العولمة والقانون الوطني:
تنظيم الإفلاس نموذجا
"تصور لتطوير التنظيم القانوني للإفلاس
على أساس الفقه الإسلامي"

مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق مجلة الحقوق

د. محمد حسين بشايره
أستاذ القانون التجاري المشارك
كلية القانون – جامعة الأمير محمد بن فهد
المملكة العربية السعودية
E-mail:mbashayreh@pmu.edu.sa

العولمة والقانون الوطني: تنظيم الإفلاس نموذجا "تصور لتطوير التنظيم القانوني للإفلاس على أساس الفقه الإسلامي"

د. محمد حسين بشايره
أستاذ القانون التجاري المشارك
كلية القانون، جامعة الأمير محمد بن فهد- المملكة العربية السعودية

الملخص

حملت العولمة معها عولمة قانونية تمثلت في انتشار بعض النظم القانونية الغربية، وبشكل خاص من القانون الأمريكي، في الدول الآخذة في النمو. من ذلك إعادة تنظيم الإفلاس على أسس جديدة. ومع أن نظام الإفلاس كان يحتاج إلى إصلاح، يبدو أن ثمة اعتقادا بأن الإصلاحات المناسبة لمواجهة الأزمات والظواهر الاقتصادية المعاصرة تكون باقتباس نظم قانونية أجنبية، مما يجعل العولمة نشرا لنظام قانوني معين. لذلك نجد أن قانون الإعسار الأردني لسنة ٢٠١٨ ونظام الإفلاس السعودي الصادر في السنة نفسها استرشدا بشكل رئيس بقانون الإفلاس الأمريكي. يحاول هذا البحث تبديد ذلك الاعتقاد من خلال إظهار أن الفقه الإسلامي عالج كثيرا من المسائل التي هي محور قوانين الإفلاس الحديثة، مثل عدم التفرقة بين المدين التاجر وغير التاجر ومراعاة المدين حسن النية. ويقترح البحث "فرضيات فقهية" تبين إمكانية تطوير حلول جديدة على أسس فقهية، مثل وضع ضوابط لمفهوم العسر والميسرة لأغراض وقف مطالبة الدائنين تناسب المشاريع الاقتصادية التي تخدم المصلحة العامة، وتطبيق معايير عدم التعسف في استعمال الحق في هذا المجال، مع الدعوة إلى بحث فقهي بشأن إمكانية توظيف مصرف الزكاة للغارمين في خطط إنقاذ المشاريع المتعثرة إذا كان المدين شخصا معنويا يكفل الأفراد المؤسسون له الوفاء بديونه، مثل شركة التضامن. يمكن أن يكون تطوير التنظيم القانوني للإفلاس نموذجا يشجع على مزيد من الاهتمام بالفقه الإسلامي في مؤسسات التعليم القانوني ليكون أساسا لتطوير القوانين الوطنية ومساهمتها في مواجهة مشكلات المجتمعات البشرية المشتركة، لتكون العولمة نتاجا مشتركا من تفاعل الثقافات والنظم القانونية وليست فرضا لنظام معين.

الكلمات الدالة: إعادة التنظيم، المشاريع المتعثرة، قانون الإعسار الأردني، نظام الإفلاس السعودي، الفقه الإسلامي.

Globalization and National Law: The Regulation of Bankruptcy as an Example – Ideas for Developing the Legal Regulation of Bankruptcy Based on Islamic Law

Dr. Mohammad Hussein Bashayreh
Associate Professor of Commercial Law
Prince Mohammad Bin Fahd University- Saudi Arabia

Abstract

Globalization has involved globalizing law through extending some western legal regimes, particularly from American law, to developing countries. Remaking bankruptcy law on a new policy is one example. Although bankruptcy law needed reform, it seems that appropriate reforms to cope with contemporary economic crises and changes are believed to be better achieved through importing foreign legal regimes. Thus, globalization promotes a particular legal system. For example, the new bankruptcy laws of Jordan and Saudi Arabia adopted in 2018 have been drawn on the American bankruptcy law. This article seeks to disprove that belief by demonstrating that Islamic fiqh regulates many matters that define modern bankruptcy laws, such as treating traders and non-traders alike and protecting debtors acting in good faith. This article suggests a number of 'fiqh propositions' for developing new solutions based on fiqh, such as introducing criteria for financial hardship and solvency for the purpose of suspending claims against enterprises whose operation serves public interest, the applicability of the theory of abuse of the right in this domain, and the possibility of extending Zakat funds to moral entities for whose debts individual members are liable, like general partnerships. Demonstrating that bankruptcy law can be developed based on fiqh may well encourage legal education to pay more attention to the study of fiqh as a basis for developing national laws and their contribution to solving common problems across societies, and globalization will then be a collaborative product of cultures and legal systems rather than imposing one legal system.

Keywords: Reorganization, Financially distressed enterprises, Jordanian insolvency law, Saudi bankruptcy regulation, Islamic fiqh.

مقدمة

أدت العولمة إلى تغيرات اقتصادية وقانونية في معظم دول العالم. ونعني بالعولمة هنا، بشكل مبسط، انتشار منظومة أفكار وسلوكات مرافقة لسياسات تحرير السوق المصحوبة بتحولات ثقافية واجتماعية،[1] ومن المفارقات أن ذلك يشمل تنامي ثقافة الاستهلاك من ناحية وتشجيع الاستثمار والريادة من خلال رأس المال المبادر من ناحية ثانية. ومع التباين الظاهر بين النمط الاستهلاكي وريادة الاستثمار والابتكار، فإن صاحب ثقافة الاستهلاك ورائد الأعمال كليهما يطلب التمويل. من ناحية ثانية، فإن أصحاب رؤوس الأموال يرغبون في الولوج إلى الأسواق الوطنية للوصول إلى أكبر شريحة من المستهلكين، في حين تسعى الدول إلى جذب رؤوس الأموال إليها،[2] وتضافرت هذه العوامل لدفع الدول الآخذة في النمو إلى تبني حلول وتنظيمات قانونية خاصة بالتمويل والإفلاس تكون مواتية للاستثمار والتمويل المقدم للمستهلكين والمستثمرين على السواء. ليس مفاجئا إذاً أن تكون العولمة أدت إلى تغييرات قانونية دخلت من خلالها نظم قانونية معروفة في الدول المتقدمة إلى قوانين الدول الآخذة في النمو فيما يتعلق بتيسير الحصول على التمويل من ناحية، وتنظيم المشاريع المتعثرة وحماية المدنيين إذا عجزوا عن الوفاء بديونهم. إن الإصلاحات التشريعية في القانون الوطني لم تعد نتيجة لعوامل وطنية بحتة، بل أصبحت استجابة أو مجاراة لتطورات عابرة للدول. في مجال قوانين الإفلاس، تحول الأمر من تعاون بين الدول في قضايا الإفلاس الدولي إلى عولمة قانون الإفلاس التي أثرت بشكل رئيس في الدول النامية،[3] وأحيانا فرض قانون إفلاس بموجب شروط مؤسسات التمويل الدولية كما في حالة أندونيسيا سنة ١٩٩٧ على سبيل المثال.[4]

يلاحظ كأمر واقع أن التغييرات القانونية المشار إليها في الدول الآخذة في النمو، ومنها دول عربية، ظهرت بصورة مجاراة نظم قانونية غربية.[5] ولعلَّ من دوافع ذلك الاعتقاد بأن تلك النظم القانونية الغربية ساعدت في التقدم الصناعي والنمو الاقتصادي لدولها.[6] ومن هنا ظهر ما وصفه

1. E. Ciongaru, Influence of Globalization on the Law Systems, Agora University International Journal of Juridical Sciences, No. 1 (2014), pp. 24-30, at p. 25.
2. Manfred Balz, 'The European Convention on Insolvency Proceedings', American Bankruptcy Law Journal (1996) 70 p. 485 et seq.
3. Terrence Halliday and Bruce Carruthers, 'The Recursivity of Law: Global Norm Making and National Lawmaking in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes' (2007) 112 (4) American Journal of Sociology 1135, at 1173, 1176.
4. Ibid, 1155.
5. Hikmahanto Juwana, Law and Development under Globalization: the introduction and implementation of competition law in Indonesia, Forum of International Development Studies Series, 27, August, 2004, pp 1-2.

https://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/bpub/research/public/forum/27/01.pdf accessed 30/3/2020.

6. Hikmahanto Juwana, 2.

البعض «باستزراع القوانين transplantation أو نقلها transfer» كأثر للعولمة؛ بمعنى نقل قوانين من نظام قانوني وثقافة ما إلى نظام قانوني آخر في مجتمع وثقافة مختلفين.[٧] من الأمثلة التي تبرز أثر العولمة بمعنى تبني نظم قانونية غربية في الدول العربية تشريعات الملكية الفكرية الحديثة، مثل تعديلات قوانين العلامات التجارية وبراءات الاختراع في الأردن ومصر والإمارات، وكذلك الأمر بالنسبة إلى قوانين المنافسة غير المشروعة، ومن أحدثها التشريعات الصادرة بخصوص استحداث أنواع جديدة لضمان الحقوق بالأموال المنقولة من خلال توثيقات عينية معروفة في نظم قانون العموم common law بشكل خاص، مثل نظام ضمان الحقوق بالأموال المنقولة السعودي الصادر بالمرسوم الملكي م/٩٤ تاريخ ١٤٤١/٤/١٥ هجري والمنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٤٤١/٨/١٧ هجري، والقانون الأردني رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٨ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٥٥١٣، صفحة ٢٦٤٠ بتاريخ ٢٠١٨/٥/٢ في الموضوع نفسه، وكذلك القوانين الناظمة للإفلاس. جاء الأخذ بهذه النظم أحيانا من خلال تنفيذ اتفاقيات دولية ارتبطت بها الدول المعنية، كما هو الحال بالنسبة إلى اتفاقيات الملكية الفكرية في إطار منظمة التجارة العالمية،[٨] في حين أن بعضها الآخر جاء بإصدار قوانين وطنية مستحدثة، كما هو الحال بالنسبة للتأمينات العينية الجديدة والإفلاس، أو بالاستئناس بقانون نموذجي صادر عن هيئة دولية، مثل القوانين النموذجية بخصوص التحكيم التجاري الدولي والمعاملات الإلكترونية التي أعدتها لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية.

تعد القوانين المستحدثة في عدد من الدول العربية بشأن أنواع جديدة للضمانات أو التأمينات العينية وتنظيم الإفلاس علامة فارقة في تطور السياسات التشريعية والاقتصادية فيها، حيث إنها تمثل طفرة قانونية إذا قارنا بين ما استحدثته من نظم والنظم التي سادت فيها من قبل، سواء بالإضافة مثل إضافة رهن المنقولات المجرد من الحيازة إلى عائلة التأمينات العينية،[٩] أوْ بالإلغاء كما هو بشأن إلغاء تنظيم الإفلاس القديم واستحداث تنظيم مختلف جذريا. ومع أن الدول العربية سعت عبر عقود خلت إلى تحقيق وحدة قانونية تحت مظلة جامعة الدول العربية،[١٠] فإن هذه الوحدة تحققت جزئيا من نافذة العولمة، حيث تكاد تكون التشريعات في الأردن والسعودية ومصر والإمارات العربية المتحدة، مثلا، متطابقة في مجالات الملكية الفكرية والتأمينات المستحدثة والإفلاس، على الأقل من حيث المبادئ العامة والمفاهيم والأهداف. ومع أن هذا الأمر من شأنه

7. E. Ciongaru, Influence of Globalization on the Law Systems, Agora University International Journal of Juridical Sciences, No. 1 (2014), pp. 24-30, at pp. 25-26.

8. Per Botolf Maurseth, Globalization of intellectual property rights, Published by the Norwegian Institute of International Affairs, 2017.

٩. محمد بشايره وعلاء الدين الخصاونة، الجوانب القانونية للامتياز العائم، دراسات الشريعة والقانون، ٢٠١٩.

١٠. مثلا جرى إعداد مشروع قانون موحد للقانون المدني ومشروع قانون موحد لقانون التجارة إضافة إلى قوانين استرشادية في إطار المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية التابع لجامعة الدول العربية، ويمكن الاطلاع على القوانين الاسترشادية على الرابط https://carjj.org/laws زيارة ٢٠٢٠/٨/١.

أن ييسر التجارة البينية ويشجع انتقال رؤوس الأموال بينها، إلا أن الطفرة القانونية المشار إليها تثير تحديا حول احتفاظ النظم القانونية العربية بهويتها الحضارية المتأتية من ارتباطها بالفقه الإسلامي الذي لا يزال يشكل مصدرا لقواعد القانون المدني التي تحكم المعاملات المدنية والحقوق العينية وتكمل التشريعات التجارية.

أهمية الموضوع

في ضوء ما سبق، تتمثل أهمية الموضوع في دراسة التحولات في السياسة التشريعية ومضامين القوانين المستحدثة في مجالات مختلفة ومقارنتها بالنظم المقابلة لها في الفقه الإسلامي باعتباره مصدرا تاريخيا أو رسميا للقانون في عدد من الدول العربية، وذلك لأن معظم القوانين المستحدثة في مجال المعاملات قائمة على الاقتباس من نظم قانونية غربية أو الاستئناس بقوانين نموذجية دولية، مما قد يوهم بأنه لم يكن بالإمكان تطوير القوانين العربية بصورة مستقلة تستمد حلولا معاصرة من الأصول والأحكام الفقهية. مما يؤكد أهمية هذه الدراسة هو الحاجة إلى ربط التطورات القانونية بأصول النظام القانوني على الأقل من خلال التعليم القانوني والدراسات المقارنة للمحافظة على حيوية النظام القانوني في الدول العربية باعتباره متميزا في أصوله الحضارية، وبحيث نحفظ القدرة على تطوير القانون ذاتيا وبمرجعية حضارية خاصة إن كان التطوير استجابة لمقتضيات العولمة. وكما قيل، إن العولمة لا تعني بالضرورة توحيد القوانين الوطنية إلى درجة التطابق، بل يمكن أن تختلف القوانين وإن اشتركت في الأهداف المتوخاة،[11] وإن العولمة لا تعني نقل قوانين خارجية دون مساهمة من الدولة المستقبلة في تطوير القانون.[12]

يساهم هذا البحث في دراسة جانب من التطورات القانونية الأخيرة في الأردن والسعودية بالمقارنة مع الفقه الإسلامي، وبشكل خاص في مجال التنظيم القانوني للإفلاس، حيث يعد الفقه الإسلامي مصدرا للقانون المدني الأردني وهو المصدر الرسمي غير المقنن للقواعد القانونية الخاصة بالمعاملات في النظام القانوني السعودي، بينما جرى تقنين القواعد القانونية الناظمة للإفلاس بموجب تشريعات صدرت في مؤخراً في الأردن والسعودية.

11. Ralf Michaels, Globalization and Law: Law Beyond the State, in Law and Society Theory (Banakar and Travers eds.) Hart Publishing, Oregon, 2013, 287, at p. 290.
12. Ibid, 293.

مشكلة البحث

تتركز مشكلة البحث في بيان ما إذا كان يمكن تأسيس الإصلاحات التشريعية لتنظيم الإفلاس في المملكة العربية السعودية والمملكة الأردنية الهاشمية على مبادئ الفقه الإسلامي وأحكامه المختصة بالإفلاس بدلا عن بناء تلك الإصلاحات ابتداء على نماذج قانونية أجنبية.

فقد تبنى القانون الأردني ونظام الإفلاس السعودي إجراءات لحماية المدين ومحاولة إنقاذه بحيث يستمر نشاطه الاقتصادي ويتجنب التصفية، وقد تتضمن هذه الإجراءات فرض اتفاقات على الدائنين لم يوافقوا كلهم عليها، كما أن قانون الإعسار الأردني أجاز شطب بعض ديون المدين. لذلك يتفرع من مشكلة البحث تساؤلات عن مدى قبول الفقه الإسلامي، مثلا، فكرة شطب الديون أو فرض حلول خاصة بإعادة تنظيم مشروع المدين دون موافقة الدائنين. وإذا لم تكن بعض الحلول المستحدثة شرعية، فما هي بدائلها الشرعية المحتملة؟ وفي إطار وضع تصور لبدائل محتملة، إلى أي مدى يمكن توظيف الزكاة لمصرف الغارمين في إجراءات إنقاذ المدين المتعثر؟ وهل يختلف حكم بعض المسائل، مثل شطب الديون أو استفادة المدين من الزكاة، تبعا لكون المدين شخصا طبيعيا (إنسان) أو شخصا معنويا (كالشركة).

سبب اختيار الإفلاس نموذجا للدراسة

التفت المشرع في عدد من الدول العربية خلال السنوات الخمس الماضية إلى إعادة تنظيم الإفلاس، حيث تبنى سياسة تشريعية جديدة تختلف عن التنظيم القانوني الذي ظل معمولا به لعقود طويلة. وكان التنظيم القديم ينظر إلى المدين المفلس نظرة ريبة واتهام تهدر اعتباره والثقة فيه كليا، ويعطي الأولوية لحماية الدائنين، ويحظر على المدين بدء نشاط تجاري جديد أو ممارسة بعض الحقوق المدنية والسياسية حتى يرد إليه اعتباره. وكان المدين يتعرض لآثار الإفلاس بما فيها من جزاءات تجارية وسياسية بغض النظر عن حسن نيته وتدهور وضعه المالي لأسباب خارجة عن إرادته، ولم تكن المعاملة القانونية للمدين حسن النية تتميز عن معاملة المدين سيئ النية إلا بتجنيب الأول العقوبات الجنائية التي توقع على الثاني. غير أن ذلك التنظيم للإفلاس لم يحظ بتقدير إيجابي من منظور تشجيع الاستثمار وحرية العمل والتجارة، مما حدا بالمشرع الوطني لمراجعة السياسة التشريعية في هذا المجال، وصدر في الأردن قانون الإعسار رقم ٢١ لسنة ٢٠١٨ وصدر في السعودية نظام الإفلاس لسنة ٢٠١٨ بتاريخ ٢٠١٨/٢/١٤.

أهداف البحث

يهدف هذا البحث إلى عرض التطورات في تنظيم الإفلاس مقارنة بأحكام الفقه الإسلامي لتحديد التحولات الرئيسة في القواعد القانونية الناظمة للإفلاس في الأردن والسعودية وبيان مدى تأثرها بالعولمة. وفي سبيل ذلك، يحاول البحث التحقق من فرضية كَوْنِ التحولات القانونية في مجال تنظيم الإفلاس ليست جميعها «مستوردة» ومنقطعة الصلة بالفقه الإسلامي، حيث يمكن أن يتفق بعضها مع أحكام الفقه الإسلامي (وإن كان الدافع إليه هو الاستجابة لتطورات التجارة الدولية والعولمة). فإذا ظهرت لنا الأحكام القانونية المستحدثة التي قد تكون محل استشكال من الناحية الفقهية يضع الباحث لها «فرضيات فقهية» قد تكون أساسا لحل شرعي بديل. ولأغراض هذا البحث، فإن الدراسة تركز على إطار المبادئ والسياسات العامة دون الخوض في الأحكام التفصيلية لإجراءات الإفلاس.

منهج البحث

يتبع البحث منهجا مقارنا للتنظيم القانوني للإفلاس في الفقه الإسلامي والنظام القانوني الأردني والسعودي، مع وصف وتحليل لتطور التنظيم القانوني في الدولتين قديما وحديثا لإظهار ملامح التطور في نظم الإفلاس وتسليط الضوء على الجوانب التي تتفق مع الفقه الإسلامي وتلك التي تستدعي بحثا فقهيا لتأكيد موافقتها للشريعة الإسلامية أو لوضع حلول فقهية بديلة تواكب التغييرات الاجتماعية والاقتصادية وتحقق المصلحة المرجوة. يعرض هذا البحث فرضيات فقهية بشأن بعض المستجدات في نظم الإفلاس حيث تبنى تلك الفرضيات على الأحكام الفقهية المنقولة، غير أنها لا تعدو كونها فرضيات تخضع لمزيد من الدراسة، وليست فتاوى شرعية، فالباحث يصف ويحلل الأحكام القانونية المستحدثة وأهدافها كجزء من فهم الواقع الذي يحتاج المجتهدون في الفقه الإسلامي للاطلاع على جوانبه التفصيلية وخدمة لجهودهم.

ينقسم هذا البحث إلى مبحثين؛ يعرض الأول إلى ملامح نظام الإفلاس التجاري وكذلك الإعسار المدني في النظم القانونية بصفة عامة، مع الإشارة إلى أحكام الإفلاس الملغاة في القانون الأردني والسعودي، ويقارن ذلك بأحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي الذي لا يفرق بين التجار وغيرهم. أما المبحث الثاني، فيعرض أحكام التنظيم الجديد للإفلاس بموجب قانون الإعسار الأردني ونظام الإفلاس السعودي، اللذين يشتركان في الملامح العامة مع اختلافات جزئية لكنها مهمة، ويبين مواطن اتفاقهما مع أحكام الفقه الإسلامي والجوانب التي تستدعي إعادة نظر والتي يقدم البحث فرضيات لحلول فقهية محتملة لها.

المبحث الأول

ملامح تنظيم الإفلاس في القانون والفقه

يهدف هذا المبحث إلى عرض السياسات العامة لقوانين الإفلاس من خلال توضيح التنظيم القانوني للإفلاس وفق الأحكام الملغاة في القانون الأردني والسعودي والسياسة العامة التي جسدتها والاتجاهات الحديثة التي أدت إلى التخلي عنها، ثم عرض الأحكام الرئيسة للإفلاس في الفقه الإسلامي التي تبين المبادئ العامة التي يقوم عليها والمقاصد التي يروم تحقيقها، مقارنة بالسياسات المهجورة والحديثة في مجال الإفلاس.

غير أن ثمة نقطة مبدئية في بحث الإفلاس في القانون والفقه، وهي أن الفقه الإسلامي لم يفرق بين التجار وغيرهم، في حين خصصت النظم القانونية أحكاما للإفلاس التجاري وأخرى خاصة بغير التجار، ودرجت القوانين على التفرقة بين النظامين باصطلاح الإفلاس للتجار والإعسار لغيرهم. ومع أنه لا مشاحة في الاصطلاح، إلا أن التفرقة بين مفهوم الإعسار والإفلاس لغة واصطلاحا ستساعدنا في فهم أثر التحولات في سياسات تنظيم الإفلاس على نطاق القانون التجاري والقانون المدني، ومدى تداخلهما إلى درجة التساؤل حول مدى ثبات الحدود الفاصلة بين القانون التجاري والمدني في إطار ثنائية القانون الخاص، لا سيما عندما نجد أن تطور السياسة التشريعية إزاء الإفلاس التجاري جعلت منه نظاما أكثر مراعاة للمدين، مما أفرز دعوات لتوفير حماية للمدين غير التاجر كذلك،[١٣] في حين كان إشهار إفلاس التاجر سابقا يمكن أن يقع بشروط أقل من شروط إعسار المدين غير التاجر.[١٤]

لذلك سنعرض في المطلب الأول تطور السياسة التشريعية للإفلاس (التجاري والمدني) في القانون الأردني والسعودي، في حين يتناول المطلب الثاني أحكام الإفلاس ومبادئه في الفقه الإسلامي.

المطلب الأول

تطور السياسة التشريعية لنظام الإفلاس في القانون الأردني والسعودي

يتشابه تنظيم الإفلاس في القانون الأردني والسعودي من حيث الأخذ بثنائية الإفلاس التجاري والمدني (أولا)، وتبني أحكام مشددة بحق المدين التاجر خلافا للمدين غير التاجر (ثانيا)، كما يتشابهان في اتجاهات تطور الإفلاس التجاري من حيث سياسته العامة ونطاق تطبيقه (ثالثا).

---

١٣. نبيل إبراهيم سعد، الإفلاس المدني كوسيلة للعدالة الناجزة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٢، ١٣٤١-١٣٨٨.

١٤. انظر البند (ثانيا) من المطلب الأول من هذا المبحث.

أولا – ثنائية نظام الإفلاس التجاري والمدني

يعرف القانونان الأردني والسعودي نظامين للإفلاس، ومع أن نطاق أحد النظامين من حيث المدينين الخاضعين له اتسع على حساب الآخر بعد إلغاء أحكام الإفلاس التجاري وصدور قانون جديد في كل بلد، فإن الثنائية استمرت كما سيتم بيانه لاحقاً.[١٥] فكان قانون التجارة الأردني رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦[١٦] ينظم أحكام إفلاس التجار في حين ينظم القانون المدني الأردني رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٦[١٧] أحكام الإعسار لغير التجار. أما القانون السعودي، فقد نظم أحكام الإفلاس التجاري بموجب نصوص في نظام المحكمة التجارية لسنة ١٩٥١ التي كانت تسري على التجار فقط، في حين يخضع غير التجار لأحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي الذي هو المصدر الرسمي غير المقنن للمعاملات المدنية في النظام القانوني السعودي.

لم يختلف الإفلاس التجاري عن الإعسار المدني في النطاق فقط، بل اختلفا أيضا من حيث مفهوم كل منهما؛ فإفلاس المدين التاجر يعني توقفه عن دفع دين تجاري مستحق الأداء، حيث نصت المادة ٣١٦ من قانون التجارة الأردني (الملغاة) على أنه: «... يعتبر في حالة الإفلاس كل تاجر يتوقف عن دفع ديونه التجارية وكل تاجر لا يدعم الثقة المالية به إلا بوسائل يظهر بجلاء أنها غير مشروعة». وبالتالي، فإن مفهوم الإفلاس التجاري لم يرتبط بوجود أموال لدى المدين، إذ من المتصور أن يجري شهر إفلاس المدين التاجر وإن كانت لديه أصول تقدر بقيمة تزيد عن ديونه الحالة، طالما كان متوقفاً عن الدفع.

أما مفهوم الإفلاس أو الإعسار المدني في القانون الأردني فهو مستمد من الفقه الإسلامي، والذي جعل الأمر مرتبطا بعدم وجود أموال زائدة عن ضروريات المدين تكفي للوفاء بديونه الحالة.[١٨] فبموجب المادة ٣٧٠ من القانون المدني الأردني «إذا أحاط الدين حالا أو مؤجلا بمال المدين بأن زاد عليه أو ساواه فإنه يمنع من التبرع تبرعا لا يلزمه ولم تجر به العادة ...»، كما أجازت المادة ٣٧٥ من ذات القانون «الحجر على المدين إذا زادت ديونه الحالة على ماله».

وفي القانون السعودي، يلاحظ أن نظام المحكمة التجارية الذي نظم الإفلاس التجاري قبل صدور نظام سنة ٢٠١٨ أخذ بمفهوم الإفلاس في الفقه الإسلامي، بحيث إن إفلاس التاجر، كما هو إفلاس غير التاجر، مشروط بأن يكون مجموع ديونه الحالة يساوي أمواله. فقد نصت المادة ١٠٣ من نظام المحكمة التجارية السعودي (الملغاة) على أن «المفلس من استغرقت الديون جميع أمواله فعجز عن تأديتها». تطبيقا لذلك قضت محكمة الاستئناف السعودية أنه «وحيث إن دين

١٥. أنظر- البند (رابعا) من المطلب الأول هذا.
١٦. المنشور في الجريدة الرسمية رقم ١٩١٠، صفحة ٤٧٢ بتاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠.
١٧. المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥، صفحة ٢ بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.
١٨. كما سنرى في المطلب الثاني من هذا المبحث.

المدعية (٢,٥٠٠,٠٠٠,٠) دولار لا يمثل سوى ما نسبته ٢٪ من رأس مال الشركة ولا توجد ضمن الميزانية المذكورة خسائر تستغرق رأس المال، وعليه فإن طلب إشهار إفلاس المدعى عليها في هذه القضية غير ثابت؛ لعدم تحقق استغراق الدين لجميع أموال المدعى عليها."[١٩]

بالتالي، فإن مفهوم الإفلاس كان في نظام المحكمة التجارية السعودي صنو الإعسار المدني من حيث حده وشرطه الجوهري، ولكن الفروق بين الإفلاس التجاري والمدني تمثلت في الإجراءات المتبعة في إشهار الإفلاس والآثار المترتبة عليه.[٢٠]

من ناحية ثانية، قد تنشأ حالة الإفلاس بمعنى التوقف عن الدفع أو حالة الإعسار بمعنى استغراق الديون لمال المدين من الناحية الواقعية دون أن تترتب آثار قانونية بحق المدين المفلس أو المعسر إلا بعد صدور قرار بإشهار إفلاس التاجر[٢١] أو الحجر على المدين المعسر.[٢٢] لذلك يمكن التفرقة بين الإفلاس أو الإعسار الواقعي والإفلاس أو الإعسار القانوني؛ فالأول مرتبط بتحقق الشرط الموضوعي للإفلاس (التوقف عن الدفع) أو الإعسار (استغراق الديون)، بينما يرتبط الثاني بصدور حكم قضائي بالإشهار أو الحجر. يبدو أن فقهاء المالكية عرفوا تلك التفرقة، حيث جاء في الموسوعة الفقهية أنه: "وجرى المالكية على أن التفليس يطلق على ما قبل الحجر بعد قيام الغرماء على المدين؛ قالوا: ويقال حينئذ: إنه تفليس بالمعنى الأعم، ويطلق على ما بعد الحجر عليه بحكم القاضي، ويكون حينئذ تفليسا بالمعنى الأخص."[٢٣]

يلاحظ أن المعنى اللغوي للإفلاس أقرب لمعناه الاصطلاحي في الإفلاس التجاري. فالإفلاس لغة يعني أن يصبح المرء ذا فلوس، والفلوس ذات قيمة زهيدة بالمقارنة مع النقدين الذهب والفضة، فيقال أفلس الرجل "فكأنما صارت دراهمه فلوسا وزيوفا"[٢٤]؛ أي "صار ذا فلوس بعد أن كان ذا ذهب وفضة أو صار إلى حال ليس له فلوس".[٢٥] وبالتالي فإن الإفلاس لغة لا يعني بالضرورة انعدام المال،[٢٦] وهذا يناسب المعنى الاصطلاحي للإفلاس التجاري في القانون الأردني حيث يتعرض المدين التاجر لإجراءات الإفلاس القانوني وإن كان لديه أموال تكفي للوفاء بديونه.

---

١٩. استئناف ٢/٤٩٢١/س لعام ١٤٣٦ هـ تاريخ ١٤٣٦/١١/١٦ هـ..

٢٠. انظر- البند (ثانيا) من المطلب الأول.

٢١. وهبة الزحيلي، أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي والأنظمة المعاصرة، الدورة العشرون لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ٢٠١٢، ٤.

٢٢. المرجع السابق.

٢٣. الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ٢، ١٩٨٦، ج ٥، ص ٣٠٠.

٢٤. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط٣، بيروت، ج ٦، ص ١٦٥.

٢٥. ابن قدامة الحنبلي، المغني، ط٣، ج٤، ص ٤٠٨.

٢٦. صلاح الشرع، حكم الإفلاس في الشريعة الإسلامية، مجلة الآداب، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، عدد ٤٨، ١٨١، ١٨٥-١٨٧؛ فتحي أحمد عبدالكريم، إفلاس المدين وإعساره في الفقه الإسلامي، مجلة الاقتصاد والإدارة، جامعة الملك عبدالعزيز، ١٩٧٧، ١٦١، ١٦٤.

أما الإعسار فيعني لغة الشدة والضيق وقلة ذات اليد والافتقار.[٢٧] لذلك ليس من الواضح تماما –كما سنرى[٢٨]– لماذا عدل المشرع الأردني في قانون الإعسار لسنة ٢٠١٨ عن مصطلح الإفلاس مع أنه ينظم أحوال المدين الذي لديه أموال يأمل أن يتمكن معها من استنقاذ مشروعه الاقتصادي من تسلط الدائنين.

ثانيا – تشدد الإفلاس التجاري (في الأحكام الملغاة) بحق المدين

كانت النظم القانونية القديمة تنظر إلى المدين المفلس نظرة عدائية،[٢٩] وتولي الرعاية للدائنين؛ حيث إن إجراءات الإفلاس كانت تهدف إلى تصفية أموال المدين وقسمتها بين غرمائه، بل وكان القانون الروماني في مرحلة تاريخية متقدمة يعاقب المدين الذي لا مال عنده، فكان المدين يتعرض للإعدام ثم خفف ذلك إلى تسلط الدائنين على جسده لتشغيله سخرة أو استرقاقا.[٣٠]

رغم تطور النظم القانونية نحو التخفيف من نهج معاقبة المدين المفلس، إلا أنها ظلت متسمة بالتشدد نحوه وحماية الدائنين. فكان ذلك سمة القانون الإنجليزي حتى أواخر القرن الثامن عشر، ومثله القانون الأمريكي في الحقبة ذاتها.[٣١] وكان القانونان الأردني والسعودي ينحيان منحى التشدد بحق المدين المفلس قبل صدور قانون الإعسار الأردني رقم ٢١ سنة ٢٠١٨ ونظام الإفلاس السعودي سنة ٢٠١٨.

تعددت مظاهر ذلك التشدد، ولعل أولها أن المحكمة لم تملك سلطة تقديرية في إجابة طلب شهر الإفلاس أو رفضه متى تحققت الشروط الموضوعية الخاصة بالتوقف عن دفع دين تجاري حال غير متنازع فيه في قانون التجارة الأردني، او استغراق الديون لأموال المدين في نظام المحكمة التجارية السعودي، حيث يشهر إفلاس التاجر بطلب من الدائنين أو المدين نفسه. وأجاز قانون التجارة الأردني للمحكمة أن تحكم من تلقاء نفسها بإشهار إفلاس المدين إذا تبين لها في دعوى قائمة تحقق شروط شهر الإفلاس، وإن لم يطلبه الدائن أو المدين.[٣٢] أما نظام المحكمة التجارية السعودي، فنص على أن "إعلان الإفلاس إما أن يكون بطلب من المفلس مباشرة أو بطلب من

---

٢٧ ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط٣، بيروت، ج ٤، ص ٥٦٤.

٢٨. انظر البند (ثالثا – ب) من هذا المطلب.

29. R. Azmi et al, Discharge in bankruptcy: a comparative analysis of law and practice between Malaysia, Singapore and the United Kingdom(UK)–What can we learn? Commonwealth Law bulletin 2017 (43) 2, 203, 204.

٣٠. فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٦١.

31. Paolo Di Martino, The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences, in History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective (Karl Gratzer and Dieter Stiefel, eds.) Södertörns högskola 2008, 263, 265; Michael Quilter, Daniel Defoe: Bankrupt and Bankruptcy Reformer, The Journal of Legal History, Vol. 25, No. 1, April 2004, pp. 53–73.

٣٢. المادة ٣٢٠(٢) من قانون التجارة الأردني.

أحد غرمائه."[٣٣] من تبعات ذلك أن المحكمة لم تملك سلطة تقدير آثار الإفلاس بالنسبة للعاملين أو بالنسبة للمدين نفسه مقارنة، مثلا، بالضرر الذي قد يلحق الدائنين من إمهال المدين للوفاء.

إن من أخطر مظاهر التشدد في أحكام الإفلاس التجاري الملغاة أن المدين كان يتعرض لحرمانه من مزاولة التجارة وتولي إدارة الشركات المساهمة والحقوق السياسية في الترشح والانتخاب، وذلك سواء كان حسن النية أوّ سيئها. فالمادة ٣٢٦ من قانون التجارة الأردني نصت على أنه: "تسقط حقوق المفلس السياسية بشهر إفلاسه ولا يجوز له أن يكون ناخبا أو منتخبا في المجالس السياسية البلدية أو المختصة بالمهن ولا أن يقوم بوظيفة أو بمهمة عامة". كما نصت المادة ١٣٢ من نظام المحكمة التجارية السعودي على أنه: "يمكن للمفلس الحقيقي إذا سدد جميع ديونه الأصلية مع المصاريف أن يعيد اعتباره التجاري"، والمفلس الحقيقي هو الذي كان له رأس مال وتعرض لخسارة بحسن نية أو لسبب خارج عن إرادته. ويفهم من نص المادة ١٣٢ المذكورة منع المفلس من مزاولة التجارة، ويخضع رد الاعتبار إلى طلب لدى النيابة العامة ولا يمنح للمفلس الاحتيالي إلا بعد إبراء ذمته وقضاء العقوبة.

ومع أن قانون التجارة الأردني شجع المدين الذي يستشعر بوادر تدهور وضعه المالي على تقديم طلب الصلح الواقي من الإفلاس أو تقديم طلب شهر الإفلاس، كبادرة حسن نية، فإنه لم يكافئه على حسن نيته بشيء ذي بال، اللهم إلا نشوء قرينة انتفاء الإفلاس التقصيري أو الاحتيالي الذي من شأنه تعريض المدين لعقوبات جنائية.

كذلك، فإن نظام التسوية الواقية من الإفلاس لسنة ١٩٩٤ (١٤١٦ هـ) في السعودية (ملغى) جعل التسوية الواقية -التي تقابل الصلح الواقي في قانون التجارة الأردني- متوقفة على موافقة الدائنين. فقد قضت محكمة الاستئناف السعودية، على سبيل المثال، برفض طلب التسوية الوقائية التي طلب بموجبها المدين مهلة وفاء لخمس سنوات، حيث كانت ديونه أربعة عشر مليون ريال وبلغت قيمة أمواله نصف ذلك المبلغ تقريبا، فرفضها الدائنون بعد تبليغهم، وبناء على ذلك رفضت المحكمة اعتماد التسوية.[٣٤]

أعطت أحكام الإفلاس (الملغاة) في الأردن أيضا للدائنين حماية فيما يتعلق بالمحافظة على أموال المدين خلال فترة الريبة التي تمتد من تاريخ توقفه عن الدفع إلى تاريخ الحكم بشهر الإفلاس، حيث تكون بعض تصرفات المدين غير نافذة حكما في مواجهة الدائنين وبعضها يخضع للطعن فيه،[٣٥] وبقدر ما أعطت أحكام فترة الريبة حماية للدائنين فإنها أثنت الغير عن التعامل مع المدين المتعثر خشية عدم مساواته بالدائنين الآخرين، وبالتالي سيجد المدين صعوبة في استمرار

٣٣. المادة ١٠٨ من نظام المحكمة التجارية السعودي.
٣٤. استئناف ٤١/إس/٧ لعام ١٤٣٠ هـ بتاريخ ١٤٣٠/٢/١٢ هـ، المقدم في القضية القضية رقم ٢/٥٧٤٠/ق لعام ١٤٢٧هـ.
٣٥. المواد ٣٣٣ – ٣٣٥ من قانون التجارة الأردني.

نشاطه الاقتصادي أو الحصول على تمويل. بل إن القانون نص على ترتيب رهن لمصلحة كتلة الدائنين، حيث تبقى أموال المدين مثقلة برهن لضمان ديونه السابقة وتتم حماية الدائنين ضد أي تصرف قد يقع عليها.[٣٦]

لم تنص أحكام الإفلاس الملغاة في قانون التجارة على المركز القانوني للدائنين الذين قد يتعاملون مع وكيل التفليسة أثناء إجراءات الإفلاس في الأعمال التجارية التي قد تأذن المحكمة لوكيل التفليسة بأن يستمر بممارستها (وليس المقصود هنا نفقات التفليسة)، مما قد يجعل الغير يحجم عن التعامل مع وكيل التفليسة. ويلاحظ أن كثيرا من القوانين التي نظمت الإفلاس على غرار الأحكام الملغاة -مثل القانون العراقي وقانون التجارة المصري قبل تعديل أحكام الإفلاس فيه- لم تعالج مركز الدائنين الذين تنشأ ديونهم على التفليسة من معاملات تجارية لاحقة على إشهار الإفلاس، حيث إنهم ليسوا جزءا من جماعة الدائنين التي جرى إشهار إفلاس المدين لأجلهم ولا يشاركون في قسمة الغرماء، مما جعل بعض شراح القانون[٣٧] يذهبون إلى القول بأن من حق الدائنين الذي نشأت ديونهم عن معاملات جديدة بعد إشهار الإفلاس أن يلجأوا إلى الإجراءات الفردية.

حتى بعد انتهاء إجراءات الإفلاس، فإن المدين التاجر كان يبقى مثقلا بوصمة الإفلاس إلى أن يرد اعتباره، وكان رد الاعتبار يخضع لشروط، مثل وفاء الديون المتبقية بموجب المادة ١٣٢ من نظام المحكمة التجارية السعودي أو مرور عشر سنوات من تاريخ إشهار الإفلاس بموجب المادة ٤٦٦ (الملغاة) من قانون التجارة الأردني.

ويبرز معنى العقوبة في آثار الإفلاس التجاري (الملغاة أحكامها) من خلال أن الجزاءات السابقة كانت تطبق على المدين حسن النية حتى لو لم يكن لديه أموال فعلا. بعبارة أخرى، إن تلك الجزاءات لم يكن يرجى منها تحقيق نفع مالي للدائنين، وإنما كانت جزاء للمدين وإن تعثرت تجارته جراء عوامل السوق المعتادة.

يتضح إذاً أن أحكام الإفلاس الملغاة هدفت إلى حماية مصالح الدائنين مع تحقيق المساواة فيما بينهم من حيث حلول أجل جميع الديون[٣٨] واشتراك الدائنين في إجراءات الصلح الواقي أو الصلح البسيط وفي اقتسام أموال المدين، مع مراعاة الأحكام الخاصة بالدائنين أصحاب التأمينات العينية.

---

٣٦. المادة ٣٣٢ من قانون التجارة الأردني.

٣٧. محمود مختار أحمد بريري ، قانون المعاملات التجارية (الإفلاس)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٨، ص ١٤٤؛ وهاني دويدار، الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية ، ٢٠٠٦ ، ص ٢، وإلياس ناصيف ، الكامل في قانون التجارة ، الإفلاس ، ط١، عويدات للنشر والطباعة، بيروت، ١٩٩٩، ص ٣٠، مشار إليهم في: زهير الفيل والسيد ياسر محمد علي، أثر تشغيل تجارة المفلس على الدائنين الجدد، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، عدد ٥٢، سنة ٢٠١٢، ص ٣٣٣.

٣٨. المادة ٣٣١ من قانون التجارة الأردني.

من هنا كانت الأحكام الملغاة تركز مثلا على تشجيع الائتمان في مجال القانون التجاري بالمقارنة مع الإعسار المدني. فقد كانت النظرة السائدة أن قانون التجارة يعزز الائتمان الذي من وسائله حث التاجر على الوفاء بديونه في مواعيدها واتباع إدارة حصيفة لتجارته تحت طائلة أحكام الإفلاس القاسية. أما المدين غير التاجر فكانت أحكام الإعسار المدني تبدو أخف وطأة بالنسبة إليه.

فمن ناحية، لا يعد التوقف عن دفع الديون كافيا كي يحجر على المدين المعسر، بل يجب أن تستغرق ديونه أمواله. وبعد ذلك يجب أن توجد لديه أموال يمكن التنفيذ عليها وقسمتها بين الدائنين، أما إذا لم يكن للمدين مال قابل للتنفيذ عليه فلا يحجر عليه إذ لا جدوى من الحجر، بل يعطى مهلة للوفاء.[٣٩] ومن ناحية ثانية، لم تتضمن أحكام الإعسار في القانون المدني الأردني جزاءات على المدين المعسر تقيد حريته في العمل أو حقوقه السياسية. أما في القانون السعودي -الذي تسري فيه أحكام الفقه الإسلامي على المدين غير التاجر- فسيتم بيانها من خلال عرض أحكام الفقه الإسلامي الرئيسة بهذا الشأن.[٤٠]

اشتركت أحكام الإفلاس التجاري الملغاة وأحكام الإعسار المدني في سمة تغليب العدالة والناحية الأخلاقية في معاملة الدائنين من حيث إبقاء ذمة المدين مشغولة بحقوق الدائنين غير المدفوعة مهما بلغت وإن تأخر الوفاء بعد انتهاء إجراءات الإفلاس أو فك الحجر عن المدين المعسر، لأن الحق لا يسقط بغير رضا صاحبه.

رغم الأساس الأخلاقي لعدم إسقاط الديون غير المدفوعة، فإن راسمي السياسات الاقتصادية والتشريعية بدأوا يعيدون النظر في جدواها من الناحية النفعية إثر الأزمات المالية التي تعرضت لها دول مختلفة على مر العقود وخلفت مدينين مفلسين أثقلتهم ديون باهظة، حيث إن إبقاء الديون عالقة بذممهم المالية يعرضهم إلى مطالبة الدائنين بها كلما اكتسبوا مالا جديدا، وهذا مَا يعوق حريتهم في العمل والكسب والنهوض من عثرتهم، وإذا كان حجم الديون كبيرا فإن هذا يعني استمرار تعطل المدين أو عجزه عن النهوض اقتصاديا لأمد طويل.[٤١] من هنا ظهر تحول في سياسة الإفلاس منذ أواخر القرن الثامن عشر في إنجلترا ، حيث استحدث القانون الإنجليزي إمكانية شطب ديون المفلس أواخر القرن الثامن عشر،[٤٢] ثم سار قانون الإفلاس الأمريكي نحو توفير حماية

٣٩. يستفاد ذلك من أحكام المادة ٣٨٤ من القانون المدني الأردني التي قضت بانتهاء الحجر على المدين إذا قسم ماله بين الغرماء، وذلك بغض النظر عن بقاء ديون غير مسددة.

٤٠. انظر المطلب الثاني من هذا المبحث.

41. R. Azmi et al, Discharge in bankruptcy: a comparative analysis of law and practice between Malaysia, Singapore and the United Kingdom(UK)–What can we learn? Commonwealth Law bulletin 2017 (43) 2, 203, 206.

42. Paolo Di Martino, The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up

للمدينين نتيجة أزمات مالية.[٤٢] ومع اهتمام المشرع الوطني بجذب الاستثمارات وفتح السوق في إطار العولمة الاقتصادية، اتجه القانون السعودي والأردني أيضا للأخذ بسياسة مراعاة مصلحة المدين من خلال إجراءات إنقاذ المشاريع المتعثرة ماليا.

ثالثا – التحول إلى سياسة إنقاذ المدين المفلس

نظرة عامة في سياسة إنقاذ المدين المفلس

في القرن العشرين زادت مظاهر حماية المدين واستحداث إجراءات ترمي إلى إنقاذ نشاطه الاقتصادي، دون إعطاء أولوية أو إلزامية لطلب الدائنين تصفية مشروع المدين.[٤٤] ومع ظهور العولمة وتنامي الاستثمارات العابرة للحدود منذ ثمانينيات القرن العشرين، أصبح من أهم أهداف تنظيم الإفلاس في الدول الغربية تحقيق عدالة للمدين من خلال توحيد قواعد الإفلاس وتوفير إجراءات لإنقاذ المدين المتعثر حماية لفرص العمل ولتشجيع انتقال رؤوس الأموال بين الدول.[٤٥] صدر سنة ١٩٧٨ الفصل الحادي عشر من قانون الإفلاس الأمريكي الذي تضمن إجراءات إعادة التنظيم المالي للمدين والتي أصبحت مصدرا استرشاديا لكثير من قوانين الإفلاس الحديثة في أوروبا وغيرها.[٤٦]

وبالتالي أصبحت إجراءات إنقاذ المشاريع المتعثرة وتجنب التصفية سمة تشريعات الإفلاس،[٤٧] وذلك على أساس مبررات مثل تحقيق الاستقرار المالي وزيادة قدرة الشركات على التنبؤ بالمخاطر القانونية وتعزيز حرية مزاولة التجارة،[٤٨] حيث لا يجد المدين نفسه ممنوعا بالضرورة من إدارة أمواله أو استئناف مزاولة التجارة بعد إشهار إفلاسه، بل ويمنح شطبا للديون أحيانا لتمكينه من بدء صفحة جديدة دون أن يظل مكبلا بمطالبة الدائنين إلى ما لا نهاية.

---

to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences, in History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective (Karl Gratzer and Dieter Stiefel, eds.) Södertörns högskola 2008, 263, 265.

43. Paolo Di Martino, op. Cit., 266.

٤٤ علاء الدين الخصاونة، "حماية حقوق الدائنين والمدين في عملية إعادة التنظيم المالي وهيكلة الشركات المتعثرة، دراسة مقارنة في قانون الإفلاس الإماراتي لسنة ٢٠١٦ والتشريع الفرنسي والأمريكي" ٣٢ (٢٠١٨) ٧٦، ١٥٣، ص ١٩٧-١٩٨.

45. European Law Institute, Rescue of Business in Insolvency Law, 2017, pp. 87-88.

46. Ibid, 89.

47. Jan Adriaanse, The Uneasy Case for Bankruptcy Legislation and Business Rescue, in Teaching and Research in International Insolvency Law: Challenges and Opportunities (Michael Veder and Paul Omar, eds.) INSOL Europe, Nottingham, 2015, 93.

48. Manfred Balz, 'The European Convention on Insolvency Proceedings', 70 American Bankruptcy Law Journal 1996, p. 490.

علاء الدين الخصاونة، "حماية حقوق الدائنين والمدين في عملية إعادة التنظيم المالي وهيكلة الشركات المتعثرة، دراسة مقارنة في قانون الإفلاس الإماراتي لسنة ٢٠١٦ والتشريع الفرنسي والأمريكي" ٣٢ (٢٠١٨) ٧٦، ١٥٣، ص ١٦٤-١٦٥.

يلاحظ أن تعديلات قوانين الإفلاس أصبحت مرتبطة بتقييم التوازن بين مصالح الدائنين والمدين.[٤٩] ظهر في بلجيكا مثلا أن إجراءات إعادة التنظيم التي يفرضها القضاء غالبا ما كانت تفشل، وأن المدينين المفلسين كانوا يلجأون إليها كفرصة للتهرب من الديون، مما حدا بالمشرع البلجيكي إلى تعديل قانون الإفلاس سنة ٢٠١٣ بهدف فرض شروط على المدين تتعلق بالإفصاح وإظهار الجدية وحسن النية عند تقديم خطة إعادة التنظيم بحيث لا يستفيد من الإجراء إلا المدين الذي لديه فرصة تعافي نشاطه الاقتصادي بصورة تخدم مصالح الدائنين في الوقت ذاته.[٥٠]

تتفاوت القوانين الوطنية في أخذها بأنواع معينة من إجراءات مساعدة المدين المفلس حسن النية. فمنها شطب الديون discharge بقرار قضائي إن لم يتوصل المدين إلى تسوية مع الدائنين. ومن هذه الإجراءات التسوية القضائية، والتي تتضمن مفاوضات بين المدين والدائنين بإشراف قضائي، مع صلاحية المحكمة بإقرار التسوية وإن لم تتوفر موافقة أغلبية الدائنين، وإجراءات إعادة التنظيم المالي أو إعادة هيكلة المؤسسة المدينة مع احتفاظ المدين بإدارة أمواله أثناء هذه الإجراءات كقاعدة عامة.[٥١]

غير أن سياسة إنقاذ المدين لا تحمل نتائج إيجابية دائما؛ فالدائنون والممولون الذين يخشون أن يلجأ مدينهم يوما ما إلى إجراءات قضائية لجدولة ديونهم أو شطب جزء منها سيتحوطون من خلال طلب ضمانات عينية تحميهم من إجراءات الإفلاس، مما يزيد من كلفة تمويل المشاريع، كما أن إجراءات مساعدة المدين سيكتنفها عدم الثقة بين المدين والدائنين في حين يفترض أن يتفاوضوا للاتفاق على تسوية أو خطة إعادة تنظيم.[٥٢] لذلك يشجع البعض الإجراءات الودية القائمة على بناء الثقة بين الدائنين والمدين والتركيز على دعم المفاوضات بينهم دون شعور الدائنين بخطر أن تفرض المحكمة عليهم تسوية أو خطة إعادة تنظيم في النهاية.[٥٣]

قوانين الإفلاس الجديدة في الأردن والسعودية

صدر قانون الإعسار لسنة ٢٠١٨ في الأردن الذي هجر مصطلح الإفلاس، وألغت المادة ١٤٠ منه أحكام الإفلاس المنصوص عليها في المواد ٢٩٠ إلى ٤٧٧ من قانون التجارة. وقضى قانون الإعسار المذكور بسريان أحكامه على التجار وفئات أخرى من أرباب المشاريع الربحية وإن كانت مدنية بالمنظور القانوني، مع بقاء أحكام الإعسار بموجب القانون المدني مطبقة على غير التجار

49. Azmi, Dishcarge, op. cit., 207.

50. Melissa Vanmeenen, Corporate Rescue in Belgium, in Teaching and Research in International Insolvency Law: Challenges and Opportunities (Michael Veder and Paul Omar, eds.) INSOL Europe, Nottingham, 2015, 77, at 79, 87-90.

٥١. كما سنرى في المبحث الثاني.

52. Jan Adriaanse, op. cit., 94

53. Ibid, 97

ما لم يكونوا خاضعين لقانون الإعسار. ولعل المشرع الأردني تأثر بتسمية قانون الإعسار النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية (اليونسترال) والذي هو ترجمة لاسم القانون النموذجي بالإنجليزية (insolvency model law). وحبذا لو حافظ المشرع الأردني على تسمية الإفلاس لتمييز أحكامه عن أحكام الإعسار في القانون المدني، لاسيما مع إخضاع فئة من غير التجار لأحكام قانون الإعسار لسنة ٢٠١٨. ولتمييز الإعسار بموجب قانون سنة ٢٠١٨، سنشير إليه بمصطلح (الإعسار الاقتصادي) في حين نشير إلى أحكام الإعسار في القانون المدني الأردني بالإعسار المدني.

صدر نظام الإفلاس لسنة ٢٠١٨ في السعودية والذي وسع نطاق الإفلاس ليسري على مدينين من غير التجار على غرار ما جرى في القانون الأردني، غير أن النظام السعودي أبقى على مصطلح الإفلاس، كما استمرت أحكام الفقه الإسلامي سارية على المدينين غير الخاضعين لنظام الإفلاس الصادر سنة ٢٠١٨. وقد ألغت المادة ٢٣٠ من نظام الإفلاس السعودي أحكام الإفلاس المنصوص عليها في نظام المحكمة التجارية (المواد ١٠٣ إلى ١٣٧) وألغى أيضا نظام التسوية الواقية من الإفلاس لسنة ١٩٩٤ (١٤١٦ هـ).

تشترك القوانين الجديدة المشار إليها في تبنيها لأنواع من إجراءات مساعدة المدين وإنقاذ المشاريع المتعثرة ماليا، وبشكل خاص التسوية القضائية وإعادة التنظيم المالي واستمرار المدين بإدارة أمواله كقاعدة عامة واستحداث أحكام تهدف إلى تيسير تمويل المدين المتعثر أثناء إجراءات التسوية أو إعادة التنظيم. كما أن القوانين الجديدة لم تنص على جزاءات تتعلق بمنع المدين من مزاولة التجارة أو حرمانه من الحقوق السياسية.

بذلك، يكون التنظيم القانوني المُستحدث للإفلاس قد «تجرد من فلسفة الزجر والعقاب ليتبنى فلسفة دعم المدين للاستمرار في نشاطه مما يحول دون تفاقم الأزمة الاقتصادية».[٥٤] رغم أن هذا التحول يُنظر إليه كأثر للعولمة الاقتصادية، سيتم تناول الإطار العام لتلك الإجراءات وتسليط الضوء على الجوانب التي كان يمكن تأسيسها على مبادئ الفقه الإسلامي وأحكامه دون التقيد بأنواع الإجراءات المنقولة عن نظم قانونية غربية، وبحيث لا يترتب على تطوير القانون قطع صلته ودارسيه والمشتغلين فيه بأصول نظامنا القانوني.[٥٥] غير أن التعرف على هذه الجوانب وما قد يشوبها من إشكالات وتثيره من تساؤلات يتطلب أولا بسط أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي بالقدر اللازم.

---

٥٤. نبيل إبراهيم سعد، الإفلاس المدني كوسيلة للعدالة الناجزة، مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية لحقوق، جامعة الإسكندرية، عدد خاص، ديسمبر ٢٠١٢، ١٣٤١، ١٣٧٣.

٥٥. انظر المبحث الثاني.

المطلب الثاني

أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي

يظهر من استقراء أحكام الفقه الإسلامي الخاصة بالإفلاس أنها تقوم على أسسٍ لتحقيق التوازن بين الدائنين والمدين مع مراعاة العدالة تجاه المدين والمساواة بين الدائنين، وهذا مما يميز الشريعة الإسلامية عن القانون الروماني والنظم القانونية القديمة التي تلمست طريقها نحو مبادئ العدالة والمساواة عبر قرون.[٥٦] يهدف هذا المطلب إلى بيان أهم ملامح أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي لإبراز ما تضمنته من حلول وأسس للتخفيف من شدة أحكام الإفلاس في القوانين المشار إليه أعلاه،[٥٧] وتمهيدا لتقييم مدى الحاجة للأخذ بحلول قانونية منقولة من نظم أخرى والتي سيتم مناقشتها أدناه.[٥٨]

سنقسم عرض أحكام الإفلاس في الفقه إلى المحاور الآتية: (أولا) طلب تفليس المدين: الحجر على المدين أو إنظاره؛ (ثانيا) إمكانية الصلح الودي في أثناء حالة الإفلاس الواقعي؛ (ثالثا) المساواة بين الدائنين؛ (رابعا) انتهاء الحجر مع بقاء الديون غير المدفوعة.

أولا – طلب تفليس المدين: الحجر على المدين أو إنظاره

لا يفرق الفقه الإسلامي بين المدين التاجر وغير التاجر، وهذا أمر ناتج عن عدم وجود نظرية عامة للعمل التجاري تميزه عن العمل المدني.[٥٩] بعبارة أخرى، يعرف الفقه الإسلامي وحدة القانون الخاص دون ثنائية القانون المدني والتجاري، ومثله في ذلك نظام قانون العموم السائد في إنجلترا والولايات المتحدة ودول الكومنولث بصورة عامة.[٦٠] إن مفهوم الإفلاس هو استغراق الديون لأموال المدين بحيث تساويها. أما مصطلح الإعسار في الفقه الإسلامي، فإنه لا يشير إلى نظام قانوني خاص مغاير للإفلاس وإنما يصف مدى تدهور الوضع المالي للمدين. فالمفلس له مال يساوي ديونه، وهذا المال زائد عن حاجات المدين الضرورية – حاجاته الشخصية والعائلية كالمسكن والملبس.[٦١] أما الإعسار، فهو ضيق حال المدين لدرجة أنه لا مال عنده أو لديه كفاف العيش بحيث لا يزيد عن حاجاته الضرورية. يمكن القول بالألفاظ القانونية إن المفلس هو المدين الذي لديه أموال قابلة للتنفيذ عليها، في حين أن المعسر ليس لديه أموال يمكن التنفيذ عليها.

---

56. Benaouda Bensaid et al, Enduring Financial Debt: An Islamic Perspective, Middle-East Journal of Scientific Research 2013 (13) 2, 162.

٥٧. انظر المطلب الأول أعلاه.

٥٨. انظر المبحث الثاني أدناه.

٥٩. محمد حسن الجبر، القانون التجاري السعودي، ط ٤، الرياض (بدون دار نشر) ١٩٩٦، ص ٥–٨.

٦٠. زكي زكي زيدان، والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، طنطا، عدد ١٩/ ج٢، ٢٠٠٠، ٢٣٦-٢٣٧.

٦١. فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٦٥.

لكن تحقق حالة الإفلاس أو الإعسار واقعيا بمقياس ملاءة المدين لا يترتب عليه إجراء جماعي يشترك فيه الدائنون في مطالبة المدين، وإنما تترتب تلك الآثار بحكم القاضي المتضمن تفليس المدين؛[٦٢] فالحجر على المدين يعني منعه من التصرف والتفليس هو إشهار ذلك.[٦٣]

يتوقف الحجر، من حيث الأصل، على طلب الدائنين. بالتالي نجد في الفقه الإسلامي فرقا بين الإفلاس الواقعي الناشئ عن بلوغ ديون المدين مقدار أمواله، والإفلاس القانوني الذي يعلنه القاضي. أشارت المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني إلى أن إحاطة ديون المدين بماله تؤدي إلى منعه من التبرع بماله، لكن لا يترتب عليها حلول أجل الديون، حيث إن ذلك يتوقف على رفع الدائنين أمر المدين إلى القاضي لطلب الحجر عليه.[٦٤] وقد وصفت المذكرة الإيضاحية كذلك حالة الإفلاس الواقعي بالتفليس العام، والإفلاس المترتب على قرار الحجر بالتفليس الخاص، وقالت في ذلك: إن المدين «في حالة التفليس العام لا يجوز له أن يتبرع بماله ولا يجوز له التصرف معاوضة ولو بغير محاباة، ولا يجوز له أن يوفي دينا حل أجله أو لم يحل ولا يجوز له أن يرهن ماله»،[٦٥] وبعبارة أخرى تكون شروط دعوى عدم نفاذ تصرفات المدين في مواجهة دائنيه متحققة في حالة التفليس العام قبل الحجر على المدين.

لا خلاف في أن طلب تفليس المدين هو حق للدائن الذي يكون دينه حالا،[٦٦] وذهب المالكية والحنابلة إلى أن القاضي لا يجيب طلب المدين تفليس نفسه، وذهب الشافعية على الأصح في المذهب إلى جواز أن يقدم المدين نفسه التماس إفلاسه لأن له مصلحة مشروعة بصرف أمواله إلى الدائنين.[٦٧] ولا يبدو ان للقاضي أن يتصدى لإفلاس المدين من تلقاء نفسه،[٦٨] غير أن القاضي يمكن أن يباشر إفلاس المدين بصفته وليا لقاصر له دين.[٦٩]

بما أن طلب الإفلاس من حق الدائن، فيستفاد من أقوال الفقهاء أنه يلزم الحكم بإفلاسه والحجر عليه،[٧٠] مما يدل على أنه لا توجد سلطة تقديرية للقاضي برفض الحكم بإفلاس المدين، حيث يجب على القاضي تفليسه «عند المالكية والشافعية والحنبالة وصاحبي أبي حنيفة، وهو

٦٢. زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ٢٧٧.
٦٣. وهبة الزحيلي، أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي والأنظمة المعاصرة، الدورة العشرون لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ٢٠١٢، ٤.
٦٤. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، التعليق على المادة ٣٧١.
٦٥. المرجع السابق نفسه.
٦٦. صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٨٧.
٦٧. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٥، ص ٣٠٢؛ زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ص ٢١٥، ٢٧١.
٦٨. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٥، ص ٣٠٢.
٦٩. المرجع السابق، ٢٧٣-٢٧٤؛ النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٣، ١٩٩١، ج٤، ص ١٢٧-١٢٨.
٧٠. فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٧٢؛ الزحيلي، مرجع سابق، ص ٣ و ١١؛ حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، ج ٢، ص ٢٨٥؛ النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص ١٢٧؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٥، ص ٣٠١.

المفتى به عند الحنفية، واشترط المالكية لوجوب ذلك ألا يمكن للغرماء الوصول إلى حقهم إلا به، أما إذا أمكن الوصول إلى حقهم بغير ذلك كبيع بعض ماله، فإنه لا يصار إلى التفليس»،[٧١] أي الحجر بحكم القاضي.

لكن بعض الفقهاء جعلوا الواجب هو بيع مال المفلس دون الحجر عليه، ونسب ذلك إلى بعض الحنابلة وعمر بن عبدالعزيز والليث بن سعد.[٧٢] وذهب أبو حنيفة إلى أن المدين المفلس ذي المال يحبس ولا يحجر عليه تكريما للإنسان ويؤمر بسداد ديونه ولا يباع ماله جبرا.[٧٣] وقد أخذ القانون المدني الأردني بالسلطة التقديرية للقاضي وألزم المحكمة بمراعاة ظروف المدين وأسباب إعساره ومصالح دائنيه قبل الحجر عليه.[٧٤]

يبرز هنا جانب حماية الدائنين، المتفق مع فكرة الحق وأن العدالة تقتضي إيتاء كل ذي حق حقه، فإذا طالب الدائن بتفليس المدين فإن ذلك يكون وسيلة للوصول إلى حقه أو جزء منه. لذلك قرر الفقهاء أنه إذا طلب بعض الدائنين تفليس المدين وعارض آخرون، فإن طلب الإفلاس أولى بالإجابة.[٧٥] وتراعى حماية الدائنين بالحجر على المدين المفلس، بحيث يمنعه القاضي من التصرف في أمواله،[٧٦] فتبطل تصرفات المدين بعد الحجر عليه.[٧٧] أما قبل الحجر على المدين، فإن بطلان تصرفاته محل خلاف بين الفقهاء.[٧٨]

بحث الفقهاء مسألة ظهور أمارات الإفلاس قبل استغراق الديون لأموال المدين كأن يزيد خرجه على دخله (زيادة النفقات على الإيرادات) وما إذا كان من الجائز الحجر على المدين، وفي المسألة خلاف بين الفقهاء منعا وإجازة.[٧٩] كما بحث الفقهاء في أموال المدين الجديدة التي يكسبها بعد الحجر، ما إذا كان يطالها الحجر. واختلفوا على قولين، فمن قال إنه لا يطالها -وهم الحنفية والمالكية-[٨٠] نظر إلى التيسير على المدين من ناحية وتحقيق مصلحة للدائنين في نماء ماله. وأخذ القانون المدني الأردني «بالمذهب الشافعي والحنبلي في أن يمتد منعه من التصرف إلى ماله

٧١. الموسوعة الفقهة الكويتية، ج٥، ص ٣٠١.
٧٢. زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ٢٤٥؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٥، ص ٣٠١-٣٠٢.
٧٣. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ٤؛ زكي زكي زيدان، المرجع السابق، ٢٤٥.
٧٤. المادة ٣٧٧ من القانون المدني الأردني.
٧٥. صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٨٧؛ الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٥، ص ٣٠٢-٣٠٣.
٧٦. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ١٤؛ زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ٢٣٩.
٧٧. فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٧٣.
٧٨. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٥، ص ٣٠٦-٣٠٨؛ زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ٣٢٢-٣٢٨.
٧٩. زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ٢٧٥-٢٧٦. وقد أجاز الشافعية تفليس المدين لظهور أمارات الإفلاس، انظر: النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ج ٤، ص ١٢٩؛ ومنع الحنفية الحجر في هذه الحالة حيث منعوا الحجر عند ثبوت الإفلاس، وعند ظهور اماراته من باب أولى، منعا من الضرر اللاحق بالمدين جراء منعه من التصرف في ماله، وإن جاز حبس المدين إذا ظهر مماطلته مع وجود مال له، انظر: السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣، ج ٢٤، ص ١٦٣.
٨٠. زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ٣٥٧-٣٥٩.

الموجود والذي يوجد بعدُ، دون حاجة الى حجر جديد حرصا على مصلحة الدائنين لوصولهم إلى حقهم - بخلاف الحنفية والمالكية الذي يرون أن الحجر لا يتناول إلا المال الموجود وقت الحجر، أما الذي يجد فيحتاج إلى حجر جديد.»[٨١]

كما يحقق الفقه الإسلامي المساواة بين الدائنين، حيث تحل الديون المؤجلة وفقا للمذهب المالكي[٨٢] وعلى تفصيل في المذاهب الأخرى.[٨٣] ويجري الإعلان عن الإفلاس بالمناداة ليتسنى للدائنين المطالبة بما لهم والاشتراك في قسمة أموال المدين.[٨٤]

يوازن الفقه الإسلامي بالمقابل بين حق الدائنين ورعاية المدين؛ فلا يجيز الحجر على المدين إلا إذا كان لديه أموال زائدة عن حاجته. فقد تكلم الفقهاء[٨٥] في الأموال التي لا يجوز بيعها لاستيفاء الديون، مثل المسكن والملبس وأدوات الحرفة، على أقوال مختلفة في التفاصيل. أما إذا كان المدين معسرا فلا يحجر عليه، إذ تنتفي الحكمة من الحجر ما دام لا يوجد مال يخشى تصرف المدين فيه مما يجوز بيعه لصالح الدائنين.[٨٦] تنطبق هنا قاعدة إنظار المدين المعسر عملا بقوله تعالى: ((وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة)).[٨٧] وإنظار المدين يمنع الدائنين من ملازمته بالمطالبة.[٨٨] فكأن المطالبة القضائية للمدين المعسر تنطوي على نوع تعسف متى كان لا طائل من ورائها. بالتالي، فإن نتيجة طلب تفليس المدين هي إما تفليسه إن كان له مال أو إنظاره إن كان معسرا.

من هنا قيل إن الإعسار أعم من الإفلاس؛ فالعسر هو قلة ذات اليد،[٨٩] وبالتالي كل مفلس معسر لأن الإفلاس يؤول إلى بيع مال المدين فيبيت معسرا، ولكن ليس كل معسر مفلسا؛ لأن المعسر لا يفلسه القاضي ولا يحجر عليه.[٩٠]

إذا نظرنا إلى تعدد أقوال الفقهاء المنوه بها آنفا، نجد أن بعضهم راعى كرامة المدين بحيث لم يجز الحجر عليه لأن مقصد الشرع من تكريم الإنسان يسمو على حفظ مال الدائن، وتكفي الدائن وسائل الحماية العادية مثل دعوى عدم نفاذ التصرف التي أخذ بها القانون المدني الأردني بناء على أنها مقبولة في الفقه الإسلامي؛ حيث جاء في المذكرة الإيضاحية للقانون المدني أنه «في الفقه المالكي المدين الذي أحاط الدين بماله تتقيد تصرفاته حتى قبل الحجر فلا تسري في حق

٨١. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، التعليق على المادة ٣٨١.
٨٢. صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٩٢.
٨٣. زكي زكي زيدان، ٢٨٠-٢٨٨.
٨٤. المرجع السابق، ٢٩٨؛ وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ١٤؛ صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٨٩.
٨٥. فيباع مسكن المفلس ومركوبه مثلا في قول للشافعية ويترك له ملابسه الضرورية ولعياله كذلك، انظر: النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص ١٤٥-١٤٦؛ وفي أقوال المذاهب انظر: صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٩٥-١٩٧.
٨٦. فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٦٥، ١٧٨.
٨٧. سورة البقرة، من الأية ٢٨٠.
٨٨. صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٩٢؛ فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٧٩.
٨٩. ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط٣، بيروت، ج٤، ص ٥٦٤.
٩٠. زكي زكي زيدان، مرجع سابق، ٢٢٨-٢٣٠.

دائنيه تصرفاته الضارة بهم التي صدرت منه قبل أن يحجر عليه الحاكم ... وفي هذا شبه واضح بالدعوى البوليصية في الفقه الغربي».[٩١]

حتى الفقهاء الذين أجازوا الحجر على المدين، قال بعضهم كالشافعية[٩٢] بأنه لا يحجر على المدين إذا كان كسوبا؛ أي لديه حرفة ويستطيع مزاولتها لأن ذلك أرجى لسداد الديون.[٩٣] وتوجد أقوال فقهية يستفاد منها أن للقاضي أن يجتهد في الحجر من عدمه، كقول الكاساني في بدائع الصنائع (الحجر محل اجتهاد من القاضي).[٩٤]

في ضوء أقوال الفقهاء بناء على اختلاف الفقهاء في مسألة جواز الحجر على المدين المفلس، أقترح فرضية فقهية[٩٥] مفادها أنه يمكن للقاضي أن يمارس سلطة تقديرية في الحجر على المدين أو رفض الحجر تبعا لظروف كل قضية والموازنة بين مصالح الدائنين والفوائد المرجوة من استمرار المدين في إدارة أمواله والتصرف فيها. تبين هذه الفرضية أن أحكام الإفلاس في الفقه تميزت عن أحكام الإفلاس الملغاة في قانون التجارة الأردني ونظام المحكمة التجارية السعودي التي جعلت إشهار الإفلاس وجوبيا إذا تحقق شرطه.

ثانيا – إمكانية الصلح الودي أثناء حالة الإفلاس الواقعي

لم يفرد فقهاء الشريعة الإسلامية باباً خاصا في الإفلاس للصلح بين المدين ودائنيه، غير أن ذلك لا يمنع دون اتفاق المدين مع الدائنين وفقا لأحكام عقد الصلح.[٩٦] يمكن القول بصورة عامة إن وضع إجراءات لطلب الصلح ودعوة الدائنين إلى التفاوض أمر يندرج في باب «المصالح المرسلة»، وهو ما يتيح تنظيمه بإجراءات خاصة مثل الصلح الواقي من الإفلاس.[٩٧] بما أن طلب شهر الإفلاس في الفقه الإسلامي ينعقد للدائنين، فإن عقد الصلح معهم قد يتضمن تنازلهم عن ذلك الطلب طالما التزم المدين بشروط الصلح.

---

٩١. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني، تعليق على المادتين ٣٧٠، مع الإشارة إلى عبدالرزاق السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، ج٥ ١٨١ و١٨٣؛ الدردير، الشرح الكبير، والدسوقي عليه ٣: ٣٦٢ – ٣٦٤ والخرشي ٥: ٢٦٣ – ٢٦٤ وابن رشد بداية المجتهد ٢: ٢٣٦ – ٢٣٧. انظر أيضا التعليق على المادة ٣٧١ في المذكرة الإيضاحية.

٩٢. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص ١٢٩.

٩٣. صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٨٧–١٨٨. وهو قول عند الشافعية إذا كان الدين يساوي مال المدين وكان كسوبا لعدم الحاجة للحجر. راجع الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٥، ٣٠٣.

٩٤. ذكره زكي زكي زيدان، ٢٦١.

٩٥. ما أسميه "فرضية فقهية" سأعود إليه في المبحث الثاني عند مناقشة مدى الحاجة إلى نقل نظم قانونية أجنبية إزاء المبادئ والأسس المستمدة من مكنز الفقه الإسلامي.

٩٦. عمر فلاح العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسات علوم الشريعة والقانون، ٢٠١٣ (٤٠)١، ١٢٢، ١٢٩.

٩٧. المرجع السابق.

إجراءات الصلح الودي -وفقا لأحكام عقد الصلح- لا تتضمن دورا رسميا للقاضي، وتبقى خاضعة للتفاوض والتراضي بين المدين والدائنين، وعرفها النظام القضائي السعودي وفقا لأحكام الفقه الإسلامي.[٩٨] بما أن تفليس المدين بحكم قضائي يتوقف على طلب دائن له دين حال، فإن المدين يستطيع أن يتفاوض مع دائنيه الذين حلت ديونهم فقط ليتجنب تقديم طلب إفلاسه. كذلك لا يبدو أن هناك ما يمنع القاضي بعد تقديم طلب الإفلاس أن يتبع المبادئ العامة في الفقه الإسلامي التي تشجع الصلح وتحث عليه.[٩٩]

ثالثا – المساواة بين الدائنين

تراعي أحكام الفقه الإسلامي تحقيق المساواة بين الدائنين. ومع وجود أقوال فقهية متعددة في بعض المسائل ذات العلاقة بالمساواة بين الدائنين، أبرز فيما يأتي ما يتفق منها مع فكرة المساواة بين الدائنين في قوانين الإفلاس الحديثة.

من أبرز أوجه المساواة بين الدائنين الحكم بحلول أجل الديون، وهو المعتمد عند المالكية كما سلف، فلا يستأثر أصحاب الديون الحالة بأموال المدين الموجودة وقت إشهار إفلاسه. ثم إن الدائنين يقتسمون أموال المدين قسمة غرماء، فلا يفضل أحدهم في الوفاء دون مسوغ.[١٠٠] تحقيقا للعدالة أيضا، فإن إشهار الإفلاس وإعلانه يرمي إلى إعلام الدائنين ليتمكنوا من تقديم مطالباتهم المالية. وأكدت أقوال الفقهاء – كالشافعية -[١٠١] أن الدائن الغائب متى حضر بعد القسمة، كان له الرجوع على الدائنين بنصيبه من أموال المدين.

رابعا - انتهاء الحجر مع بقاء الديون غير المدفوعة

يلاحظ من خلال الأحكام المعروضة آنفا،[١٠٢] أن الفقه الإسلامي يجعل نظام الإفلاس مبنيا على استيفاء الحقوق إلى المدى الممكن، ويخفف عن المدين المعسر ويمنع الدائنين من مطالبته لحين ميسرة. انسجاما مع ذلك، فإنه بانتهاء إجراءات الإفلاس بتصفية أموال المدين التي يجوز بيعها وقسمة ثمنها بين الغرماء لا يبقى مسوغ لاستمرار الحجر على المدين؛ إذ لا أموال لديه حينئذ يخشى من تصرفه فيها. من ناحية أخرى، فإن الديون غير المدفوعة لا تسقط عن المدين المعسر وإن كانت المطالبة بها موقوفة وجوبا إنظارا للمدين المعسر. وذهب الحنابلة والمالكية إلى أن

---

٩٨. عمر فلاح العطين، مرجع سابق، ١٣٠، ناقلا عن يوسف بن أحمد القاسم، الحماية من الإفلاس فقها وقضاء .http://www aleqt.com/2009/06/25/article_244200.html

٩٩. في الحث على الصلح وإبراء المدين المعسر، راجع: عمر العطين، مرجع سابق، ١٢٩-١٣١، ١٣٤؛ مزيد المزيد، إشكالية التراضي في التسوية الواقية من الإفلاس، دراسة فقهية مقارنة، مجلة العلوم الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٥٧، ٢٠٢٠، ٢٤٢.

١٠٠. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ١٥.

١٠١. النووي، روضة الطالبين، مرجع سابق، ص ١٤٣؛ وفي أقوال المذاهب الأخرى، انظر: صلاح الشرع، مرجع سابق، ١٩٧.

١٠٢. انظر البنود (أولا، ثانيا، ثالثا) من هذا المطلب.

الحجر يرتفع بمجرد قسمة مال المدين بين الغرماء، وقال الشافعية بأن الحجر لا ينفك عن المدين إلا بحكم القاضي كما حجر به، وكذلك عند الحنفية قياسا على المبذر المحجور.[١٠٣]

سواء استمر الحجر أو انتهى بعد قسمة أموال المدين، فإن ما قد يتبقى من ديون غير مدفوعة لا يسقط عن المدين،[١٠٤] وإن حضت الشريعة الدائن على إبراء المدين المعسر ورغّبت في ذلك. وكما مر سابقا،[١٠٥] فإن من عوامل تطور سياسات الإفلاس في القوانين الحديثة محاولة تمكين المدين من بدء صفحة جديدة من حياته دون أن يبقى ملاحقا بديون تأتي على ما يكسبه أولا بأول وتمنع من تعافيه، بل قد تفقده الحافز للكسب فلا يزيد عن حاجته أو قد تسول له نفسه التهرب من الدائنين.

رغم أنني لم أجد في أقوال الفقهاء التي اطلعت عليها ما يشير إلى وسائل خاصة لمساعدة المدين على استئناف نشاطه، فإنه يستفاد من العرض السابق أن الفقه الإسلامي راعى حالة المدين القادر على الكسب، فقرر بعض الفقهاء، كالشافعية، منع الحجر عليه واستمرار حرفته. كذلك فإنه من المتفق عليه إنظار المدين المعسر إلى ميسرة، بيد أنني لم أجد ما يضع حدا لتعريف «الميسرة» المقصودة. كما يلاحظ أن أقوال الفقهاء بشأن الإفلاس خاصة بالمدين إذا كان شخصا طبيعيا، حيث لم يبحث الفقهاء بشكل منفصل فيما يعرف في النظم الحديثة بالشخصية المعنوية أو الاعتبارية، مع أن الاعتراف بالشخصية المعنوية له أساس في الفقه الإسلامي وفق الاتجاه السائد لدى الفقهاء المعاصرين،[١٠٦] وبنيت عليه أحكام فقهية مثل تحديد مسؤولية الشركاء والزكاة وغير ذلك.[١٠٧]

في ضوء ما تقدَّم، وبدلالة تعدد أقوال الفقهاء في بعض مسائل الإفلاس والحجر على المدين المفلس، يظهر أن أحكام الإفلاس في جزء مهم منها هي اجتهادية، وعليه أقترح فرضية فقهية هي أن هناك موردا للاجتهاد في مسائل مثل التفرقة بين بعض أحكام الشخص الطبيعي والشخص المعنوي وتحديد ضابط الميسرة التي يحق للدائنين معها ملازمة المدين ومطالبته. ويتفرع من ذلك فرضيتان فقهيتان: الفرضية الأولى، هي أن المدين إذا كان شخصا معنويا، كشركة مساهمة أو محدودة المسؤولية، ولم تكن أمواله كافية للوفاء بالديون، بحيث إن التصفية ستنتهي بزوال الشخصية المعنوية دون بقاء مدين يمكن مطالبته، فإن هناك مجالا للاجتهاد في إمكانية شطب الديون مع بقاء الشخصية المعنوية إذا كانت تقوم على مشروع أو مرفق اقتصادي يهم المصلحة العامة، حيث لن يتضرر الدائنون أكثر من ضررهم في حالة التصفية وزوال الشخصية المعنوية.

---

١٠٣. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ١٥.

١٠٤. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٥، ص ٣٢٢.

١٠٥. انظر البند (ثالثا- أ) من المطلب الأول من المبحث الأول أعلاه.

١٠٦. انظر البند (ثانيا) من المطلب الثاني في المبحث الثاني.

107. Shaheed Abdullahi Busari et al, The financial Distress of Corporate Personality: A Perspective from Fiqh, Intellectual Discourse, 2019 (27) 1, 245, 250-256.

أما الفرضية الثانية، في ضوء ظهور المشاريع الاقتصادية الكبيرة التي قد يهم المصلحة العامة بقاؤها عاملة بصورة مجدية اقتصاديا، فإنه يمكن وضع ضوابط خاصة لمفهوم «الميسرة» يتجاوز مجرد توفر مال زائد عن الحاجة إلى مال يكفي لبقاء المشروع عاملا، وبالتالي يمكن للمدين طلب إنظاره لحين تحقق الميسرة وفق الضوابط الجديدة، ويترتب على ذلك أن المدين يمكن أن يطلب إنظاره في وقت مناسب قبل تحقق معنى الإفلاس الواقعي، أي قبل استغراق ديونه مجموع أمواله. وسنناقش لاحقا إمكانية الاستفادة من هذه الفرضيات،[١٠٨] التي تبقى رهن الاجتهاد الشرعي، في تطوير التنظيم القانوني للإفلاس بصورة مستقلة عن نقل قوانين وإجراءات من نظم أجنبية.

تجدر الإشارة إلى أن واضع القانون المدني الأردني استفاد من تعدد الآراء الفقهية في تنظيم الإعسار المدني، فنجده مثلا «راعى جانب المدين إذ جعل للقاضي أن يبقي على أجل الديون المؤجلة وأن يمد فيه بل جعل له أن ينظر المدين إلى ميسرة بالنسبة إلى الديون المستحقة الأداء وبهذا تتاح له تصفية ديونه وديا في أكثر الظروف ملاءمة،»[١٠٩] كما «أجيز الحجر بناء على طالب الدائنين ولم يشترط طلبهم جميعا بل اكتفى بطلب بعضهم ولو كان واحدا كما هو الحكم في المذهب المالكي. كما أجيز الحجر بناء على طلب المدين نفسه أخذا من الفقه الشافعي.»[١١٠] فيتضح من ذلك أن مراعاة المصلحة كانت أساسا في الاختيار الفقهي دون تقيد بمذهب معين.

المبحث الثاني

تطور التنظيم القانوني للإفلاس في الأردن والسعودية بين العولمة والمرجعية الفقهية

ظهر لنا في المبحث السابق أن أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي راعت جوانب مهمة لحماية المدين مثل القول باجتهاد القاضي في مسألة الحجر على المدين ومنعه من التصرف في أمواله، وعدم الحجر على المدين الكسوب، وإنظار المدين المعسر دون الحجر عليه ووقف مطالبته من الدائنين، وإمكانية تصرف المدين بما يكسبه بعد الحجر لتنمية ماله، وهي جوانب مهمة يمكن البحث والاجتهاد فيها من قبل المجتهدين في الفقه الإسلامي. مع ذلك، فإن تطوير أحكام الإفلاس في القانون الأردني والنظام السعودي اعتمدت فيما يبدو بشكل رئيس على القوانين الأجنبية، لاسيما قانون الإفلاس الأمريكي وقانون الإعسار النموذجي الصادر عن لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية. يلاحظ أن العمل على قانون الإعسار الأردني الصادر سنة ٢٠١٨ بدأ

١٠٨. انظر المبحث الثاني.
١٠٩. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، التعليق على المادة ٣٧٦.
١١٠. المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني، التعليق على المادة ٣٧٦.

منذ سنة ٢٠٠٨ مع الاستعانة بخبرات أجنبية وبتمويل من الوكالة الأمريكية للإنماء الدولي.[١١١] مما يدل أيضا على اتخاذ مرجعية دولية للقانون المذكور أن المادة ١٣٦ منه تقضي بتفسير أحكام الإعسار الدولي بما يتفق مع المصادر الدولية للنصوص ذات العلاقة.

رغم أنه لا ضير من الاستفادة من تجارب النظم القانونية الأجنبية، إلا أن الرجوع إليها دون البحث في مخزون نظامنا القانوني وإمكانياته يجعل العولمة تبدو وكأنها نشر لقوانين غربية، في حين أن العولمة كما أشرت في مقدمة البحث لا تعني بالضرورة نشر أو استجلاب قوانين، وإنما المشاركة في تطوير الحلول والنظم القانونية التي تصلح أن تخدم التجارة والاقتصاد في إطار السوق المفتوحة، ويمكن أن يستأنس بها واضعو القانون في دول أخرى، حتى وإن توصلنا من خلال أحكام الفقه الإسلامي إلى نظم وحلول مشابهة فيكون ذلك مع المحافظة على مرجعية حضارية خاصة بنظامنا القانوني دون أن يتولد إحساس لدى دارسي القانون والمشتغلين فيه بأن النظم القانونية الأجنبية سابقة في التطور، أو أن يستقر في الأذهان خطأً أن الأحكام المستحدثة في القانون تخالف الشريعة بالضرورة ما دام مصدرها أجنبياً.

لذلك سأعرض في هذا المبحث أهم ملامح قانون الإعسار الأردني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٨ ونظام الإفلاس السعودي لسنة ٢٠١٨، وبمقارنتها مع ما سبق عن أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي والفرضيات الفقهية التي اقترحتها حول مرونة الفقه الإسلامي في هذا المجال، سيتضح لنا أن إعمال الاجتهاد الفقهي من شأنه أن يحقق نظاما ويولد حلولا تلائم سياسة إنقاذ المشاريع المتعثرة مع المحافظة على مبادئ العدالة التي تسود في الشريعة الإسلامية.

يعرض المطلب الأول الحلول الجديدة التي تضمنها قانون الإعسار الأردني ونظام الإفلاس السعودي وغاياتها، ثم يبين المطلب الثاني أن تطوير أحكام الإفلاس بمرجعية فقهية كان سيذهب في اتجاه مقارب لتلك الحلول في ضوء الفرضيات الفقهية المقترحة مع ضوابط خاصة، بحيث يظهر أن الغايات نفسها يمكن التوصل إليها وإن بحلول مختلفة نوعا ما من حيث نطاقها أو شروطها مما يجعل تطوير القانون الوطني في إطار العولمة مساهما إيجابيا في تشكيل ملامح هذه العولمة وليس متأثرا سلبيا بها.

---

١١١. بشكل عام حول خلفية قانون الإعسار الأردني، راجع (مبادر الشراكة الأمريكية الشرق الأوسطية).
زيارة https://www.arabruleoflaw.org/activitiesListing_ar.aspx?postingID=306&categoryID=1&Id=263
1/7/2020.

وحول تأثر نظام الإفلاس السعودي بتجارب أجنبية لا سيما قانون الإفلاس الأمريكي، راجع:
https://www.aleqt.com/2018/09/01/article_1446381.html 1/7/2020 زيارة.

المطلب الأول

إجراءات إنقاذ المشاريع وحماية المدين في قانون الإعسار الأردني ونظام الإفلاس السعودي

أخذاً بالمبررات الاقتصادية بشأن تقليل حالات الإفلاس اتجه تنظيم الإفلاس في الأردن والسعودية إلى تبني إجراءات خاصة بمحاولة إنقاذ المشاريع الاقتصادية ومساعدة المدينين على استمرار نشاطهم إذا ظهرت جدوى ذلك وفقا لأحكام قانون الإعسار الأردني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٨ ونظام الإفلاس السعودي لسنة ٢٠١٨.

تعبر المادة ٥ من نظام الإفلاس السعودي عن أهداف التحول في سياسة التنظيم القانوني للإفلاس بقولها:

«تهدف إجراءات الإفلاس إلى الآتي: أ- تمكين المدين المفلس أو المتعثر أو الذي يتوقع أن يعاني من اضطراب أوضاعه المالية من الاستفادة من إجراءات الإفلاس، لتنظيم أوضاعه المالية ولمعاودة نشاطه والإسهام في دعم الاقتصاد وتنميته. ب - مراعاة حقوق الدائنين على نحو عادل وضمان المعاملة العادلة لهم. ج - تعظيم قيمة أصول التفليسة والبيع المنتظم لها وضمان التوزيع العادل لحصيلته على الدائنين عند التصفية.»

وذلك إضافة إلى أهداف متعلقة بفعالية الإجراءات وتقليل تكاليف إدارتها.

بغية تعظيم النتائج الإيجابية المنشودة من تلك الإجراءات، فقد وسع كل من التشريعين المذكورين نطاق تطبيق أحكامه بحيث شملت فئات من غير التجار من ناحية، كما قضت بتطبيقها في حالة توقع الإفلاس وقبل تحقق شروطه الموضوعية. رغم اختلاف التشريعين في المصطلح المستخدم بين الإعسار والإفلاس، فإنهما يمثلان سياسة عامة متشابهة إزاء الإفلاس، ولذلك سأستخدم بصفة عامة مصطلح الإفلاس.

سأبين (أولا) سياسة التوسع في تطبيق أحكام الإفلاس، و(ثانيا) مفاهيم إجراءات إنقاذ المدين المتعثر في القانون الأردني والسعودي، و(ثالثا) الأحكام الجديدة التي تبدو –على الأقل للوهلة الأولى– غير متفقة مع تنظيم الإفلاس في الفقه الإسلامي التي عرضتها في المبحث السابق.

أولا- سياسة التوسع في تطبيق أحكام الإفلاس

من ملامح تطور تنظيم الإفلاس أنه تجاوز حدود الثنائية بين القانون المدني والتجاري، حيث استحدث تنظيما يسري على التجار وفئات من غيرهم. فالمادة الثانية من قانون الإعسار الأردني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٨ عرفت النشاط الاقتصادي بأنه: «النشاط الذي يمارسه الشخص بقصد تحقيق ربح أو مكسب بما في ذلك النشاط التجاري أو الصناعي أو الزراعي أو المهني أو الخدمي

أو الحرفي.» جعلت المادة ٣ من القانون ذاته نطاقه شاملا للمدين الذي يمارس نشاطا اقتصاديا، ومن الواضح أن التعريف المذكور للنشاط الاقتصادي غير محصور في الأعمال التجارية، بل يشمل المهن الحرة والزراعة والحرف التي لا يعد محترفوها تجارا بمفهوم المواد ٦ و٧ و٩ من قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦ التي حددت الأعمال التجارية والتجار.

وأوضحت المادة ٣ من قانون الإعسار أنه: «أ- تسري أحكام هذا القانون على أي شخص يمارس نشاطاً اقتصاديا بما في ذلك: ١- الأشخاص الاعتباريون بما في ذلك الشركات المدنية والشركات التي تملكها الحكومة. ٢- التجار أصحاب المؤسسات الفردية. ٣- أصحاب المهن المسجلون والمرخص لهم بالعمل بموجب أحكام التشريعات النافذة.» في حين استثنت الفقرة (ب) من المادة ذاتها البنوك وشركات التأمين لخضوعها لقوانين تنظيمية خاصة، واستثنت «الجمعيات والنوادي ما لم يقرر مجلس الوزراء إخضاعها لأحكام هذا القانون» والأشخاص الطبيعيين الخاضعين لأحكام القانون المدني ولا يمارسون نشاطا اقتصاديا، كما استثنت الوزارات والدوائر الحكومية والأشخاص المعنوية العامة والبلديات.

على المنوال ذاته، تنص المادة ٤ من نظام الإفلاس السعودي على أنه «تسري أحكام النظام على كلّ من:

أ- الشخص ذي الصفة الطبيعية الذي يمارس في المملكة أعمالاً تجارية، أو مهنية، أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح.

ب- الشركات التجارية والمهنية والكيانات المنظمة وغيرها من الشركات والكيانات الأخرى الهادفة إلى تحقيق الربح، المسجلة في المملكة. ج- المستثمر غير السعودي ذي الصفة الطبيعية أو الاعتبارية الذي يملك أصولاً في المملكة، أو يزاول أعمالاً تجارية، أو مهنية أو أعمالاً تهدف إلى تحقيق الربح ...“ ومن الواضح أن ذلك يشمل التجار وغير التجار ممن يزاولون أعمالا مهنية أوْ غير تجارية ما دامت تهدف إلى تحقيق الربح.

إن التوسع في تطبيق إجراءات إنقاذ المدين المتعثر ماليا له ما يبرره؛ فإذا كان إنقاذ المشاريع الاقتصادية مفيدا من منظور الصالح العام، فلا مسوغ لحصر فرصة الإنقاذ والتعافي في المشاريع التجارية وحدها. بل إن هناك اتجاها إلى تيسير أحكام الإعسار المدني للأفراد والأسر الحاصلين على قروض استهلاكية. وقد اتجه المشرع الفرنسي مثلا إلى التخفيف عن الأفراد والأسر منذ ثمانينيات القرن العشرين وذلك استجابة لشيوع القروض الاستهلاكية.[١١٢]

بما أن التنظيم الجديد للإفلاس يهدف إلى محاولة إنقاذ المدين، فإن إجراءت الإفلاس المناسبة يمكن أن تبدأ إذا أشرف المدين على العجز عن الوفاء بديونه وقبل بلوغه حالة التوقف

١١٢. نبيل سعد إبراهيم، مرجع سابق، ١٣٦٥-١٣٦٧.

عن الدفع أو إحاطة الديون بأمواله. وعليه، فرقت المادة الثانية من قانون الإعسار الأردني بين الإعسار والإعسار الوشيك، كما فرقت المادة ١ من نظام الإفلاس السعودي بين المتعثر والمفلس.

فبموجب المادة ٢ من قانون الإعسار الأردني «الإعسار» هو «توقف المدين أو عجزه عن سداد الديون المستحقة عليه بانتظام أو عند تجاوز إجمالي الالتزامات المترتبة عليه إجمالي قيمة أمواله.» أما «الإعسار الوشيك» فهو «الحالة التي يُتوقع فيها أن يفقد المدين القدرة المستقبلية على سداد ديونه عند استحقاقها خلال ستة أشهر رغم قدرته الحالية على سدادها.» يلاحظ أن الإعسار الوشيك يشير إلى مرحلة سابقة عن التوقف عن الدفع (وهي معيار الإفلاس التقليدي وفق الأحكام الملغاة ووفق تعريف «الإعسار» الواقع فعلا)، ومن هنا يكون مجال إجراءات إنقاذ المدين أوسع زمنيا من الإفلاس حيث إنها تقوم على أسس توقع تدهور الوضع المالي للمدين، حيث يفترض في المدين حسن النية أن يبادر في الوقت المناسب لتلافي ذلك.

كما أن نظام الإفلاس السعودي عرف «المتعثر» بأنه «مدين توقف عن سداد دين مطالب به في موعد استحقاقه.» أما المفلس فهو «مدين استغرقت ديونه جميع أصوله.» يلاحظ أن النظام السعودي أبقى على تعريف المفلس بأنه الذي استغرقت ديونه جميع أمواله كما كان في نظام المحكمة التجارية وكما هو في الفقه الإسلامي. ولكن التوسع في إجراءات إنقاذ المدين جاء عن طريق إدخال مفهوم التوقف عن الدفع وهو – وإن كان معروفا في القانون الوضعي عموما – يشكل توسعا في مفهوم الإفلاس في النظام السعودي لأن التوقف عن دفع دين لا يعني استغراق الديون لأموال المدين. كما أن المادة ١٣ من نظام الإفلاس السعودي أخذت بمفهوم الإعسار الوشيك المذكور في القانون الأردني ولكنها أشارت إلى «توقع التعثر». وجاء القانونان المذكوران بإجراءات ترمي إلى إنقاذ المدين المتعثر، وهي ما يعرض له البند التالي.

ثانيا- أنواع إجراءات إنقاذ المدين المتعثر

من حيث المضمون والأهداف، ينظم قانون الإعسار الأردني ونظام الإفلاس السعودي أنواعًا متماثلة لإجراءات إنقاذ المدين المتعثر المهدد بإشهار الإفلاس، لكن يختلف التشريعان من حيث تصنيف تلك الإجراءات. فنظام الإفلاس السعودي ينص على إجرائين هما: التسوية الوقائية وإعادة التنظيم المالي، وفي حال فشلهما أو عدم تحقق شروط تطبيقهما يؤول المدين إلى التصفية. أما قانون الإعسار الأردني، فقد نص على إعادة التنظيم المالي، وجعل التسوية إحدى صورها، وفي حال تعذرها أو عدم تحقق شروطها يتجه المدين إلى التصفية.

فقد عرفت المادة الأولى من نظام الإفلاس السعودي الإجراءات المذكورة على النحو الآتي. إجراء التسوية الوقائية هو «إجراء يهدف إلى تيسير توصل المدين إلى اتفاق مع دائنيه على تسوية لديونه ويحتفظ المدين فيه بإدارة نشاطه.» أما إجراء إعادة التنظيم المالي فهو "إجراء يهدف

إلى تيسير توصل المدين إلى اتفاق مع دائنيه على إعادة التنظيم المالي لنشاطه تحت إشراف أمين إعادة التنظيم المالي."

يلاحظ أن كلا الإجراءين المشار إليهما يدخل في مفهوم إعادة التنظيم المالي في قانون الإعسار الأردني، حيث عرفت المادة ٥(ب) منه "مرحلة إعادة التنظيم" بأنها مرحلة من مراحل الإعسار يلجأ إليها بعد مرحلة تمهيدية من دراسة وضع المدين المالي ومدى قابلية المشروع للاستمرار "ويتم خلالها التوصل لاتفاق بين المدين ودائنيه على خطة إعادة التنظيم ما لم يقدم طلب تصفية قبل البدء في هذه المرحلة." وعالجت نصوص القانون خطة إعادة التنظيم التي يتفق عليها المدين مع الدائنين خارج المحكمة ثم تقدم إلى المحكمة لاعتمادها بموجب المادة ٦٩(أ) التي تنص على أنه "للمدين تفادي وضع الإعسار الوشيك من خلال اتفاق مع دائنيه يتم التوصل له خارج إجراءات المحكمة أو في المراحل المبكرة لإشهار الإعسار على أن يتم ذلك بموافقة المحكمة." إن لم يتحقق ذلك، يمكن طلب خطة إعادة التنظيم بإشراف المحكمة، ويسميها قانون الإعسار خطة إعادة التنظيم الاعتيادية،[١١٣] والتي يمكن أن تتضمن وفقا لأحكام المادة ٧٩ إعادة هيكلة النشاط او إعادة هيكلة الديون، حيث إن إعادة هيكلة النشاط يمكن أن تتضمن «الاندماج وتجزئة الأسهم ... أو بيع وحدات النشاط الاقتصادي بصفتها عاملة ومنتجة أو بيع أي جزء منها أو التصرف بأسهم أو حصص الشركات التابعة»، في حين تشمل إعادة هيكلة الديون «تخفيض الديون أو إعادة جدولتها أو أي طريقة أخرى بما في ذلك رسملة الديون ولا يجوز أن تتجاوز مدة تأجيل الديون عشر سنوات».

وبالتالي فإن مفهوم إعادة التنظيم في قانون الإعسار الأردني يشمل صورتين، هما إعادة هيكلة النشاط وأعادة هيكلة الديون، وكل من هاتين الصورتين يقابل إجراء نص عليه نظام الإفلاس السعودي. فإعادة هيكلة النشاط تقابل إعادة التنظيم المالي، وإعادة هيكلة الديون تقابل التسوية الوقائية.[١١٤]

أما التصفية، فإنها بمفهوم واحد وأهداف متماثلة في القانونين محل النظر؛ حيث عرفها نظام الإفلاس السعودي بأنها «إجراء يهدف إلى حصر مطالبات الدائنين وبيع أصول التفليسة وتوزيع حصيلته على الدائنين تحت إدارة أمين التصفية." وعرفتها المادة ٥ من قانون الإعسار الأردني بأنها مرحلة "تخصص لتصفية أموال المدين وتبدأ عند تعذر إعادة التنظيم لعدم إمكانية

---

١١٣. لتفاصيل إجراءات خطة إعادة التنظيم، راجع: إبراهيم صبري الأرناؤوط، خطة إعادة التنظيم الاعتيادية لإنقاذ المشروعات الاقتصادية المتعثرة وفقا لقانون الإعسار الأردني، دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، ٢٠٢٠ (٤٧) عدد ٣، ص ١٥٢.

١١٤. قارن علاء الدين الخصاونة، 'حماية حقوق الدائنين والمدين في عملية إعادة التنظيم المالي وهيكلة الشركات المتعثرة، دراسة مقارنة في قانون الإفلاس الإماراتي لسنة ٢٠١٦ والتشريع الفرنسي والأمريكي' ٣٢ (٢٠١٨) ٧٦، ١٥٣، ص ١٦٥.

استمرار أعمال المدين، أو تعذر الموافقة على خطة إعادة التنظيم أو تعذر تنفيذها بعد الموافقة عليها." يستفاد من نسق أحكام التشريعين الأردني والسعودي أن التصفية هي ملاذ أخير يلجأ إليه بعد ظهور عدم جدوى إعادة التنظيم المالي (إعادة هيكلة النشاط الاقتصادي) أو التسوية (إعادة هيكلة الديون).[١١٥]

يمكن تلخيص ملامح إجراءات إنقاذ المدين المتعثر في النواحي الآتية.

للمدين طلب البدء بإجراءات الإفلاس الهادفة إلى التسوية الوقائية (إعادة هيكلة الديون) أو إعادة التنظيم المالي (إعادة هيكلة النشاط الاقتصادي) بناء على توقع الإفلاس أو توقع التعثر وقبل تحقق الإفلاس الفعلي،[١١٦] ويمنح النظام السعودي الدائنين والجهة المختصة بتنظيم النشاط الاقتصادي أيضا حق طلب إعادة التنظيم في حالة توقع تعثر المدين.[١١٧] أما في حالة الإفلاس الفعلي، فللمدين والدائنين والجهة المختصة – وهو مراقب عام الشركات في الأردن أو جهة تنظيم النشاط الاقتصادي المعني في السعودية –[١١٨] تقديم طلب إعادة التنظيم.[١١٩] إن مبادرة المدين لطلب التسوية او إعادة التنظيم بناء على توقع أن تسوء حالته في المدى القريب –الذي قدرته المادة ٢ من قانون الإعسار الأردني بستة أشهر– تدل من ناحية على حسن نيته، وتوفر له من ناحية ثانية الحماية بسبب تعليق المطالبات الفردية بعد إشهار إعساره الوشيك.[١٢٠]

نصت المادة ٧ من قانون الإعسار على أنه على المدين أن يتقدم بطلب إشهار إعساره خلال مدة شهرين من تاريخ علمه بِأَنَّهُ معسر. وقد قضت محكمة التمييز في القضية رقم ٢٠١٩/٨٦٩٠ بأن مدة الشهرين هي مدة سقوط، بحيث لا يقبل طلب إشهار الإعسار المقدم من المدين بعد انقضاء هذه المدة وإن توفرت الشروط الموضوعية.[١٢١] يبدو من قرار محكمة التمييز أن المحكمة تضيق من طلب الإعسار المقدم من المدين باعتبار أن ذلك الطلب هو حق للدائنين كقاعدة عامة، وليس للمدين، وهو اتجاه موجود في مذاهب الفقه لإسلامي كما مر سابقا،[١٢٢] أو يمكن القول إن تأخر المدين مع علمه بالإعسار لا يتفق مع حسن النية الذي هو من مسوغات مراعاة مصلحة المدين.

يحتفظ المدين، من حيث المبدأ، بصلاحية إدارة نشاطه الاقتصادي والتصرف في أمواله في

---

١١٥. المادتان ٩٨ و٩٩ من قانون الإعسار الأردني؛ المادة ٩٠ نظام الإفلاس السعودي.
١١٦. المادة ٦(ب) من قانون الإعسار الأردني؛ المادة ١٣ من نظام الإفلاس السعودي.
١١٧. المادة ٤٢ من نظام الإفلاس السعودي.
١١٨. المادة ١ من نظام الإفلاس السعودي؛ المادة ٢ من قانون الإعسار الأردني.
١١٩. المادة ٧٦ من قانون الإعسار الأردني؛ المادة ٤٢ من نظام الإفلاس السعودي.
١٢٠. المادتان ٢١ و٢٢ من قانون الإعسار الأردني؛ المادتان ١٧ و١٨ من نظام الإفلاس السعودي. وتعلق الإجراءات الفردية وجوبا في حالة بدء النظر في خطة إعادة التنظيم حسب المادة ٤٦ من نظام الإفلاس السعودي.
١٢١. تمييز حقوق ٢٠١٩/٨٦٩٠، تاريخ ٢٠٢٠/٦/١٧، منشورات القسطاس الإلكترونية.
١٢٢. انظر البند (أولا) من المطلب الثاني في المبحث الأول أعلاه.

أثناء إجراءات محاولة إنقاذ النشاط الاقتصادي، ما لم تقرر المحكمة تحديد صلاحياته على نحو آخر أو إذا طلب الدائنون غل يده عن إدارة امواله، حيث توكل كليا إلى وكيل الإعسار -أمين الإفلاس في النظام السعودي.[١٢٣]

تشجيع تمويل المدين المتعثر في أثناء إجراءات التسوية أو إعادة التنظيم من خلال النص على أحكام لحماية الدائنين المتعاملين مع المدين وحصولهم على ضمانات بموافقة المحكمة في تلك المرحلة، وإشراكهم في إجراءات التصفية الجماعية إذا حصلت، ولا يقدم عليها إلا الديون المضمونة في حدود حصيلة بيع الضمانة.[١٢٤]

التخفيف من شدة أحكام فترة الريبة، حيث لا تخضع تصرفات المدين للبطلان أو عدم النفاذ الحتمي في مواجهة الدائنين، بل يخضع ذلك لمعيار حسن نية المدين والضرر اللاحق بالدائنين حسب تقدير المحكمة.[١٢٥]

للمحكمة أن تصادق على خطة إعادة التنظيم إذا وافق عليها أغلبية الدائنين المحددة بموجب نصوص قانون الإعسار أو نظام الإفلاس (ولائحته التنفيذية)، حيث لم يشترط أي من التشريعين موافقة جميع الدائنين،[١٢٦] وتكون الخطة ملزمة للجميع بعد الموافقة عليها. وأجازت المادة ٩١ من قانون الإعسار الأردني للمحكمة الموافقة على خطة إعادة التنظيم وإن لم توافق عليها أغلبية الدائنين، وذلك إذا اقتنعت المحكمة بجدواها الاقتصادية وأنها تحقق المساواة بين الدائنين ولا يترتب عليها وضع أحد الدائنين في مركز أسوأ مما لو جرت التصفية. كذلك أجازت المادة ٨٠ من نظام الإفلاس السعودي للمحكمة المصادقة على خطة إعادة التنظيم إذا لم تتحقق الأغلبية المطلوبة ضمن كل فئة من فئات الدائنين، إذا قبلتها فئة واحدة على الأقل من الدائنين ودائنون آخرون تمثل مطالباتهم ٥٠٪ من مجموع قيمة مطالبات الدائنين المصوتين في جميع الفئات، واقتنعت المحكمة بأن الخطة تحقق مصالح أغلبية الدائنين.

انفرد قانون الإعسار الأردني بإجازة إبراء المدين من ديونه غير المسددة بناء على طلب المدين وموافقة أغلبية الدائنين. فتنص المادة ١٠٨ من القانون المذكور على أنه «أ- للمدين حسن النية تقديم طلب للمحكمة بالإبراء من الديون غير المسددة وعلى المحكمة تبليغ هذا الطلب إلى دائني

---

١٢٣. المادة ١٣ من قانون الإعسار الأردني؛ المادة ١٠٩ من نظام الإفلاس السعودي.

١٢٤. المادة ٣٨ من قانون الإعسار الأردني؛ المواد ١٨٢-١٨٧ من نظام الإفلاس السعودي.

١٢٥. المادة ٣٣ قانون الإعسار الأردني؛ المادتان ٢١٠ و٢١١ من نظام الإفلاس السعودي.

١٢٦. تشترط المادة ٩٠ من قانون الإعسار الأردني موافقة الأغلبية المطلقة للديون، في حين تتطلب المادتان ٣١ و٧٩ من نظام الإفلاس السعودي موافقة دائنين تمثل مطالباتهم ثلثي قيمة ديون المصوتين في الفئة ذاتها، حيث يصنف الدائنون إلى فئات متشابهة في المراكز القانونية. ولا يجوز أن تؤثر خطة إعادة التنظيم في حقوق الدائنين المضمونين، وإلا فإن المادة ٨٢ من قانون الإعسار الأردني تشترط موافقة جميع الدائنين من تلك الفئة، وذلك لأنهم أصلا خارج الإجراءات الجماعية في حدود ديونهم المضمونة.

هذه الديون ووكيل الإعسار ... ب- تنظر المحكمة في الطلب تدقيقا ولها أن تقرر الموافقة على إبراء المدين من التزماته المتبقية بعد التثبت من أن المدين قد تصرف بشكل يتفق وحسن النية على أن يتضمن قرار المحكمة إلزام المدين بما يلي وخلال ثلاث سنوات من تاريخ صدور قرار المحكمة بالإبراء:

١- ممارسة نشاط ربحي أو السعي للحصول على عمل إذا كان عاطلا عن العمل وأن لا يستنكف عن قبول أي عمل يناسب مؤهلاته إذا كان المدين شخصاً طبيعيا.

٢- دفع (٥٠٪) من دخله المستقبلي لدائنيه، ويشمل ذلك قيمة أي أموال تؤول اليه عن طريق الإرث إذا كان المدين شخصا طبيعيا.

٣- إشعار المحكمة فورا بأي تغيير في موطنه أو مكان عمله أو بأي دخل تحقق له أو أموال آلت اليه.»

وبموجب المادة ١٠٩ من القانون ذاته، لا يمنح الإبراء للمدين الذي ارتكب مخالفات لقانون الإعسار (مثل إخفاء أموال)، كما نصت المادة ١١٠ على أن الإبراء لا يشمل نفقة الفَّرِّ والغرامات المستحقة للخزينة والالتزامات المالية الناشئة عن جرائم والالتزام بالتعويض الناجم عن الإضرار بالغير أو التسبب بالوفاة.

بل يمكن أن تتضمن خطة إعادة التنظيم شطبا لديون فئات معينة من الدائنين دون تصويتهم أو موافقتهم على ذلك وفقا لأحكام المادة ٨٥ من قانون الإعسار الأردني، ويشمل ذلك الدائنين ذوي الصلة بالمدين[١٢٧] والدائنين أصحاب التأمينات التالية في المرتبة لدائنين مضمونين تضمنت الخطة شطبا لجزء من ديونهم. وبالنسبة لشطب الديون غير المسددة للدائنين من الفئات المشتركة في التصويت على خطة إعادة التنظيم فإنه يكفي بموجب المادة ٩٠ من القانون ذاته موافقة الأغلبية المطلقة لإجمالي الديون، أما إذا بلغ الشطب أكثر من ٥٠٪ من الديون أو تضمنت خطة إعادة التنظيم إعادة جدولة ديون لمدة تتجاوز خمس سنوات، فإن الأغلبية المطلوبة تصبح موافقة الدائنين الذين لهم ٦٠٪ من إجمالي ديون الفئة التي شملها الشطب أو التأجيل.[١٢٨]

يلاحظ على تنظيم قانون الإعسار لمسألة شطب الديون غير المسددة أن أحكامه تشمل الشخص الطبيعي والمعنوي، ولم تحدد سقفا لديون المدين التي يمكن شطبها. وهذا أمر مستغرب؛ حيث إن شطب الديون عرف في القوانين الغربية، مثل القانون الإنجليزي والأمريكي لسنة ١٨٩٨،[١٢٩]

١٢٧. حددت المادة ٤ من قانون الإعسار الأردني الأشخاص ذوي الصلة بالمدين، ويشمل ذلك، مثلا، بالنسبة للشخص الطبيعي زوجه وأقاربه حتى الدرجة الرابعة، وبالنسبة للشخص المعنوي أعضاء مجلس الإدارة والشخص الذي يسيطر على المدين أو يسيطر المدين عليه.

١٢٨. المادة ٩٠ من قانون الإعسار الأردني.

١٢٩. يوسف الشبيلي، إفلاس الشركات و إعسارها في الفقه و النظام، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، ٢٠١١ (٧) ٢١، ٣٠٣، ٣١٠-٣١١؛

للتخفيف عن الأفراد ولا الأشخاص المعنوية، فيشمل الإبراء في القانون الأمريكي الديون الشخصية فقط (للأفراد والمزارعين والأسر، حسب الفصول ١١، ١٢، ٦ من قانون الإفلاس) مع استثناء بعضها مثل تعويض الإضرار بالغير،[١٣٠] وهو أقرب لحالات الإعسار المدني وليس التجاري. ومن النظم التي أخذت به ماليزيا، حيث تبنت إجراء يعرف بالترتيبات الفردية الاختيارية individual voluntary arrangement، التي يقترح بموجبها المدين ترتيبات وفاء جزئي ويطلب شطب الجزء غير المسدد بموافقة المحكمة.[١٣١] الهدف من ذلك الإجراء مساعدة الفرد المدين على بدء مرحلة جديدة من حياته دون أن يبقى مدينا إلى الأبد.[١٣٢] فمبررات شطب الديون عن الأفراد لها وجه اجتماعي يتعلق بالفرد وأسرته وألا يخضع لملاحقة الدائنين له كلما حقق دخلا مما يحول دون ممارسته نشاطا اقتصاديا جديدا تنتعش به حياته. والمبررات المذكورة لا تصدق على الشخص المعنوي.

تجدر الإشارة إلى أن المادة ١٠٧ (ب) من قانون الإعسار الأردني تقضي بأنه: «إذا كان المدين شخصا اعتباريا، تنتهي شخصيته الاعتبارية باستكمال توزيع العوائد ما لم يتم سداد ديونه بالكامل ...». يفهم من ذلك أن الديون غير المسددة تصبح معدومة بزوال الشخصية الاعتبارية (المعنوية) بنتيجة التصفية. قد يقال إن ذلك قد يجعل أحيانا شطب جزء من الديون غير المسددة احتمالا جديرا بالدراسة من قبل الدائنين قبل الدخول في مرحلة التصفية، ما دام زوال الشخصية المعنوية سيؤدي إلى النتيجة ذاتها. غير أن ذلك قد يدفع مدراء الشركات إلى التهاون في الاستدانة على أمل إقناع الدائنين بقبول إعادة التنظيم على أساس أن التصفية تعدم الديون غير المسددة وأن إعادة التنظيم لن تجعل الدائنين في مركز أسوأ.[١٣٣]

لعل إمكانية استفادة الشركات من شطب الديون تكشف عن ثغرة في قانون الإعسار، إذ يمكن لشركة أن تتفاوض مع دائنيها على شطب ٥٠٪ من الديون، على أساس أن أكثر من ذلك سيهدد بتصفية الشركة وزوال شخصيتها المعنوية، بينما قد يتضرر تجار أفراد من الموردين للشركة، لا سيما إذا طلبت الشركة المدينة اعتماد خطة إعادة التنظيم المتضمنة شطب الديون من المحكمة دون تحقق موافقة الأغلبية المطلقة للدائنين.

P. Venter and J. Sprayregen, Bankruptcy Reform in Saudi Arabia, Law journal Newsletters 2016 (34)2.

130. https://www.uscourts.gov/services-forms/bankruptcy/bankruptcy-basics/discharge-bankruptcy-bankruptcy-basics دليل على موقع الخدمات القضائية الحكومي، زيارة ٢٠٢٠/٧/١٠

131. R. Azmi and S. Ahmad, Discharge and pre-rehabilitation under bankruptcy law and Islamic law: a boon or a bane?, Commonwealth Law Bulletin, 2019 (45) 2, 189, 196-199.

١٣٢. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ١٣٤٧، ١٣٥٦.

١٣٣. إجراء الشطب أدى إلى زيادة طلبات الإفلاس المقدمة من الدائنين في أستراليا، على سبيل المثال، مما حدا بالمشرع في هذه الدول إلى وضع ضوابط وشروطا لضمان جدية المدين وحسن نيته. راجع:

R. Azmi and S. Ahmad, Discharge and pre-rehabilitation under bankruptcy law and Islamic law: a boon or a bane?, Commonwealth Law Bulletin, 2019 (45) 2, 189, 195.

من ناحية أخرى، فإن القوانين التي أخذت بشطب ديون الفرد المدين، كالقانون الأمريكي، جعلت الإبراء نتيجة لالتزام المدين بالشروط المفروضة عليه، مثل تخصيص جزء من إيراده لمدة معينة لسداد جزء من الديون،[١٣٤] أو أعطت الدائنين سلطة رقابية على أعمال المدين لمدة معينة وحقهم في طلب إلغاء مفعول شطب الديون إذا خالف المدين الشروط التي حددتها المحكمة أو وقف سريان مدة رد الاعتبار القصيرة عادة.[١٣٥] وقد وضع القانون الماليزي مثلا ضوابط محددة تراعيها المحكمة عند نظرها في شطب الديون، مثل سلوك المدين والمصلحة العامة ومصلحة المفلس ودائنيه.[١٣٦] أما المادة ١٠٨ من قانون الإعسار الأردني فلم تنص صراحة على أن الإبراء معلق على الالتزام بالشروط. وعليه، يبدو لنا أن موضوع شطب الديون يحتاج إلى إعادة نظر لتحديد نطاقه من حيث المدين المستفيد وشروط الاستفادة من الإبراء بما يتفق مع المبررات الاجتماعية له، وذلك ناهيك عن الأسئلة الشرعية التي قد تثور حول ذلك، وقد تجنب نظام الإفلاس السعودي الأخذ بشطب الديون.

ثالثا- مواطن الحاجة إلى مراجعة فقهية في تشريعات الإفلاس الحديثة

يمكن القول بصورة عامة إن أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي تشترك مع الاتجاهات الحديثة في تنظيم الإفلاس غايات ومبادئ كان الفقه الإسلامي سبَّاقاً إليها، مثل مراعاة المدين المفلس وإنظاره وإخضاع الحجر عليه لاجتهاد القاضي. بالمقابل، ثمة حلول جديدة في القانون ربما لا يجدها الباحث كمسائل تطرق إليها الفقهاء بشكل خاص. لكن ذلك لا يعني أنها بالضرورة لا مكان لها في الفقه الإسلامي الذي توفر له مبادئ الشريعة الإسلامية وقواعد أصول الفقه قدرة على تقديم حلول للوقائع المستجدة تراعي المصالح المرعية، سواء كانت شبيهة بالحلول القانونية المستحدثة أو بديلة عنها.

لاحظ مجمع الفقه الإسلامي الدولي في قراره رقم ١٨٦ (٢٠-١) الصادر بشأن أحكام الإفلاس في دورته العشرين سنة ٢٠١٢ أن المسائل التالية تحتاج إلى مزيد بحث:

((يرى المجمع تأجيل النظر في القضايا التالية، في موضوع الإعسار والإفلاس لدورة قادمة:

(١) المسائل الفقهية المتعلقة بحماية المؤسسات المالية الإسلامية، ومنها مسألة التأمين على الديون، والالتزام بالتبرع.

(٢) أحكام تصرفات المفلس والمعسر في فترة الريبة.

(٣) أحكام إفلاس الشركات والمؤسسات المالية في ضوء الأنظمة المعاصرة.

134. Azmi, Discharge, op. Cit. 208.
135. Ibid, 225-228.
136. Ibid, 210-211

(٤) موضوع الإعسار (المدني) حيث يلحظ أن مصطلح الإعسار قد يرد في بعض القوانين الوضعية شاملاً لمصطلحي الإفلاس والإعسار في الفقه الإسلامي.))

وفي ضوء أحكام الإفلاس في الأنظمة المعاصرة التي عرضت سابقا أهم ملامحها، يمكن تلخيص مسائل محددة تحتاج إلى بحث من حيث مدى اتفاقها مع المبادئ التي يقوم عليها تنظيم الإفلاس في الفقه الإسلامي، وبشكل خاص:

- هل يمكن بدء إجراءات الإفلاس التي تحمي المدين قبل تحقق معنى الإفلاس الفعلي؟ ذلك أن الفقه الإسلامي كما رأينا تعامل مع حالة الإفلاس الواقعي عندما تحيط ديون المدين بأمواله فقرر عدم نفاذ تصرفاته تجاه الدائنين، ثم الإفلاس القانوني الذي يتقرر بحكم القاضي سواء ترتب عليه الحجر على المدين أو بيع ماله جبرا دون حجر على اختلاف في أقوال الفقهاء.
- هل يمكن إنظار المدين الذي لديه مال يزيد عن حاجته؟ وبشكل خاص، عندما يتعلق الأمر بمشاريع اقتصادية ذات شخصية معنوية، مثل شركة المساهمة، هل تسري أحكام الإنظار للإبقاء على مشروع يحقق نفعا عاما؟ وما هو مفهوم العسر بالنسبة للشخص المعنوي؟
- هل يمكن إلزام دائنين بشروط تسوية مع المدين أو إعادة هيكلة الديون وتأجيلها إذا لم يوافقوا عليها؟ وهل يمكن بدء إجراءات الإفلاس، بما فيها إجراءات إنقاذ المدين، من قبل الجهة المختصة دون طلب من الدائنين؟
- هل يمكن إبراء المدين دون موافقة جميع الدائنين؟ وهل يسري ذلك على الشخص الطبيعي والمعنوي؟

في ضوء أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي، يحاول المطلب التالي تقديم فرضيات فقهية حول المسائل السابقة والتي يمكن أن تساهم في تحديد مسائل الواقع والمصالح التي تتنازع فيها مما يعين الفقيه على إنزال مبادئ الشريعة ونصوصها وقواعد الفقه الإسلامي عليها.

المطلب الثاني

تصور لإمكانية تطوير نظام الإفلاس على أسس فقهية

لئن كانت تشريعات الإفلاس الحديثة في الأردن والسعودية تمثل تغييرا إيجابيا من حيث السعي لإقامة التوازن بين الدائن والمدين المفلس ومراعاة مصلحة الأخير في استئناف نشاطه الاقتصادي مقارنة بأحكام الإفلاس الملغاة في قانون التجارة الأردني ونظام المحكمة التجارية السعودي، فإن أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي كانت أصلا متقدمة في هذا المجال على تلك الأحكام الملغاة، وتضمنت –كما رأينا[١٣٧]– مسائل فقهية تتعلق بمراعاة المدين، وتضاهي ما هو معروف في قوانين

١٣٧. انظر المطلب الثاني من المبحث الأول أعلاه.

الإفلاس الغربية الحديثة.[١٣٨]

غير أن تطور النشاط الاقتصادي والأزمات المالية التي تنذر كلما وقعت بتزايد حالات الإفلاس يتطلب ولا شك اجتهادا يواكب القضايا والمشكلات الجديدة التي تنجم عن الإفلاس في المجتمع، لاسيما ان أحكام الإفلاس في جانب عريض منها اجتهادية، الأمر الذي يدل عليه بوضوح تعدد أقوال الفقهاء فيها. بالمقابل، فإن موافقة القوانين الحديثة فيما تولده من حلول ليست مقصدا في ذاتها، لأن الفقه الإسلامي قد يلتقي في بعض الغايات مع القانون، لكن إرادة تحقيق مصلحة معتبرة شرعا لا تجعل الوسيلة المتخذة لإقامة تلك المصلحة متفقة بالضرورة مع أحكام الشريعة، بل لا بد أن تتسق الوسيلة نفسها مع نصوص الشريعة ومبادئها.[١٣٩]

لذلك أقترح فيما يلي فرضيات فقهية حول الحلول التي يبدو أنها متفقة مع مبادئ الشريعة وقواعد الفقه الإسلامي ذات العلاقة. فأبين أولا أثر مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق في إمكانية توسيع مفهوم العسر الذي يوجب إنظار المدين، وكيف يمكن أن يكون ذلك المبدأ أساسا لضوابط تأجيل الديون وبديلا عن إبراء المدين بغير رضا الدائنين. ثم أعرض ثانيا الأثر المحتمل للاعتراف بالشخصية المعنوية على الحد من توجيه مصارف الزكاة للشركات محدودة المسؤولية.

أولا- مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق

من المبادئ التي تفردت الشريعة الإسلامية بها مبدأ «عدم التعسف في استعمال الحق».[١٤٠] وهو مبدأ عام يمكن أن نجد أصوله في نصوص الشريعة، ومنها ما روي أنه كان لسمرة بن جندب نخل في حائط (بستان) رجل من الأنصار، ومع الرجل أهله، فكان سمرة يدخل إلى نخله فيتأذى الرجل به، فطلب إليه أن يبيعه أو يناقله (يبادله عنها) في مكان آخر فأبى، فأتى النبي صلى الله عليه وعلى آله وسلم فذكر ذلك له، فطلب إليه النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن يبيعه فأبى، فطلب إليه أن يناقله فأبى، فرغبه في هبتها له فأبى، فقال رسول الله صلى الله عليه وعلى أله وسلم: أنت مضار، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم للأنصاري: اذهب فاقلع نخله.»[١٤١]

لعل وجوب إنظار المدين المعسر هو أيضا تطبيق يدل على مبدأ عدم التعسف في استعمال الحق؛ إذ لا مصلحة ترجى للدائن من ملازمة مدين لا مال عنده. كما يمكن أن نلحق بعض الفروع بهذا المبدأ مثل لزوم العقد ونفاذه مع الغبن اليسير، حيث إن التمسك بحق الطرف المغبون في فسخ العقد يلحق ضررا بالطرف الآخر كبر من المنفعة التي يرجوها المغبون غبنا يسيرا.

---

138. Abed Awad and Robert E. Michael, Iflas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy, International Law (2010) 44, 975, 999, http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/749 زيارة 15/7/2020

١٣٩. محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، ص ٦١ وما بعدها.

١٤٠. راجع فتحي الدريني، نظرية التعسف في استعمال الحق في الفقه الإسلامي، مؤسسة الرسالة، ط٢، ١٩٧٧.

١٤١. سنن أي داوود، طبعة المكتبة العصرية، بيروت، ج٣، ص ٣١٥.

من مظاهر التعسف في استعمال الحق أن يكون الضرر الذي يلحق بالغير أكبر من المصلحة التي يريد صاحب الحق الوصول إليها من ممارسته لحقه. في مجال الإفلاس، فإن توفر المال لدى المدين يعني خروجه عن حد الإعسار إلى اليسر، ويخول الدائن ممارسة حقه في المطالبة والاستيفاء، ولا يجب إنظار المدين. لكن إذا كان حد اليسر هو وجود مال يزيد عن حاجات المدين، فإن ما يحتاجه المدين قد يختلف من زمن لآخر ومن حال إلى أخرى. من هنا يمكن اقتراح «فرضية فقهية» هي أن حاجات استمرار النشاط الاقتصادي للمدين إذا كان هو مصدر دخله الوحيد يمكن أن تدخل في تقدير حد الإعسار بحيث ينظر إلى وجود مال يزيد عن نفقات إدارة النشاط الاقتصادي المعتادة. يلاحظ أن القول بغير ذلك يعني أنه لا يمكن أن توجد شركة معسرة، بمعنى عدم وجود مال لها، إذ لا تخلو شركة من موجودات وأصول إلا في القليل النادر.[١٤٢]

يترتب على صحة تلك الفرضية أن إنظار المدين يمكن أن يقع بحكم القاضي في مرحلة يوجد لدى المدين فيها أموال تفي بديونه الحالة إذا كان الوفاء بها من شأنه تعطيل النشاط الاقتصادي، مع ترجيح القول الفقهي الذي يجيز للمدين أن يطلب إفلاسه.[١٤٣] يؤيد بعض الباحثين فكرة أن حد المعسر من حيث تقدير قدرته على الوفاء كان أمرا اجتهاديا من الفقهاء ومرجعه إلى العرف[١٤٤]. يتيح تحديد اليسر حسب العرف وطبيعة نشاط المدين أن يطلب المدين إنظاره من خلال خطة تأجيل الديون، إذا قدم ما يقنع القاضي بالضرر الذي سيلحق نشاطه الافتصادي إذا جرى الوفاء بالديون الحالة وبأن فرصة استمرار نشاطه وتعافيه جدية. وهذا يتفق مع أن المدين هو المطالب بإثبات عسره،[١٤٥] وتكفل إجراءات التقاضي للدائنين مناقشته والرد عليه، مما يحقق العدالة بينهم.

يكون للدائن، وفقا لمبدأ التعسف في استعمال الحق، التمسك بحقه في المطالبة والاستيفاء إذا أثبت أن تأجيل استيفاء الدين سيلحق به ضررا يساوي الضرر المحدق بالمدين أو يفوقه. في هذه الحالة يمكن أن تتضمن إجراءات الإفلاس فروقا في معاملة الدائنين، وهو أمر نجده في القوانين الحديثة التي تصنف الدائنين في فئات حسب تشابه مراكزهم القانونية، كما هو الأمر في نظام الإفلاس السعودي وقانون الإعسار الأردني.

---

١٤٢. يوسف الشبيلي، مرجع سابق، ٣٠٧.

143. Najeeb Zada et al, Towards A Corporate Model of Islamic Law of Insolvency: A Note on "Voluntary Insolvency", ISRA International Journal of Islamic Finance, 2015 (7)2, 137, 140-143.

١٤٤. يوسف الشبيلي، مرجع سابق، ٣٢٦؛ عصام خلف العنزي، تعثر المؤسسات المالية الإسلامية بسبب نقص السيولة و الطرق المقترحة لمعالجته، مجلة كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، قطر، ٢٠١٢، عدد ٣٠، ٤٣٦، ٤٤٠-٤٤١، ناقلا عن : العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، ١٨٩/١١، دار الكتب العلمية وابن حجر، فتح الباري شرح صحيح البخاري، ٣٦٠/٤ دار الريان.

١٤٥. وهبة الزحيلي، مرجع سابق، ١٧؛ خالد بن سعود الرشود، الإفلاس في الفقه والنظام، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، ١٤٢٣ هـ، عدد ١٤، ص ١، ٩-١٠.

اقترح أحد الباحثين أن إلزام جميع الدائنين بالتسوية التي وافق عليها أكثرهم يمكن أن يندرج تحت قاعدة «المعروف عرفا كالمشروط شرطا»، على أساس أن هذا الإجراء شاع وتبناه النظام القانوني، او على أساس قاعدة التغليب بحيث يكون للأكثر حكم الأقل.[١٤٦] ورأى آخرون جواز الإلزام بحكم القاضي في حالات نادرة تقتضيها الضرورة مثل الكساد العام الذي ينذر بتزايد حالات الإفلاس.[١٤٧] غير أننا نقترح أن الأخذ بمعايير منع التعسف في استعمال الحق يمكن أن تتيح تفريد المعاملة بين فئات الدائنين الذين قد يتضررون فعلا من تأجيل الوفاء بديونهم.

يعزز ذلك الفرضية الفقهية المقترحة سابقا في ضوء أقوال بعض الفقهاء من أن القاضي لا يلزم بتفليس المدين إذا طلب الدائنون ذلك، بل للقاضي أن يجتهد حسب ظروف كل قضية، وحسن نية المدين وإمكانية تعافيه اقتصاديا هي من العوامل التي يمكن أن يأخذها القاضي في الاعتبار. لعل ذلك يتفق أيضا مع مذهب القائلين بأن الأموال الجديدة لا يشملها الحجر السابق. بل نجد في أقوال الفقهاء، مثل بعض الشافعية،[١٤٨] ما يجيز إنظار المدين الغني إذا كان معذورا بعدم الوفاء، مثل تعذر وصوله إلى ماله، ولأن تأخير الوفاء المنهي عنه هو التأخير أو المماطلة بدون عذر.[١٤٩] كما أن المالكية لم يجيزوا الإفلاس بدين مؤجل، وإن كان المال الموجود لا يكفي للوفاء، إذا كان يرجى تنميته.[١٥٠] ويشار هنا أيضا إلى قضاء عمر بن الخطاب رضي الله عنه في الوفاء من ريع مال المدين بدل دفع المال مباشرة إلى الدائنين لأن المال كان له نماء.[١٥١]

قضت المحكمة التجارية السعودية مثلا بقبول فتح إجراءات تسوية وقائية بموجب نظام الإفلاس لسنة ٢٠١٨، وذلك بناء على ما ثبت لديها من حسن نية المدين (شركة) وعزم جهة رسمية إبرام عقد معه سيكفل له إيرادا جيدا، وأنه كان يستخدم ١١٦ عاملا إجمالي أجورهم الشهرية بلغ نصف مليون ريال، وبالتالي فإن استمرار الدائنين بالمطالبات الفردية سيعطل فرصة نماء مال المدين ويضر بالعاملين لديه.[١٥٢]

---

١٤٦. مزيد المزيد، إشكالية التراضي في التسوية الواقية من الإفلاس، دراسة فقهية مقارنة، مجلة العلوم الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٥٧، ٢٠٢٠، ٢٤٢، ٣٠٥-٣٠٨.

١٤٧. يوسف الشبيلي، مرجع سابق، ٣٢٨-٣٢٩.

١٤٨. مازن مصباح صباح، أثر قاعدة الضرر يزال على الديون، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، ٢٠١٣، عدد ١٠، ١٩٦، ٢٠٣-٢٠٤.

١٤٩. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج ٣٨، ص ١١٦-١١٧.

١٥٠. الموسوعة الفقهية الكويتية، ج٥، ٣٠٣.

١٥١. مزيد المزيد، مرجع سابق، ٣٠٤-٣٠٥.

١٥٢. المحكمة التجارية بالرياض، الدائة التاسعة، القضية رقم ٦٨٣١ لعام ١٤٤٠ هـ ، أشار إليها:

Patrick Potter and Adam Al-Sarraf, Saudi Arabia's New Bankruptcy Law: Analyzing the First Cases, Lexis Nexis 2019, third quarter, 29, 31.

https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/saudi-arabias-new-bankruptcy-law-analysing-the-first-cases.html زيارة ٢٠٢٠/٣/٢

غير أن الموازنة بين مصلحة الدائن والمدين يمكن أن تأخذ في الاعتبار المصلحة العامة، حيث تبرز المصلحة العامة في حالة المشاريع الاقتصادية الكبيرة التي سيتضرر إذا تعطلت العاملون فيها وأسرهم، أو قد يتوقف مرفق عام يخدم الجمهور. لكن هل يختلف تقدير المصلحة إذا كان أحد الأطراف أو كلاهما شخصا معنويا؟ يبدو أن اعتبارات العدالة والمساواة تخص أساسا الموازنة بين أشخاص طبيعيين. فإذا كان أحد الأطراف (الدائن أو المدين) شخصا معنويا، لنا أن نتوقع أن معيار المصلحة العامة الذي قد يرجح مركزه في مواجهة الشخص الطبيعي سيكون أشد ويتوقف على ثبوت مصلحة عامة كبيرة تتعلق بتلبية حاجة من حاجات الناس الأساسية، كمشروع تعليمي أو صحي. أما إذا كان الدائن والمدين أشخاصا معنوية فربما يكون من عوامل الموازنة بينهما مصالح المتأثرين بشكل مباشر من توقف نشاطه. ومع أنه قد يقال إن تغليب المصلحة العامة على المصلحة الخاصة يكفي كقاعدة عامة لفرض التسوية على بعض الدائنين الرافضين لها، وذلك على أساس دفع الضرر العام بتحمل الضرر الخاص،[١٥٣] فإننا نقترح أن يكون ذلك عنصرا من عناصر تقدير التعسف في استعمال الحق، وليس قاعدة ضرورية التطبيق في العلاقة بين الدائن والمدين المفلس.

لكن التعسف في استعمال الحق لا يتصور أن يؤدي إلى شطب الديون وإبراء المدين دون رضا الدائن. مع أن الشريعة الإسلامية حثت الدائن على إبراء المدين المعسر، فإنه لا يلزم بذلك قضاء،[١٥٤] وفي تأجيل الديون مع مفهوم اليسر المرتبط بمتطلبات الاستمرار المجدي للمشروع مندوحة عن ذلك. لاحظ بعض الباحثين أن عدم شطب الديون في الفقه الإسلامي، وإن كان يبدو أشد على المدين من قانون الإفلاس الأمريكي، إلا أنه يجب أن يؤخذ في إطار الأحكام المالية التي تمنع تحميل المدين فوائد الديون الربوية وتحث الدائن على الإبراء إحسانا.[١٥٥]

وبالتالي يبقى موضوع شطب الديون خاضعا للاتفاق، ويلاحظ أن جمهور فقهاء الشافعية والحنفية والمالكية وفي قول عند الحنابلة لا يلزمون المدين بعد بيع ماله على العمل للوفاء بديونه.[١٥٦] بالتالي، يمكن أن يكون ذلك محلا للتفاوض بين المدين والدائنين بحيث يعرض المدين العمل والتكسب للوفاء بجزء من ديونه في المستقبل القريب مقابل إبرائه من الباقي.

---

١٥٣. مزيد المزيد، مرجع سابق، ٣٠٩-٣١٠.

154. R. Azmi, Discharge, op.cit., 204.

155. Abed Awad and Robert E. Michael, Iflas and Chapter 11, op. cit. 189.

مازن مصباح صباح، أثر قاعدة الضرر يزال على الديون، مرجع سابق، ٢٠٤؛ عمر العطين، مرجع سابق، ١٢٩-١٣١؛ خالد سعود الرشود، مرجع سابق، ١٧-١٨.

١٥٦. إبراهيم السبيعي وحمد الهاجري، إجبار المدين المعسر على العمل وفاء لدينه في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، مجلة الدراسات العربية، جامعة المنيا، ٢٠٠٩، عدد ٢، ٥٢٩، ٥٤٥-٥٤٦.

ثانيا- توجيه مصرف الزكاة الخاص بالغارمين إلى قضايا الإفلاس

اقترح بعض الباحثين توظيف الزكاة في معالجة المشاريع المتعثرة.[١٥٧] ومع أن هذا الأمر يمكن أن يندرج ضمن مصرف (الغارمين) المقرر شرعا، والذي عده الأحناف أولى من الدفع للفقراء،[١٥٨] فإن إمكانية تطبيقه كأداة اقتصادية لإنقاذ المشاريع المتعثرة تدعو إلى بحث متعمق لأن المشاريع المتعثرة العائدة لشخص معنوي قد لا تكون – للوهلة الأولى على الأقل- من مستحقي الزكاة.

رغم أن الاتجاه السائد في الاجتهاد الفقهي المعاصر يقر الشخصية المعنوية ويبنيها على أسس وأحكام فقهية تضمنت تطبيقات لها، كالوقف والمسجد وبيت المال مما يدل على أن الفقه الإسلامي عرف الشخصية المعنوية وإن لم يجر هذا المصطلح في كلام الفقهاء،[١٥٩] فإن بعض الفقهاء المعاصرين أنكرها واعتبر الشخصية المعنوية مجازا لا يلغي اعتبار الأفراد المكونين لها.[١٦٠] غير أن مجيزي الشخصية المعنوية ومنكريها يتفقون على أن الشخص المعنوي ليس محلا لمعنى طلب الثواب الأخروي، فنجد المجيزين اعتبروا أن الشخص المعنوي لا تصدق عليه مبررات منع أخذ الأجر على الكفالة لأنه ليس نفسا ناطقة، حيث إن اعتبار الكفالة تبرعا ومنع الأجر عليها كرما وشهامة وابتغاء الثواب الأخروي يسري على الشخص الطبيعي دون المعنوي حيث لا تقوم تلك المعاني فيه.[١٦١]

من هنا، فإن صرف الزكاة كوسيلة لمساعدة المشاريع المتعثرة قد لا يصلح بالنسبة إلى الشخص المعنوي الذي لا يتحقق فيه معنى الديانة، في حين أن الزكاة تؤخذ من المسلمين وترد على فقرائهم، فالمستفيد من الزكاة هم المدينون الأفراد.

لكن يمكن وضع «فرضية فقهية» مفادها أن مصرف الزكاة لا ينطبق على الشركات المحدودة المسؤولية والتي تزول شخصيتها المعنوية بتمام تصفيتها ولا يكون الشركاء المؤسسون لها مسؤولين عن سداد ديونها المتبقية، أما الشركات التي يبقى فيها الشركاء مسؤولين عن الوفاء بديونها، أي شركة التضامن وشركة التوصية البسيطة بالنسبة للشركاء المتضامنين، فإنهم في القانون والواقع

---

١٥٧. فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٨١، حيث عرض مصرف الزكاة للغارمين تحت عنوان (التزام الدولة بسداد دين المعسر من حصيلة الزكاة)؛

Haidar Mohammed Ali Bani Ata, Addressing Financial Bankruptcy from the Islamic Perspective, Banks and Bank Systems, 2019 (14) 3, 9, 18; R Azmi, Discharge, op. cit. 206.

١٥٨. فتحي أحمد عبدالكريم، مرجع سابق، ١٨١.

١٥٩. خالد الجريد، الشخصية الاعتبارية، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، العدد ٢٩، محرم ١٤٢٧ هـ، ص ٦١، ٦٩؛ أحمد علي عبدالله، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، سلسلة إصدارات الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية، الإصدار رقم ٢، الخرطوم، ٢٠١٦، ص ٢٣٢؛ دار الإفتاء المصرية، الشخصية الاعتبارية، https://www.dar-alifta.org/ar/ViewFatawaConcept.aspx?ID=٢٠١٥٤٪ زيارة ٢٠٢٠/٧/١٠.

١٦٠. محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، دار الفارابي، ط١، ٢٠٠٨، ص ٦٣ وما بعدها.

١٦١. دار الإفتاء المصرية، الشخصية الاعتبارية، مرجع سابق.

يدخلون في إجراءات إفلاس شركاتهم، وبالتالي يمكن القول إن الزكاة تصل إليهم.

سيتطلب توظيف مصرف الزكاة في مساعدة المشاريع المتعثرة – من الناحية العملية – أن يتولى وكيل الإعسار أو أمين الإفلاس تقديم دراسة عن جدوى إنقاذ المشروع وفرصة نجاح خطة إعادة التنظيم المقترحة إلى الجهات المختصة بصرف أموال الزكاة، مثل صندوق الزكاة في المملكة الأردنية الهاشمية وهيئة الضريبة والزكاة في المملكة العربية السعودية، والاتفاق معها على مقدار ما يمكن أن يحصل عليه المدين بصورة دورية طوال تطبيق خطة إعادة التنظيم وإلى زوال حالة العسر الاقتصادي، ويتم تضمين ترتيبات الحصول على الزكاة في خطة إعادة التنظيم أو التسوية التي تقدم إلى المحكمة، وبحيث لا يبدأ صرف الزكاة إلا بعد اعتماد تلك الخطة من المحكمة للبدء بتنفيذها.

خاتمة

يمثل التحول في سياسات تنظيم الإفلاس مظهرا من مظاهر العولمة الاقتصادية التي حملت معها عولمة قانونية تمثلت في نقل نظم وحلول قانونية أجنبية. على سبيل المثال، ينظر إلى مفاهيم إنقاذ المشاريع المتعثرة وإعادة تنظيم النشاط الاقتصادي والاتفاق مع الدائنين بإشراف المحكمة أنها وليدة النظم القانونية الأجنبية، لاسيما الغربية، التي أنتجت تلك الحلول لمواجهة الأزمات المالية التي شهدتها، وأنها جديرة بالأخذ بها للتخفيف من آثار تلك الأزمات إن حدثت مجددا. غير أن تلك العولمة القانونية تحثنا على استكشاف إرثنا القانوني والحضاري، المتمثل بالفقه الإسلامي، للتعرف على الحلول والنظم التي يمكن أن نواجه بها القضايا المعاصرة لنشارك العالم في تقديم الحلول ولا نكون متلقين لها.

لا أريد في هذه الخاتمة أن ألخص النتائج المتعلقة بشمول الفقه الإسلامي لكثير من المبادئ الخاصة بالعدالة والمساواة في إجراءات الإفلاس التي تنبهت إليها النظم القانونية في القرنين الأخيرين، وأنه يمكن – إن صحت الفرضيات الفقهية التي عرضها البحث – أن يبنى على تلك المبادئ حلول تضاهي الحلول الحديثة وإن لم تتطابق معها من كل وجه، وإنما أخصص الخاتمة لمناقشة ظاهرة عدم البحث في الفقه الإسلامي عند الحاجة لحلول مبتكرة وتطوير نظم قانونية جديدة، كما جرى في قانون الإعسار الأردني، وأناقشها من خلال نتيجتين رئيستين وتوصية كما يلي.

عرف الفقه الإسلامي المصالح المتعارضة في حالة الإفلاس وأسس لمعالجتها بصورة متوازنة:

لعل أحد أسباب الاقتباس من النظم القانونية الغربية، دون إجراء دراسة مقارنة بالفقه

الإسلامي ابتداء، هو افتراض أن الحلول التي جرى تطبيقها في دول متقدمة صناعيا وأثبتت نجاحها لا بديل يضاهيها، لاسيما أنها الأحدث زمنيا فتكون أحرى بمواكبة المستجدات. غير أن الواقع لا يؤيد ذلك الافتراض، فقوانين الإفلاس الغربية وإن كانت الأخيرة زمانا لا يعني أنها أتت بما لم تعرفه الأوائل؛ فنجد مثلا أن عدم التفرقة بين المدين التاجر وغير التاجر هي الأصل في الفقه الإسلامي، وهو ما اتجه إليه تنظيم الإفلاس الحديث، كما أن الفقه الإسلامي لم يعرف عقوبات على المدين حسن النية تستمر حتى انتهاء إجراءات الإفلاس والتصفية، مثل منعه من مزاولة التجارة، وهو ما رجعت إليه قوانين الإفلاس الحديثة. واتضح لنا أن أحكام الفقه الإسلامي كانت ابتداء متطورة مقارنة بقوانين الإفلاس الحديثة، وأنها قابلة لتطوير نظام الإفلاس من الداخل، أي دون الاقتباس من قوانين أجنبية.[١٦٢]

سعي النظم القانونية لتحقيق غايات متماثلة لا يعني تطابق الحلول والأحكام:

إن قوانين الإفلاس في الدول المتقدمة صناعيا لا تتطابق رغم أنها تسعى لتحقيق مصالح وغايات متماثلة، وكذلك قانون الإعسار الأردني مثلا، الذي استرشد بالقانون الأمريكي لكنه لم يطابقه، مما يعني أن مواكبة العصر لا تستلزم تماثل القوانين على مستوى الحلول التي تتبناها والسبل التي تسلكها نحو الغاية ذاتها. ومع أنه من الواضح أن القانون الأردني استرشد بشكل كبير بقانون الإفلاس الأمريكي والقانون النموذجي الذي أعدته لجنة الأمم المتحدة لقانون التجارة الدولية، إلا أنه خرج عن أسس تلك القوانين في بعض الجوانب، مثل إجازة إبراء المدين دون وضع ضوابط تحصر ذلك في المدين إذا كان شخصا طبيعيا ودون تحديد سقف لحجم الديون التي تؤهل المدين لطلب الإبراء، مما ينذر بنتائج لا توافق العدالة بين المدين والدائنين، وبصورة لا نجدها في القانون الأمريكي، ويأباها الفقه الإسلامي.

يلاحظ أن نظام الإفلاس السعودي تجنب الأخذ بالمسائل التي تثير شبهة عدم اتفاقها مع الشريعة الإسلامية، مثل شطب الديون بدون رضا الدائن، كما أنه أبقى على تعريف الإفلاس الفقهي، لكنه أخذ بإلزام الدائنين بتسوية لم يرضوا بها جميعهم، وترك تأصيل ذلك شرعا للباحثين. لكن الاجتهاد الفقهي الأصيل ينبغي ألا يضع نصب عينيه نتيجة محددة مقدما.

صفوة القول إنه إذا كانت الحلول القانونية والأحكام التفصيلية تختلف بين قوانين تنتمي لعائلة نظام قانوني واحد، كالنظام اللاتيني أو قانون العموم (المشترك common law)، فإن العولمة أو سياسات جذب الاستثمار الأجنبي، مثلا، لا تعني حتمية اقتباس نظم قانونية أجنبية ولا ينبغي أن تحول دون تطوير نظمنا القانونية بموجب أصولها الحضارية وجذورها العلمية.

162. Abed Awad and Robert E. Michael, Iflas and Chapter 11, 999.

توصية بعناية التعليم القانوني بدراسة الفقه الإسلامي:

لعل من أسباب عدم الالتفات بشكل جيد للفقه الإسلامي عند تطوير القوانين، هو عدم اهتمام التعليم القانوني بدراسة الفقه الإسلامي دراسة كافية فيما يخص موضوعات القانون المدني والقانون التجاري. إن كان التعليم القانوني لا ينشد إعداد كفاءات في الاجتهاد الشرعي، فلا أقل من دراسة أحكام الفقه الإسلامي دراسة مقارنة بالقانون الوضعي، مع العناية بأعمال الفقهاء المعاصرين، التي تبين استجابة الفقه للواقع المتغير، وتخاطب الدارس بلسان عصره.

إن دراسة الفقه الإسلامي ستبقي دارسي القانون في مجتمعاتنا مرتبطين بالإرث القانوني وتزودهم بالقدرة على الاستفادة منه عندما يشتغلون في نقد القوانين وتطويرها، ولا تجعلهم عرضة للانبهار بما تولده تجارب المجتمعات الأخرى من نظم قانونية وما يرشح منها من حلول مبتكرة، حيث ينظرون إليها كنموذج حضاري يُحترم مقابل النموذج الحضاري المحترم الذي ينتسبون إليه. ومن أهم ما قد ينتج عن هذه المقاربة أنها ستمكن الدارس والباحث عند اطلاعه على أحكام جزئية وحلول خاصة في قوانين أجنبية، مثل فكرة شطب الديون وبدء مرحلة جديدة في حياة المدين، أن ينظر إليها نظرة نقدية تسبر الفلسفة الفردية التي وراءها بحيث يدرك أن تطبيق تلك الفكرة ينبغي أن تحده أسوار من العدالة لا تجعل "تمكين الفرد" يتجاوز جوهر الحق. ومن ثم إذا وجد تشابه بين الحلول الفقهية وتلك التي تأخذ بها قوانين غربية، فإن دارس القانون والمشتغل فيه يدرك أنه تشابه جزئي في الفروع دون أن يضعف ذلك من ثقته في أصول نظامه القانوني المتميز.

ينبغي أن نبادر في مراجعة القوانين باستخدام أدواتنا ومصادرنا القانونية. يمكن القول مثلا إن إجراءات إنقاذ المشاريع المتعثرة بموجب قانون الإعسار الأردني ونظام الإفلاس السعودي جعلت مركز المدين صاحب النشاط الاقتصادي أفضل من مركز المدين الفرد المعيل لأسرة، في حين إن النظرة التقليدية كانت أن الإفلاس التجاري أشد على المدين. لذلك ينبغي أن يشجع تطور أحكام الإفلاس على إعادة النظر في أحكام الإعسار المدني أيضا بهدف التخفيف على المدينين غير الخاضعين لأحكام قانون الإعسار الأردني او نظام الإفلاس المدني، وهو توجه ظهر في فرنسا مثلا، وينبغي دراسته على قاعدة الفقه الإسلامي بما يلائم الظروف الاجتماعية والاقتصادية الخاصة في مجتمعنا، فتستفيد منها المجتمعات التي تسود فيها ظروف اجتماعية واقتصادية مشابهة. من مبررات الدعوة إلى إعادة النظر في الإعسار المدني لتقريبه أو توحيده مع الإعسار الاقتصادي أو الإفلاس التجاري (رجوعا إلى النظام الموحد في الفقه الإسلامي) أن عدم الاهتمام بتنظيم جماعي لإجراءات الإعسار المدني يرجع لظروف كانت المعاملات الاستهلاكية محصورة في موطن المدين، حيث يعرف الدائنون المدين ويطلعون على وضعه، وهذا الواقع تغير جوهريا مع

تقارب الأسواق وسهولة الحصول على التمويل الاستهلاكي والسلع والخدمات من مصادر مختلفة لا تحصرها بقعة جغرافية صغيرة.[١٦٣]

فإذا عملنا ضمن نموذجنا القانوني الحضاري فإن ما يتم توليده من حلول ونظم جديدة ستساهم في تشكيل عولمة تمثل إنتاجا لحلول تواجه مشاكل مشتركة بين الدول والمجتمعات، ويستفيد كلٌ من تجربة الآخر، ولا تكون عولمة بمعنى نشر نموذج حضاري أو نظام قانوني معين. ولنا في تجربة التمويل والبنوك الإسلامية مثل في ابتكار نظم وحلول وصيغ لم يجد المستثمرون في الدول الغربية غضاضة في تطبيقها. لعل هذا البحث يكون دعوة للبدء بدراسة الفقه الإسلامي باعتباره الأساس لبنائنا القانوني ومشاركته الإيجابية في مواجهة مشكلات المجتمعات البشرية مع هويته المتميز كواحد من نظم القانون الرئيسة.

قائمة المصادر والمراجع

أولا – المصادر

التشريعات:

نظام الإفلاس السعودي، مرسوم ملكي رقم م/٥٠، ١٤٣٩/٥/٢٨ هـ / ٢٠١٨/٢/١٤ م.

النظام التجاري السعودي (نظام المحكمة التجارية)، مرسوم ملكي رقم م/٢ ، ١٣٩٠/١/١٥ هـ.

نظام التسوية الواقية من الإفلاس السعودي، مرسوم ملكي رقم م/١٦، ١٤١٦/٩/٤ هـ.

قانون الإعسار الأردني رقم ٢١ لسنة ٢٠١٨ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٥٥١٣، صفحة ٢٦٤٠ بتاريخ ٢٠١٨/٥/٢.

قانون التجارة الأردني رقم ١٩٦٦/١٢ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ١٩١٠، صفحة ٤٧٢ بتاريخ ١٩٦٦/٣/٣٠.

القانون المدني الأردني رقم ١٩٧٦/٤٣ المنشور في الجريدة الرسمية رقم ٢٦٤٥، صفحة ٢ بتاريخ ١٩٧٦/٨/١.

المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الأردني ١٩٧٦/٤٣.

الأحكام القضائية:

محكمة الاستئناف السعودية ٢/٤٩٢/س لعام ١٤٣٦ هـ تاريخ ١٤٣٦/١١/١٦ هـ.

محكمة الاستئناف السعودية ٤١/إس/٧ لعام ١٤٣٠ هـ بتاريخ ١٤٣٠/٢/١٢ هـ، المقدم في القضية القضية رقم ٢/٥٧٤٠/ق لعام ١٤٢٧هـ.

١٦٣. نبيل إبراهيم سعد، مرجع سابق، ١٣٦٧.

محكمة التمييز الأردنية، حقوق ٢٠١٩/٨٦٩٠، تاريخ ٢٠٢٠/٦/١٧، منشورات القسطاس الإلكترونية.

مصادر عامة :

ابن منظور، لسان العرب، دار صادر، ط٣، بيروت.

الموسوعة الفقهية الكويتية، وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية، الكويت، ط ٢، ١٩٨٦، الجزءان ٥ و ٣٨.

ثانيا- المراجع العربية

إبراهيم الأرناؤوط، خطة إعادة التنظيم الاعتيادية لإنقاذ المشروعات الاقتصادية المتعثرة وفقا لقانون الإعسار الأردني، دراسة مقارنة، دراسات علوم الشريعة والقانون، ٢٠٢٠ (٤٧) عدد ٣، ص ١٥٢.

إبراهيم السبيعي وحمد الهاجري، إجبار المدين المعسر على العمل وفاء لدينه في الفقه الإسلامي والقانون الكويتي، مجلة الدراسات العربية، جامعة المنيا، ٢٠٠٩، عدد ٢، ٥٢٩.

أحمد علي عبدالله، الشخصية الاعتبارية في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة، سلسلة إصدارات الهيئة العليا للرقابة الشرعية على المصارف والمؤسسات المالية، الإصدار رقم ٢، الخرطوم، ٢٠١٦.

خالد الجريد، الشخصية الاعتبارية، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، العدد ٢٩، محرم ١٤٢٧ هـ، ص ٦١.

خالد بن سعود الرشود، الإفلاس في الفقه والنظام، مجلة العدل، وزارة العدل السعودية، ١٤٢٣ هـ، عدد ١٤، ص ١.

دار الإفتاء المصرية، الشخصية الاعتبارية،

زيارة https://www.dar-alifta.org/ar/ViewFatawaConcept.aspx?ID=%20154 10/7/2020.

زكي زكي زيدان، والإعسار في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، مجلة روح القوانين، كلية الحقوق، طنطا، عدد ١٩/ ج٢، ٢٠٠٠، ٢٣٦.

صلاح الشرع، حكم الإفلاس في الشريعة الإسلامية، مجلة الآداب، جامعة بغداد، ٢٠٠٠، عدد ٤٨، ١٨١.

عصام خلف العنزي، تعثر المؤسسات المالية الإسلامية بسبب نقص السيولة و الطرق المقترحة لمعالجته، مجلة كلية الشريعة و الدراسات الإسلامية، قطر، ٢٠١٢، عدد ٣٠، ٤٣٦.

علاء الدين الخصاونة، 'حماية حقوق الدائنين والمدين في عملية إعادة التنظيم المالي وهيكلة الشركات المتعثرة، دراسة مقارنة في قانون الإفلاس الإماراتي لسنة ٢٠١٦ والتشريع الفرنسي والأمريكي' ٣٢ (٢٠١٨) ٧٦، ١٥٣، ص ١٩٧-١٩٨.

عمر فلاح العطين، الصلح الواقي من الإفلاس في القانون وموقف الفقه الإسلامي منه، دراسات علوم الشريعة والقانون، ٢٠١٣ (٤٠)١، ١٢٢.

فتحي أحمد عبدالكريم، إفلاس المدين وإعساره في الفقه الإسلامي، مجلة الاقتصاد والإدارة، جامعة الملك عبدالعزيز، ١٩٧٧، ١٦٤.

قليوبي وعميرة، حاشية قليوبي وعميرة على شرح المحلى على منهاج الطالبين، ج ٢.

مازن مصباح صباح، أثر قاعدة الضرر يزال على الديون، مجلة دراسات وأبحاث، جامعة الجلفة، ٢٠١٣، عدد ١٠، ١٩٦.

محمد بن أحمد السرخسي، المبسوط، دار المعرفة، بيروت، ١٩٩٣، ج ٢٤.

محمد بشايره وعلاء الدين الخصاونة، الجوانب القانونية للامتياز العائم، دراسات الشريعة والقانون، ٢٠١٩.

محمد سعيد رمضان البوطي، ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة.

محمد سعيد رمضان البوطي، قضايا فقهية معاصرة، دار الفارابي، ط١، ٢٠٠٨.

مزيد المزيد، إشكالية التراضي في التسوية الواقية من الإفلاس، دراسة فقهية مقارنة، مجلة العلوم الشرعية، جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلامية، عدد ٥٧، ٢٠٢٠، ٢٤٢.

نبيل إبراهيم سعد، الإفلاس المدني كوسيلة للعدالة الناجزة، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ٢٠١٢، ١٣٤١-١٣٨٨.

ندى زهير الفيل والسيد ياسر محمد علي، أثر تشغيل تجارة المفلس على الدائنين الجدد، دراسة مقارنة، مجلة الرافدين للحقوق، عدد ٥٢، سنة ٢٠١٢، ص ٣٣٣.

وهبة الزحيلي، أحكام الإفلاس في الفقه الإسلامي والأنظمة المعاصرة، الدورة العشرون لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي الدولي، ٢٠١٢، ٤.

يحيى بن شرف النووي، روضة الطالبين وعمدة المفتين، المكتب الإسلامي، بيروت، ط ٣، ١٩٩١، ج٤.

يوسف الشبيلي، إفلاس الشركات و إعسارها في الفقه و النظام، مجلة مركز البحوث والدراسات الإسلامية، جامعة القاهرة، ٢٠١١ (٧) ٢١، ٣٠٣.

ثالثا – المراجع الأجنبية

Abed Awad and Robert E. Michael, Iflas and Chapter 11: Classical Islamic Law and Modern Bankruptcy, International Law (2010) 44, 975, 999, http://digitalcommons.pace.edu/lawfaculty/749 15/7/2020 زيارة

Benaouda Bensaid et al, Enduring Financial Debt: An Islamic Perspective, Middle-East Journal of Scientific Research 2013 (13) 2, 162.

E. Ciongaru, Influence of Globalization on the Law Systems, Agora University International Journal of Juridical Sciences, No. 1 (2014), pp. 24-30.

European Law Institute, Rescue of Business in Insolvency Law, 2017.

Haidar Mohammed Ali Bani Ata, Addressing Financial Bankruptcy from the Islamic Perspective, Banks and Bank Systems, 2019 (14) 3, 9.

Hikmahanto Juwana, Law and Development under Globalization: the introduction and implementation of competition law in Indonesia, Forum of International Development Studies Series, 27, August, 2004,

https://www.gsid.nagoya-u.ac.jp/bpub/research/public/forum/27/01.pdf accessed 30/3/2020.

Jan Adriaanse, The Uneasy Case for Bankruptcy Legislation and Business Rescue, in Teaching and Research in International Insolvency Law: Challenges and Opportunities (Michael Veder and Paul Omar, eds.) INSOL Europe, Nottingham, 2015, 93.

Manfred Balz, 'The European Convention on Insolvency Proceedings', American Bankruptcy Law Journal (1996) 70 p. 485.

Melissa Vanmeenen, Corporate Rescue in Belgium, in Teaching and Research in International Insolvency Law: Challenges and Opportunities (Michael Veder and Paul Omar, eds.) INSOL Europe, Nottingham, 2015, 77.

Michael Quilter, Daniel Defoe: Bankrupt and Bankruptcy Reformer, The Journal of Legal History, Vol. 25, No. 1, April 2004, pp. 53–73.

Najeeb Zada et al, Towards A Corporate Model of Islamic Law of Insolvency: A Note on "Voluntary Insolvency", ISRA International Journal of Islamic Finance, 2015 (7)2, 137.

P. Venter and J. Sprayregen, Bankruptcy Reform in Saudi Arabia, Law journal Newsletters 2016 (34)2.

Paolo Di Martino, The Historical Evolution of Bankruptcy Law in England, the US and Italy up to 1939: Determinants of Institutional Change and Structural Differences, in History of Insolvency and Bankruptcy from an International Perspective (Karl Gratzer and Dieter Stiefel, eds.) Södertörns högskola 2008, 263.

Patrick Potter and Adam Al-Sarraf, Saudi Arabia's New Bankruptcy Law: Analyzing the First Cases, Lexis Nexis 2019, third quarter, 29, 31.

https://www.pillsburylaw.com/en/news-and-insights/saudi-arabias-new-bankruptcy-law-analysing-the-first-cases.html 2/3/2020 زيارة

Per Botolf Maurseth, Globalization of intellectual property rights, Published by the Norwegian Institute of International Affairs, 2017.

R. Azmi et al, Discharge in bankruptcy: a comparative analysis of law and practice between Malaysia, Singapore and the United Kingdom(UK)– What can we learn? Commonwealth Law bulletin 2017 (43) 2, 203.

R. Azmi and S. Ahmad, Discharge and pre-rehabilitation under bankruptcy law and Islamic law: a boon or a bane?, Commonwealth Law Bulletin, 2019 (45) 2, 189, 196-199.

Ralf Michaels, Globalization and Law: Law Beyond the State, in Law and Society Theory (Banakar and Travers eds.) Hart Publishing, Oregon, 2013, 287.

Shaheed Abdullahi Busari et al, The financial Distress of Corporate Personality: A Perspective from Fiqh, Intellectual Discourse, 2019 (27) 1, 245.

Terrence Halliday and Bruce Carruthers, 'The Recursivity of Law: Global Norm Making and National Lawmaking in the Globalization of Corporate Insolvency Regimes' (2007) 112 (4) American Journal of Sociology 1135.