلا يقود الى اشهار الافلاس ^(٤) وعليه فان امتناع المدين عن دفع دين

(١) محي الدين ابازي الشيرازي ، القاموس المحيط ، دار العلم للجميع ، بيروت ، ص ٩٦٥ .
(٢) انظر المادة ٥٦٦ من قانون التجارة العراقي رقم ٤٩ لسنة ١٩٧٠ والمادة ٥٥٠ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٣) انظر الفقرة الاولى من المادة السابعة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ والمادة العاشرة من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٤) د. رزق الله أنطاكي ، الحقوق التجارية البرية ، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٤٨ ، ص

مدني لا يبرر شهر إفلاسه لأن الإفلاس نظام يسري على التجار فقط^(١) ويجب أن يكون الدين الذي توقف المدين المفلس عن دفعه حالاً ومحققاً وخالياً من النزاع ، فإذا كان سبب امتناع المدين لبطلان الدين او انقضائه بالوفاء او التقادم او المقاصة فعلى المحكمة رد الدعوى بطلب افلاس التاجر لعدم توافر شروط معينة في الدين^(٢) ، ويشهر إفلاس التاجر لمجرد توقفه عن الدفع حتى لو كان يملك اموالاً تزيد على مجموع ديونه ، أي إنه يحكم على التاجر المتوقف عن الدفع مهما كانت قيمة الدين صغيرة او كبيرة ، وهذا تأكيد لمبدأ الائتمان والثقة التجارية التي تسود الواقع التجاري^(٣) .

٣- صدور قرار بإشهار إفلاس التاجر إذ لا يترتب على مجرد التوقف عن دفع الديون آثار ما لم يصدر قرار من المحكمة المختصة بذلك ، وهنا يلاحظ على المشرع العراقي والمصري أنهما لم يأخذان بنظام (الإفلاس الفعلي) كأثر من آثار التوقف عن الدفع ويقصد به توقف التاجر عن دفع ديونه المستحقة وقبل صدور قرار من المحكمة المختصة بإشهار افلاسه أي يكون في الفترة الواقعة بين التوقف وبين تاريخ صدور القرار .

(١) انظر المواد (٥٦٦) و (٥٧٠) من قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠ والمادة (٥٥٠) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩ .

(٢) د. عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد ، ط ١ ، مطبعة دار السلام ، ١٩٧٣ ، ص ٥٩ .

(٣) د. نسيبة ابراهيم حمو ، حماية الائتمان التجاري بين الاعسار المدني والافلاس التجاري ، بحث مقبول للنشر ، مجلة اداب الرافدين ، ١٩٩٢ ، ص ٣٠ .

والشروط المذكورة آنفاً تستدعي التوقف عندها لمعرفة كيفية شمول المصرف بهذا النظام . فقد بات معروفا لدينا أن المصارف تقوم بدور أساس في النشاط التجاري والاقتصادي لما تقدمه للعميل من ائتمان وخدمات مصرفية أخرى كي تمكنه من الحصول على الأموال التي يحتاجها مما يدفع بالعملية الاقتصادية نحو الأمام في أجواء تسودها الثقة والاطمئنان ما بين المصرف والعميل .

وهذه العمليات والخدمات تعد تجارية بحكم القانون وذلك استنادا الى نص المادة (الخامسة والسادسة) من قانون التجارة العراقي النافذ لسنة ١٩٨٤ .
فيقوم المصرف بهذه الاعمال قاصدا تحقيق الربح على وجه الاحتراف والمضاربة بأسعار النقد والاسهم والسندات التي يتعامل فيها والفوائد المستحصلة من القروض وغيرها .

وعليه فلا جدال في وصفه (تاجرا) رغم كونه شخصا معنويا يزاول أعمالاً تجارية معينة^(١) .

وهنا تجدر الإشارة الى أن المشرع المصري قد جاء بنص يمثل استثناءً على القاعدة التي تقضي بأن نظام الافلاس ينطبق على كل شخص يكتسب صفة التاجر وهذا ما أكدت الفقرة الاولى من المادة (٧٠٤) من القانون المذكور ، إذ إنها أجازت إشهار إفلاس أي شخص (وإن كان لا يحمل صفة تاجر) بأنه قام مستتراً بالشركة التي أشهر إفلاسها بأعمال تجارية تنصرف آثارها لحسابه الخاص ، وتصرف بأموال الشركة كما لو كانت أمواله الخاصة وهذا ما يطلق عليه ب (التاجر المستتر) ، وبهذا أجاز المشرع

(١) انظر المادة (١) من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ ، والمادة (٣٠٠-٢)

من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

للمحكمة أن تشمله أيضاً بإشهار إفلاسه ولو لم يكن تاجراً^(١) . وهذا النص ما هو الا تأكيد أورده المشرع المصري على نص المادة (١٨) من القانون التجارة المصري ، جاء فيه (تثبت صفة التاجر لكل من احترف التجارة باسم مستعار او مستتر وراء شخص آخر) ، وافترض المشرع أيضاً شمول صفة التاجر فيمن ينتحلها بواسطة الإعلان عنها في صحف او منشورات او وسائل الإعلام الأخرى وذلك في المادة (١٩) من القانون ذاته . وعليه أخذ قانون التجارة المصري بما استقر عليه الفقه^(٢) من وصف الشخص الظاهر تاجراً ويجوز إشهار إفلاسه وذلك حماية لمبدأ الوضع الظاهر الذي تقوم عليه التجارة.

وبالرجوع الى قانون التجارة العراقي الملغى لسنة ١٩٧٠ نجد أن المادة (٧٢١) قد نصت على ما يلي (إذا طلب إشهار إفلاس الشركة جاز للمحكمة أن تقضي أيضاً بإشهار إفلاس كل شخص قام باسمها بأعمال تجارية لحسابه الخاص وتصرف في اموالها كما لو كانت امواله الخاصة) ، بينما خلا قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ من نص مماثل رغم الآثار المهمة لهذا النص في حماية دائني المصرف المدين.

لذا نجد أن نظام الإفلاس ينطبق بوضوح على المصرف كونه تاجراً قد يتوقف في يوم من الأيام عن تنفيذ التزاماته تجاه الغير أي تسديد ديونه التجارية سواء أكان الغير من القطاع العام او الخاص .

(١) د. رضا السيد عبد الحميد ، بعض المشكلات القانونية في تطبيق قانون التجارة رقم (١٧)

لسنة ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ ، ص ٣١ .

(٢) د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

وهذا التاجر غالباً ما يتخذ شكل شركة مساهمة تتكون في هيئة مؤسسات مالية تهدف الى ممارسة النشاط المصرفي المنصوص عليه في القانون او ما جرى العرف على اعتباره من قبيل العمليات والخدمات المصرفية .

ويقتضي التنويه في هذا الصدد أن المشرع العراقي في قانون الشركات النافذ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ قد أوجب أن تكون الشركة التي تتخذ من نشاطها مؤسسة مصرفية كي تقدم خدماتها للجمهور ان تكون شركة مساهمة حصراً وهذا ما اكدته الفقرة الثانية من المادة العاشرة من القانون المذكور إذ جاء فيها (ثانياً. يجب ان يأخذ شكل شركة مساهمة من يمارس ايأ من النشاطات الآتية : ١- المصارف ٢- التأمين واعادة التأمين ٣- الاستثمار المالي) ، ولكن تجدر الاشارة الى ان النص المتقدم قد تم تعديله ^(١) على النحو التالي (ثانياً. يجب على الشركات التي تمارس ايأ من النشاطات التالية ان تكون شركة مساهمة ١- التأمين واعادة التأمين ٢- الاستثمار المالي) وبذلك استثنى التعديل الاخير المصارف ولم يلزمها اتخاذ شكل شركة مساهمة أي ان مفهوم المخالفة للنص يجيز للمصارف المؤسسة في العراق ان تأخذ شكل أي شركة من الشركات المنصوص عليها في هذا القانون ^(٢) .

والحكمة من هذا النص هو فسخ المجال للمستثمرين من العراقيين والاجانب لامكانية تأسيس مصرف على شكل شركة قد تكون تضامينة او بسيطة او أي نوع آخر ، وهذا في حقيقته يتماشى مع الاسباب التي دفعت الى إدخال هذه التعديلات على قانون الشركات النافذ من أجل تبني منهج اقتصادي يعتمد على القطاع الخاص بشكل رئيسي وتفعيل دوره في تطوير المشاريع التجارية والصناعية في العراق .

(١) انظر : امر سلطة الائتلاف المؤقتة رقم (٦٤) الصادر في ٢٩/٢/٢٠٠٤ .

(٢) انظر : المادة (١١) من قانون الشركات العراقي المعدل رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ .

وبذلك سيخضع المصرف حتما لنظام الافلاس شأنه شأن باقي التجار الذين قد يتوقف أي منهم في فترة ما عن دفع وتسديد ديونه التجارية مما يدفع الدائنين في هذه الحالة الى اللجوء الى القضاء لتثبيت حالة التوقف ومن ثم اصدار قرار باشهار افلاسه لضمان حصولهم على ديونهم منه .

لكن الملاحظ على قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ أن المادة (٧١) منه قد ذكرت اسباب اشهار افلاس المصرف بالنقاط الآتية :

١- عدم وفاء المصرف بالتزاماته المالية بما فيها الالتزامات المتعلقة بالودائع عند استحقاقها او .

٢- اذا قرر البنك المركزي العراقي ان رأسمال المصرف يقل عن ٢٥ في المائة من رأس المال المطلوب عملا بالفقرة (١) من المادة ١٦ او .

٣- اذا قرر البنك المركزي العراقي ان قيمة أصول المصرف تقل عن قيمة مسؤولياته ، وبخصوص الفقرة الاولى من المادة المذكورة آنفاً فإنه كان الاولى بالمشرع النص صراحةً على ان الاصل في الافلاس هو مجرد التوقف عن دفع الديون وليس عدم الوفاء بها. وهنا تجدر الاشارة الى ان مشرع القانون قد أضاف سببا آخر لافلاس المصرف ألا وهو صدور قرار من البنك المركزي العراقي بوصفه جهازاً يدير النظام النقدي في العراق اذا وجد ان المصرف يقل رأسماله عن حد معين او ان قيمة اصوله تقل عن خصومه دون ان يضع معياراً دقيقاً وكأنه ترك الامر للسلطة التقديرية للبنك وسياسته النقدية .

ومن المسلم به ان البنك المركزي العراقي لا يعد جهة قضائية أي غير منوط به إصدار الاحكام وكان الاجدر بالمشرع القانون ان يمنح البنك المركزي العراقي حقاً يتمثل برفع طلب او توصية للمحكمة المختصة بإصدار قرار الإفلاس على المصرف .

لذا نقترح ان يكون النص على الوجه الآتي (١)-يعتبر المصرف في حالة افلاس اذا توقف عن دفع ديونه والوفاء بالتزاماته او اذا صدر قرار من المحكمة ببناءً على طلب البنك المركزي العراقي اذا وجد مبرر لذلك ، ٢-يكون قرار المحكمة بهذا الشأن قابلاً للاعتراض عليه امام محكمة الاستئناف بصفتها التمييزية خلال ٣٠ يوم من تاريخ التبليغ به ويكون قرارها قطعياً .

المطلب الثاني المصارف التي يطبق عليها نظام الإفلاس

وضحنا مقدماً ان نظام الافلاس يقتصر على كل من تثبت له صفة التاجر قانوناً، وبالتالي سيخضع لهذا النظام فيشهر افلاسه اذا توقف عن دفع ديونه التجارية المستحقة الاداء، فيشمل التاجر الفرد والشركة ايضاً التي تأسست وفقاً لاحكام قانون الشركات سواء اكانت شركة تضامنية او مساهمة او بسيطة او حتى شركة الشخص الواحد طالما انها تتمتع بالشخصية المعنوية فستخضع لهذا النظام^(١).

ولم يوضح قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ شروط الشركة او المصرف الذي يخضع لنظام الافلاس ، بينما اشار المشرع العراقي في قانون التجارة الملغى لسنة ١٩٧٠ في المادة (٧١٥) منه على ذلك ، اذ تضمنت الفقرة الاولى ما يلي (فيما عدا شركات المحاصة يجوز اشهار افلاس كل شركة تجارية اذا وقفت عن دفع ديونها التجارية اثر اضطراب اعمالها المالية ويجوز اشهار الافلاس ولو كانت الشركة في دور التصفية)^(٢) ، ولما كان المصرف يتخذ شكل شركة من الشركات المنصوص عليها في

(١) د. عزيز عبد الامير العكيلي ، الصعوبات القانونية الناشئة عن افلاس الشركات ، مجلة الحقوق ، العدد الاول، ١٩٨٧ ، ص ١٢ .

(٢) تقابلها المادة (٦٩٦) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .

القانون لاسيما بعد التعديل الاخير من قانون الشركات العراقي في المادة العاشرة منه بحيث اجاز المشرع تأسيس مصرف على شكل شركة قد تكون مساهمة او تضامنية او ذات مسؤولية محدودة او حتى مشروع فردي ، وعليه نقترح على المشرع العراقي النص في قانون المصارف على ما يأتي (يخضع لنظام الافلاس كل مصرف يتخذ شكل شركة من الشركات التجارية المنصوص عليها في القانون ٢- لا تسري احكام الافلاس على مصارف قطاع الدولة وهيئاتها) .

لذلك نجد ان نظام الافلاس ينطبق حصرا على مصارف القطاع الخاص التي تعود ملكيتها وتمويلها للافراد سواء اكانت تتخذ شكل شركات اموال (مساهمة) او شركات العوائل او ما يعرف عندنا في العراق بشركات (الاشخاص) ويطلق على هذا النوع من المصارف في العراق (بالمصارف الاهلية) وبالتالي لا يشمل نظام الافلاس المصارف المملوكة لقطاع الدولة أي (المصارف الحكومية) فتعود ملكيتها الى الدولة وبالتالي لا يخضع هذا النوع من المصارف لنظام الافلاس نظرا لما تتمتع به الدولة من ملاءة مالية كبيرة ، اذ حسم المشرع الامر فمنح صفة التاجر لشركات قطاع الدولة وتسري عليها الاحكام الخاصة بالتاجر باستثناء الافلاس^(١) ، ويرى البعض^(٢) ان لهذا الاستثناء خطورة تنعكس على الضمان العام لدائني المصرف الحكومي وعلى الرغم من وجهة الانتقاد فانه يصعب تصور إفلاس هذه المصارف كونها مدعومة مالياً من قبل الدولة ، الامر الذي يدفع العملاء في بعض الاحيان الى اللجوء للتعامل معها نظرا لقدرتها على تلبية التزاماتها في أي وقت كان دون ان تصبح في حالة عجز او توقف عن أداء ديونها كونها مملوكة للدولة .

(١) انظر المادة (١٠) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ .

(٢) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

والمصرف يتخذ شكل شركة تجارية تهدف للمضاربة وتحقيق الربح من خلال العمليات المصرفية والخدمات التي تقدمها للعملاء وتمتلك شخصية معنوية مستقلة ومن الممكن ان يتعرض للافلاس نتيجة لسوء استخدامه للاموال باستثمارها في مشاريع غير مجدية او نتيجة حسابات خاطئة دفعت المصرف الى الدخول في عمليات غير ناجحة . وبما ان المصرف شركة فيشترط ان يكون متمتعاً بالشخصية المعنوية المستقلة من شخصية الشركاء لان الافلاس نظام يهدف الى تصفية ذمة المدين المفلس فرداً كان ام شركة لانها تمثل الضمان العام للدائنين ، وبالتالي يخضع لنظام افلاس الشركات التي نظمها المشرع في القانون التجاري ^(١) .

لكن الذي استوقفنا أمام هذا الموضوع ودفعنا للبحث فيه هو صدور قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ الذي وضعنا مقدماً كونه قانوناً غير واضح وغير دقيق الصياغة اللغوية والقانونية فنجد في المادة (٧٠) منه ما يلي وتحت عنوان (عدم انطباق القانون العام للاعسار على المصارف) : (لا ينطبق على المصارف قانون اشهار الافلاس ولا أي احكام اخرى تعدل قانون اشهار الافلاس او تحل محله كلياً او جزئياً). وكان النص استبعد ابتداءً تطبيق نصوص الافلاس الواردة في قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي بينما تشير نصوص كل القوانين الى أن الافلاس نظام خاص بالتاجر شخصاً طبيعياً كان ام معنوياً ، والمصرف تاجر يمارس على وجه الاحتراف عملاً تجارياً معيناً بقصد الربح فكيف نصادر تطبيق قواعد الافلاس عليه؟ وكان الأولى بمشرع هذا القانون ان ينظم نصاً مقتضاه (تخضع المصارف المؤسسة في العراق للقواعد العامة بنظام الافلاس التي يخضع لها التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية

(١) د. عزيز عبد الأمير العكيلي ، الصعوبات القانونية الناشئة عن افلاس الشركات ، مصدر

والواردة في قانون التجارة مع مراعاة خصوصية النشاط المصرفي وفقا لاحكام قانون المصارف العراقي رقم (٤) لسنة ٢٠٠٣) وتكمن الحكمة من التأكيد على اسناد موضوع افلاس المصارف الى تشريع خاص بذلك هو حماية الائتمان التجاري في العراق وضمان رصانة التعامل في اطر تسودها الثقة والاطمئنان خاصة بعد السماح لغير العراقيين بتأسيس مصارف في العراق استناداً الى قانون الاستثمار الاجنبي .

وبهذا يشمل النص كل المصارف الاهلية المؤسسة بالعراق سواء اكانت برأس مال وطني او حتى بمساهمة رؤوس اموال اجنبية استنادا الى تشجيع الاستثمار في العراق، بينما نجد المشرع في القانون العراقي لسنة ١٩٧٠ قد تنبه جليا لهذه المسألة في الفصل السابع منه وذلك في المادة (٧١٥) الخاصة بافلاس الشركات إذ تنص على انه (١)-فيما عدا شركات المحاصة يجوز اشهار افلاس كل شركة تجارية اذا وقفت عن دفع ديونها التجارية اثر اضطراب اعمالها المالية ويجوز اشهار الافلاس ولو كانت الشركة في دور التصفية^(١) .

وهذا التوضيح الذي سنه المشرع العراقي يشمل المصارف بوصفها شركات باستثناء شركة المحاصة التي لا تخضع لهذا النظام كونها كياناً لا يتمتع بالشخصية المعنوية وليس لها ذمة مالية مستقلة عن ذم الشركاء فيها اذ لا يشهر افلاسها بل يجوز اشهار افلاس الشريك او الشركاء الذين يتعاملون مع الغير باسمهم الخاص^(٢) .

وهذا النوع من الشركات (شركات المحاصة) لم ينظمه المشرع العراقي في قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل .

(١) تقابلها المادة (٦٩٩) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .
(٢) انظر : د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج ٣ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص ٧٣ .

وعند تطبيق نظام الافلاس عن الشركات التجارية بضمنها المصارف ، يقتضي طرح التساؤل التالي : هل يجوز افلاس المصرف في مرحلة التصفية كصورة من صور انقضاء الشركة ؟

لقد أجاب المشرع العراقي ^(١) والمصري ^(٢) على ذلك بالنص (ويجوز اشهار الافلاس ولو كانت الشركة في دور التصفية) ، اما قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ فلم يورد نصاً مشابهاً لما تقدم ، فلا مانع من شمول المصرف بوصفه شركة تجارية لهذا النص التشريعي ، وندعو المشرع العراقي الى التأكيد على ضرورة اسناد حالات افلاس المصرف الى القواعد العامة المنظمة لاحكام الافلاس في قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ .

ولما كانت تصفية المصرف عملية ضرورية وملازمة لانقضائه كشركة اذ يهدف المشرع الى تمكين دائني المصرف من استيفاء حقوقهم من المساهمين او الشركاء في المصرف ، وبالتالي فان انقضاء نشاط المصرف لا يؤدي الى فقدان شخصيته المعنوية وذلك بنص القانون ^(٣) . اذ يحتفظ بها رغم ارادة الشركاء والغير ، ويرى الفقه ^(٤) ان الحكمة من احتفاظ المصرف بالشخصية المعنوية سيحول دون ان تصبح امواله مملوكة للشركاء بمجرد انقضائه فيتزاحم دائني المصرف مع دائني الشركاء الشخصيين ويتنافى مع ارادة المشرع التي كرسها في نصوص آمرة ويضعف الضمان العام لدائني المصرف فتضعف فرصة حصولهم على ديونهم المستحقة على المصرف المفلس.

(١) انظر المادة (٧١٥) من قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ .

(٢) انظر المادة (٦٩٩) من قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .

(٣) انظر المادة (١٦٤) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ .

(٤) د. عبد الحميد الشورابي ، الافلاس ، منشأة المعارف الاسكندرية ، ٢٠٠٣ ، ص ٧٨٦ .

واخيراً لابد من التطرق الى امكانية اشهار افلاس المصرف الذي لم تتم اجراءات تأسيسه كشركة تجارية بصورة صحيحة وانما اعتري هذا التأسيس خلل في الاجراءات دون تلافيتها ويستمر مؤسسو المصرف بالتعامل مع الغير وقبل ان يحكم القضاء ببطلان العمل في هذا المصرف وهذا ما يمكن ان يطلق عليه (بالشركة الفعلية) فلو تم ابطال عمل المصرف بقرار قضائي فيسري البطلان على كل تصرفاته واثارها وهذا يتعارض ومبدأ استقرار المعاملات المالية ، فلو توقف هذا الكيان عن دفع ديونه المستحقة ازاء الغير (الدائنين) فهل بالامكان اشهار افلاسه ؟ ستكون الاجابة عن هذا الافتراض بالنفي لان المشرع نص صراحة على امكانية اشهار افلاس الشركة المتمتعة بالشخصية المعنوية القانونية واستثنى شركات المحاصة ، وبالقياص على الشركات الاخيرة يمكن الحاق الشركة الفعلية بها كونها شركة لم تتمتع بالشخصية المعنوية ايضاً .

بينما يرى جانب من الفقه ^(١) أن الشركة الفعلية لو توقفت عن دفع ديونها خلال مزاولتها للنشاط وقبل الحكم ببطلانها فانه يجوز اشهار افلاسها ، ونرى في ذلك خروجاً عن مورد النص بعدم جواز اشهار افلاس الشركة او المصرف الذي لا يتمتع بالشخصية المعنوية .

(١) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٧٨٨ .

المبحث الثاني إجراءات إشهار إفلاس المصرف

سنوضح في هذا المبحث من له الحق في طلب اشهار افلاس المصرف ومن هي الجهة القضائية المختصة باشهار الافلاس وكيف تكون ادارة التفليسة وذلك في ثلاثة مطالب .

المطلب الأول صاحب الحق في طلب إشهار إفلاس المصرف

نصت المادة (٧٢) من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ التي جاء في عنوانها (تقديم التماس لاقامة دعوى لاشهار الافلاس) ويلاحظ ابتداءً ضعف الصياغة القانونية الناجمة في الغالب عن عدم الدقة في الترجمة الحرفية للقانون فمصطلح (التماس) قد قصد به (طلب) وهذا المصطلح غير مرادف للاخير وكان الاولى ان يكون عنواناً او مقدمة المادة المذكورة (من له الحق في طلب اشهار الافلاس) وقد جاء في منطوق المادة المذكورة ما يلي :

(١)-تقدم التماسات اقامة دعوى اشهار افلاس على المصرف خطيا الى محكمة الخدمات المالية ، ٢-لا تجوز موافقة المحكمة على أي التماس لاقامة دعوى اشهار افلاس على مصرف الا اذا :

أ . كان الالتماس مقدما من البنك المركزي العراقي ، ومشفوعا ببيانات مالية للمصرف مصدقة من البنك المركزي العراقي تبين الاساس الذي ينطبق بناء عليه سبب قانوني واحد او اكثر من اسباب اقامة دعوى لاشهار الافلاس المبينة في المادة ٧١ ، او
ب. كان الالتماس مقدما الى المحكمة وابلغ الى البنك المركزي العراقي من جانب ثلاثة او اكثر من دائني المصرف لهم التزامات مستحقة على المصرف وغير مدفوعة تتجاوز

قيمتها ٤ مليارات دينار مشفوعا بأدلة مستندية تبين ان المصرف لم يسدد التزاماته المالية عند استحقاقها بمقتضى الفقرة (أ) من المادة (٧١) واستنادا الى مضمون المادة المذكورة اعلاه فقد اشترط مشرع القانون تقديم طلب خطي من قبل صاحب الحق في اشهار افلاس المصرف الى محكمة الخدمات المالية ، وحدد في الوقت ذاته الجهات المخولة بتقديم ذلك الطلب وهي :

١- البنك المركزي العراقي بوصفه اعلى جهاز يقود السياسة النقدية للبلد كما خوله القانون ذاته حق الرقابة والتفتيش على المصارف وذلك استنادا الى المادة (٥٣) من القانون التي منحت البنك المركزي العراقي امكانية تدقيق ومتابعة المركز المالي للمصرف ، حيث جاء في الفقرة الثالثة من المادة (٥٣) من القانون ما يلي :

(٣)- للبنك المركزي العراقي ان يجري تفتيشا موقعا لمصرف او للكيانات التابعة له او المنتسبة اليه يقوم به واحد او اكثر من موظفيه او يقوم به شخص آخر او اشخاص آخرون يعينهم البنك المركزي العراقي لهذا الغرض ويراجع التفتيش عمليات المصرف للتحقق من مركزه المالي ومدى امتثاله لاحكام القوانين واللوائح المتعلقة بـإدارة انشطته ...).

وهنا حول المشرع البنك المركزي العراقي صلاحية تقديم طلب خطي للمحكمة المختصة باشهار افلاس المصرف اذا ما تحقق سبب من الاسباب المبينة في المادة (٧١) من القانون المذكورة سابقا سواء تعلق الامر بتوقف المصرف عن الوفاء بالتزاماته او ان رأسمال المصرف أصبح يشكل أقل من ٢٥٪ من رأسماله المطلوب في القانون^(١) .

(١) وضحت المادة (١٤) من القانون ذاته الحد الأدنى لرأسمال المصارف المؤسسة في العراق بمبلغ لا يقل عن (١٠) مليارات دينار عراقي .

٢- ويجوز لثلاثة او اكثر من دائني المصرف لهم ديون مستحقة على الاخير تتجاوز قيمتها (٤) مليارات دينار ومؤيدة بمستندات تؤكد ذلك ، ومنح القانون الحق لهؤلاء تقديم طلب للمحكمة باشهار افلاس المصرف ، وعند تقديم الطلب للمحكمة المختصة سواء اكان من قبل البنك المركزي العراقي او من قبل دائني المصرف سيقوم البنك المركزي بتعيين وصي ممثلاً عنه لمتابعة امور التفليسة في المحكمة المختصة^(١) .

وإذا حدث ورفضت المحكمة المختصة الطلب المقدم من البنك المركزي العراقي باشهار الافلاس لعدم كفاية الاسباب المطلوبة لذلك بامكان البنك المركزي العراقي الغاء الترخيص الممنوح للمصرف المدين ويلجأ الى اعمال التصفية^(٢) .

لكن يتعارض تطبيق هذا النص مع الواقع ويصطدم بالحكمة المتوخاة من نظام الافلاس الذي يحمي حقوق الدائنين بصرف النظر عن قيمة دينهم وعددهم ، وكان الاجدر بمشعر القانون ان يمنح حق تقديم طلب اشهار افلاس المصرف لدائن المصرف او اكثر ممن كان له او لهم ديون مستحقة وغير مدفوعة من قبله بصرف النظر عن قيمتها فقد لا تصل الى مبلغ اربعة مليارات دينار فهو مبلغ ضخم جدا ومبالغ فيه قد يكون في كثير من الاحيان داعيا لارهاق الدائن وسببا لياسه من المطالبة بدينه .

ونظراً للقصور الوارد في القانون المذكور آنفاً بالنسبة لصاحب الحق في طلب اشهار افلاس المصرف المدين ، لا بد لنا من التطرق إلى موقف المشعر العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠ وكذلك نستعرض موقف المشعر المصري في قانون التجارة لسنة ١٩٩٩ من المسألة ذاتها .

(١) انظر المادة (٧٣) من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ .

(٢) انظر المادة (٧٧) من قانون المصارف رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ .

اما موقف المشرع العراقي من موضوع صاحب الحق في طلب اشهار افلاس المدين المفلس فقد نصت المادة (٧١٨) من قانون التجارة الملغى إذ جاء فيها (يجوز لدائن الشركة طلب اشهار افلاسها ولو كان شريكا فيها)^(١) .

وبمقتضى النص اعلاه بإمكان دائن المصرف تقديم طلب للمحكمة باشهار افلاس المصرف حتى لو كان هذا الدائن مساهما في هذا المصرف ، اما الشركاء غير الدائنين فلا يجوز لهم بصفتهم الفردية طلب اشهار افلاس المصرف استنادا الى المادة (٧١٨) ايضاً .

وبذلك يجوز لكل دائن للمصرف المفلس سواء اكان دائننا عادياً او مرتهنأً او صاحب حق امتياز التقدم بطلب باشهار افلاس المصرف ، ولا يشترط في الدائن ان يكون تاجراً وعليه ان يثبت ان المدين قد توقف عن دفع ديونه .

ويرى جانب من الفقه^(٢) انه لا يشترط ان يكون دينه حالاً وقت التقدم بالطلب بل يجوز ان يكون مؤجلاً او معلقاً على شرط لكن عليه ان يثبت أن المصرف المدين قد توقف عن سداد ديونه الحالة تجاه الدائنين الاخرين وهنا يعتبر الافلاس طريقاً من طرق التحفظ .

لكن هل يجوز طلب اشهار افلاس المصرف بناءً على طلب منه ، أي (المدين المفلس؟) بالرجوع الى القواعد العامة للافلاس وتحديدأً المادة (٥٦٨) من القانون ذاته ، فيجوز اشهار افلاس التاجر بناءً على طلبه وهذا حق جوازي له استعماله او عدم استعماله ، لكن نص المادة (٥٦٩) من القانون ذاته قد حسمت الامر والزمتم المدين التقدم بطلب اشهار افلاسه خلال (١٥) يوماً من تاريخ توقفه عن الدفع والا عد متفالساً

(١) تقابلها المادة (٧٠٠) من القانون المصري .

(٢) د. حسن جاد ، مصدر سابق ، ص ٣٦ .

بالتقصير او التدليس ، والحكمة من وجوب المبادرة من قبله هي اطلاق الغير على مركزه المالي وعجزه عن سداد الديون .

كما اجازت المادة (٧١٧) من القانون تقديم طلب اشهار افلاس الشركة من قبل مدير الشركة وبعد موافقة اغلبية الشركاء في شركات التضامن والهيئة العامة في الشركات الاخرى^(١) .

وعليه يكون المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة (١٩٧٠) قد حصر حق طلب اشهار الافلاس على المدين او الدائن واستبعد حق المحكمة المختصة او الادعاء العام كما هو الحال في قانون التجارة المصري .

اما موقف المشرع المصري فقد استحدث قانون التجارة لسنة (١٩٩٩) نصاً تضمنته المادة (٧٠١) منه ، فجاز لدائن الشركة طلب اشهار افلاسها ولو كان شريكاً فيها ، وهنا يجوز لدائن الشركة طلب اشهار افلاسها متى توقفت عن دفع ديونها ، ويعطى هذا الحق لكل دائن حتى لو كان شريكاً في الشركة كالشريك الموصي والشريك المساهم الذي اودع مالاً في المصرف وتوقف عن رده عند الطلب ، اما بالنسبة لحملة سندات القرض فلا يعدون شركاء في المصرف بل مجرد دائنين فيحق لهم طلب اشهار افلاس المصرف^(٢) .

كما اجازت المادة (٧٠٠) من القانون ذاته للممثل القانوني للمصرف التقدم بطلب اشهار افلاسه بشرط ان يحصل على موافقة اغلبية الشركاء او الجمعية العامة حسب نوع الشركة ، وهذا يعني انه يحق للمدين (المصرف) التقدم بطلب باشهار افلاسه ، فلو اتخذ المصرف شكل شركة (تضامن او توصية) فيجوز لمدير المصرف التقدم

(١) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ٧٢ .

(٢) د. احمد محمود خليل ، مصدر سابق ، ص ١٤٠ .

بطلب للمحكمة المختصة مرفقاً بميزانية ودفاتر المصرف وتقرير مفصل عن اضطراب المركز المالي له ، ولم ينص القانون صراحةً على الاغلبية المطلوبة للتصويت على هذا القرار هل هي اغلبية عددية؟ ام اغلبية مالكي رأس المال ؟ ، ولهذا يؤيد الفقه ضرورة توافر الاغلبية العددية والمالية معاً ، نظراً لخطورة نظام الافلاس وما يترتب عليه من اثار^(١) .

اما اذا اتخذ المصرف شكل شركة مساهمة ، فعلى الجمعية العامة الاجتماع والتصويت باتخاذ قرار بالطلب بشهر افلاس المصرف ويرفع القرار بطلب من رئيس مجلس الادارة الى المحكمة المختصة .

وتجدر الاشارة الى ان المشرع المصري قد تبني لأول مرة موقفاً مقتضاه ما نصت عليه المادة (٧٠٤) من قانون التجارة إذ جاء فيها (واذا تبين ان موجودات الشركة لا تكفي لوفاء (٢٠٪) من ديونها جاز للمحكمة بناءً على طلب قاضي التفليسة ان تقضي بالزام اعضاء مجلس الادارة او المديرين كلهم او بعضهم بالتضامن بينهم او بغير تضامن بدفع ديون الشركة كلها او بعضها الا اذا اثبتوا انهم بذلوا في تدبير شؤون الشركة عناية الرجل الحريص) . وبذلك وضع المشرع المصري قواعد تمثل خروجاً عن القواعد العامة للمسؤولية المدنية مبتغياً توفير ضمان أكبر لدائني الشركة المفلسة امام انهيار مركزها المالي نتيجة الاخطاء التي ارتكبها القائمون على ادارتها ، صحيح ان بإمكان دائني المصرف الرجوع على من يديره والزامهم بالتعويض عن الضرر الذي كان سببه الخطأ في ادارة الشركة ، الا انه قد يصعب في كثير من الاحيان على دائن المصرف اثبات وقوع الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما لذلك تدخل المشرع وافترض الخطأ من جانب

(١) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٧٩٦ .

اعضاء مجلس الادارة او مدير المصرف المفلس والذي سبب عجزاً في موجودات الشركة بحيث لا تكفي لسداد (٢٠٪) على الاقل من ديونها ، فاعفى الدائنين من اثبات الخطأ ، وللمحكمة سلطة في الحكم بالزام اعضاء مجلس الادارة او المدير بدفع كل او بعض ديون الشركة ، وهنا التضامن بينهم مقرر بنص القانون بصرف النظر عن مدى مسؤولية المدير واعضاء مجلس الادارة سواء اكانت الشركة محدودة المسؤولية ام غير محدودة^(١) .

اما المشرع العراقي فقد تنبه مبكراً للمسألة وسبق المشرع المصري في هذا الصدد وذلك في الفقرة الثانية من المادة (٧٢٢) من قانون التجارة الملغى لسنة ١٩٧٠ والتي نصت على انه (واذا تبين ان موجودات الشركة لا تكفي لوفاء عشرين من المائة على الاقل من ديونها ، جاز لحاكم التفليسة ان يامر بالزام اعضاء مجلس الادارة او المديرين كلهم او بعضهم بالتضامن بينهم او بدون تضامن بدفع ديون الشركة كلها او بعضها الا اذا اثبتوا انهم بذلوا في تدبير شؤون الشركة عناية الرجل المعتاد ...) ، في حين لم يشر قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ لهذه المسألة .

وفضلا عما تقدم فقد اجاز المشرع المصري شهر افلاس التاجر بناء على طلب النيابة العامة او بناء على طلب المحكمة من تلقاء نفسها وذلك في المادة (٥٥٦) من قانون التجارة المصري ، وهنا يضيف المشرع المصري فئة اخرى لصاحب الحق في طلب اشهار افلاس التاجر بصفة عامة والمصرف بصفة خاصة الا وهي النيابة العامة متى ما وجد ان هناك مبررا لهذا الطلب ، كما لو تبين لها ان المصرف لم يقوم باتخاذ الاجراءات الكافية لمنع ظاهرة غسيل الاموال وتمويل عمليات غير مشروعة قانونا ، وكذلك للمحكمة المختصة ايضا هذا الحق وهو استثناء عن الاصل اذ لا يجوز للمحاكم ان تقضي

(١) د. عبد الرحمن السيد قرمان ، مسؤولية اعضاء مجلس الادارة والمديرين عن ديون الشركة المفلسة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ ، ص ١١ .

فيما لم يطلب منها وهذا الاستثناء يببرر على اعتبار ان قواعد الافلاس هي من النظام العام ويجب على المحكمة ان تتمسك بتطبيقها من تلقاء نفسها متى ما وجدت ان شروط الافلاس متوافرة في التاجر المفلس^(١). بينما خلا قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ وقانون المصارف لسنة ٢٠٠٣ من هذا النص .

هذا وقد اجاز المشرع في قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٧٠ الملغي للمحكمة من تلقاء ذاتها او بناء على طلب الشركة (المصرف) ان تؤجل اشهر الافلاس لمدة لا تتجاوز ثلاثة اشهر اذا قدم المدين ضمانا لدعم مركزه المالي وذلك في المادة (٧١٩) منه^(٢) . وقد حدد المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي صاحب الصفة في القيام مقام الشركة المفلسة في كل امر يستلزم اخذ رأي المدين المفلس والحضور امام حاكم التفليسة ويسمى (ممثل الشركة) . وذلك في المادة (٧٢٣) من القانون^(٣) .

المطلب الثاني

المحكمة المختصة بإشهار إفلاس المصرف

نصت المادة (٧١) من قانون المصارف العراقي على ما يأتي : (لدى تلقي التماس قبول بموجب المادة (٧٢) وتعيين البنك المركزي وصيا بمقتضى المادة (٧٣) تبدأ محكمة الخدمات المالية في اقامة دعوى اشهار افلاس على مصرف). فمن النص المتقدم نلاحظ ان المحكمة المختصة بنظر دعوى افلاس المصرف في العراق هي محكمة

(١) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٧٩٧ .

(٢) تقابلها المادة (٧٠٢) من قانون التجارة المصري ، انظر في تفصيل ذلك د. سميحة القليوبي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٣ .

(٣) تقابلها المادة (٧٠٥) من قانون التجارة المصري .

الخدمات المالية^(١) للنظر في الدعاوى المتعلقة باعمال المصارف العاملة في العراق بوصفها مؤسسات تقدم خدمات مالية للمجتمع ، وكان الاولى بمشرع القانون تحديد اختصاصات المحكمة تحديداً دقيقاً والهيئة القضائية المتكونة منها وطبيعة القرارات التي تصدرها ومدى امكانية الطعن بها امام محكمة التمييز.

ويفتقد النص المتقدم للوضوح والدقة من حيث الصياغة القانونية وكان الاولى ان يكون منطوق النص على الوجه التالي : (تنظر محكمة الخدمات المالية بالدعاوى التي تتعلق باعمال المصارف في العراق) وهذا النص سيكون مطلقاً يشمل كل ما يتعلق بالمصرف منذ بدء تأسيسه واثناء عمله وحتى تصفيته وكذلك افلاسه .

كما حددت المادة (٧٤) من القانون ذاته آلية النظر في الدعوى امام محكمة الخدمات المالية التي تنظر بدعوى افلاس المصرف على ان يحضر طرف ممثل عن البنك المركزي العراقي ومدير المصرف المدين في جلسة علنية ، واستثناءً أجاز القانون جعل الجلسة سرية اذا كان هناك مبرر . ونعتقد ان العلة بوجود محكمة مختصة في المعاملات التجارية تمكن القضاء المختص من تحقيق العدالة لاجراءات تتسم بالدقة والوضوح في تطبيق القانون.

وتجدر الاشارة الى ان المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٤٣ قد انشأ (محاكم تجارية) تنظر في المسائل المتعلقة بالمنازعات التي تثار في الوسط التجاري بضمنها الافلاس ، اذ نظمت المادة (٣٣) منه هذه المحاكم ، الا ان القضاء التجاري الغي بالغاء القانون المذكور فاصبحت قضايا الافلاس تنظر من محاكم البداية في العراق^(٢).

(١) تأسست هذه المحكمة بموجب قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤ .

(٢) د. حسن جاد ، شرح القانون التجاري العراقي ، ج ٣ ، مطبعة الصباح ، ١٩٤٥ ، ص ٢٦

ولو عدنا الى قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٧٠ لوجدنا ان نص المادة (٥٧٣) منه يقضي بـ (١) -تختص باشهار الافلاس محكمة البداءة التي يقع في منطقتها المركز الرئيسي لمتجر المدين . ٢- ومع عدم الاخلال بما تقضي به الاتفاقيات الدولية يجوز اشهار افلاس التاجر الذي له في العراق فرع او وكالة ولو لم يصدر حكم باشهار افلاسه في دولة اجنبية وفي هذه الحالة تكون المحكمة المختصة باشهار الافلاس في العراق هي المحكمة التي يقع في منطقتها الفرع او الوكالة)^(١) .

وهنا يلاحظ ان المشرع العراقي آنذاك حدد محكمة البداءة للنظر بدعاوى افلاس التاجر بما فيها المصارف العراقية ، فالملاحظ ان اختصاص محكمة البداءة يكون اختصاصاً نوعياً وقيماً^(٢) في آن واحد ، اذ ان دعوى الافلاس غير قابلة للتقدير ، اما الاختصاص المكاني فتتظر في دعوى محكمة البداءة التي يقع في نطاقها الاقليمي مركز الادارة الرئيسي للتاجر المفلس (للمصرف) ويستثنى من ذلك المصارف الاجنبية التي يقع مركز ادارتها خارج البلاد ولها فرع في العراق وهنا يكون الاختصاص المكاني للمحكمة التي يوجد فيها فرع المصرف المفلس^(٣) .

ويجدر الايضاح هنا ان محكمة البداءة في العراق تمارس واجبات ولها اختصاصات شاملة قد تتقل في كثير من الاحيان كاهل قاضي الموضوع ، وندعو الى تفعيل (محكمة الخدمات المالية) وادخالها حيز التنفيذ تأكيداً على توزيع الاختصاصات القضائية مما يؤدي الى اصدار قرارات اكثر دقة في القضايا المدنية والتجارية على حد سواء .

(١) تقابلها المادة (٥٥٩) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٢) انظر المادة (٣٢) من قانون المرافعات العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل .

(٣) انظر د. عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد ، مصدر سابق ، ص٦٧ .

هذا وتختص محكمة البداية وفق قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ وحسب نص المادة (١/٥٧٤) بالنظر بجميع الطلبات والدعاوى الناشئة عن الافلاس او المتعلقة به ^(١).

وتأسيسا على ما تقدم ، فان كل دعوى تنشأ عن حالة افلاس المصرف سواء تعلقت بادارة التفليسة او متعلقة بمنقول او عقار كأموال تدخل في تفليسة المصرف فان محكمة البداية ستبقى مختصة بالنظر في الدعاوى المذكورة انفا حتى تنتهي التفليسة وهذا يعني ان المسألة تعد من النظام العام فيجوز الدفع بعدم الاختصاص اذا رفعت امام محكمة غير المحكمة التي نظرت بدعوى الافلاس ^(٢) .

وقد اكد القضاء المصري ^(٣) على ذلك في قرار لمحكمة النقض إذ جاء فيه (قواعد الافلاس تعتبر من النظام العام لتعلقها بتنشيط الائتمان ، فقد وضع المشرع نظاماً قائماً بذاته لولحظ فيه حماية حقوق الدائنين مع رعاية المدين حسن النية) .

بينما خلا قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ من ايراد هذا التفصيل فيما يتعلق بالدعاوى المتعلقة والناشئة عن حالة الافلاس وكان الاجدر ان يلحقها بالمحكمة المختصة الا وهي (محكمة الخدمات المالية) .

وقد نصت المادة (٥٧٦) من قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ على ما يأتي (يكون الحاكم الذي قضى باشهار الافلاس حاكماً للتفليسة ولمحكمة الاستئناف ان

(١) تقابلها المادة (٥٦٠) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٢) احمد محمود خليل ، شرح الافلاس التجاري ، منشأة المعارف ، ٢٠٠١ ، ص ٣٥ .

(٣) قرار محكمة النقض في ١٩٩٦/٥/٦ ، نقلاً عن د. علي جمال الدين عوض ، الافلاس في

قانون التجارة الجديد ، ط ٢ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ ، ص ١٨٣ .

تأمر في كل وقت باستبدال غيره به) ^(١) ، وبذلك نص المشرع صراحةً على تعيين قاضي يتولى النظر في امور التفليسة يدعى (قاضي التفليسة) بمعنى ان المحكمة التي تصدر القرار باشهار الافلاس لا تنتهي مهمتها بذلك وانما تستمر في الاشراف والرقابة على شؤون التفليسة والفصل في المنازعات المتعلقة بها ، ولكثرة المهام الموكولة بمحكمة البداة فقد اوكل المشرع هذه المهمة الى نائب عن القضاء يسمى (حاكم التفليسة او قاضي التفليسة او مأمور التفليسة) يعين بذات القرار الصادر عن المحكمة باشهار الافلاس ، ويرى جانب من الفقه ^(٢) ان دور قاضي التفليسة لا يظهر جلياً الا في الدول التي تتكون فيها المحكمة المختصة بالافلاس من قضاة عدة ، اما في الدول التي تتكون فيها المحكمة المختصة من قاض واحد (كالعراق) مثلاً ، فلا تظهر بوضوح اهمية الدور الذي يقوم به قاضي التفليسة فتندمج وظائفه في هذا الصدد بوظائف المحكمة التي أصدرت قرار الافلاس ، وتتلخص مهام قاضي التفليسة بما يلي :

- ١- مراقبة ادارة التفليسة وسير اجراءاتها .
 - ٢- دعوة الدائنين للاجتماع كلما دعت الضرورة لذلك .
 - ٣- دعوة المدين المفلس (المصرف) او وكلاءه ومناقشتهم في امور التفليسة .
 - ٤- الاذن لامين التفليسة بالقيام ببعض الاعمال التي تقتضيها ادارة التفليسة .
- وفي الوقت الذي تنبه اليه المشرع العراقي في القانون المذكور آنفاً لمنصب قاضي التفليسة وتعيينه ومهامه نجد ان قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ ، لم يتطرق لهذه المسألة ولم يشر اليها وكان الاجدر به ان يحيل المسألة الى القواعد العامة التي تحكم نظام الافلاس .

(١) تقابلها المادة (٥٦١) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩ .

(٢) د. عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد ، مصدر سابق ، ص ٢٥٥ .

ولكن هل يجوز الطعن بالقرارات الصادرة من قبل قاضي التفليسة ؟ لقد اجابت المادة (٥٩٥) من قانون التجارة العراقي الملغي على ذلك ونصت (١- لا يجوز الطعن في القرارات التي يصدرها حاكم التفليسة الا اذا نص القانون على جواز ذلك ...) وهذه الاحوال تكون بالاعتراض على القرار امام قاضي التفليسة ذاته خلال ثلاثة ايام من النطق به او التبليغ به أو بطريق الاستئناف خلال عشرة ايام ويكون قرار محكمة الاستئناف هنا قطعياً غير قابل للاعتراض .

ويعتبر الفقه^(١) ان قرار قاضي التفليسة يعد من الاوامر الولائية وليس حكماً بالمعنى الفني ، وقد عالجت المادة (٥٨٠) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩ ذلك بالنص على (١- لا يجوز الطعن في القرارات التي يصدرها قاضي التفليسة ما لم ينص القانون على غير ذلك او كان القرار مما يجاوز اختصاصه ...).

لكن السؤال الذي يرد في هذا المجال هو : اذا اصدرت المحكمة المختصة بنظر

دعوى الافلاس قرارا هل سيكون هذا القرار كاشفا لحالة الافلاس ام انه منشيء لها ؟ اجابت المادة (٨٢) من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ عن هذا التساؤل وذلك في محتوى النص المذكور والذي جاء فيه : (١-يبداً نفاذ قرار المحكمة اقامة دعوى اشهار افلاس على مصرف من وقت اتخاذ ذلك القرار).

وهنا يكون قرار المحكمة منشئاً لحالة الافلاس لا كاشفا لها ، اذ انه من المعلوم لدينا ان كل القرارات التي تصدر من المحاكم بصفة عامة هي غير منشئة للحقوق المتنازع عليها بل انها تكشف وتعلن عنها الا ان القرار الصادر في دعاوى الافلاس يخرج عن هذا المفهوم فلا يكشف حالة الافلاس أي (توقف المصرف عن الدفع) وانما لينشيء

(١) د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ٢٠٤ .

هذا الوضع ، بمعنى آخر ان المصرف المدين لا يكون مفلسا الا اذا صدر حكم بشهر افلاسه^(١) وهذا ما اكدته ايضا المادة (٢/٥٦٦) من قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ إذ جاء فيها (الحكم الصادر باشهار الافلاس ينشئ حالة الافلاس وبدون هذا الحكم لا يترتب على الوقوف عن الدفع أي اثر ما لم ينص القانون على غير ذلك)^(٢) . وهذا يعني ان لقرار اشهار افلاس المصرف حجة مطلقة لا نسبية سواء من حيث الاشخاص والاموال ، فله حجة مطلقة على كل الاشخاص وليس للدائنين فقط ، اما من حيث الاموال فيشمل جميع أموال المدين المفلس (المصرف) ولا ينحصر اثره على الشيء موضوع النزاع وهذا ما اكده القضاء العراقي (٣) ، حيث جاء في قرار لمحكمة التمييز (ان الحكم باشهار الافلاس له حجة مطلقة فلا يقتصر اثره على طرفيه وانما يتجاوزهما الى الكافة بمنح طريق الاعتراض عليه يكون من له مصلحة في ذلك) .

المطلب الثالث إدارة تفييسة المصرف

نصت المادة (٧٨) من قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ على ما يأتي: (بناء على اتخاذ المحكمة قرارا بالموافقة على التماس اقامة دعوى اشهار افلاس على مصرف تعلن المحكمة افلاس المصرف وتبدأ اقامة دعوى اشهار افلاس على المصرف وتعين حارسا قضائيا بمقتضى المادة ٨٠).

(١) احمد محمود خليل ، مصدر سابق ، ص ٣٠ .

(٢) تقابلها المادة (٢/٥٥٠) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ .

(٣) قرار محكمة التمييز رقم (٨٨٩) في ١٩٦٦/٩/٢٦ ، نقلاً عن د. عزيز العكيلي، مصدر

سابق، ص ٧٨.

وكان بالامكان اختصار منطوق المادة المذكورة اعلاه بما ياتي : (اذا قررت المحكمة اشهار افلاس المصرف تعيين امينا لتفليسة المصرف) .
وعندها يمكن للمحكمة استنادا الى نص المادة (٧٩) من القانون اخطار البنك المركزي العراقي والدائنين والمصرف المدين باقامة دعوى اشهار الافلاس وينشر القرار في صحيفتين على الاقل .
لكن الملاحظ على هذا القانون انه يطلق تسمية (الحارس القضائي) كمرادف لكلمة (امين التفليسة) ونفضل المصطلح الاخير كون المصطلح الاول يستخدم في المحاكم المدنية والذي يعين بقرار من المحكمة المختصة ايضا للحفاظ على أموال المدين المحجوزة.

لكن كيف تختار المحكمة امينا لتفليسة المصرف؟ وعلى ماذا تستند في ذلك؟
اجابت المادة (٨٠) من القانون والتي الزمت المحكمة اختيار امين التفليسة من بين قائمة اسماء مرشحين من البنك المركزي العراقي وعندها تعينه المحكمة استنادا الى اسباب تتعلق بكفاءته وامانته واختصاصه ويحدد في القرار ذاته المكافأة أي الاجور التي يستحقها نتيجة ادارته للتفليسة ، وكل التكاليف الاضافية والمصاريف التي يتكبدها امين التفليسة حيث سيلتزم البنك المركزي العراقي بتسديدها له ^(١) .

وببإشراف امين التفليسة مهامه لادارة شؤون المصرف المدين بناء على توجيهات وتعليمات واشراف من البنك المركزي العراقي وهذا يحدد بصلاحيات تمنح له ابتداءا كي يدير التفليسة على اساسها ولاجل حسن تنفيذ المهام الموكلة لامين التفليسة فقد اجاز له القانون الاستعانة بمحاميين او محاسبين وخبراء كمستشارين له .

(١) انظر المادة (٨٠) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ .

فيصبح امين التفليسة الممثل القانوني الوحيد للمصرف المدين وله كافة الحقوق التي تكون لحملة الاسهم واعضاء مجلس الادارة واتخاذ أي قرار ضروري لتصفية المصرف^(١) .

وقد الزمت المادة (٨٥) من قانون المصارف العراقي امين التفليسة بتقديم (تقرير الملكية) على حد تعبير المشرع ، في خلال اسبوعين من تاريخ تعيينه الى البنك المركزي العراقي يتضمن قائمة باصول المصرف وديونه والعقود المبرمة مع الغير .

ووفقاً لنص المادة (٨٩) من القانون ذاته فقد اجاز لامين التفليسة ان ينهي (من جانب واحد) جميع العقود المستمرة في التنفيذ كالعقود التي تتعلق بتوريد السلع او خدمات مع عدم الاخلال بحق الطرف المتضرر بالمطالبة بالتعويض عن عدم الاستمرار في تنفيذ العقد .

وللمحكمة استبدال امين تفليسة جديد بدل الذي عينته ابتداءً اذا تحقق احد الاسباب التالية :

١- في حالة استقالة امين التفليسة او وفاته او اصابته بعارض من عوارض الاهلية او فقده لها.

٢- اذا لم يباشر اداء مهامه المحددة له بتوجيهات من البنك المركزي العراقي .
وعندها سيحل امين التفليسة الجديد خلفاً للآخر بنفس الصلاحيات وتسلم له كافة الدفاتر والسجلات من اجل اداء وظيفته .

وبالرجوع الى قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ فقد نصت المادة (٥٨٦) منه على ما يلي : (١-تعيين المحكمة في حكم الافلاس وكيلا من بين المحامين لادارة

(١) انظر المادة (٨١) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ .

التفليسة يسمى امين التفليسة (...). فأمين التفليسة هو الشخص الذي تعيينه المحكمة في قرار اشهار الافلاس ويعهد اليه ادارة اموال المفلس والمحافظة عليها إلى ان يختار الدائنون الحل المناسب الذي تنتهي اليه التفليسة سواء انتهت بالصلح ام الاتحاد أي تصفية اموال المفلس وتوزيعها على الدائنين وهنا يسمى بأمين اتحاد الدائنين^(١).
وآنذاك اشترط المشرع العراقي على ان يكون امين التفليسة حاصلًا على شهادة في دراسة القانون (محاميا) من المسجلين في نقابة المحامين^(٢) ، وكان الاولى ان لا يحدد على وجه الخصوص الاختصاص ويكتفي بوصف امين التفليسة من ذوي الخبرة والعلم والكفاءة في مجال عمل التاجر عامة والمصارف خاصة ، ويترك المسألة لقاضي الموضوع في المحكمة المختصة .

ويترتب على صدور قرار الافلاس نشوء جماعة الدائنين التي تضم الدائنين العاديين للمصرف المفلس وكذلك الدائنين اصحاب حقوق الامتياز العامة الناشئة حقوقهم قبل صدور القرار ، اما الدائنون المرتهنون واصحاب حقوق الامتياز الخاصة فهؤلاء يضمنون استيفاء حقوقهم بالاولوية فلا يخضعون لقسمة الغرماء وبالتالي لا يدخلون في جماعة الدائنين^(٣) . وهذا ما اكده القضاء المصري ، حيث لا يشمل المنع من اتخاذ الاجراءات الفردية بعد قرار الافلاس الدائنين المرتهينين وأصحاب حقوق الامتياز الخاصة ، فلا يندرجون في عداد هذه الجماعة .

(١) د. عزيز العكلي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥ .

(٢) انظر المادة (٥٨٦) من قانون التجارة العراقي الملغي ١٩٧٠ .

(٣) قرار محكمة النقض في ١٩٩٢/٣/٣١ ، اشار اليه د. علي جمال الدين عوض ، مصدر

سابق ، ص ٢١٤ .

وعليه فان جماعة الدائنين تعتبر شخصاً معنوياً يمثلها امين التفليسة وتنشأ بقوة القانون دون ارادة الشركاء ، وينتقد البعض ^(١) . ان لهذه الجماعة ذمة مالية مستقلة تنشأ عن الشخصية المعنوية ولها حقوق وتحمل التزامات تنشأ عن الاعمال الصادرة عن ممثلها (امين التفليسة) ويبرر نقده بان الشخصية المعنوية لا تكتسب الا بنص القانون وبالتالي لا تتمتع بذمة مالية مستقلة ، فالذمة المالية هي ذمة المفلس .

كما منعت المادة (٥٨٧) من القانون ذاته ان يكون امين التفليسة زوجاً للمفلس وقريباً له الى الدرجة الرابعة او شريكاً او مستخدماً خلال السنتين السابقتين على اشهار الافلاس، ويستحيل افتراض هذه الامور بالنسبة لافلاس المصرف كونه شخصاً معنوياً لا يتمتع بهذه الروابط الشخصية .

ويتصور ان في الواقع العملي للمصرف المفلس العديد من العلاقات القانونية والدائنين فيصعب حصر هذه الامور وتصفيتها من قبل شخص واحد ، فهل يجوز تعيين اكثر من امين تفليسة واحد من قبل قاضي التفليسة ؟

لم يشر قانون المصارف العراقي الى هذه المسألة ، في حين تنبه المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة (١٩٧٠) لها فاجازت المادة (٥٨٣) لقاضي التفليسة من تلقاء ذاته او بناءً على طلب المفلس او المراقب بتعيين امين اخر او اكثر ان لا يزيد العدد عن ثلاثة ، كما اجازت المادة (٥٩١) من القانون المذكور عزل امين التفليسة من قبل الجهة التي عينته أي (المحكمة المختصة) او بناءً على طلب المفلس او المراقب .

اما اجور امين التفليسة فانها تصرف من اموال التفليسة بوصفها من مصاريف الادارة وتخضم من المبالغ الناجمة عن بيع اموال المصرف المفلس .

(١) د. فاروق احمد زاهر ، نظام الافلاس في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣

اما اهم واجبات امين التفليسة فلم يحددها قانون المصارف النافذ ولعله ترك المسألة لتقدير المحكمة وتحديددها ضمن قرار اشهار افلاس المصرف ، بينما اشار المشرع العراقي^(١) في قانون التجارة الملغي الى هذه الواجبات واهمها :

١- نشر قرار الافلاس في صحيفة يومية او اكثر .
٢- وضع الاختام على محل المفلس ومكاتبه وخزائنه ودفاتره ومنقولاته اذا لم يتم بذلك قاضي التفليسة.

٣- ادارة اموال التفليسة والمحافظة عليها وتمثيل المفلس في جميع الدعاوى .
٤- الطعن في تصرفات المدين المفلس الواقعة قبل صدور قرار الافلاس .
٥- تدوين جميع الاعمال التي يقوم بها والمتعلقة بادارة التفليسة في دفتر خاص .
ويجوز للمدين المفلس وللمراقب الاعتراض لدى قاضي التفليسة على اعمال امينها وذلك استناداً الى المادة (٥٩٠) من القانون^(٢) .

وعليه فان امين التفليسة يكون وكيلاً عن جماعة الدائنين بوصفها شخصاً معنوياً ووكيلاً عن المدين المفلس ايضاً ووكالته بحكم القرار القضائي الصادر عن المحكمة المختصة. ونظراً لكونه وكيلاً باجر فعليته ان يبذل في تنفيذ اعماله عناية الشخص المعتاد، لانه هو مسؤول تجاه الدائنين والمفلس عن أي خطأ يرتكبه ، فاذا اختلس من اموال المفلس يكون مرتكباً لجريمة خيانة الامانة^(٣) .

(١) انظر المواد (٥٨٠) و (٦٥٠) و (٦٥٣) و (٦٥٤) و (٦٥٦) و (٦٥٧) من القانون .

(٢) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٥٢ .

(٣) د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ١٩٧ .

بينما نظم المشرع المصري^(١) اختيار امين التفليسة ونسب مهمة تنظيم مهنة امناء التفليسة بقرار يصدر عن الوزير المختص.

وقد استحدث المشرع المصري^(٢) في قانون التجارة لسنة ١٩٩٩ نظام (المراقبين) للإشراف على اعمال امين التفليسة بوصفهم وكلاء عن الدائنين يعينهم قاضي التفليسة ويرشحون انفسهم لذلك .

والمراقب يكون من احد دائني المفلس ومن ذوي الخبرة ويعرض خدماته بدون اجر لمراقبة ادارة التفليسة والاعمال التي يباشرها امينها ويقدم ملاحظاته الى قاضي التفليسة .

وقرار تعيينه من قبل المحكمة قابل للاعتراض عليه من قبل المدين المفلس او الدائن دون ان يترتب على الاعتراض وقف تنفيذ القرار ، واهم الوظائف التي يقوم بها المراقب هي :

- ١- فحص الميزانية والتقارير التي يقدمها المدين المفلس .
- ٢- المهام المكلف بها من قبل قاضي التفليسة ومراقبة امينها .
- ٣- الطلب من امين التفليسة ايضاحات عن سير اجراءاتها ومصروفاتها وحالة الدعاوى المتعلقة بها .

ولما كان المراقب من بين دائني التفليسة وله مصلحة فيها فلا يتقاضى اجراً نظير عمله لكن يجوز للمحكمة ان تقرر له مكافأة اجمالية على عمله ، كما يجوز عزله

(١) انظر المواد (٥٧١) و (٥٧٢) و (٥٧٤) و (٥٧٥) و (٥٧٦) و (٥٧٧) من قانون التجارة المصري .

(٢) انظر المواد (٥٨٢) و (٥٨٣) و (٥٨٤) و (٥٨٥) من قانون التجارة المصري .

بقرار من القاضي ، ولا يسأل الا عن خطئه الجسيم ، بينما يتسامح في خطئه اليسير لان الاصل انه غير مأجور^(١) .

وقد تطرق قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠^(٢) الى وظيفة مراقب التفليسة الذي يتولى معاونة قاضي التفليسة في الرقابة والاشراف على اعمال امينها ، ويتم تعيينه من قبل القاضي المختص ويكون ايضاً من الدائنين الذين يرشحون انفسهم للمهمة ، ويرى الفقه^(٣) ان السبب في اشتراط كون المراقب من بين الدائنين هو ان الدائن احرص من غيره على حماية اموال الشركة المفلسة (المصرف) ويكون مراقباً على اعمال امينها على نحو يضمن حماية حقوق الدائنين الذي يكون هو من بينهم .

اما قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ فقد تضمنت المادة الثانية من المادة (٩٦) منه نصاً يقضي بما يلي : (٢- لن تشكل لجنة دائنين بخصوص تصفية مصرف مفلس الا اذا قرر البنك المركزي العراقي بناءً على طلب من الحارس القضائي ان هذه اللجنة مستصوبة لتمثل وتحمي مصالح هامة لفئة او مجموعة واحدة او اكثر من الدائنين ...)

ويمكن انتقاد النص المتقدم من اوجه عدة اهمها :

١- ضعف الصياغة القانونية للنص بحيث جاءت احكامه مبهمه وغير واضحة يصعب تفسيرها عملياً .

٢- يوحي النص للوهلة الاولى ان لجنة الدائنين تقابل مهمة المراقب الذي يعينه قاضي التفليسة والمنصوص عليه في قانون التجارة المصري النافذ والعراقي الملغي ، لكن

(١) د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص ٢٠٩ .

(٢) انظر المواد (٥٩٦) و (٥٩٧) و (٥٩٨) و (٥٩٩) من قانون التجارة العراقي الملغي .

(٣) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ٢٦٥ .

يشترط قانون المصارف صدور قرار عن البنك المركزي العراقي بناءً على طلب من امين التفليسة لاختيار مراقب يتابع اعمال امينها وهذا يتعارض مع المهمة الملقاة على عاتق المراقب الذي جل عمله هو مراقبة ومتابعة وتدقيق اعمال وادارة امين التفليسة ، وبالتالي كيف يتم اختيار المراقب من قبل الامين الذي سيباشر تجاهه مستقبلاً مهمة الاشراف والرقابة ؟

وهنا نجد ان النص يتعارض وطبيعة عمل المراقب فضلاً عن خلو قانون المصارف العراقي النافذ من احكام تشير الى حقوق والتزامات مراقب التفليسة والقيود الواردة على عمله كما هو الحال في قانون التجارة المصري وقانون التجارة العراقي الملغي.

المبحث الثالث آثار إفلاس المصرف

سنتناول في هذا المبحث اثار الافلاس بالنسبة للمصرف المدين (المفلس) ثم سنتطرق الى اثاره بالنسبة لدائني المصرف .

المطلب الأول آثار الإفلاس بالنسبة للمصرف المدين

استناداً الى احكام قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ فقد الزم المشرع حال اتخاذ قرار باشهار الافلاس ، يجب على المصرف المفلس ان يتوقف عن قبول ودائع من العملاء وتصبح جميع التصرفات التي يقوم بها بتاريخ لاحق على اصدار القرار باطلّة وغير قابلة للتنفيذ ، باستثناء الاعمال التي يباشرها امين التفليسة كاستحصال الحقوق وحصر الديون كونها أعمالاً تدعم الموقف المالي للمصرف^(١) .

(١) انظر المادة (٨٢) من قانون المصارف العراقي .

وعندها سيصدر قرار من البنك المركزي العراقي بوقف جميع الاعمال التي يباشرها المصرف المدين والتي اجراها خلال ٦٠ يوماً عمل سبقت اصدار القرار بالافلاس (باطلة) اذا كان المصرف او الطرف الآخر يعلم او كان ينبغي عليهما العلم بانها تصرفات ستلحق ضرراً بدائني المصرف وهو افتراض يقبل اثبات العكس^(١) .

وقد وضح مفصلاً المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠ والمشرع المصري في قانون التجارة النافذ اثار الافلاس بالنسبة للمدين المفلس اهمها غل يد المدين المفلس من ادارة امواله والتصرف فيها^(٢) .

فالمشرع ادرك ان اطلاق يد المدين المفلس سواء اكان فرداً ام شركة بعد اشهر افلاسه لا يتفق مع غايته التي يسعى القانون الى تحقيقها وهي حماية الضمان العام للدائنين وتمكينهم من استيفاء ديونهم ، فاذا منح المفلس هذا الحق والحرية فانه سيسعى حتماً الى تهريب امواله وإساءة التصرف بها إضراراً بدائنيه^(٣) ، وهذا ما اكده المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي في المادة (٦٠٣) منه والمشرع المصري في المادة (٥٨٩) منه ، اما عن التكييف القانوني لحالة غل يد المدين المفلس عن التصرف بامواله سواء اكان فرداً ام شركة (كالمصرف) فهل هو من قبيل نزع الملكية ؟ ام نقص في الاهلية ؟ واجاب الفقه^(٤) على المسألة بعدم اعتبار غل اليد نزع ملكية لان المفلس يبقى مالكاً لامواله ، كما لا يعد الافلاس سبباً من اسباب نقص الاهلية اذ يبقى المفلس متمتعاً

(١) انظر المادة (٨٢) من القانون اعلاه .

(٢) انظر المواد (٦٠٠-٦١٩) من قانون التجارة العراقي لسنة ١٩٧٠ والمواد (٥٨٦-٦٠٤) من قانون التجارة المصري لسنة ١٩٩٩ .

(٣) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ٩٥ .

(٤) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص ٩٦ .

باهلية كاملة وان غل يد المدين المفلس ما هو الا منع من التصرف لحساب ومصلحة جماعة الدائنين .

ولا يترتب على افلاس المصرف اثار شخصية تتعلق بالحرية والحياة الخاصة كونه شخصاً معنوياً او كياناً اعتبارياً ، بينما نجد ذلك واضحاً في حالة افلاس التاجر الفرد (الشخص الطبيعي) اذ يترتب على اشهار افلاسه تقييد حرية المفلس الشخصية فيجوز للمحكمة او لامين التفليسة او المراقب اصدار أمرٍ بالتحفظ على شخص المفلس ومنعه من السفر وهذا ما اكدته المادة (٦٠٠) من قانون التجارة العراقي الملغي^(١) ، والغاية من النص تكمن في الحد من حرية المفلس بالهروب او عزمه على اخفاء امواله او تبديدها اضراراً بالدائنين ، واستثناءً لا يجوز للمحكمة الامر بهذا الاجراء في حالة طلب المدين المفلس شهر افلاسه خلال خمسة عشر يوماً من توقفه عن الدفع ، وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٦٠٠) من قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠^(٢) .

ويبرر الفقه^(٣) موقف المشرع هذا بان التحفظ على شخص المفلس ليس بالعقوبة وانما اجراء تحفظي لمنع المدين من الهروب اضراراً بالدائنين ، وعليه اجاز المشرع للمحكمة الغاء قرار التحفظ اذا انتفت العلة من اتخاذه^(٤) .

(١) تقابلها المادة (٥٨٦) من قانون التجارة المصري .

(٢) تقابلها المادة (٥٦١) من قانون التجارة المصري .

(٣) د. مصطفى كمال طه و د. وائل انور بندق ، اصول الافلاس ، دار الفكر الجامعي ، ٢٠٠٥ ، ص ٨٧ .

(٤) انظر الفقرة الرابعة من المادة (٦٠٠) من قانون التجارة العراقي والمادة (٥٨٦) من قانون التجارة المصري .

وفضلاً عما تقدم فمن اثار الافلاس الاخرى على المدين كشخص طبيعي تقرير اعانة له ولعائلته وذلك لاعتبارات العدالة والانسانية ولمواجهة متطلبات العيش له ولعائلته، فضلاً عن اسقاط الحقوق السياسية والمدنية للمفلس حتى لو كان حسن النية ولا يستعيد هذه الحقوق الا برد الاعتبار .

اما بالنسبة لاثار الافلاس بالنسبة للشركة المفلسة (المصرف المدين) فهناك اثار بالنسبة للاعضاء فيها سواء اكانوا شركاء ام مساهمين واثار اخرى بالنسبة للشركة ذاتها (المصرف المدين) .

اذ نلاحظ على قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ أنه قد أبطل كل تصرف قام به المصرف خلال (٦٠) يوماً سبقت تاريخ إصدار قرار إشهار إفلاسه ، في حين لم يفصل بدقة اثار الافلاس بالنسبة للمصرف المدين ، بينما عالج قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ الموضوع من جوانب مختلفة ، إذ أجازت المادة (٧٢٢) منه لقاضي التفليسة او بطلب من امينها او المراقب او احد الدائنين ان يقرر اسقاط الحقوق المنصوص عليها في المادة (٦٠٢) الخاصة بالحقوق السياسية والمدنية ، عن اعضاء مجلس ادارة المصرف او مديرها الذين ارتكبوا اخطاء جسيمة أدت الى الحاق الضرر بالمصرف مما ادى الى توقفه عن دفع ديونه^(١) .

ويحل ممثل الشركة (المصرف) بدلاً من المصرف المفلس في كل امر يستلزم حضوره امام قاضي التفليسة متى طلب منه ذلك استناداً للمادة (٧٢٣) من القانون^(٢) .

(١) تقابلها المادة (٧٠٤) من قانون التجارة المصري .

(٢) تقابلها المادة (٧٠٥) من قانون التجارة المصري .

ويجوز أيضاً لأمين التفليسة بعد استئذان قاضيها مطالبة الشركاء بدفع الباقي من حصصهم غير المسددة حتى لو لم يحل موعد استحقاقها وذلك في المادة (٧٢٤) من القانون^(١).

واستناداً الى القواعد العامة في مسؤولية اعضاء الشركة عن ديونها فنجد ان المصرف لو اتخذ شكل شركة من شركاء الاشخاص ، أي ان الشركاء متضامنون كما في الشركة التضامنية والبسيطة ، فانه يترتب على افلاس المصرف وجوب اشهار افلاسهم وبالتالي فان كل شريك في المصرف يكون مسؤولاً عن ديونه مسؤولية شخصية تضامنية وغير محدودة .

فقد نصت المادة (٧٢٠) من قانون التجارة العراقي الملغي على ما يأتي : (١) - اذا اشهر افلاس الشركة وجب اشهار افلاس جميع الشركاء المتضامنين فيها .. كما يشمل إشهار الافلاس الشريك المنسحب من المصرف بعد توقفه عن دفع ديونه بشرط ان لا يمضي على خروجه مدة تجاوز السنة^(٢) .

أما لو اتخذ المصرف شكل شركة من شركات الاموال فلا يلتزم المساهم بالتزامات المصرف الا بقدر نصيبه في رأس المال ، كما هو الحال في الشركة المساهمة والمحدودة المسؤولية ، وبالتالي لا يترتب على افلاس المصرف افلاسهم ، فيخسرون حصتهم فقط ، مهما كان وضع التفليسة واذا لم يكن المساهم قد سدد قيمة أسهمه فيجوز لامين التفليسة مطالبته بها لتدخل في اموال التفليسة^(٣) .

(١) تقابلها المادة (٧٠٦) من قانون التجارة المصري .

(٢) تقابلها المادة (٧٠٣) من قانون التجارة المصري .

(٣) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٧٩٨ .

وكان الأجدد بمشروع قانون المصارف لسنة ٢٠٠٣ الاستعانة بنصوص قانون التجارة لسنة ١٩٧٠ كونها وافية وكافية لوضع الحلول القانونية بالنسبة لآثار الافلاس على المصرف المدين .

المطلب الثاني آثار الإفلاس بالنسبة لدائني المصرف

تضمنت الفقرة الرابعة من المادة (٨٢) من قانون المصارف العراقي نصا يقضي بتوقف جميع الدعاوى المقامة على المصرف المدين قبل اشهار افلاسه او بعد ذلك الا اذا قررت المحكمة المختصة ذلك بشرط تعلق الموضوع بدعوى اشهار الافلاس .
كما نصت الفقرة السادسة من المادة (٨٢) ايضاً على ان مجرد اصدار قرار باشهار الافلاس فلا يستحق المصرف أي فائدة على الديون الخاصة بجماعة الدائنين فقط .

كما اشارت المادة (٨٦) من القانون الى واجبات دائني المصرف المفلس بان يتقدموا بطلبات الى امين التفليسة خلال (٦٠) يوماً من تاريخ نشر قرار المحكمة باشهار افلاس المصرف في الجريدة الرسمية ويجوز للمحكمة تمديد هذه المدة (٢٠) يوماً ولمرة واحدة اذا تقدم بطلب ثلاثة من دائني المصرف او اكثر وذلك لتحقيق العدالة والانصاف على حد تعبير مشروع القانون .

وتقدم هذه الطلبات تحريراً على ان تتضمن جملة من البيانات اهمها اسم الدائن وعنوانه ، مبلغ الدين والفائدة المستحقة في ذمة المصرف المدين وكذلك التفاصيل المتعلقة بالدين الممتاز او الدين المكفول برهن .

ونظراً لاهمية تسجيل طلبات دائني المصرف فقد أسقط القانون حق الدائن الذي لم يتقدم بطلب التسجيل لدى امين التفليسة على النحو المبين آنفاً باستثناء الودائع

المسجلة في دفاتر المصرف وذلك استناداً الى الفقرة الاولى من المادة (٨٧) من القانون ، كما بينت الفقرة السابعة من المادة ذاتها حقوق دائني المصرف عند تحديد محكمة الموضوع (محكمة الخدمات المالية) موعداً للمرافعة فيبلغ الدائنين لتقديم الأدلة الثبوتية للوصول الى استحقاق ديونهم من اموال التفليسة ويتم تبليغهم بتاريخ المرافعة بواسطة الاعلان بالنشرة الرسمية واذا لم يحضر الدائن في الموعد المقرر للمرافعة يعتبر متنازلاً عن حقه في المطالبة اذا كان تغيبه عن الحضور بدون عذر مبرر.

فاذا اقتنعت المحكمة المختصة بادلة كل دائن فانها ستدون في القرار طلبات الدائنين وتبلغ امين التفليسة بها الذي بدوره سيقوم باخطار الدائنين الذين وافقت المحكمة على طلباتهم^(١) .

ويجوز للدائن الذي رفضت المحكمة طلبه لعدم كفاية الادلة او عدم اقتناعها به فيحق له استئناف القرار لدى محكمة الاستئناف خلال (١٥) يوماً من تاريخ تبليغه به^(٢) .

كما وضحت المادة (٨٨) من القانون ذاته امكانية اجراء المقاصة بين ديون المصرف المفلس ودائنيه الا اذا وجد اتفاق بين الطرفين يقضي بخلاف ذلك .
أما آثار الافلاس على الدائنين اصحاب حقوق الامتياز المضمومة ، فقد صرح القانون باولوية استحقاقهم لديونهم وذلك باستيفائها مقدماً من الاموال الناجمة عن حصيلة بيع اموال المصرف المفلس^(٣) .

(١) انظر الفقرة (٨) من المادة (٨٧) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ .

(٢) انظر الفقرة (٩) من المادة (٨٧) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ .

(٣) انظر المادة (٩١) من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣ .

ولابد من التنويه في هذا المجال وعلى الرغم مما ذكرناه من نصوص قانونية وردت في قانون المصارف العراقي ، الا اننا نؤكد ان مشرع القانون لم يوفق في اختيار المصطلحات القانونية وصياغة النصوص صياغة قانونية سليمة ، بحيث ان القراءة الاولى لهذه النصوص تسمح بالقول بانه كان الاجدر بمشروع القانون اما اسناد اثار الافلاس الى نصوص قانون التجارة العراقي الملغي . او على الاقل تنظيمها في قانون المصارف تنظيماً قانونياً دقيقاً خالياً من العيوب في الصياغة والمضمون ايضاً .

اما موقف قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ فنجده موقفاً موسعاً ، إذ عالج الموضوع بجوانبه المختلفة وتنبه المشرع العراقي انذاك الا ان الدائنين قد يتزاحمون في التنفيذ على اموال المدين المفلس فيسعى كل منه الى تحصيل دينه حتى لو ادى الامر الى الحاق الضرر بغيره ، فوضع المشرع نصوصاً قانونية عالجت الاشكال الذي قد يثار عند تحصيل الديون من اموال التفليسة ، هادفاً الى تحقيق المساواة بين الدائنين وعدم التزاحم فيما بينهم ، لكن المركز القانوني للدائنين لم يكن بمرتبة واحدة ، فالامر يختلف اذا كان الدائن عادياً او دائناً صاحب امتياز عام او دائناً صاحب امتياز خاص^(١) .

فبمجرد صدور قرار من المحكمة باشهار افلاس المصرف ستتكون بقوة القانون (جماعة الدائنين) وذلك استناداً الى نص المادة (٦٢٠) من القانون^(٢) .

فمنعت هذه المادة الدائنين العاديين والدائنين اصحاب حقوق الامتياز العامة برفع دعوى فردية على المصرف المدين بعد صدور قرار باشهار الافلاس وهنا شبه المشرع الدائنين اصحاب حقوق الامتياز العامة بالدائنين العاديين لاتحاد مصالحهم بحيث

(١) د. احمد محمود خليل ، مصدر سابق ، ص ١٠٠ .

(٢) تقابلها المادة (٦٠٥) من قانون التجارة المصري .

يسمح بانضمامهم في جماعة واحدة ، لان الامتياز هنا يرد على جميع اموال المدين لكن فقط لهم حق التقدم عند بيع اموال المصرف المفلس على باقي الدائنين العاديين .
لكن في الفقرة الثالثة من المادة (٦٢٠) استثنى المشرع الدائنين اصحاب حقوق الامتياز الخاصة اذ لا يدخلون في جماعة الدائنين لتعارض مصالحهم مع مصلحة الجماعة لذلك يحق لهم اقامة دعوى واتخاذ اجراء التنفيذ على الاموال التي تقع عليها تأميناتهم ، ومع ذلك تذكر اسماء هؤلاء في قائمة جماعة الدائنين على سبيل التذكير فقط^(١) .

وقد تضمنت المادة (٦٢١) نصاً يقضي بان صدور قرار باشهار افلاس المدين سيسقط آجال جميع الديون بالنسبة لكل الدائنين العاديين او اصحاب حقوق الامتياز العامة والخاصة^(٢) ويبرر موقف المشرع هنا ان الاجل مقرر لوجود ثقة بين الدائن والمدين فاذا اشهر افلاس الاخير انهارت الثقة فيسقط الآجل .

كما اشارت المادة (٦٢٢) من القانون بان صدور قرار بالافلاس سيوقف سريان الفوائد بالنسبة لجماعة الدائنين فقط^(٣) .

اما بالنسبة للدائنين اصحاب الديون المضمونة برهن او امتياز خاص على منقول فقد اجازت المادة (٦٢٩) من القانون^(٤) لامين التفليسة بعد موافقة القاضي دفع قيمة الدين المضمون واسترداد الاشياء المرهونة لحساب جماعة الدائنين ، اما الدائنين

- (١) تقابلها المادة (٦١٣) من قانون التجارة المصري .
- (٢) تقابلها المادة (٦٠٦) من قانون التجارة المصري .
- (٣) تقابلها المادة (٦٠٧) من قانون التجارة المصري .
- (٤) تقابلها المادة (٦١٤) من قانون التجارة المصري .

اصحاب الديون المضمونة برهن او امتياز خاص على عقار^(١) فلهم الاولوية في استيفاء حقوقهم من ثمن العقار واذا لم تكف الاموال فيشتركون في باقي اموال التفليسة كدائنين عاديين وذلك استناداً الى المادة (٦٣٥) من القانون^(٢) .

فهنا نجد ان المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠ لم يترك جزئية للافلاس الا وتناولها مفصلاً ووضع الحلول القانونية المناسبة لها ، بينما لم نجد هذا التفصيل في قانون المصارف العراقي لذا ندعو المشرع العراقي ان يلتفت مستقبلاً لهذه المسألة وعلى الاقل النص على اسناد اثار الافلاس بالنسبة للمصارف الى القواعد العامة للافلاس الواردة في قانون التجارة .

الخاتمة :

واخيراً وبعد الانتهاء من البحث نود ايضاح ان هدفنا الاساس من دراسة افلاس المصرف في ضوء قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ النافذ كان ينصب حول تسليط الضوء على نصوص هذا القانون وما تضمنته من مواد قانونية تتعلق بافلاس المصرف وتتسم بالضعف في الصياغة القانونية والخلل الواضح في تحقيق التكامل في الموضوع . فنجد ان هناك افتراضات عديدة تنجم عن افلاس المصرف في العراق لم يتطرق اليها مشرع القانون وفي الوقت ذاته لم يسند ما لم يرد بشأنه نص في هذا القانون الى قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ الذي نظم الموضوع مفصلاً في الباب الخامس منه .

(١) تقابلها المادة (٦٢٠) من قانون التجارة المصري .

(٢) د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق، ص ١٥٨ وما بعدها .

- ويرجع السبب في انتقاد هذا القانون الى ظروف تشريعه ، اذ صدر بعد الاحداث الاخيرة التي حلت ببلدنا العزيز سنة ٢٠٠٣ .
- والقراءة الاولى لنصوص هذا القانون توحى مباشرة الى انه قانون مستل و مترجم عن قانون اخر لم يحسن مشرعه الدقة في الترجمة واستعمال المصطلحات القانونية الجاري العمل بها في القوانين العراقية المختلفة .
- اما اهم النتائج التي توصلنا اليها فهي :
- ١- يهدف نظام الافلاس الى حماية مصلحة جماعة الدائنين والتأكيد على مبدأ المساواة بينهم ، فضلاً عن كون قواعد الافلاس من النظام العام وتحقيق حماية الدائنين من خلال غل يد المدين المفلس عن ادارة امواله .
 - ٢- شمل قانون المصارف لسنة ٢٠٠٣ كل المصارف المؤسسة في العراق وطنية كانت ام اجنبية .
 - ٣- يطبق الافلاس على كل شخص يكتسب صفة التاجر وتوقف عن دفع ديونه التجارة كما يشمل الشخص المنتحل صفة التاجر .
 - ٤- يطبق نظام الافلاس على المصارف التجارية التابعة للقطاع الخاص التي تتخذ شكل شركة من الشركات المنظمة في القانون ، كما يجوز اشهار افلاس الشركة ولو كانت في دور التصفية .
 - ٥- اما اصحاب الحق في طلب اشهار افلاس المصرف ، فهم دائنو المصرف والمصرف المدين ذاته ، اما حق المحكمة والادعاء العام في ذلك فانه امر انفرادي به المشرع المصري فقط ، بينما ذكر قانون المصارف العراقي صاحب الحق في ذلك وهو البنك المركزي العراقي وثلاثة دائنين على الاقل .

٦- اما المحكمة المختصة بالنظر في دعوى الافلاس فقد استحدثت المشرع في العراق مؤخراً (محكمة الخدمات المالية) التي تنظر بالمسائل التجارية بينما اشار قانون التجارة العراقي الملغي الى ان المحكمة المختصة هي محكمة البداية بعد الغاء نظام القضاء التجاري .

٧- تتم ادارة التفليسة بواسطة (امين التفليسة) الذي يعينه القاضي المختص وتكون اهم واجباته ادارة اموال المفلس والمحافظة عليها والطعن في تصرفات المدين المفلس .

٨- واهم الاثار التي تترتب على افلاس المصرف المدين هي غل يده عن التصرف بامواله وابطال كل تصرف يلحق الضرر بالضمان العام للدائنين ، فاذا كان المصرف من شركات الاشخاص فان افلاسه سيؤدي الى افلاس الشركاء فيه حتماً ، لان المسؤولية تضامنية وشخصية وغير محدودة على عكس الامر في شركات الاموال التي لا يؤدي افلاس المصرف فيها الى افلاس المساهمين لان المسؤولية محدودة بقدر قيمة مساهمتهم برأس مال المصرف .

٩- بمجرد صدور قرار اشهار الافلاس ستنشأ جماعة الدائنين التي تمثل اصحاب الديون العادية واصحاب حقوق الامتياز العامة ويستثنى من هذه الجماعة اصحاب حقوق الامتياز الخاصة .

اما اهم التوصيات التي يمكن من خلالها حث المشرع العراقي ودعوته الى اخذها بنظر الاعتبار عند اعادة النظر في قانون المصارف العراقي النافذ فهي :

١- نحث المشرع العراقي على اعادة النظر في موضوع الافلاس بصفة عامة وذلك من خلال تفعيل القواعد العامة الواردة في قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠ واصافتها الى قانون التجارة النافذ لسنة ١٩٨٤ ، ولا ضير من اعتماد قانون خاص بالمصارف

يتسم بالوضوح والدقة ويتم النص على الاحالة الى القواعد العامة للافلاس الواردة في قانون التجارة فيما لم يرد بشأنه نص .

٢- اشارت المادة (٧١) من قانون المصارف العراقي الى اسباب اشهار افلاس المصرف في حالة عدم الوفاء بالتزاماته او بقرار يصدر من البنك المركزي العراقي بينما اغفل مسألة مهمة الا وهي ان مجرد التوقف عن دفع الديون وليس عدم الوفاء بها سبب كافٍ لاشهار افلاس المصرف ، وكان الاجدر بالمشرع ان لا يجعل من البنك المركزي العراقي جهة تختص باصدار قرار الافلاس ، اذ لا يعد جهة قضائية وان من يناط به ذلك هي المحكمة المختصة حصراً ، لذلك نقترح النص التالي (١) - يعتبر المصرف في حالة افلاس اذا توقف عن دفع ديونه والوفاء بالتزاماته او اذا صدر قرار من المحكمة المختصة ..).

٣- نقترح على المشرع العراقي ايراد النص التالي (١) - يخضع لنظام الافلاس كل مصرف يتخذ شكل شركة من الشركات التجارية المنصوص عليها في القانون ، ٢- لا تسري احكام الافلاس على مصارف قطاع الدولة وهيئاتها) .

٤- نقترح على المشرع العراقي ان ينظم نصاً مقتضاه (تخضع المصارف المؤسسة في العراق للقواعد العامة بنظام الافلاس التي يخضع لها التاجر المتوقف عن دفع ديونه التجارية الواردة في قانون التجارة مع مراعاة خصوصية النشاط المصرفي وفقاً لاحكام قانون المصارف رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣) .

٥- على المشرع منح الحق في طلب اشهار افلاس المصرف المدين لكل دائن مهما كان مقدار دينه المستحق وغير المدفوع من قبل المصرف .

٦- نقترح اضافة النص التالي الى قانون المصارف العراقي (تنظر محكمة الخدمات المالية بالدعاوى التي تتعلق باعمال المصارف في العراق) وبذلك تشمل كل اعمال المصارف

بما فيها الافلاس وكذلك الحاق النظر بالدعاوى المتعلقة بالافلاس والناشئة عنه الى محكمة الخدمات المالية ايضاً .

٧- ندعو المشرع العراقي الى وضع نص صريح يحدد الشخص الذي يتولى ادارة التفليسة وكالاتي : (اذا قررت المحكمة اشهار افلاس المصرف تعين اميناً لتفليسة المصرف).

٨- نوصي المشرع العراقي النص صراحةً بأن (مراقب التفليسة) الذي يتم تعيينه بقرار من قاضي التفليسة يكون من بين دائني المصرف المفلس والغاء نص المادة (٩٦) من قانون المصارف التي تضم في احكامها موضوع (لجنة الدائنين) بناءً على طلب من امين التفليسة وهذا يتعارض مع مهام هذه اللجنة التي تراقب وتشرف على اعمال امين التفليسة.

٩- حث المشرع العراقي الى الالتفات بسن نصوص قانونية تنظم اثار الافلاس بالنسبة للمصرف المدين وكذلك بالنسبة للدائنين او احالة الموضوع الى القواعد العامة للافلاس في قانون التجارة .

المصادر :

أولاً : القوانين :

- ١- قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ .
- ٢- قانون التجارة العراقي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ الملغي .
- ٣- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .

ثانياً : الكتب :

- ١- د. احمد محمود خليل ، شرح الافلاس التجاري ، منشأة المعارف ، ٢٠٠١ .
- ٢- د. حسن جاد ، شرح القانون التجاري العراقي ، ج٣ ، مطبعة الصباح ، ١٩٤٥ .
- ٣- د. رزق الله انطاكي ، الحقوق التجارية البرية ، مطبعة الجامعة السورية ، ١٩٤٨ .
- ٤- رضا السيد عبد الحميد ، بعض المشكلات العملية في تطبيق قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٤ .
- ٥- د. سميحة القليوبي ، الموجز في احكام الافلاس ، ط١ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
- ٦- د. عزيز العكلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد ، ط١ ، مطبعة دار السلام ، ١٩٧٢ .
- ٧- د. عزيز عبد الامير العكلي ، الصعوبات القانونية الناشئة عن افلاس الشركات ، مجلة الحقوق ، العدد الاول ، ١٩٨٧ .
- ٨- د. عبد الحميد الشواربي ، الافلاس ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ٢٠٠٣ .
- ٩- د. عبد الرحمن السيد قرمان ، مسؤولية اعضاء مجلس الادارة والمديرين عن ديون الشركة المفلسة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠١ .
- ١٠- د. علي جمال الدين عوض ، الافلاس في قانون التجارة الجديد ، ط٢ ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٠ .
- ١١- د. فاروق احمد زاهر ، نظام الافلاس في القانون المصري ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٣ .
- ١٢- د. فوزي محمد سامي ، شرح القانون التجاري ، ج٣ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ .

- ١٣- محي الدين اباذي الشيرازي ، القاموس المحيط ، دار العلم للجميع ، بيروت ،
بدون سنة طبع .
- ١٤- د. مصطفى كمال طه و د. وائل انور بندق ، اصول الافلاس ، دار الفكر الجامعي
، ٢٠٠٥ .
- ١٥- د. نسيبة ابراهيم حمو ، حماية الائتمان التجاري بين الاعسار المدني والافلاس
التجاري، بحث مقبول للنشر ، مجلة اداب الرافدين ، ١٩٩٢ .