التنظيم القانوني
لعقـد الاستثمـار المصـرفي

((دراسة قانونية مقارنة))

رسالة تقدم بها الطالب

عمـر شفيـق توفيـق مهدي العزاوي

إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

مجيـد حميـد العنبكـي

أستاذ القانون التجاري

١٤٢٦هـ

٢٠٠٥م

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَٰنِ الرَّحِيمِ

(المال والبنون زينة الحيوة الدنيا والبقيت الصلحت خير عند ربك ثواباً وخير أملا)

صدق الله العظيم

سورة الكهف (٤٦)

الإهـــــــداء

إلى نهر العطاء والخير... والدي

إلى من وهبتني الحياة والعطف .... والدتي

إلى رفيقة حياتي ومسيرتي... زوجتي

إلى قرتي عيني... الفاروق وياسمين

إلى من شاركوني عمري... إخواني

الباحث

- شكر وتقدير -

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلى اله وصحبه أجمعين .

بفضل من الله ورحمة منه أتممت رسالتي الموسومة (التنظيم القانوني لعقد الاستثمار المصرفي " دراسة قانوية مقارنة ") ، ويشرفني أن أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ الفاضل الدكتور مجيد حميد العنبكي لتفضله بالموافقة على الإشراف على رسالتي و لما بذله من جهد في متابعة هذا العمل ، وكان نعم الأستاذ في طرحه للملاحظات القانونية والشكلية .

كما واخص بالشكر و التقدير الأستاذ الفاضل الدكتور إبراهيم إسماعيل الربيعي ، لما بذله معي من جهد ومتابعة لخطواتي الاولى في البحث وحسن توجيه لي في اختياري للموضوع.

كما اتقدم بالشكر والعرفان لاساتذتي كل من الدكتور عزيز كاظم جبر والدكتور علي زعلان والدكتور حكمت الدباغ والدكتور ميري كاظم والدكتور كمال عبد حامد لما بذلوه من جهد معي في السنة التحضيرية.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأخ الأستاذ الفاضل الدكتور عباس علي محمد الحسيني لما بذله من جهد معي والاستاذ الدكتور حسن حنتوش لما ابداه لي من مساعدة وعناية.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأستاذ الفاضل الدكتور حيدر سلمان الجنابي لما قدمه لي من ملاحظات شكلية .

كما لا يسعني إلا أن اشكر الأخت الفاضلة الست سحر والست نبراس والست هديل في قسم الدراسات العليا . و الأخ رسول في مكتبة المعهد القضائي

كما اخص بوافر من الامتنان الأخ حيدر الوتار و الأخت أيسر عبدالله لما بذلوه من جهد في طبع الرسالة وتنقيحها مرات عديدة

ولـي الشـرف أن أتقـدم بالشـكر والامتنـان الـى السـادة أعضـاء لجنـة المنـاقشـة المحترمون لتفضلهم بالموافقة على منـاقشـة رسـالتي ، مـع شـكري وامتنـاني العـالي لكل ما يبدونه من ملاحظات قيمة تصب في رصانة الرسالة وتقوم علميتها . .

وأخيرا ، أتقدم بالشكر لكل من فـاتني ان اذكره ومن شـاركني الجهد من قريـب أو بعيـد ، ولمـن فـاتني ان اشـكرهم ، الـتمس مـنهم العـذر واسـال الله ان يجـزيهم عنـي خير الجزاء وان يوفق الجميع لما يحبه ويرضاه .

البـاحث

Summary

The banking profession that is practiced by the trading banks generally and the investing banks especially is witnessing now a days great development in their activities and means because of her direct tangency with economical life action, because of that the trading function of the banks is not limited on practicing the principles of the banking profession in her traditional form which is no more than being a bank which is an agent between the lender and borrower, achieving profits as an financial institution, and the banks according to the concept of her traditional work is practicing the credit operations that are dictated by the commercial law.

But the banking development in most of the world states lead the trading banks to implement some banking operation did not know before like investing the deposits of the clients funds, these banks becomes more spread and dealer with clients, playing a substantial role in presenting more developed services, where it submit new fields, substitutes and variety of option in front of them about how managing their funds and properties, giving them more amount of profiting by investing them for them decreased or reduced, facilitating on getting periodical services, depo٩sing instead of them in their shares, bonds, getting their profits, and registering their ownership.

The new role of the investing banks is distinguished by being a investment trustee managing the financial securities folders consisting it by itself, or managing for the benefit of other investment trustee like

investment companies or common investment funds or investing association , these folders consists of shares financial bonds.

The investment banks is investing the client funds by conducting contracts knowing by the financial banking investment activity, which could identified from the financial side by using the investment banking for their surplus funds supposing to get an interest for a period of time and through this operation, the banks use the deposited funds by transforming them into financial securities represented in bonds and shares that make income with great degree of interest.

In most cases, the clients organize contracts to invest these funds in banks against giving the client investment checks, where the banks receive these funds for trading for the benefit of client, and investing these funds in different fields (financial securities- landed folders-industrial projects … etc).

The most important features distinguishing the banking investment of general impress where the bank invest his funds in projects for public use drawing a way from the financial range with the accounting impress, where the investing banks present funds to markets to activate, and increase circulating money in trading

قائمة المحتويات

الموضــوع			الصفحة
الاهداء			
شكر وتقدير			
قائمة المحتويات			أ
مقدمة			١
التمهيد	:		٥
الفصل الاول	:	**مفهوم عقد الاستثمار المصرفي**	١٤
المبحث الاول	:	تعريف عقد الاستثمار المصرفي وتكييفه	١٥
المطلب الاول	:	تعريف عقد الاستثمار	١٥
الفرع الاول	:	المفهوم التقليدي لعقد الاستثمار المصرفي	١٦
الفرع الثاني	:	المفهوم الحديث لعقد الاستثمار المصرفي	٢٨
المطلب الثاني	:	تكييف عقد الاستثمار المصرفي	٣٥
الفرع الاول:	:	تكييف عقد الاستثمار المصرفي ضمن العقود غير المسماة	٣٥
الفرع الثاني	:	موقف التشريعات والفقه والرأي القانوني الراجح	٣٨
المبحث الثاني	:	خصائص عقد الاستثمار المصرفي وتمييزه عن غيره من العقود	٤٠
المطلب الاول	:	خصائص عقد الاستثمار المصرفي	٤٠
الفرع الاول	:	الخصائص الشكلية لعقد الاستثمار المصرفي	٤٠
الفرع الثاني	:	الخصائص الموضوعية لعقد الاستثمار المصرفي	٤٣
المطلب الثاني	:	تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن غيرة من العقود	٤٩
الفرع الاول	:	تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن العقود التجارية	٤٩
الفرع الثاني	:	تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن العقود المدنية	٥٥
الفصل الثاني	:	**احكام عقد الاستثمار المصرفي**	٦١
المبحث الاول	:	الالتزامات القانونية على طرفي عقد الاستثمار المصرفي	٦٢
المطلب الاول	:	التزامات المصرف بموجب عقد الاستثمار	٦٣
الفرع الاول	:	التزامات المصرف التجاري بموجب عقد الاستثمار	٦٣
الفرع الثاني	:	التزامات المصرف الاسلامي بموجب عقد الاستثمار	٧٢
المطلب الثاني	:	التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار	٧٦
الفرع الاول	:	التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار في المصارف التجارية	٧٦

الموضــوع			الصفحة
الفرع الثاني	:	التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار في المصارف الاسلامية	٨٤
المبحث الثاني	:	النظام القانوني للمصرف التجاري الاستثماري	٨٨
المطلب الاول	:	الوصف القانوني للمصرف الاستثماري	٨٩
الفرع الاول	:	الاساس القانوني للعقد المنشئ للعلاقة الاستثمارية	٨٩
الفرع الثاني	:	مفهوم امين الاستثمار	٩٨
المطلب الثاني	:	الوصف القانوني للمصرف كأمين استثمار	١٠٣
الفرع الاول	:	التشريعات القانونية و الاراء الفقهية	١٠٥
الفرع الثاني	:	العادات والاعراف المصرفية	١١١

الموضــوع			الصفحة
الفصل الثالث	**:**	**المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي**	١١٥
المبحث الاول	:	مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار	١١٦
المطلب الاول	:	الطبيعة القانونية لمسؤولية المصرف	١١٧
الفرع الاول	:	الاراء القانونية في مسؤولية المصرف والرأي الراجح	١١٨
الفرع الثاني	:	حدود مسؤولية المصرف تجاه العملاء	١٢٤
المطلب الثاني	:	تنظيم المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي	١٢٩
الفرع الاول	:	طبيعة المسؤولية المدنية للمصرف	١٣٠
الفرع الثاني	:	اتفاقات تعديل احكام المسؤولية المصرفية	١٣٦
المبحث الثاني	:	احكام خاصة بالمسؤولية في المصارف الاستثمارية	١٤١
المطلب الاول	:	مسؤولية امين الاستثمار	١٤٢
الفرع الاول	:	المسؤولية المدنية لامين الاستثمار	١٤٣
الفرع الثاني	:	مسؤولية امين الاستثمار عن الاعمال المادية	١٥٠
المطلب الثاني	:	مسؤولية المصرف الجزائية في عقد الاستثمار	١٥٧
الفرع الاول	:	الاراء القانونية في مسؤولية المصرف الجزائية	١٥٨
الفرع الثاني	:	تحقق المسؤولية الجزائية للمصرف	١٦٣
الخاتمة	:		١٦٩
المصادر	:		١٧٥
Summary	:		١٨٥

التمهيد

تؤدي البنوك التجارية على اختلاف نشاطاتها دوراً هاماً في مجال النشاط المالي والاقتصادي والتجاري. ويؤثر دور البنوك بفاعلية على اقتصاد البلاد سواء كان النظام المالي لذلك البلد رأسمالياً اوشتراكياً.

وقد بدأ يشهد العمل المصرفي اوائل القرن الماضي تطوراً ملموساً في مجالاتها المختلفة واستحداث عمليات تلو الاخرى بسبب تطور الحياة الاقتصادية. ولم يعد عمل البنوك التجارية قاصرا على العمليات التقليدية التي تتلخص في عبارة (ان البنوك تقترض لكي تقرض)[١].

اي بعبارة اخرى ان البنوك لم تعد مجرد وسيط مالي بين اصحاب رؤوس الاموال هدفها تحقيق الربح من خلال العمليات المصرفية التي احتوتها قوانين البنوك المركزية وقوانين التجارة.

ولهذا فقد شهد قطاع العمل المصرفي تطوراً في مجال العمليات المصرفية ادى إلى قيام البنوك التجارية بعمليات مصرفية لم تعهدها من قبل.

ويرى جانب من الفقه ان البنوك اتجهت في التوسع في سياسية الاقراض، متوسط وطويل الاجل كتزويد المشروعات الصناعية بالتمويل اللازم لاقامة صناعات جديدة ممارسة في النشاط نفسه الذي تقوم به بنوك الاعمال حتى اخذت معايير التفرقة بين هذه البنوك بالذوبان، وان معظم الدول ومنها على سبيل المثال فرنسا قد الغت التفرقة القانونية بين بنوك الاعمال والبنوك التجارية[٢].

وسوف نقوم عند بحثنا في هذا التمهيد ببيان تفصيلي لكلمة المصارف، ذلك لانه وكما يرى اساتذة القانون التجاري ورجال المصارف، ان كلمة المصارف تشير إلى البنوك المركزية وتارة اخرى إلى المصارف التجارية التي تتخذ شكل الشركات المساهمة التي تخضع لرقابة البنوك المركزية وبعد استعراض الاراء بشكل واضح نبين ما هو المقصود بالمصرف الاستثماري وما هي مقوماته وطبيعته القانونية، وكيفية ممارسته لنشاطه الاستثماري وما هي الاثار المترتبة على ذلك والمسؤولية القانونية القائمة في المجال الاستثماري.

فيرى بعضهم ان تصنيف البنوك يتم وفقاً لهرم تدريجي يتكون من الاتي ويرى اصحاب هذا الرأي ان هناك[٣]:-

---

[١] الدكتور يحيى عويس – دراسات اقتصادية – مطبعة الرسالة – القاهرة ١٩٦٧ – ص٣٩٥.

[٢] C. Roland Sprecher: (Essentials of Investments) Houghton Mifflin company, Boston – USA – ١٩٧٨.

ونص عبارته: (لقد تغير نظام العمليات المصرفية كلياً، فبالرغم من ان البنوك التجارية تعتبر المصدر الرئيسي للقروض قصيرة الاجل، الا انها توسعت بعمليتها بشكل واضح وعلى سبيل المثال فأنها تستثمر اموالها في القروض طويلة الاجل للشركات وشراء السندات في المشروعات المحلية واقراض عمليات الرهون العقارية.... الخ).

[١] الدكتور مصطفى رشدي شيحة – النقود والمصارف والائتمان – كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية – دار الجامعة الجديدة للنشر – سنة الطبع ١٩٩٩ – ص٧٠-٧١.

١. **البنوك المركزية**: وهي مؤسسات متميزة وذات اهمية كلية وعامة وتحصل على وضعها هذا بوصفها خالقة للنقود القانونية او بمعنى ادق الصورة المثالية للنقود النهائية ذات السيولة والقبول العام، وان مسؤولية هذه البنوك لا تقتصر على خلق ذلك النوع الهام من النقود، بل تمتد لمراقبة المؤسسات الاخرى في خلقها لانواع النقود الادنى (نقود الودائع وتؤثر في مقدرتها على هذا الخلق).
٢. **اما البنوك الاخرى** التالية تدريجياً في الهرم فهي البنوك التجارية التي هي مؤسسات تحلق نوعاً خاصاً من النقود، هي نقود الودائع او النقود الائتمانية وتمارس عديداً من العمليات التجارية والخدمات المتعلقة بالنقود والائتمان.

ويتفق بعضهم الاخر في المعيار نفسه الذي هو الهرم التدريجي المصرفي ان الجهاز المصرفي كوحدة متكاملة يتألف من المصرف المركزي رأساً للهرم، ومن ثم مؤسسات الوساطة المصرفية التي تضم المصارف التجارية والمصارف المتخصصة، ولكن وان اتفق اصحاب هذا الرأي مع الرأي السابق في مسألة الهرم المصرفي التدريجي الا انه يتعارض مع رأي من سبقه في ان الصفة

الهرمية تنسحب على طبيعة العلاقة التي تربط بين اعضاء هذا الجهاز ، وبينهم وبين الحكومة وجمهور المتعاملين من ناحية اخرى، فالافراد لا يتعاملون بصورة مباشرة مع المصارف المركزية، بل يتعاملون مع المصارف التجارية والمصارف المتخصصة التي تتعامل بدورها هي الاخرى مع المصارف المركزية وتعمل وفقاً لقوانينها وتحت رقابتها واشرافها[١].

وهناك اتجاه اخر يصنف البنوك وفقاً للشمولية في ممارسة العمل المصرفي التجاري.

فيرى بعض اصحاب هذا الاتجاه ان البنك التجاري مشروع رأس مالي يهدف إلى تحقيق الربح وهو في سبيل هذه الغاية يتيح سلعاً معينة هي الخدمات المصرفية المتعددة التي يقدمها للافراد[٢].

وفي الاتجاه نفسه يرى بعضهم ان المصارف تنقسم إلى عدة اقسام من حيث ممارسة العمل التجاري الاكثر عموماً والاخص من حيث الغاية ، ويرى اصحاب هذا الرأي ان هناك عدة انواع من البنوك، وان اكثرها اهمية هي بنوك التجارة وبنوك الادخار والبنوك التي تقوم بالاستثمارات المصرفية، وان هذه البنوك هي اهم انواع تلك البنوك ذلك لان هذه البنوك هي البنوك الوحيدة التي تستطيع ان تزيد او تنقص عرض النقود، اما بنوك الادخار وبيوت الاستثمار المالي والمصرفي فأنها تقوم بالعمليات

---

[١] الدكتور محمود يونس – والدكتور عبد النعيم مبارك – مدخل إلى اقتصاديات النقود والصيرفة كلية التجارة – جامعة الاسكندرية – مؤسسة شباب الجامعة – مصر – سنة الطبع ١٩٨٢ – ص١٢٦-١٢٧.

[٢] الدكتور عبد الرحمن يسري احمد – اقتصاديات النقود – جامعة الاسكندرية – دار الجامعات المصرية – مصر – سنة الطبع ١٩٨٨م – ص١٥٨.

نفسها، الاقراض والاستثمارات مثل البنوك التجارية الا انها لا تستطيع ان تؤثر في مقدار المعروض من النقود، وبناءاً على هذا الاساس ووفقاً

لما يراه اصحاب هذا الرأي ان لفظ (بنك) يشير إلى البنوك التجارية ما لم يكن هناك اشارة صريحة تخالف ذلك[١].

ونحن نعتقد ان معيار القدرة في التأثير على المعروض من النقود هو معيار اقتصادي نسبي، لا يمكن وضعه ضمن المعايير القانونية المطلقة ، ذلك لان تحقق هذا المعيار يأتي بعد ممارسة النشاط المصرفي ولكن طالما كانت بنوك الادخار كما سميت وبيوت الاستثمار المالي والمصرفي تمارس العمليات نفسها، فهي من الناحية القانونية مصارف تحترف العمل التجاري ويستفيد من العادات والاعراف المصرفية، وبناءاً على هذا لا يوجد معيار قانوني للفصل بينهما فهما سواء.

وما يؤيد رأينا السابق ما ذهب اليه بعض انصار اتجاه الشمولية وعموم النشاط اذ يرى اصحاب هذا الاتجاه ان الجهاز المصرفي بالمعنى الواسع يشمل، البنك المركزي والمصارف التجارية وبقية المؤسسات المالية والمصرفية المتخصصة، بل ويضيف اكثر من ذلك ان المؤسسات المالية والمصرفية الوسيطة تشتمل في مكوناتها على المصارف المتخصصة وعلى مؤسسات مالية لها اهمية وتأثير واضح في العمل المصرفي[٢].

ويضيف بعض من ذهب إلى تقسيم البنوك من حيث الشمولية رأياً اكثر وضوحاً مفاده، ان الهيكل المصرفي يختلف من دولة لاخرى وفقاً للنظام الاقتصادي ودرجة الرفاهية والحرية التي يتمتع بها الجهاز المصرفي في وضعه لبرامجه، ومدى تدخل الدولة في توجيه الجهاز المصرفي وتنظيمه[٣].

---

[١] الدكتور سامي خليل – اقتصاديات النقود والبنوك – جامعة القاهرة – مؤسسة الكميل للتوزيع والنشر – الكويت – سنة الطبع ١٩٨٩ – ص١٥٩.

[٢] الدكتور ناظم الشمري – النقود والمصارف – جامعة الموصل – سنة الطبع ١٩٨٨ – ص١٥٨.

[٣] الدكتور احمد الحوراني – محاضرات في النظم النقدية والمصرفية – دار مجد لاوي – عمان – الاردن – سنة الطبع ١٩٨٣ – ص٣٧.

وعلى هذا الاساس فقد جمع هذا الرأي ما بين كل من البنوك التجارية وبنوك الاستثمار وبنوك الاعمال وبنوك الادخار، والبنوك المتخصصة، والبنوك الاسلامية والبنوك الاجتماعية فضلاً عن البنوك المركزية.

وعلى ذلك الاساس سار قانون المصارف الفرنسي الصادر في ١٣ يونيو ١٩٤١ اذ وضع تعريفاً للبنوك على جانب الموارد دون التعرض لاستخدام تلك المواد حيث عرفها بأنها (المؤسسات التي تقوم على سبيل الاحتراف بتلقي اموال من الجمهور او ما في حكمها، وتستخدمها لحسابها الخاص في عمليات الخصم والائتمان او في العمليات المالية[١].

ومن هنا يتضح ان الرأي الذي تبناه المشرع الفرنسي في هذا القانون، ان هذا التعريف جاء خالياً لكثير من الجوانب القانونية ذات المفهوم الحديث للعمل المصرفي لاسيما المعاملات الحديثة الدولية التي تتم بين دول ذات تشريعات مختلفة من حيث القوانين، ذلك لانه وفق المفهوم الحديث تقوم المصارف التجارية بعمليات مصرفية تتعدى من حيث المضمون والاثر التعريف انف الذكر.

وهناك اتجاه اخر من العمل المصرفي الحديث ظهر في الربع الاخير من القرن الحالي وهذا النوع من المصارف يعرف باسم المصارف الاسلامية والذي سيكون له نصيب من البحث على انه نظام عمل مصرفي استثماري حديث من جهة، ومن جهة اخرى يتفق واحكام الشريعة الاسلامية.

وقدر تعلق الامر بالنظام المصرفي الاسلامي والبنوك المركزية والمصارف التجارية، يضع بعضهم تعاريف متعددة لهذا النظام الشرعي الحديث في المجال المصرفي نسبياً.

فيرى بعضهم ان المصرف الاسلامي يختلف عن البنوك المركزية وعن المصارف التجارية اختلافاً جذرياً من خلال الاخذ بالناحية الشرعية في العمل المصرفي من خلال ما يلي:-

ان البنوك التقليدية (التجارية) الشائعة الوجود في البلدان الاسلامية لا تلتزم بالشريعة الاسلامية من خلال ممارستها العمل المصرفي، ذلك لان هذه المصارف استقر نشاطها على التعامل بالفائدة اخذاً وعطاءاً على الرغم من قول جمهور الفقهاء بأن الفائدة المصرفية هي عين الربا، اضف إلى ان هذه المصارف تخالف الحكم الشرعي وذلك من خلال عدم امهال المدينين المعسرين حتى يتمكنوا من اداء ما عليهم، يضاف إلى كل ما تقدم ان هذه المصارف تقوم بتمويل اعمال ونشاطات محرمة بنصوص شرعية[٢] ، مثل تجارة الخمور .

---

[١] الدكتور حسن محمد كمال والدكتور حسن احمد غلاب – النقود والمصارف – جامعة عين شمس – مصر – سنة الطبع ١٩٧٧ – ص٢٤.

[١] الدكتور مصطفى رشدي شيحة – النقود والمصارف والائتمان – كلية الحقوق جامعة الاسكندرية – دار الجامعة الجديدة – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩ – ص٧٠-٧١.

وهنالك من يرى [1] ان البنوك الاسلامية التزمت منذ تأسيسها بوصفه نظاماً مصرفياً بعدم التعامل بالفائدة اخذاً او عطاءاً، والعمل على تمويل النشاطات التي تقرها الشريعة الاسلامية ومشاركة اصحاب الاموال في ما يتحقق من ربح او خسارة.

ويتبين لنا مما تقدم ان جميع انواع التقسيم التي ورد ذكرها لمفهوم البنوك عموماً والمصارف خصوصاً والتي هي على سبيل المثال الهرم المصرفي والشمولية في الاعمال والشرعية في التعاملات، والتي استعرضنا من خلالها جزءاً يسيراً من اراء شراح القانون التجاري عموماً والمصرفي خصوصاً في تقسيم البنوك والمصارف، ان ما يطلق عليه بالجهاز المصرفي يكون قصده الرئيسي هو الربح بمناسبة ممارسته لنشاطه المصرفي مستفيدة بذلك من المزايا والحقوق التي يتمتع بها من يمارس العمل المصرفي، على العكس من المؤسسات المالية التي

يمكن لها ممارسة العمل التجاري لكنها ليست مصرفية بطبيعتها، فلا تتمتع بمزايا وحقوق المؤسسات المصرفية، وانما يكتفي بالشروط الشكلية والموضوعية التي ترسمها القوانين مثل القانون المدني والقانون التجاري وبقية القوانين الاخرى ذات العلاقة، فلا وجود للعرف او المادة المصرفية التي تتمتع بها المؤسسات المصرفية في نشاطها.

وبعد ما تقدم ذكره وقبل ان نضع تعريفاً محدداً للمصرف الاستثماري الذي نحن بصدد دراسة قانونية لبعض العقود التي يبرمها، نرى من الجدير ذكره ان نستعرض بشكل بسيط بعض نصوص قوانين البنوك المركزية والتعاريف التي اوردتها، حتى نتمكن من اعطاء تعريف واضح وغير مشوش لفكرة المصرف الاستثماري، وسوف نتناول هذه التشريعات المصرفية تباعاً.

واول ما نبدأ به هو القانون البنك المركزي العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ الملغى اذ جاء في الفقرة (٩) من المادة الاولى منه على انه[2] المصرف المؤسسة التي تزاول اي عمل من اعمال الصيرفة بصفة اساسية اضافة إلى الاعمال والخدمات المصرفية الاخرى، وتعد جميع الفروع لمصرف ما في العراق مصرفاً واحداً لاغراض هذا القانون، الا اذا نص على خلاف ذلك.

ويلاحظ من تعريف القانون العراقي ان المشرع العراقي في القانون الملغى قد اخذ بمبدأ الهرم المصرفي وذلك لان اي مصرف يخضع لرقابة واشراف البنك المركزي العراقي.

أما قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ الذي عرفت المادة (٩) منه وفي فقرتها الثانية شركات الاستثمار المالي بأنها مؤسسات مالية بسيطة يعتبر البنك المركزي الجهة القطاعية المختصة بنشاطها وهو من يمارس سلطة الرقابة والاشراف عليها.

---

[2] الاستاذ الدكتور عبد الرحمن يسري احمد – قضايا اسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل – كلية التجارة – جامعة الاسكندرية – مصر – سنة الطبع ٢٠٠١ – ص٣١٥-٣١٦.

[1] انظر نص الفقرة (٩) من المادة الاولى من قانون البنك المركزي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦.

اما قانون المصارف العراقي[١] النافذ رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ فقد عرف المصرف بأنه: شخصاً يحمل ترخيصاً او تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية والانشطة المصرفية الاخرى.

وقد توسع المشرع في القانون الحالي في تفسير كلمة مصرف، وشركة مصرفية قابضة في نفس المادة، حيث عرف الاخيرة بأنها شركة تملك مصرفاً او تسيطر على مصرف.

ولدى مراجعة هذا التعريف نجد ان المشرع العراقي قد غلب صفة الشمولية في ممارسة النشاط المصرفي على صفة الهرم التدريجي، هذا على عكس ما سار عليه المشرع في القانون السابق.

اما قانون البنوك الاردني في القانون المرقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠، فقد اخذ بالمبدأ نفسه الذي اخذ به المشرع العراقي، حين عرفت المادة الثانية البنك بانه[٢] الشركة التي يرخص لها بممارسة اعمال المصرفية وفقاً لاحكام هذا القانون بما في ذلك فرع البنك الاجنبي المرخص له بالعمل في المملكة.

اما قانون مصرف قطر المركزي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣ فقد عرفت المادة الاولى منه البنك بأنه[٣] اي شركة رخص لها بمزاولة الاعمال المصرفية في قطر وفق احكام القانون.

اما القانون الاماراتي الاتحادي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ فكان اكثر دقة في تعريف المصارف الاستثمارية، او ميز ما بين المصارف والمؤسسات المالية والاستثمارية الاسلامية وبين المصارف والمؤسسات المالية والاستثمارية التجارية ذات الطابع الربوي[٤].

فعرفت المادة الاولى من القانون المصارف والمؤسسات المالية الاسلامية هي الشركات التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الاساسية التزاماً بتطبيق احكام الشريعة الاسلامية وتباشر نشاطاتها طبقاً لهذه الاحكام.

اما القانون الاتحادي الاماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠[٥] فقد عرفت المادة ٧٨ من القانون المصارف التجارية بانها منشآت تقوم بصفة معتادة بتلقي الاموال من الجمهور على شكل ودائع تحت الطلب او لاشعار او لاجل، او تقوم بتوظيف سندات قروض او شهادات ايداع لاستعمالها كلياً او جزئياً في منح القروض والسلف لحسابها وعلى

---

[٢] انظر نص المادة الاولى من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣. المنشور في الوقائع العراقية الصادرة بتاريخ تشرين الثاني ٢٠٠٣.

[١] انظر نص المادة الثانية من قانون البنوك الاردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠.

[٢] انظر نص المادة الاولى من قانون انشاء مصرف قطر المركزي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣.

[٣] انظر نص المادة الاولى من قانون الاتحاد الاماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية.

[١] انظر المادة ٧٨ من القانون الاتحادي الاماراتي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠.

مسؤوليتها، وتقوم المصارف التجارية كذلك باصدار الشيكات وقبضها وطرح القروض العامة والخاصة... الخ.

وبالمعنى ذاته عرف القانون الكويتي[1] المصارف التجارية في القانون المرقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨ المعدلة بالقانون رقم ١٣٠ لسنة ١٩٧٧.

اما قانون المصارف الفلسطيني[2] رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ فقد كان اكثر وضوحاً في التمييز ما بين المصرف التجاري والمصرف الاسلامي، حين عرفت المصرف التجاري في المادة الاولى منه بأنه اي شركة مساهمة عامة، او مؤسسة مرخص لها بمزاولة الاعمال المصرفية وفق القوانين المعمول بها في فلسطين.

اما المصرف الاسلامي فهو اي شركة مساهمة تهدف إلى تجميع المدخرات من الاشخاص الطبيعيين او الاعتباريين من اجل استخدامها في اوجه التمويل والاستثمار لصالح الفرد او الجماعة طبقاً لاحكام الشريعة الاسلامية.

[2] انظر نص المادة ٥٤ من القانون الكويتي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨.

[3] انظر نص المادة الاولى من القانون الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢م.

المقـــدمة

موضوع البحث

تشهد الاعمال المصرفية التي تمارسها المصارف التجارية تطورات كثيرة في طبيعتها وعملياتها المختلفة التي تقدمها لجمهور العملاء، بسبب مساسها المباشرة بالحياة الاقتصادية للافراد خصوصاً والمجتمعات عموماً.

حيث كانت وظائف المصارف التجارية مقتصرة على الاعمال المصرفية التقليدية وهي القرض المصرفي وعمليات الائتمان قصيرة الاجل والمتمثلة بتلقي الودائع من العملاء واصدار الشيكات وخصم الكمبيالات وخطابات الضمان وتأجير الخزانات الحديدية وغير ذلك من الوظائف التقليدية التي نصت عليها معظم قوانين التجارة، ومنها على سبيل المثال قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ الذي حدد مجمل الاعمال المصرفية في الفصل الثاني منه، وتحديداً ما بين المادة ٢٣٩ إلى المادة ٢٩٣ حصراً.

بيد ان التطور المصرفي في مختلف انحاء العالم، ادى إلى قيام المصارف بتقديم خدمات مصرفية لم تعهد من قبل بتقديمها، بسبب ان المصارف تكون في حدة ذاتها قوة لايستهان بتأثيرها في سوق النقد والمال، هذا من جهة وبسبب المنافسة الشديدة ما بين المصارف التجارية، والمؤسسات المالية الاخرى مثل بورصة الاوراق المالية وشركات الاستثمار المالي من جهة اخرى.

فأصبحت المصارف في معظم دول العالم المتقدمة اقتصادياً تقوم بعمليات متطورة لم يعهده المفهوم التقليدي للعمل المصرفي.

فاتجهت المصارف في سبيل توسيع نشاطها إلى التوسع في مفهوم القرض المصرفي القصير الامد إلى القرض متوسط الاجل وطويل الاجل، والتوسع في المشاركة في المشاريع الصناعية ذات العائد طويل الامد، وقد قامت بعض المصارف التجارية بأستثمار اموال العملاء المودعة عندها، بمستوى عال من الخبرة المصرفية القانونية في مجال الاستثمار المصرفي، كل ذلك من خلال عقود تبرمها المصارف مع عملائها الراغبين بالاستثمار في مختلف الميادين سواء كان في الاوراق المالية او العقارات او بقية مجالات الاستثمار، وكل هذا بهدف زيادة مدخرات العملاء الموجودة لدى المصرف.

اهمية موضوع البحث

وقد كان اختياري لموضوع التنظيم القانوني لعقد الاستثمار المصرفي ناتج من اثر واقع التخلف الحقيقي الذي يشهده القطاع المصرفي في معظم البلاد العربية والعراق بصورة خاصة.

فقد كان واقع العمل المصرفي في العراق حبيس قانون البنك المركزي ذي الرقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) الذي لم يضفي على المصارف الا صفة المؤسسات المالية ذات النفع العام، حيث نصت الفقرة التاسعة من المادة الاولى من القانون انف الذكر في تعريفها للمصرف بأنه مؤسسة تزاول اي عمل من اعمال الصيرفة بصفة اساسية اضافة إلى الاعمال والخدمات المصرفية الاخرى، وتعتبر جميع الفروع

لمصرف ما في العراق مصرفاً واحداً لاغراض القانون، الا اذا نص على خلاف ذلك.

وبناءاً على هذا كان لابد من مسايرة التطور الحاصل في المجتمعات الحديثة ذات الاقتصاد العالي، وفي عدة مجالات، ومن ضمن ذلك التطور في العمل المصرفي.

وهذا التطور لابد ان يشمل ادخال الوسائل الحديثة على مجمل العمليات المصرفية جوهراً ومضموناً، واعداد الكوادر المصرفية ذات الخبرة القانونية وكوادر ذات خبرة اقتصادية، حتى ينتج عن هذا الجهد تنوعاً في العمليات والخدمات المصرفية.

ولا بد ان نوضح امراً مهماً في هذا المجال، هو انه المقصود بالعمليات المصرفية هي تلك العمليات التي نصت قوانين خاصة على تنظيم احكامها كما اشرنا اليها سابقاً، وبعبارة ادق ان هذه العمليات مصدرها التنظيمي هو التشريع.

اما الخدمات المصرفية فهي تلك الاعمال التي تقدمها المصارف التجارية، والتي لم تسمى من قبل قوانين خاصة وتحدد بالاسم، بل دأبت على تنظيم احكامها العادات والاعراف المصرفية التي تكون في مجال العمل المصرفي بحكم القانون، بشرط عدم مخالفة تلك الاعراف والعادات المصرفية للنظام العام والاداب العامة.

فهذه الخدمات التي تقيمها المصارف يكون مصدرها العرف او العادة المصرفية والتي تخضع بدورها في تنظيمها القانوني إلى النصوص القانونية في قوانين خاصة في قانون المصارف وقوانين البنك المركزي، وفي حالة خلو هذه القوانين المتخصصة من احكام تنظم هذه الخدمات يتم الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون التجاري.

ومن هذه الخدمات المصرفية الحديثة نسبياً هي خدمات الاستثمار والتي يراد منها تنمية مدخرات العملاء لدى المصرف مقابل ارباح يحققها المصرف على المدى الطويل ، ومن اشهر مجالات الاستثمار المصرفي هو استثمار المصارف في الاوراق المالية من خلال المحافظ الاستثمارية التي تنشأها لهذا الغرض، والاستثمار المصرفي في مجال العقارات، والاستثمار في المجالات الصناعية.

ويثور الاهتمام هنا بمسألة ظهور هذه الخدمات المصرفية إلى الواقع العملي وانعدام القوانين والتشريعات الخاصة بتنظيم تلك الخدمات، واعتماد العادات والاعراف المصرفية والقواعد العامة لتنظيم الخدمات من الناحية القانونية.

وهنا كان لا بد لنا من بحث كيفية تقديم هذه الخدمات المصرفية إلى جمهور العملاء والمستثمرين ومن خلال ما تبرمه هذه المصارف من عقود معهم، وبيان الاسس العامة لهذه الخدمات من خلال الدمج بين القواعد القانونية العامة في العقود، وخدمات المصارف الاستثمارية.

وموضوع دراستنا هو عقد الاستثمار المصرفي، حيث يتناول في هذا البحث إلى بيان الاسس القانونية لهذا العقد من الناحية المصرفية والتزام كل من اطرافه من خلال استعراض الاحكام الخاصة به ومن ثم نبحث المسؤولية التي تترتب على المصرف التجاري في مثل هذه العقود.

وعليه سوف نبحث ذلك وفق ثلاثة فصول رئيسية ووفقاً لخطة البحث التالية:
الفصل الاول ونتناول في هذا الفصل بيان ما هو مفهوم عقد الاستثمار المصرفي، وذلك من خلال مبحثين هما، المبحث الاول ونتناول فيه تعريف عقد الاستثمار المصرفي وتكييف العقد وفقاً للقواعد القانونية، ونتناول في المبحث الثاني خصائص عقد الاستثمار المصرفي ومايميزه عن غيره من العقود .

اما الفصل الثاني فنتناول فيه دراسة لاحكام عقد الاستثمار، وذلك من خلال مبحثين، المبحث الاول لبيان الالتزامات القانونية على طرفي العقد، اما المبحث الثاني فنبحث من خلاله الطبيعة القانونية للمصرف التجاري الاستثماري.

ونتناول في الفصل الثالث دراسة احكام المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي، وذلك من خلال مبحثين، المبحث الاول نتناول فيه بيان مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار، اما المبحث الثاني فنتناول فيه جانب من بعض الاحكام الخاصة بالمسؤولية المصرفية في مجال الاستثمار.

وعند اتمام البحث نصل إلى الخاتمة والتي هي خلاصة لما تم عرضه وتحليله من اراء لشراح القانون وما تناولته التشريعات من تنظيم لاعمال المصرف الاستثماري، والتي تشير بصورة ادق إلى اهم الاستنتاجات التي توصلنا لها من خلال بحث الاراء والتشريعات المقارنة، وسوف نقوم بطرح التوصيات مع هذه الاستنتاجات لدى اي نقص تشريعي في المسألة القانونية موضوع البحث.

والله الموفق

الباحث

الفصل الاول
مفهوم عقد الاستثمار المصرفي

بعد ان استعرضنا في في التمهيد ماهو المقصود بالمصرف الاستثماري الذي نحن بصدد دراسته ، نتعرض في الفصل الاول من هذه الرسالة الى دراسة لمفهوم عقد الاستثمار المصرفي ، وتكييف ذلك العقد وموقعه بين العقود بصورة عامة ، وما يمتاز به من خصائص شكلية وموضوعية ، وما يختلف به عن غيره من العقود ، وبناءا على هذا نبحث كل ذلك في مبحثين رئيسين ووفقا لخطة البحث التالية :-

المبحث الاول: تعريف عقد الاستثمار المصرفي وتكييفه وهذا ما سنتناوله في مطلبين مستقلين:

نتناول في هذا المبحث دراسة للتعاريف التي وردت لعقود المصارف بشكل عام وذات الطابع الاستثماري بشكل خاص.

حيث نبحث في المطلب الاول من هذا المبحث استعراض للتعاريف التي وردت على لسان شراح القانون وما نصت عليه القوانين الخاصة التي تنظم اعمال المصارف، وذلك من خلال فرعين رئيسين الاول نستعرض فيه كافة النصوص والاراء القانونية التي وردت بشأن المفهوم التقليدي لعقد الاستثمار المصرفي، واما الفرع الثاني فنتناول فيه الجانب الحديث من المفاهيم القانونية التي وردت بشأن العقود المصرفية والاستثمارية منها على وجه الخصوص.

ومن ثم نضع تعريفاً مقترحاً من قبلنا لكل من المصرف الاستثماري وعقد الاستثمار المصرفي.

اما المطلب الثاني من هذا المبحث فنتناول فيه دراسة لتكييف عقد الاستثمار المصرفي من خلال نظرية العقود غير المسماة ذلك في فرع مستقل، ونبحث في الفرع الثاني موقف التشريعات والفقه من ذلك والرأي القانوني الراجح لدينا.

اما المبحث الثاني: فهو الذي سنتناول في دراسته خصائص عقد الاستثمار المصرفي وتمييزه عن غيره من العقود

ونتناول في المبحث الثاني وفي مطلبين مستقلين نخصص الاول منهما لبيان خصائص عقد الاستثمار المصرفي، وبفرعين رئيسين الاول نتناول فيه دراسة الخصائص الشكلية لعقد الاستثمار والفرع الثاني لدراسة الخصائص الموضوعية لعقد الاستثمار.

اما المطلب الثاني من المبحث الثاني فنتناول فيه وبفرعين مستقلين عن بعضهما ما يميز عقد الاستثمار المصرفي عن بقية العقود التجارية في الفرع الاول، وما يميز عقد الاستثمار المصرفي عن بقية العقود المدنية المشابهة له كلٌ في فرع مستقل.

المبحث الاول - تعريف عقد الاستثمار المصرفي وتكييفه

بعد ان بينا ما هو المقصود بالمصرف الاستثماري في مقدمة الفصل، وما تتمتع به هذه المصارف من خصوصية في ممارسة العمل المصرفي الحديث لاسيما الاستثماري منها وجب علينا ان نبين ما هو المقصود بعقد الاستثمار المصرفي ما هي مميزاته، وموقعه من بين العقود غير المسماة استناداً إلى طبيعة العمل المصرفي وصفته التجارية والشكلية، والمضمون، وبقية المكونات وهذا ما سوف نبحثه في مطلب مستقل.

اما المطلب الثاني من هذا المبحث فنخصصه لدراسة التكييف القانوني لعقد الاستثمار من خلال استعراض الاراء الفقهية في ذلك.

المطلب الاول: تعريف عقد الاستثمار

ونتناول في هذا المطلب دراسة المفهوم التقليدي لعقد الاستثمار المصرفي والمفهوم الحديث لعقد الاستثمار المصرفي كل في فرع مستقل ، حيث نبحث في الفرع الاول من هذا المطلب المفهوم التقليدي لعقد الاستثمار المصرفي ، ونتاول في الثاني المفهوم الحديث .

الفرع الاول – المفهوم التقليدي لعقد الاستثمار المصرفي

ان موضوع عقد الاستثمار الذي نحن بصدد دراسته لا بد لنا حتى نتمكن من تعريفه بشكل قاطع ان نبحث في معنى كلمة الاستثمار اولاً لغة واصطلاحاً.

ذلك لان مفهوم العقد واضح بالنسبة لاساتذة القانون وشراحه والذي هو ما نصت عليه معظم التشريعات ومنها القانون المدني العراقي الذي عرف العقد بالمادة ٧٣ بأنه[١] ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه.

اما معنى كلمة الاستثمار فينبغي علينا ان نبين مفهومها اللغوي ومعناها الاصطلاحي.

فيقول اهل اللغة ان (ثمر) هو ما يطرحه الشجر من ناتج بشكل دوري ونقل هذا المعنى إلى الرجل الذي يستثمر ماله والذي هو جزء من الذمة المالية اذ لتجعل له ثمرة من ربح ماله، على اساس ان يكون هناك ربح ناتج عن مال، والربح مال يحصل عليه الانسان من التجارة في ماله[٢].

اما من الناحية الاقتصادية فأنه تعبير عن توظيف لرأس المال ليكون منتجاً من الناحية الاقتصادية بشكل قانوني وبمعنى اخر هو توجيه المدخرات إلى مجالات انتاجية تسد حاجة اقتصادية من ناحية وتوفر عائداً مالياً من ناحية اخرى[٣].

وقدر تعلق الامر هنا بالمصارف التجارية فأن اصحاب الاموال يلجئون إلى الاستثمار في المصارف، لسبب ان المصارف تتمتع بالخبرة المالية القانونية للاستثمار، وان ميزة الاستثمار في المصارف ذات طابع جماعي وهذه الميزة تعطي الحق للمستثمر استرجاع جزء من امواله محل الاستثمار وذلك عن طريق

التصرف ببعض الحصص التي يملكها في تنظيم الاستثمار الجماعي الذي يشترك فيه[٤].

والمصرف الاستثماري الذي اشرنا إلى تعريفه سابقاً له شخصية معنوية وذمة مالية مستقلة عن ذمة المؤسس له ويحق له استغلال اموال العملاء والتصرف بها وفقاً للاحكام والقوانين ذات الشأن والسائدة في موطن المصرف.

ويرى بعض المختصين ان الاستثمار من الناحية المصرفية هو استخدام للاموال في شراء اسهم وسندات تعود إلى شركات خاصة او عامة لاجال طويلة بهدف تحقيق الربح من خلال عائدات تلك الاسهم والسندات[٥]. وهذا المجال هو موضوع بحثنا.

---

[١] نظر نص المادة ٧٣ من المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١م.

[٢] انظر محمد بن ابي بكر عبد القادر الرازي – مختار الصحاح – دار الرسالة – الكويت – ١٩٨٢.

[٣] الدكتور جميل احمد توفيق – الاستثمار وتحليل الاوراق المالية – دار المعارف – مصر ١٩٦٣

[١] الدكتور اسامة ابو الحسن محمد مجاهد – عقد استثمار الاموال – جامعة عين شمس – كلية الحقوق – مصر – ١٩٩٣ – ص٧.

[٢] د. سيد الهواري – اساسيات ادارة البنوك – جامعة عين شمس – القاهرة – ١٩٧٦ – ص١٦٢.

وبما اننا في مجال دراسة الاستثمارات المصرفية فأننا سوف نتعرض لاراء شراح القانون في هذا المجال حصراً حتى لا نقع في حلقة مفرغة من معاني الاستثمار الاخرى.

وهناك من يرى[١] ان الاستثمار المصرفي يكون من خلال تخصيص البنك التجاري نسبة معينة من امواله لتوظيفها في شراء الاوراق المالية والسندات. وهذا هو الاتجاه السائد، وهناك من يعرف الاستثمار المصرفي على اساس ان البنوك التجارية هي شركات اموال[٢] اذ جاء في تعريفهم لشركات الاستثمار المالي بأنها شركات تقوم بين اشخاص طبيعيين والمعنويين وتكون لكل سهم حصة بقدر ما يقدم المساهم من اموال يحدد على اساسها الربح وان هدفها ادارة حافظة من الاموال المنقولة وتكوينها واستثمارها[٣].

والبعض الاخر سار على الاتجاه ذاته في تعريف الاستثمار الذي يتم في المصارف كالاستثمار في شركات الاموال وذلك من خلال ان عقد الاستثمار الذي يبرم بين شركة الاستثمار المالي والمستثمر، تخضع في مجمل احكامه إلى نظام الشركة الذي يخضع بالاساس لقانون الشركات والقواعد المتعلقة بانشائها او ادارتها مما يلغي عنها الصفة التعاقدية[٤].

ونحن لا نتفق مع هذا الاتجاه اذ لا يمكن الخلط ما بين البنوك التجارية وشركات الاستثمار المالي ذلك لعدة اسباب اهمها:

اولاً. ان المصارف منذ نشأتها ومروراً بوقت مزاولتها لنشاطها فأنها تخضع لرقابة البنك المركزي في كل امورها ولا يمكن لها مخالفة قانون البنك المركزي، وتخضع الى قانون المصارف رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ .

في حين ان الشركات الاستثمارية للاموال تخضع لقانون الشركات وممكن ان تكون هذه الشركة مساهمة او محدودة او نوعاً خاصاً من الشركات بين نوعها ويوضح المبادئ الاساسية التي تقوم عليها نشاطات الشركة[٥].

ثانياً. ان المصارف التجارية لدى ممارستها لنشاطها تلتزم بالعادات والاعراف المصرفية ويتمتع القانون المصرفي باستقلال يسوغه موضوع النشاط الذي يمارسه وهو النقود في صورها المختلفة، بالاضافة إلى ان الاسس التي يقوم عليها نشاط المصرف تفرض تحويراً في القواعد القانونية المعروفة عندما يراد تطبيقها عليها، بل وابتكاراً لقواعد خاصة[٦].

---

[٣] الدكتور مصطفى رشدي شيحة – مصدر سابق – ص١١٨.

[٤] نقلاً عن حسني المصري – شركات الاستثمار – دار النهضة العربية ١٩٨١ – ص١٨.

(٥) Ravel (R). Les societes dinvestissement, etode jordique economique et financiere, librairie du receuil sirey, Paris ١٩٥٩ – P١٧.

[١] الدكتور احمد شرف الدين – الدليل القانوني لتوظيف الاموال – ١٩٨٩ (هامش١) – ص٢٠٩.

[٢] سهام سوادي طعمة – النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي (دراسة مقارنة كلية القانون – جامعة بغداد – ٢٠٠١ – ص٢٤.

[٣] الدكتور علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – دار النهضة العربية – ١٩٨١ – ص١١.

وهنا نرى ان قوانين المصارف هي خليط ما بين العادات والاعراف المصرفية، والقواعد القانونية العامة وكل هذا يصب في اطار القوانين المصرفية ذات الطابع المتخصص بالنشاط المصرفي.

ومن هذا يتضح لنا ان صور الاستثمار المصرفي متعددة فممكن ان يكون في السندات والاوراق المالية فضلاً عن استثمار اموال العملاء المودعة في المصارف من خلال محافظ استثمارية تنشأها هذه المصارف وسوف نتعرض لمسؤولية المصارف في ادارة هذه المحافظ في هذه الرسالة في فصول لاحقة.

اما شركات الاستثمار المالي فتقوم باستثمار اموال المستثمرين لديها ولا تمتلك ودائع نقدية ولا تمارس وظيفة الائتمان او خلق النقود التي تمارسها المصارف التجارية.

وهناك امر ثالثاً جوهري في مفهوم الاستثمار المالي والاستثمار المصرفي من ناحية تقديم القرض، فهناك فرق كبير في القرض المقدم من قبل مصرف تجاري واخر من مؤسسة مالية، ذلك ان القرض الاخير لا اثر له على عرض النقد، لان المؤسسة المالية تدفع القرض من حسابها لدى مصرف تجاري وهذا لن يؤثر على عرض النقد، عكس ما هو عليه في القرض المقدم من قبل مصرف تجاري[١].

وبناءاً على ما ذكر سابقاً لا يمكن الدمج بين مفهوم الاستثمار في المصارف التجارية ومفهوم الاستثمار في المؤسسات المالية دمجاً كاملاً، ذلك لان الاستثمار في المؤسسات المالية هو جزء من الاستثمار المصرفي، بالاضافة إلى ذلك ان الاستثمار المصرفي له اوجه عديدة بتعدد الاعمال المصرفية على عكس الاستثمار المالي.

وهناك نوع اخر حديث نسبياً في الاستثمار المصرفي يتجلى في المصارف الاسلامية والتي ظهرت خلال تكييف نظامها الشرعي وارء لعدد من الفقهاء حيث عرفها بعضهم[٢] انها المصارف التي يجوز لها شرعاً القيام بالخدمات المصرفية التي تقدمها المصارف التجارية مع احداث بعض التعديلات عليها حتى تصبح موافقة للشريعة الاسلامية.

ويرى البعض الاخر ان المصرف الاسلامي يؤدي كافة الاعمال المصرفية الخدمية مستهدفاً خدمة عملائه وتيسير المعاملات المتصلة بشؤون انشطتهم، ويحصل المصرف في مقابل هذه الاعمال على اجر يطلق عليه في العرف المصرفي عمولة، وهذا الاجر كسب حلال مشروع يوصف ان الاجازة ذاتها مشروعة وحدد الفقهاء قواعدها وشروطها[٣].

ونحن نرى في هذا الباب ان وضع تعريف محدد الاستثمار المصرفي في هذا المجال (المصارف الاسلامية) ينطلق اساساً من المبحث الشرعي الذي يستند على اراء فقهاء الشريعة في معاملات المصارف التجارية وعليه يجب اعتماد القواعد

---

(١) الدكتور عبد المنعم السيد علي – اقتصادات النقود والمصارف – الجامعة المستنصرية – بغداد – سنة الطبع ١٩٨٦ – ص١٢١ – ص١٢٢.

(٢) نصر الدين فضل المولى محمد – المصارف الاسلامية – دار القلم للطباعة والنشر – جدة – السعودية – ١٩٨٥ – ص١٦٥.

(١) د. غريب الجمال – المصارف وبيوت التحويل الاسلامية – دار الشروق – جدة – السعودية ١٩٧٨.

الفقهية الشرعية بالدرجة الاساس وتفعيلها في ميدان الخدمات المصرفية الاسلامية، وليس فتاوى فقهاء الشريعة الاسلامية بالدرجة الاساس.

وعلى هذا يرى بعض المختصين انه لن يتمكن فكر العمل المصرفي الاسلامي ونظريته من صياغة بديل اسلامي للمصارف (التقليدية) وانه يجب صناعة فقه المعاملات المصرفية الاسلامية يكون ذا منهجية ويبدو اكثر تماسكاً في انسيابه النظري[1].

يتبين لنا مما تقدم ذكره عن الاستثمار المصرفي بعدَّه من الخدمات التي تقدمها المصارف على اختلاف انواعها (تجارية – اسلامية – متخصصة) ان هناك مفهوماً تقليدياً لعقود المصارف الاستثمارية وهناك مفهوم حديث لعقود الاستثمار المصرفي، وقد اعتمدت في استعراض المفهوم التقليدي ذكر عبارة

عقود المصارف الاستثمارية) والتي تضمنتها القوانين الخاصة مثل قانون التجارة العراقي[2] رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ وقوانين التجارة الاخرى.

اما المفهوم الحديث لعقود الاستثمار ذات الطابع المصرفي فهي تتمثل في عقود لم تنص عليها القوانين المختصة صراحة، بل وردت احكامها التنظيمية في القوانين المدنية والتجارية وقوانين البنوك، فهي عقود غير مسماة، اي لم ينص القانون صراحة على احكامها لانها وليدة النمط الجديد من الاعمال المصرفية التي اقتضتها ضرورة تطور الحياة في المجتمعات الحديثة.

وحتى نتمكن من وضع تعريف محدد لعقود الاستثمار المصرفي وفقاً للاسس الحديثة في تقديم الخدمات المصرفية، سوف نبين كلاً من المفهوم التقليدي والمفهوم الحديث كلاً على حدة، وبعدها نبين المقصود بـ عقود الاستثمار المصرفية وكما يلي:-

العقود المصرفية الاستثمارية

ويقصد به كما اشرنا لذلك سابقاً العقود التي نصت القوانين المختصة القانون المدني و قانون التجارة على تنظيم احكامها مثل وديعة النقود والقرض والاعتماد المستندي وبقية العقود الاخرى.

وسوف نتناول عقدي الوديعة والقرض لبيان المفهوم التقليدي بعقود المصارف الاستثمارية، وذلك لشيوع ابرام هذه العقود في البنوك التجارية.

النوع الاول – وديعة النقود المصرفية

فقد عرفت المادة ٢٣٩[3] من قانون التجارة وديعة النقود بانها عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك النقود المودعة فيه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع.

---

[2] د. جمال الدين عطية – البنوك الاسلامية – بين الحرية والتنظيم – التقويم والاجتهاد والنظرية والتطبيق – المؤسسة الجامعية الدراسات والنشر والتوزيع – بيروت – ١٩٩٣ – ط٢ – ص١٢٥.

[1] انظر قانون التجارة العراقي والمواد من ١٨٦ إلى ١٠٧.

[2] انظر نص المادة ٢٣٩ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

وقد عرف بعض المختصين وديعة النقود المصرفية بأنها عقد بين العميل والبنك، يسلم على اساسها العميل مبلغاً نقدياً إلى البنك الذي يلتزم برده بمجرد الطلب، او عند حلول الاجل المتفق عليه او شريطة اخبار مسبق، يقوم به العميل للبنك يطلعه فيه برغبته في سحب وديعته او قد تكون الوديعة مرتبطة بغرض مخصص او معين، وفي حال انتهاء غرضها الذي وضعت من اجله، يجوز لصاحبها ان يسحبها كما هو في الغطاء النقدي لخطابات الضمان المصرفية[١].

وهنالك جانب من الفقه العراقي[٢] عرف وديعة النقود بأنها عقد مصرفي ملزم لجانب واحد وهو المصرف يتملك بمقتضاه المصرف النقود المودعة لديه وله كامل الحرية في استخدام كامل الاموال.

ويمثل هذا الاتجاه نص قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في المادة ٣٠١[٣] اذ جاء فيها ان عقد وديعة النقود هو عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع. وهذا ما نصت عليه المادة ٣٢٩ من قانون التجارة الكويتي لسنة ١٩٨٠ وقانون التجارة الاماراتي رقم ١٨ لسنة ١٩٩٣ في المادة ٣٧١ وقانون التجارة البحريني رقم ٧ لسنة ١٩٨٧ في المادة ٢٧٥ وقانون التجارة العماني رقم ٥٥ لسنة ١٩٩٩ في المادة ٣٣٩.

ومن استعراض النصوص القانونية السابقة بخصوص وديعة النقود يتضح لنا ان وديعة النقود بوصفها احد انواع عقود المصارف الاستثمارية تحقق عدة ميزات للبنوك التجارية اهمها يكمن في التدفق الهائل من السيولة المادية التي تنهال عليها من عملائها، وبهذا تستفيد البنوك التجارية من تملكها لاموال الودائع النقدية، وبهذا تتاجر المصارف بهذه الاموال النقدية وتستثمرها في عمليات السحب التي يجريها العملاء، فتقوم باستثمار هذه الاموال من خلال اعطاء قروض بفائدة، وتمنح تسهيلات للعملاء بعمولات تدر عليها مبالغ طائلة مع احتفاظها في الوقت ذاته بجانب من السيولة النقدية.

ولقد جرى العمل المصرفي الاستثماري في عقد وديعة النقود على عدم استيفاء العملاء لحقوقهم فوراً، وانما يوكلون البنوك في تحصيلها من الغير، ومن ثم دأبت البنوك على فتح حسابات لعملائها وتدوين هذه الحقوق في الجانب الدائن للعملاء، الامر الذي نجم عنه تحول النقود القانونية إلى نقود دفترية او ائتمانية ثابتة في ذمة البنوك التجارية[٤].

والوديعة النقدية حسب المفهوم التقليدي لعقود المصارف الاستثمارية لا تخرج عن نطاق ثلاثة اشكال هي:

---

(١) د. جديع فهد الرشيدي – الودائع المصرفية في القانون المصري والكويتي والمقارن دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي – دار النهضة العربية – ط١ مصر – ٢٠٠٣ – ص٤٠.

(٢) أنظر في ذلك د. اكرم ياملكي واالدكتور فائق الشماع – القانون التجاري – جامعة بغداد – العراق – سنة الطبع ١٩٨٠، ص٢٨٣.

(٣) انظر نص المادة ٣٠١ من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

(١) د. رضا عبيد – عمليات البنوك من الناحية القانونية – القاهرة – مصر – ٢٠٠٠ – ص٩.

الشكل الاول – الوديعة بمجرد الطلب او بشرط الاخبار السابق:

وهو النوع الذي نصت عليه صراحة المادة ٢٤٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤[١] حيث صرحت هذه المادة ان للعميل الحق في استردادها في اي وقت يحدده، وان يستردها متى يشاء، ولا يستطيع المصرف المودع لديه النقود فرض اي قيد على هذا الحق، ويكون المصرف ملزماً برد الوديعة فوراً بمجرد اطلاعه على طلب العميل المباشر.[٢]

ويرى بعضهم ان البنوك التجارية درجت على اعطاء اصحاب هذه الودائع فائدة زهيدة، وذلك لكون البنوك غالباً ما تكون مستعدة لصرفها لعملائها الامر الذي يجعل البنوك تحجم عن استثمار هذه الاموال المودعة في عملياتها المصرفية الاستثمارية، ويطلق اصحاب هذا الاتجاه اسم – الودائع الجارية على هذه الودائع النقدية.[٣]

ونرى ان هذه الودائع لا يمكن ان تصح محلاً للاستثمار المصرفي طويل الاجل ذلك لان ملكية اموال الودائع للمصارف تكون غير ثابتة بسبب طبيعة عقد ايداع هذه الاموال لدى المصارف.

اما فيما يتعلق بالنوع الاخر الذي نصت عليه المادة ٢٤٣ من قانون التجارة العراقي وهي الوديعة المستحقة بموجب اخطار سابق[٤] او حلول اجل معين، وقد جرى العمل المصرفي على ان يوجه العميل اخطار للبنك يعلمه رغبته بسحب وديعته النقدية، ويشترط في الاخطار ان يكون مكتوباً، والهدف من هذا الاخطار كما يسوغه بعض الفقهاء هو اعطاء البنك مهلة محددة حتى يتمكن من تدبير الموارد المالية اللازمة للوفاء بهذه الودائع[٥].

وصفوة القول انه اذا كانت الوديعة تحت الطلب، فالشائع ان المصرف لا يعطي عليها فوائد، او فوائد ضئيلة جداً، لان ذلك يمنعه من الاعتماد عليها في عملياته، اما اذا كانت الوديعة لاجل فأن المصرف يعطي عليها فوائد يجب ان ينص عليها عقد الوديعة مع العميل بعد الاتفاق على ذلك في عقد الوديعة.

وبعبارة اخرى ان هذا النوع من الودائع يتيح للبنك حرية نسبية في توظيفها اذا ما قورنت بالودائع تحت الطلب، لكنها في الوقت نفسه لا تصل لحرية المصرف في استثمار الودائع الثابتة المقترنة باجل محدد، والتي هي موضع بحثنا التالي في انواع الودائع النقدية بمراعاة المفهوم التقليدي لعقود المصارف الاستثمارية.

الشكل الثاني. الودائع الثابتة او لاجل

---

(١) أنظر نص المادة ٢٤٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٢) د. جديع فهد الرشيدي، مصدر سابق، ص٦٢.

(٣) د. سميحة القليوبي – الأسس القانونية لعمليات البنوك – القاهرة – مكتبة عين شمس – ١٩٩٢، ص٥٧٩.

(١) انظر نص المادة ٢٤٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٢) د. رضا السيد عبد الحميد – سرية الحسابات المصرفية – القاهرة – الطبعة الاولى – سنة الطبع – ٢٠٠٠ – ص١٥٦.

وهذا النوع من انواع الوديعة النقدية المصرفية كما يرى بعضهم مستحقة في اجل معين، يتفق عليه العميل والبنك لقاء فائدة معلومة سلفاً، يقوم بادائها البنك الوديع للعميل وتعد هذه الصورة المهمة في الحسابات البنكية - bearing Account - Interest اذ يقوم المصرف باستثمار هذه الودائع خلال

مدة الوديعة، وذلك باقراضها إلى الغير بفائدة اكبر من تلك التي يؤديها للعميل، ولا يجوز للعميل استرداد الوديعة قبل انتهاء اجلها[١].

وقد نص قانون التجارة العراقي[٢] على هذا النوع في المادة ٢٤٣، واشارت المادة نفسها إلى وجوب اعطاء فوائد على هذا النوع من انواع الوديعة، وعلى الاتجاه نفسه سارت القوانين الاخرى، اذ ذكر القانون المصري[٣] في المادة (٣٠٥) ف١ والقانون الاماراتي التجاري في المادة (٣٧٢) ف٢ وقانون التجارة البحريني في المادة (٢٧٨) وقانون التجارة العماني في المادة ٣٤٢، وقانون التجارة الاردني في المادة (١١٥)، وقانون التجارة اليمني في المادة (٣٦٤) وبقية القوانين الاخرى المماثلة.

وهذا النوع من الودائع يدفع عنه المصرف فوئاد مرتفعة اكثر ما هي في الانواع السابقة الذكر، وذلك لتحقيق نوع من الاستقرار والضمان لما تقرضه منها دون خشية تقدم اصحابها لطلبها، وفي الوقت ذاته تحقق للعملاء نوعاً من الاستثمار المضمون.

ويرى بعضهم ان هذا النوع عادة ما يقبل عليه الشركات ولا سيما شركات الاستثمار المالي اذا توافرت لديها بعض الاموال التي تزيد عن حاجتها في التوظيف المالي لاموال المستثمرين، وتنتظر توظيفها في عملياتها المستقبلية، اذ انها تحقق عليها اضافات مضمونة تتمثل في قيمة الفوائد المتحصلة على المبالغ المودعة[٤].

ويرى اتجاه اخر وهو ما سار عليه العرف الانكليزي المصرفي ومنهم M.S Michael Salden ان للعميل الذي اودع وديعته لاجل معين ان يسحبها قبل الموعد المتفق عليه مع البنك، ولكن هذا الحق مشروط باستعداد العميل عن تخليه عن كل او جزء من الفائدة المتفق عليها[٥].

---

(١) د. علي البارودي – مصدر سابق – ص٢٩٩.

(٢) انظر نص المادة ٢٤٣ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(٣) انظر قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – المادة ٣٠٥ ف١.

(٤) الدكتور محمد علي مراد – مهام البنوك التجارية – معهد الدراسات المصرفية – القاهرة – ١٩٦٠ – ص٤.

(١) Michael Salden (Practical Trust administration) Op – Cit. P٢٥٤.

ونحن نتفق مع ما ذهب اليه الرأي الاول ذلك لان الودائع التي تحتفظ بها المصارف التجارية لاكثر وقت استقراراً، يخولها استثمار هذه الاموال وفق اصول صحيحة.

النوع الثاني – عقد القرض المصرفي

القرض كما عرفته المادة ٦٨٤[١] من القانون المدني العراقي بأنه – هو ان يدفع شخص لاخر عينا معلومة مثل الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلهما.

اما القانون المدني المصري[٢] فقد كان اكثر وضوحاً في تعريف عقد القرض في المادة ٥٣٧ بأنه:

عقد يلتزم به المقرض ان ينقل إلى المقترض، ملكية مبلغ من النقود او اي شيء مثليا اخر، على ان يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئاً مثله في مقداره ونوعه وصفته.

ومن الجدير ذكره ان تعاريف القوانين المدنية قد اجازت ان يكون الشيء محل عقد القرض نقوداً او اي شيء مثلياً، اما واقع العمل المصرفي فلا يعرف الا صورة واحدة من صور القرض اعلاه، الا وهي الصورة النقدية.

وفي هذا الصدد يبدو لنا أن البنوك تقوم بعملية تلقي اموال العملاء، ثم تقوم بدورها باقراض هذه النقود لاصحاب المشاريع التجارية والصناعية مقابل فائدة تحصل عليها اكبر من تلك التي تدفعها للمودعين.

ومن هنا يتضح ان المصرف بممارسته لعملية الاقتراض والاقراض يمارس لب النشاط المصرفي بوصفه من المؤسسات المالية التي تتحكم بالنقد وتؤثر في شريان الحياة للمشروعات التجارية والصناعية.

ووفقاً للقواعد العامة الواردة في القانون المدني وتحديداً في المادة ٦٩٢[٣] منه التي لم توجد الفائدة في القرض إلا إذا اشترطت في العقد، فأن عقد القرض الذي يبرمه المصرف التجاري يكون بفائدة تخضع لحكم القانون من حيث حدودها القصوى والدنيا والتي نصت عليها المادة ١٧١ من القانون المدني العراقي[٤] ومقدارها ٥% بوصفها الحد الاعلى للفوائد التجارية واستناداً إلى ان اعمال المصارف تجارية بحكم الفقرة الثالثة عشر من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي[٥].

وهناك اتجاه اخر في عقد القرض المصرفي جاء به قانون البنك المركزي المصري، جعل من القواعد والعادات التجارية المصرفية والاعراف المصرفية في خصوص الفائدة قوة توازي قوة النصوص المدنية المتعلقة باسعار الفائدة على اعتبار

---

[٢] انظر نص المادة ٦٨٤ من القانون المدني العراقي.

[٣] انظر نص المادة ٥٣٧ من من القانون المدني المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

[٤] د. علي البارودي – مصدر سابق – ص٦٣.

[٣]) انظر نص المادة ٦٩٢ من القانون المدني العراقي.

[٢] انظر نص المادة ١٧١ من القانون المدني العراقي .

[٣] انظر نص الفقرة ثالث عشر من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي – مصدر سابق.

انها من النظام العام، اذ تسوغ الزيادة الملموسة في سعر الفائدة المصرفية التي يحددها البنك المركزي وتتفق عليها البنوك التجارية[١].

وتحديد سعر الفائدة بوصفه موضوعاً رئيسياً ليس من مفاصل البحث وان سبب الاخذ بهذا الاتجاه، هو قوة النشاط المصرفي اضافة إلى ان قانون التجارة المصري قد اخذ بالمعيارين الشخصي والموضوعي في تحديد تجارية الاعمال

[٤] الدكتور محي الدين اسماعيل علم الدين – موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعلمية – مطبعة النسر الذهبي – الطبعة الاولى – القاهرة – مصر – ٢٠٠١ – ص١٥٣٤-١٥٣٥.

من جهة والاشخاص المحترفين للعمل التجاري، وهذا ما نصت عليه المواد ١ و٢ و٣ من قانون التجارة المصري[١]

وهناك من يرى ان عقد القرض المصرفي له خصوصية املتها عليه العادات والاعراف المصرفية، ذلك ان عقد القرض قد خرج عن ثوبه العيني[٢]، فلم يعد تسليم المبلغ شرطاً من انعقاد عقد القرض، بل ان مجرد تبادل الايجاب والقبول ينعقد به عقد القرض، وما التسليم الا احد الالتزامات المترتبة على عاتق المصرف.

وتضع المصارف التجارية لدى استثمارها للاموال المودعة لديها في مناسبة ابرامها لعقود القرض توظيف اموال المودعين، فلا تركز على عدد محدد من العملاء، بالاضافة إلى انها تطالب المقترضين في الوقت ذاته بتنويع الصيانات المقدمة لها، والتحقق من وجود مصادر اكيدة لسداد قيمة القرض، وفي الوقت ذاته تستوثق من الغرض التجاري من اجله قدم العميل طلباً للقرض[٣].

وقد جرى العرف المصرفي في تنظيم عقود القرض ان يصاحب عقد القرض حساب جار بسيط يدرج فيه المبلغ الاصلي للقرض، بالاضافة إلى ما يتم سداده.

الفرع الثاني: المفهوم الحديث لعقد الاستثمار المصرفي

سبق وان بينا بأن البنوك التجارية تمارس العمليات والخدمات المصرفية التقليدية، وفي المفهوم الحديث للعمل المصرفي ربحت في مجال العمل بوصفها امناء استثمار كوظيفة جديدة لها مميزاتها في تطوير عمليات هذه البنوك وخدماتها نحو افاق واسعة وحديثة، واكثر مساساً بحاجة العملاء.

ويجدر القول بأن البنوك عندما تقوم بدورها كأمناء استثمار تبذل جل اهتمامها وتتحرى الدقة والامانة في عملها، وتحرص كل الحرص على الاداء الجيد والسلوك المرضي للعملاء.

وفي هذا يقول بعضهم[٤] ان ادارة امناء الاستثمار في البنوك التجارية تخدم على الاقل مصالح المنتفعين، اذ انها تلتزم امامهم بالاخلاص والوفاء والتي يعدها مبادئ اساسية يقررها القانون واخلاق المهنة المصرفية.

ومن الجدير بالذكر أنه من التطبيقات الاسلامية الهامة لنظام امناء الاستثمار في البنوك التجارية هي المضاربات التي تقوم بها البنوك الاسلامية وبيوت التمويل الاسلامي[٥].

---

[١] انظر نصوص المواد ١ و٢ و٣ قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

[٢] د. محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق – ص١٥٣٩.

[٣] د. ابراهيم مختار – موارد البنوك التجارية وتوظيفها – معهد العلوم المصرفية – القاهرة ١٩٧٣ – ص٤.

[١] Marvin Mayer (The bankers) Weybright and Talley, NewYork, ١٩٧٤ - page ٥١٥.

[٢] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص١٨٢.

[٣] د. محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق – ص٥٣٠.

[٤] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص٦٤.

ويقصد بأمانة الاستثمار[١] ان يعهد الافراد او الشركات او المؤسسات إلى البنك باختيار امثل الطرق لاستثمار اموالهم او ادارتها او القيام ببعض الاعمال التي يضيق وقتهم عنها و لا يتسع لها .

وقد يعهد العميل للبنك باستثمار امواله، وذلك لما للبنوك من خبرة فنية في مجال الاستثمار تفوق غالباً خبرة العملاء وهذا هو ما يجري عليه العمل في صناديق الاستثمار المصرفي.

ومن هنا يرى بعض المختصين ان المصارف التجارية قفزت قفزة كبيرة في مجال الاستثمار في سوق الاوراق المالية والمضاربة – ان جاز هذا التعبير – على الاسهم المدرجة في البورصة، او سوق الاوراق المالية، والمعيار المميز عند الفقه بين العمل المصرفي والخدمة المصرفية، يكمن في مخاطر التجارة (الخسارة)[٢]

ومن بعد هذا نجد ان عمليات البنوك التقليدية كانت تقتصر على فتح الحسابات الجارية والاقراض وفتح الاعتمادات المستندية، وتقديم البضائع للعملاء، ولا يعد البنك مسؤولاً اذا ما اسفرت التجربة عن خطأ الرأي الذي أدلى به للعميل، لان هذه المشورة غير مأجورة، وانما هي مجرد من اعمال المجاملة مع العميل، لهذا السبب يكون دور البنك سلبياً عند تقديمه للمشورة بصدد استعلامات عملائه.

اما في خدمة امناء الاستثمار[٣] التي تقوم البنوك التجارية بها فقد وجدت الصورة الايجابية في عمل المصرف في دوره كأميناً استثمارياً اذ يعهد اليه العميل بأمواله ليقوم بأعمال التصرف او الادارة او الاستغلال التي تلزمها بالطريقة التي تعود على العميل بأكبر ربح ممكن، وبذلك لا يقتصر دور البنك على ارشاد العميل إلى كيفية تدبير شؤونه المالية، وانما يقوم البنك مأجوراً بنفسه بهذا التدبير، وهنا لا يستطيع البنك اساساً ان يتنصل من المسؤولية.

ومماتقدم يتضح ان الوظيفة الهامة للبنوك بوصفها امناء استثمار هي ادارة محافظ الاوراق المالية للجهات التي تقوم بتكوينها ووفقاً لنظامها الاساسي، ويتعامل في استثمار الاموال المشتركة او الاستثمار الجماعي للاموال، او تقوم البنوك نفسها بتكوين تلك المحافظ وادرتها في الوقت ذاته[٤]

وعلى أي حال فالبنوك التجارية ذات الطابع الاستثماري ينتظرها مستقبل كبير من خلال ما تقدمه للعملاء من تمويل لصفقات بيع وشراء الاوراق المالية، وضمان لها، وكذلك كونها طرفاً في عقود اتمام تلك الصفقات، بالاضافة إلى كونها تدير

---

[١] د. محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق – ص٥٣٠-٥٣١.

[٢] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص[١٧٣] .

وتحرك محافظ الاوراق المالية لصناديق الاستثمار التي تكونها بنفسها او للجهات التي تعمل لحسابها بوصفها امناء استثمار.

وهنالك من يرى[1] انه العميل المتعامل مع البنك اذا كان له حساب وديعة او حساب جار، واراد اجراء تعامل مع البنك في تحويل مدخراته او ما يحوزه من اموال إلى استثمار في اوراق مالية، فهنا يقوم البنك بجذب العميل إلى الاستثمار في مجال الاوراق المالية، موفراً بذلك للعميل في تحويله لتلك الاوراق المالية إلى سيولة نقدية في وقت ما يشاء دون مشقة او خسارة، فضلاً عن قناعته بأن الاستثمار في الاوراق المالية يعطيه عائداً اكبر على المدى الطويل، اذا ما كان الاستثمار في اوراق مناسبة.

ولا بد لنا قبل ان نضع مفهوماً محدداً لعقود الاستثمار المصرفي، توضيح معنى محافظ الاوراق المالية بوصفها احد الاركان الرئيسية في الاستثمار المصرفي الحديث.

يرى بعضهم[2] ان المحفظة عبارة عن تشكيلة من الصكوك الفردية او المرتبطة بعضها ببعض ذات عوائد مستغلة ترتكز على درجات متفاوتة من المخاطر، وان تكوين هذه الصكوك يجب ان يكون خاضعاً للهدف من انشاء المحفظة (هل المقصود من المحفظة تحقيق مكاسب سريعة ام مكاسب ثابتة ام مكاسب كبيرة ام مكاسب امنة ام هو خليط بين كل هذا وذاك.

ومحافظ الاوراق المالية ذات الطابع الاستثماري على انواع منها:-

١. الشاملة

وهي التي تحتوي على انواع مختلفة من الصكوك بمختلف النشاطات كأسهم الشركات العقارية وشركات السياحة او الصناعية او الزراعية او التجارية وهكذا، وتحقق هذه المحافظ الامن والطمأنينة نظراً لانخفاض درجة الخطر وارتفاع تكلفتها المادية.

٢. المتخصصة

وهي التي تختص بنوع معين كأن تكون قاصرة على الاسهم فقط او السندات فقط او اسهم شركات صناعية او تجارية معينة.

وهذان النوعان السابقان ليسا موضوع دراستنا لبعدها كل البعد عن مفهوم العمل المصرفي الذي يتسم بالمرونة في تحرك اموال المودعين

---

[1] الاستاذ عبد العظيم غريب – مقال بعنوان – للجهاز المصرفي دور غائب – مجلة الاهرام الاقتصادي – العدد ١٢٢٦ بتاريخ ١٣ يوليو ١٩٩٢.

[2] د. نصر علي طاحون – شركة ادارة محافظ الاوراق المالية – دار النهضة العربية – سنة الطبع ٢٠٠٣ – ص٣٤٩

٣. المرنة

اما النوع الثالث والذي هو بصدد الاعمال المصرفية، وما تعتمده المصارف التجارية بشكل رئيسٍ في استثمار اموال المودعين ومدخراتهم فهي – المحافظ المرنة[١] وهي التي تخضع في تكوينها لقواعد مرنة، وهذه القواعد المرنة هي التي تترك للمصارف الاستثمارية السلطة المطلقة في تكوين المحفظة (اختيار الصكوك)، ومن مزايا هذا النوع انها تسمح للمصارف الاستثمارية بأختيار الصكوك (مكونات المحفظة) الجيدة وتستبعد الرديء منها.

بالاضافة إلى ذلك فأن المصرف عندما يكون محفظة استثمارية بمناسبة ممارسته للعمل المصرفي يكون خاضعاً لرقابة البنك المركزي وملتزماً بالعادات والاعراف المصرفية. ويتمثل خضوع هذه البنوك للاجراءات التنظيمية والرقابية في عدة نواحي، وتختلف هذه الاجراءات من دولة لاخرى، فمثلاً في الولايات المتحدة الامريكية لها طابع خاص حيث يجب على البنوك ان تحصل على تراخيص (charters) من جهات مختصة فضلاً عن خضوعها للمراقبة والتفتيش من الجهات الفيدرالية، وخضوعها لرقابة داخلية من قبل مجلس المديرين في لجنة الاستثمار[٢].

وصفوة القول ان المصارف التجارية عند قيامها باستثمار اموال الودائع تمارس خدمة مصرفية بالاضافة إلى وظيفتها الرئيسة في العمليات المصرفية، هذه الخدمة الحديثة نسبياً تخضع في احكامها لمعايير عديدة اهمها على سبيل المثال لا الحصر – الحرفية المهنية في ممارسة العمل المصرفي ومسؤولية اتخاذ قرار الاستثمار الصائب، مضافاً لكل ذلك عنصر المخاطرة بالربح والخسارة.

اما الاستثمارات التي تقوم بها المصارف الاسلامية فلا تدخل ضمن اطار الخدمة المصرفية، انما تعتبر من قبيل العمليات المصرفية ذلك لان البنوك الاسلامية تخاطر باموالها في هذه الحالة وتتعرض للربح والخسارة [٣]

وفي الاستثمار الذي تقوم به البنوك الاسلامية يتعرض البنك لمخاطرة التجارة، لان البنك يقوم بفتح حساب استثمار لعملائه يتلقى فيها الودائع، ويقوم باستثمار هذه الاموال لدى الغير، ويكون له حصة في الربح يتفق عليها بوصفه - مضارباً – مشتركاً يضمن اموال العملاء، وفي حالة الخسارة يتحملها بوصفه ضامناً للمال[٤].

وقبل ان نبين فكرة المضارب المشترك في مفهوم المصارف الاسلامية نوضح ان المقصود بالمضاربة التي هو اساس عمل المصارف الاسلامية فقهياً[٥] هو ان يدفع رجال ماله لاخر يتجر له فيه على ان ما حصل من الربح بينهما حسب ما يشترطان، وهذا التعريف متفق عليه عند معظم المذاهب، وان هذا التعريف هو وصف لمعاملة او عقد من عقود المعاملات التجارية.

---

[١] د. نصر علي طاحون – مصدر سابق – ص٣٥١.
[٢] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص١٩٦.

[١] د. سامي حسنين احمد حمود – تطور الاعمال المصرفية بما يتفق مع الشريعة الاسلامية – الطبعة الاولى – القاهرة – ١٩٧٦ – ص٤٦٦-٤٦٧.
[٢] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٦٩
[٣] د. محمد اسماعيل ابو الريش – المضاربة المالية في الشريعة الاسلامية – دراسة فقهية – مطبعة الامانة – اسيوط ص٨-١١.

وبالعودة إلى فكرة المضارب المشترك المأخوذة من عقد المضاربة في الشريعة الاسلامية، نجد ان نظام المضاربة المشتركة الذي تأخذ به البنوك الاسلامية يقوم على اساس ان هنالك ثلاث اطراف (الطرف الاول) جماعة المستثمرين – العملاء – وهم من يقدمون المال (الطرف الثاني) فهم جماعة المضاربين وهم الذين يأخذون المال منفردين لكي يعمل كل منهم في ما حصل عليه من مال بحسب الاتفاق الخاص و(الطرف الثالث) هو البنك المضارب المشترك الذي يتوسط بين الطرفين الاول والثاني، وهو ذو صفة مزدوجة، ذلك لانه مضارب بالنسبة للمستثمرين، فيأخذ المال منهم ويستثمره، وهو في الوقت نفسه صاحب المال بالنسبة للمضاربين، فهو الذي يعطيهم الاموال ليضاربوا بها ويستحق البنك نسبة من الربح في مقابل ضمانة مال المستثمرين.

وعرف جانب من الفقه الاسلامي المعاصر [1] المضاربة بأنها شركة يدفع مالك المال إلى العامل مالاً ليتجر فيه، ويكون الربح بينهما بحسب ما شرطاه، واما الخسارة فعلى صاحب المال وحده، ويتحمل خسارة عمله وجهده.

ويتضح من هذا انه على الرغم من ان الاموال التي تقدمها هذه المصارف الاسلامية للاستثمار الذي تقوم به تعود ملكيتها للعملاء المودعين، الا انها بمناسبة استثمارها لهذه الاموال تخاطر بين (الربح والخسارة) لانها ضامنة لهذه الاموال.

ومن كل ما تقدم ذكره وبعد استعراضنا للمفهوم التقليدي لعقود المصارف الاستثمارية، والمفهوم الحديث لعقود الاستثمار المصرفي، وجب علينا ان نضع تعريفاً محدداً للمفهوم الحديث لعقود الاستثمار المصرفي وهو موضوع هذا البحث، حيث يمكن تعريف عقود الاستثمار المصرفي.

ونحن نرى انه من الواجب قبل ان نضع تعريفاً معيناً لعقد الاستثمار المصرفي ان نعرف المصارف الاستثمارية وفقاً لما تم استعراضه من اراء في مواطن سابقة.

وعليه يمكن تعريف المصرف الاستثماري بأنه:

المصرف التجاري او الاسلامي الذي يحق له استثمار اموال العملاء المودعة لديه من خلال تلقي الاموال من الجمهور على شكل ودائع لاشعار او لاجل وتقوم باصدار الصكوك وقبضها وانشاء محافظ استثمارية خاصة بتلك الاموال.

اما عقد الاستثمار المصرفي فيمكن تعريفه بأنه:

عقد تجاري مصرفي غير مسمى تقوم بموجبه المصارف الاستثمارية باستثمار اموال المودعين عن طريق اصدار صكوك استثمار لصالح المودعين او عن طريق انشاء محافظ استثمارية، ويكون المصرف مسؤول عن تنظيم اموال الاستثمار وادارتها مع مساهمة طرفي العقد في الارباح والخسائر التي تنجم عن تنفيذ العقد.

---

[1] د. نور الدين زعتر – المعاملات المصرفية والربوية وعلاجها في الاسلام – بيروت – مؤسسة الرسالة – ط٥ – ١٩٨٨ – ص١١٩.

المطلب الثاني
تكييف عقد الاستثمار المصرفي

ونبحث في هذا المطلب فرعين الاول نتناول فيه تكييف عقد الاستثمار المصرفي ضمن العقود غير المسماة والفرع الثاني موقف التشريعات والفقه والرأي القانوني الراجح.

الفرع الاول - تكييف عقد الاستثمار المصرفي ضمن العقود غير المسماة

يتطلب تكييف العقود عمليتين اساسيتين هما – تعريف الفكرة القانونية، بمعنى معرفة العناصر الخاصة والمميزة لهذا العقد ، وثانياً تفسير ارادة ذي الشأن [١].

وفي نظرنا ان الغاية من تكييف عقد الاستثمار الذي يبرمه المصرف هو إسباغ الصفة القانونية المناسبة على الاتفاق الذي تم ابرامه حتى يطابق المركز القانوني العقد مع المركز الواقعي للمتعاقدين.

وهنالك جانب من الفقه عرف العقد غير المسمى بأنه[٢] عقد لم يخصه القانون بأسم معين ولم يتولى تنظيمها، فيخضع في تكوينه وفي الاثار التي تترتب عليه القواعد العامة التي تقررت لجميع العقود.

بينما هنالك من يقرر [٣] ان العقود المسماة هي تلك التي نظمها المشرع تنظيماً مفصلاً ببيان القواعد التي تحكمها.

وفيما يتعلق بالعقود المسماة الخاصة بالمصارف التجارية فقد نص قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على بعض العقود المصرفية مثل ما نص عليه في المادة ٢٣٩[٤] في عقد وديعة النقود ونص المادة ٢٤٨[٥] في اجازة الخزائن والمادة ٢٧٣[٦] في عقد الاعتماد المستندي.

---

[١] د. اسامة ابو الحسن مجاهد – مصدر سابق – ص١٧٢.
[٢] د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام – الجزء الاول- منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، سنة الطبع ٢٠٠٠، ص١٦٧.
[٣] د. محمد كمال عبد العزيز – التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه – الجزء الاول الالتزامات – مصر – ١٩٨٠ – ص٨.
[٤] انظر نص المادة ٢٣٩ من قانون التجارة العراقي.
[٥] انظر نص المادة ٢٤٨ من قانون التجارة العراقي.
[٦] انظر نص المادة ٢٧٣ من قانون التجارة العراقي.

وعقد الاستثمار المصرفي التجاري الذي سبق وان اشرنا إلى تعريفه هو عقد غير مسمى، وفي هذا المجال يرى الفقيه الفرنسي صاحب نظرية العقود غير المسماة، ان هذه العقود تتسم بثلاث صفات اساسية وكما يلي:

الصفة الاولى – الصفة الاحتياطية Le Caractere Subsidiaire

وهنا يرى تيريه بأن العقد غير مسمى الا اذا كان من المستحيل ادارته في احدى الطوائف المنصوص عليها قانوناً، ولا فائدة وصفه بأنه غير مسمى طالما كان من الممكن ادراجه تحت احد من انواع العقود المسماة، بالاضافة إلى ذلك يمنح من المقابل على القواعد الامرة التي تخضع لها العقد المسمى الذي يدرج الاتفاق تحته وذلك بمحاولة اختراع اتفاق غير مسمى ليست له أي ذاتية خاصة تقتضي ذلك من اجل التحايل على هذه القواعد الامرة[١].

الصفة الثانية – الصفة النسبية Le Caractere Relatif

وهنا يرى تيريه ان فكرة العقد غير المسمى لا تتضح الا بمقارنتها بفكرة العقود المسماة، فمن ناحية يزداد الاهتمام بالقواعد التي يخضع لها العقد غير المسمى عندما تكون قواعد العقد المسمى الاقرب اليه من قبيل الامرة وليست مجرد قواعد مفسرة او مكملة ومن ناحية اخرى تقل اهمية نظرية العقود غير المسماة اذا زادت طرائق العقود المسماة، ومن ناحية ثالثة فأنه في بعض الاحيان لا يمكن التعرف على جوهر العقد غير المسمى الا بمقارنته بعقد مسمى قريب منه[٢].

ومثالنا في العقود المصرفية ان عقد الاستثمار المصرفي الذي نحن بصدد دراسته لا يمكن تحديد مضمونه او التعرف عليه الا من خلال صلته بالعقود المصرفية، اذ ان هناك عاملاً مشتركاً يطغى على جميع هذه العقود الا وهو العمل المصرفي وتحقيق الربح.

الصفة الثالثة – الصفة المؤقتة **Le Caractere Transitorie**

وهنا يرى الفقيه تيريه انه بعد تحديد النظام القانوني في العقد غير المسمى كما انه يتحول إلى عقد مسمى، لان المشرع عندما نص على بعض العقود المسماة لم يغلق الباب امام العقود غر المسماة، واذا ما حدد النظام القانوني على نحو كاف فأنه يصبح من العقود المسماة ولو كان مصدر هذا النظام هو القضاء وليس المشرع، ولا يعد ذلك ادراجاً للعقد غير المسمى تحت عقد مسمى منصوص عليه سلفاً، بل ان العقد غير المسمى هو ذاته يتحول إلى عقد مسمى جديد.

ونحن نرى بهذا الخصوص ان النظام القانوني لعقد الاستثمار المصرفي هو العرف المصرفي والعادة المصرفية، واذا ما حدد النظام القانوني للعقد، وعدم مخالفة

---

(١) Terre (Francois): L'influence de la volonte individuelle sur les qualifications – paris – ١٩٥٦ – p٤٥٣.

(٢) فرانسوا تيريه – المصدر السابق – ص٤٥٤.

ذلك النظام العام او الاداب العامة فلا يمكن عده حينئذ من العقود غير المسماة، واذا ما نظم القانون احكامه الدقيقة وتأكدت ذاتيته وبذلك يصبح من العقود المسماة.

وهناك جانب اخر من الفقه يرى ان[1] لا بد ان يتم لتقسيم العقود إلى اجناس وانواع:-

Classification des contrats en geners et en especes

وحسب ما يراه هذا الجانب من الفقه ان هذا التقسيم يتم وفقاً للاهداف العلمية التي تحققها العقود، اذ يحدد الهدف العملي جنس العقد، ثم يتم تحديد نوع داخل الجنس وفقاً للخصائص المميزة لهذا العقد، وعلى سبيل المثال ينتمي كل من البيع والمقايضة لجنس واحد، ويتم تحديد نوع كل منهما وفقاً للعنصر المميز له وهو المقابل La contre valuer الذي يكون نقوداً في عقد البيع ومالاً غير العقود في عقد المقايضة.

وينتقد هذا الجانب من الفقه الفقيه الفرنسي تيريه في مجال تطبيق قواعد اقرب العقود المسماة على العقد غير المسمى اذا ان ذلك يعني من وجهة نظر الجانب الاخر من الفقه الرغبة في ادراج كل اتفاق جديد في احد انواع العقود التي ينظمها

القانون، ويرى انه لابد من قبول فكرة العقود غير المسماة صراحة والاستعانة بتقسيم العقود إلى اجناس وانواع بهذا الشأن.

[1] د. اسامة ابو الحسن مجاهد – مصدر سابق – ص٢٧٠-٢٧١.

الفرع الثاني - موقف التشريعات والفقه والرأي القانوني الراجح

ولدى استعراض الاراء التي نظمت تكييف عقد الاستثمار المصرفي على اساس انه عقد غير مسمى تبرمه المصارف التجارية مع المستثمرين بقصد تحقيق الربح يتضح لنا الخضوع لرقابة البنك المركزي واشرافه باعتبار ان المصرف التجاري هو شركة اموال تنهل من العادات والاعراف المصرفية بالاضافة إلى التشريعات القانونية يتضح لنا انه.

بالنسبة لرأي الفقيه الفرنسي تيريه، نرى نحن ان هذا الرأي هو الادق في معرفة التكييف القانوني لعقد الاستثمار المصرفي لعدة اسباب اهمها:-

ان المشرع العراقي وتحديدا في القانون المدني و في المواد من (٥٠٦) إلى (١٠٠٧) قد نص صراحة على العقود المسماة ولم يذكر أي قواعد قانونية خاصة للعقود غير المسماة، بل ترك المجال مفتوحاً في خضوع العقد غير المسمى للقواعد العامة في نظرية العقد[١].

وعلى هذا الاساس نفسه نصت المادة ١١٠٧/ف١ من التقنين المدني الفرنسي صراحة على ان تخضع العقود للقواعد العامة الواردة بهذا الباب سواء كان لها تسمية خاصة ام لا[٢]

بالاضافة إلى كل ما تقدم فأن مسألة تكييف عقد الاستثمار المصرفي يعده من العقود غير المسماة يتناسب وتطور العمل المصرفي.

ويرى بعض المختصين ان القواعد سالفة الذكر قد تكفي للاحاطة بجميع نواحي العقد غير المسمى ومن المسلم في هذه الحالات جواز الرجوع إلى القواعد الخاصة بعقد مسمى معين وتطبيق ما يمكن تطبيقه منها على العقد غير المسمى عن طريق القياس، وذلك بمقارنة العقد غير المسمى بعقد مسمى، ونبين اوجه الشبه والاختلاف بينهما واستخلاص القواعد التي تناسب العقد غير المسمى مما نص عليه القانون بشأن العقد المسمى[٣] وعلى هذا نص قانون الموجبات والعقود اللبناني في المادة ٣/١٧٥ صراحة على الالتجاء لهذه الوسيلة لتحديد القواعد التي تسري على العقود غير المسماة.

ويبدوا لنا انه لابد للقضاء من ان تكون له الكلمة في تصنيف عقد الاستثمار المصرفي طالما انه لايمكن حصر الاعمال المصرفية في تشريعات واحدة لزمن غير معين، ولا بد من الاجتهاد القضائي لمعرفة العناصر القانونية لعقد الاستثمار الذي يبرمه المصرف مع المستثمر وان يستند هذا الاجتهاد إلى نص قانوني.

اما ما اورده الجانب الاخر من الفقهاء في مسألة تحديد جنس العقد ثم بعد ذلك يتم تحديد داخل الجنس، فهذا الرأي بالنسبة لعقود المصارف بشكل عام والاستثمار المصرفي بشكل خاص في غير محله ولا يمكن الاخذ به، لعدة اسباب اهمها: ان

---

[١] د. السنهوري – نظرية العقد – مصدر سابق – ص١٩٣.

[٢] les cotrats soit qu'il aient une denomination propre, soit qu'il n'en aient pas, sont soumis a des regles generals, qui sont l'objet de pressent titer

[٣] د. محمد لبيب شنب – الاعمال التجارية المختلطة – نطاقها ونظامها القانوني – مجلة العلوم الاقتصادية والقانونية – السنة السادسة – العدد الثاني – ص٣٦.

عقود المصارف من حيث النوع هدفها هو تحقيق الربح ولا يمكن تصور عكس ذلك لان جميع اعمال المصارف بما فيها العقود التي تبرمها هي تجارية بحكم القانون[1].

بالاضافة إلى ان العقود المصرفية تتداخل مع بعضها بشكل يصعب فيه بيان نوع العقد، ومثالنا على هذا ان عقد القرض الذي يبرمه المصرف وعقد الاستثمار لا يمكن ان نبين نوع كل عقد الا من خلال معيار نسبي وهو (المخاطرة) التي يتعرض لها المصرف في عقد الاستثمار، بينما لا تتحقق أي مخاطر على المصرف في عقد القرض.

المبحث الثاني:خصائص عقد الاستثمار وتمييزه عن غيره من العقود

ونبحث كل من خصائص عقد الاستثمار و ما يميزه عن غيره من العقود كل في مطلب مستقل :-

المطلب الاول – خصائص عقد الاستثمار المصرفي

بعد ان بينا الطبيعة القانونية لعقد الاستثمار المصرفي من انه عقد تجاري غير مسمى، سوف نبين في هذا المطلب وبفرعين مستقلين كلاً من – الخصائص الشكلية والخصائص الموضوعية لهذا العقد وكما يلي:-

الفرع الاول – الخصائص الشكلية لعقد الاستثمار المصرفي

يمتاز عقد الاستثمار المصرفي بعدة خصائص شكلية اهمها هي:

اولاً. الكتابة

ان مفهوم العقد الشكلي كما يرى بعض المختصين انه العقد الذي لا ينعقد بمجرد التراضي بين المتعاقدين بل يجب فوق ذلك اتباع شكل مخصص يعنيه القانون[1].

ويرى ايضاً بعضهم ان الشكل المطلوب هو الكتابة التي قد تكون رسمية مثل عقد الرهن التأميني. وقد تكون شكلية مثل عقد تأسيس الشركة[2].

وهناك اتجاه يرى ان المشرع اذا اشترط شكلاً معيناً لتصرف قانوني فأنه يستهدف من ذلك تحقيق مصلحة معينة، وهو لفرضه هذا يضيف إلى عناصر التصرف القانوني عنصراً مستقلاً عن سلامة الادارة[3].

---

(١) انظر نص المادة ٥ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

(١) د. السنهوري – نظرية العقد - مصدر سابق – ص١٨٨.

(٢) د. محمد لبيب شنب – مصدر سابق – ص٣٨-٣٩.

(٣) د. جميل متولي الشرقاوي – نظرية بطلان التصرف القانوني في القانون المدني المدني المصري – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٥٣.

وبالنسبة لعقد الاستثمار المصرفي يرى جانب من الفقه ان القانون[٤] قد اوجب على المصرف ان يصدر صكوك استثمار المودعين او المدخرين مقابل الاموال التي تستلمها منهم، وقد حرص القانون على ان يتضمن الصك بيانات جوهرية فائدة اكيدة اهمها تحديد الحقوق والالتزامات المترتبة[٥].

وعلى هذا الاساس لا يكفي التراضي المجرد لانعقاد عقد الاستثمار المصرفي، بل لا بد لصك الاستثمار ان يشتمل على جميع البيانات القانونية والا كان العقد باطلاً، ويستند الفقه[١]في هذا المجال علىبطلان العقد لتخلف الشكل. وهذا ما أشارت اليه صراحة الفقرة الثالثة من المادة ١٣٧ من القانون المدني العراقي.[٢]

ثانياً. انه عقد عيني

العقد العيني هو عقد لا يتم بمجرد التراضي بل يجب لتمام العقد تسليم العين محل التعاقد[٢].

ونر ى في هذا المجال ان عقد الاستثمار المصرفي لا ينعقد الا بتسليم كامل صك الاستثمار الذي هو احد اطراف هذا العقد المحل اموال الاستثمار للمصرف بصدد استثمارها ووفقاً للشروط المتفق عليها، وهذا ما نصت عليه المادة (٦) من القانون رقم (١٤٦) لسنة ١٩٨٨ المصري الخاص بشركات الاستثمار.

وبالاشارة إلى نظام الاستثمار المصرفي في المصارف الاسلامية، نجد ان جمهور الفقهاء قد اجمعوا بعينية عقد المضاربة بحيث يشترط فيه تسليم رأس المال إلى المضارب[٣]. وعقد المضاربة وفي هذا الجانب يرى استاذنا الدكتور طه الملاحويش ان فكرة المضاربة المصرفية هي الاساس القانوني للاستثمار المصرفي في المصارف الاسلامية وبمناسبة استثمار اموال العملاء .

وقد نص القانون المدني العراقي[٤] في المادة (٦٦١) صراحة وفي الفقر (ب) تحديداً ان يكون رأس المال من النقود والا يكون ديناً في الذمة وان يكون معلوماً وان يسلم إلى المضارب.

وعلى هذا نصت ايضاً مجلة الالتزامات والعقود التونسية[١] في المادة (١١٩٨) بقولها (يتم عقد القرض بتراضي المتعاقدين على اهم شروطه وتسليم هذا المال إلى العامل).

---

[٤] انظر نص المادة ١٨ من قانون شركات الاستثمار المالي المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨.

[٥] د. احمد السعيد شرف الدين – الدليل القانوني لتوظيف الاموال – مصر ١٩٨٨.

[١] د. جميل الشرقاوي – مصدر سابق – ص٣١٤.

[٢] أنظر نص المادة ١٣٧ من القانون المدني العراقي.

[٢] د. السنهوري – الوسيط – نظرية العقد - مصدر سابق – ص٣١٤.

[٣] د. طه نوري الملا حويش – عقد المضاربة في الفقه الاسلامي – دراسة مقاربة – ١٩٧٥ – ص٢٠٧.

[٤] للمزيد من الاطلاع انظر نص المادة ٦٦١ من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[١] انظر مجلة الالتزامات والعقود التونسية.

ثالثاً. انه عقد محدد

العقد المحدد هو العقد الذي يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطى.

اما العقد الاحتمالي او عقد غير المقدر فهو العقد الذي لا يستطيع فيه كل من المتعاقدين ان يحدد وقت تمام العقد القدر الذي اخذ والقدر الذي اعطى، ولا يتحدد ذلك الا في المستقبل تبعاً لحدوث امر غير محقق الحصول او غير معروف وقت حصوله[٢].

ولربما يبدو عقد الاستثمار المصرفي انه من العقود الاحتمالية وذلك لان المستثمر يتعرض لاحتمال الربح او الخسارة، الا ان التطبيق القانوني خلاف ذلك.

ويؤيد بعض الفقهاء هذا الاتجاه حيث يرى [٣] ان العقد الذي يبرمه المصرف هو عقد محدد وليس احتمالي لسبب ان المصارف ما هي الا شركات لاستثمار الاموال وادارتها وان عقد الشركة هو عقد محدد وليس احتمالي، وعلى هذا الاساس يكون العقد محدد اذا كان المتعاقد يعرف وقت العقد القدر الذي اعطى وقدر ما يأخذ، والشريك يعرف ذلك، فهو يعطي حصته من رأس المال ويساهم في نصيب معين من الارباح ان وجدت، وهذا كاف لجعل العقد محدداً، اما احتمال الخسارة فلا يجعل عقد الاستثمار قياساً لعقد الشركة عقداً احتمالياً.

ونحن نرى ان احتمال تحقق الخسارة في عقود الاستثمار المصرفي امر نادر الحدوث بسبب ان المصارف عندما تستثمر الاموال وتبرم العقود الخاصة بذلك، تتحرى الدقة المطلقة في عملها حتى تتجنب تحقق المسؤولية عن اعمالها القانونية بانواعها التعاقدية والحرفية وهذا ما سنبحثه لاحقاً في فصول متقدمة من البحث.

الفرع الثاني – الخصائص الموضوعية لعقد الاستثمار المصرفي

يمتاز عقد الاستثمار المصرفي بعدة خصائص موضوعية اهمها:

اولاً. انه عقد تجاري

سبق وان اشرنا في موضع سابق إلى ان قانون التجارة العراقي[١] قد اخذ بالمعيار الموضوعي للاعمال التجارية، حيث اشار في الفقرة (ثالثة عشر) من المادة (٥) على عد اعمال المصارف تجارية طالما انها بقصد الربح، واخذ المشرع العراقي بالمذهب الشخصي عندما عرف اتاجر في المادة السادسة من قانون التجارة ويرى بعضهم ان العمل التجاري هو الاساس في تحديد نطاق تطبيق القانون، لان التاجر صفة يكتسبها من يحترف الاعمال التجارية، فالصفة التجارية تثبت للعمل اولاً ثم تنتقل من العمل إلى شخص القائم به اذا ما احترف هذا العمل بصورة مستمرة ومنتظمة[٢].

---

[٢] د. السنهوري – الوسيط – نظرية العقد - مصدر سابق – ص٢٠٢ وما بعدها.

[٣] د. السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الخامس – المجلد الثاني – الهبة والشركة والقرض والدخل الدائم والصلح – دار النهضة العربية – مصر – سنة الطبع ١٩٦٨.

[١] انظر نص فقرة ١٣ من المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

[٢] د. مصطفى كمال طه – القانون التجاري – الاعمال التجارية والتجار – الشركات التجارية – الملكية الصناعية – بيروت – ١٩٨٨ – ص١١.

وقد اخذ اصحاب هذا الرأي بالمذهب الشخصي للتشريع التجاري ومن التشريعات التي اخذت بهذا المبدأ[٣] واشترطت الحرفة هي التشريع الالماني الصادر عام ١٨٩٧ والمعدل عام ١٩٥٣ في المادة الاولى منه التي نصت على احتراف العمل التجاري، والتشريع الايطالي الصادر عام ١٩٤٢ والتشريع السويسري الصادر عام ١٩١١.

اما اصحاب الاتجاه الاول الذين اخذوا بالمذهب الموضوعي فيرى اصحاب هذا الاتجاه ان العمل التجاري هو المحور الذي تدور حوله قواعد القانون التجاري بصرف النظر عن صفة الشخص القائم به، أي ان قانون التجارة يطبق وفقاً لهذا المعيار على الاعمال التجارية حتى لو كان القائم بها غير تاجر، ويطبق القانون المدني على الاعمال المدنية حتى لو كان
القائم بها تاجراً، فالقانون التجاري في ظل هذا المعيار يعد قانون الاعمال التجارية لا قانون التجار[١].

وفي هذا المجال يرى الاستاذ الدكتور اكرم ياملكي ان هذا المبدأ اكثر تماشياً مع فكرة المساواة بين المواطنين ومبدأ حرية التجارة الذي يسمح لكل فرد ان يزاول العمل التجاري، ولم تعد الاعمال التجارية وفقاً على التجار بعد ان تطورت الاعمال التجارية وما ترتب على هذا التطور من تعميم الاخذ بالاساليب التجارية في التعامل بين المواطنين، كالاعمال المصرفية واستعمال الاوراق التجارية، اذ ليس من المنطق ان يطبق على اعمال من طبيعة واحدة احكام مختلفة لمجرد اختلاف الشخص القائم بها[٢].

اما الاتجاه الثالث في الفقه التجاري الذي اخذ به المشرع المصري في قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ الذي اخذ بالمعيارين الموضوعي والشخصي في تحديد طبيعة تجارية الاعمال اذ نص في المادة (٤) الرابعة منه على اعمال تعد ملزمة بصرف النظر عن صفة القائم بها، كما نص في الوقت ذاته في المادة الخامسة على اعمال تجارية بسيطة تداولها على وجه الاحتراف[٣].

واصحاب هذا الاتجاه يسيرون على مبدأ الاعمال التجارية المختلطة والتي لا تكون العلاقة الا بالنسبة لاحد طرفيها في حين تكون مدنية بالنسبة للطرف الاخر[٤].

يسوغ اصحاب هذا الاتجاه حجتهم بأن عقد الاستثمار عقد مدني من جانب حامل صك الاستثمار، فهو وان كان يهدف إلى تحقيق الربح لنفسه، شأنه في ذلك شأن المتعاقدين في اغلب العقود المدنية، وان مجرد تقديمه امواله للاستثمار لايعد عملاً تجارياً فحامل الصك يكون شخص محدود الدراية بشؤون التجارة والاستثمار يبغي الحصول على عائد لامواله، دون ان يباشر بنفسه الاعمال

---

[٣] انظر د. عزيز العكيلي – شرح القانون التجاري – الجزء الاول – الاعمال التجارية للتجار – العقود التجارية – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – ١٩٩٨ – ص١٤.

[١] د. عزيز العكيلي – مصدر سابق – ص١٠.

[٢] د. اكرم ياملكي – شرح قانون التجارة العراقي – بغداد ١٩٧١ – ص٢٠.

[٣] انظر نص المادة (٤) و (٥) من قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

[٤] د. لبيب شنب – مصدر سابق – ص٤١.

اللازمة للاستثمار، ويدعم هذا الرأي ان حامل صك الاستثمار اذا اجاز العقد ذلك يتمتع برخصة استرداد امواله في أي وقت، وهذه الرخصة تعد امراً غريباً في ميدان الاعمال التجارية التي نفترض فيمن يباشرها ان يتعرض لقدر لا يستهان به من المخاطر وهو ما يتنافى مع هذه الرخصة[١].

وصفوة القول نرى ان عقد الاستثمار المصرفي هو عقد تجاري لكلا طرفيه، المصرف يحكم قانون التجارة والمستثمر يحكم استثمار للاموال المودعة في المصرف مضافاً إلى نص القانون التجاري على ذاك.

ثانياً. انه عقد زمني

العقد الفوري هو العقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وان تدخل الزمن فيه عنصراً عرضياً لا عنصراً جوهرياً لتحديد وقت التنفيذ لا لتحديد المحل المعقود عليه[٢].

اما العقد الزمني فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، اذ يكون يكون هو القياس الذي يقدر به محل العقد ذلك ان هناك اشياء لا يمكن تصورها الا وهي مقترنة بالزمن[٣]

ويتضح لنا ان عقد الاستثمار المصرفي لا يمكن ان يكون عقداً فورياً ذلك لان فكرة الاستثمار تقتضي وجود زمن يتم خلاله الاستثمار للحصول على الارباح، وعلى هذا الاساس نرى ان عقد الاستثمار المصرفي هو عقد زمني.

يترتب على عد عقد الاستثمار المصرفي من العقود الزمنية ذات الاثار المترتبة على ذلك تطبيقاً للقواعد العامة طالما ان الزمن عنصر جوهري يرتبط به تنفيذ الالتزامات المترتبة على العقد[٤].

وعلى هذا الاساس فاذا ما نفذ العقد الزمني حيناً من الزمن واريد لسبب او لاخر الرجوع فيه، استحال ذلك، لان المدة من الزمن التي نفذ فيها العقد قد وما تم تنفيذه من العقد اصبح نهائيا لايمكن الرجوع فيه[١].

ومثالنا في عقد الاستثمار المصرفي انه اذا ما استثمر المصرف الاموال المخصصة للاستثمار وحقق ارباحاً وسلمها إلى الطرف الاخر في العقد واراد هذا الطرف الرجوع لسبب ما عن العقد، فلا يجوز ذلك قانوناً بالاضافة إلى تعارض ذلك مع العادات والاعراف المصرفية.

ونرتب على عد عقد الاستثمار المصرفي من العقود الزمنية، انه بالاضافة إلى استحالة الرجوع، بأنه في حالة الفسخ لا تنسحب اثره على الماضي لان ما نفذ لا يمكن اعادته، مع ملاحظة ان اهمية الفسخ تتضاءل في عقود الاستثمار بشكل عام في الحالة التي يكون فيها لحامل الصك (المستثمر) ان يسترد قيمته في أي وقت[٢].

---

[١] د. اسامة ابو الحسن مجاهد – مصدر سابق – ص٢٩٦.
[٢] د. السنهوري – الوسيط – مصدر سابق – ص٢٠٤.
[٣] د. السنهوري – الوسيط – مصدر سابق – ص٢٠٦.
[٤] راجع تفصيل التفرقة بين العقد الفوري والعقد الزمني – السنهوري – ص٢٠٧.
[١] السنهوري – الوسيط – نظرية العقد - مصدر سابق – ص٢٠٧-٢٠٨.
[٢] د. اسامة ابو الحسن مجاهد – مصدر سابق – ص٢٩٠.

ثالثاً. انه عقد غير لازم

العقد اللازم هو العقد الذي لا يجوز لاحد طرفيه ان يتحلل منه بدون رضا الطرف الاخر.

اما العقد غير اللازم فهو العقد الذي يجوز لكل من طرفيه او لاحدهما ان ينحلل منه دون الحاجة إلى الحصول على موافقة الطرف الاخر[٣].

والاصل في العقود اللزوم، وان عد العقد لازماً لا يحتاج إلى تقرير صريح في القانون بذلك، اما عد العقد غير لازم فلا يكون الا بنص صريح في القانون او باتفاق المتعاقدين[٤].

وقد يكون العقد غير لازم من الجانبين مثل عقد الوكالة، وقد يكون غير لازم بالنسبة لاحد طرفيه مثل المؤمن له في عقد التأمين[١].

وقدر تعلق الامر بعقد الاستثمار المصرفي واهمية التفرقة بين العقد اللازم وغير اللازم تتضح من خلال انهاء العقد غير اللازم من قبل المتعاقد الذي قرر القانون هذه الرخصة له، لا يعتبر اخلالاً بالعقد وبالتالي يترتب عليه حل الرابطة العقدية دون أي مسؤولية على الطرف المنهي ما لم يتعسف في استعمال سلطة الانهاء وذلك عكس الحال بالنسبة للعقد اللازم[٢].

وبعبارة ادق ان المستثمر (حامل صك الاستثمار) اذا اراد استرداد ماله وانهاء عقد الاستثمار مع المصرف، فأن رغبته منصوص عليها قانوناً على اساس وصف العقد انه غير لازم ولا يحق للمصرف رفض انهاء العقد اذا ما طلب المستثمر ذلك، ولا يجوز للمصرف الرجوع على المستثمر بدعوى المسؤولية التعاقدية، الا اذا تبين ان المستثمر تعسف في استعمال حقه الذي قرره القانون.

ويلاحظ جانب من الفقه انه بعد صدور قانون الاستثمار رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨م وعلى اعتبار المصرف شركة اموال تمارس مهنة تلقي الاموال والودائع من العملاء، بالاضافة إلى ممارستها لعملها وفقاً للعادات والاعراف المصرفية، وتحديداً في المادة (١١) من القانون التي نصت على السماح بجواز الشركة او المصرف ايقافها لنشاطها بموافقة مجلس الادارة عند التحقق من براءة ذمتها بالنسبة لكل التزاماتها بما فيها المستثمرين الذين هم حملة صكوك الاستثمار[٣].

وهنا يرى اصحاب هذا الاتجاه ان هذا الانقضاء الجماعي لكل العقود المبرمة مع حملة الصكوك بارادة الشركة المنفردة يجب ان لا يكون فيه اخلال بالالتزامات التعاقدية، ووفقاً لهذا الرأي يرى اصحاب هذا الاتجاه، ان عقد الاستثمار هو عقد غير لازم بالنسبة للمصرف ايضاً طالما ان ذلك يتم وفقاً للضوابط ووفقاً لنص القانون اعلاه[١].

---

[٣] د. محمد لبيب شنب – مصدر سابق – ص٦٢ – تفصيل تقسيم العقود إلى لازمة وغير لازمة.

[٤] د. محمد لبيب شنب – مصدر سابق – ص٦٢.

[١] د. ممد لبيب شنب – مصدر سابق – ص٦٣.

[٢] انظر نص المادتين اعلاه في القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.

[٣] د. اسامة ابو الحسن مجاهد – مصدر سابق – ص٢٩٣.

[١] انظر نصوص المواد ٣٧و٤٠ من قانون شركات الاستثمار المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨م.

وبالنتيجة يتضح انه كان على المشرع وفقاً لاصحاب الاتجاه الاخير على ينص صراحة على عد العقد غير لازم بحسب الاصل بالنسبة لحامل الصك مع وضع بعض الضوابط لحامل الصك حتى لا يلحق المصرف خسارة ولا يضر بمصلحة حملة صكوك الاستثمار او مصلحة الشركة.

المطلب الثاني
تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن غيره من العقود

نبحث في هذا المطلب ومن خلال فرعين مستقلين عن بعضهما ما يميز عقد الاستثمار المصرفي عن غيره من العقود التجارية والعقود المدنية وكما يلي:

الفرع الاول: تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن العقود التجارية

ان اهم ما تمتاز به العقود التجارية بصفة عامة هي غاية تحقيق الربح التي تكون الغاية الرئيسية من ابرامها الا ان هذه العقود يختلف بعضها عن بعض في الجوانب القانونية المنظمة لها وفي المراكز القانوني لاطرافها وفي مدى حرية المتعاقدين في ابرامها وتعديلها... وبقية الامور التنظيمية الاخرى.

اولاً. تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن عقد القرض المصرفي

يعرف عقد القرض بأنه: ان يدفع شخص لاخر عيناً معلومة من الاعيان المثلية التي تستهلك بالانتفاع بها ليرد مثلها[1] وعادة ما يكون عقد القرض الذي ابرمه المصرف عملاً تجارياً وبفائدة يحصل عليها من المقترض.

وقد نص القانون المدني بشأن موضوع الفائدة في المادة (١٧١) منه و في الفقرة (١) على انه يجب ان ينص صراحة على مقدار الفائدة[2] ولا يجوز ان يكون سعر الفائدة اكثر مما هو محدد في القضايا التجارية وهو نسبة الـ (٥%) من اصل مبلغ القرض وهذا مانصت عليه المادة (١٧٢) ايضا.

واذا كان القانون المدني يصور في نصوصه ان يكون محل عقد القرض نقودا او شئ مثلي اخر، فأن ما جرى عليه العمل المصرفي لا يعرف من صور القروض الا الصور النقدية، او لا توجد اموال مثلية يمكن ان تقرضها النقود.

ويمتاز عقد القرض المصرفي بعدة خصائص يتفق فيها تارة مع عقد الاستثمار المصرفي، ويختلف عنه في نواحي اخرى.

فعقد القرض المصرفي عقد رضائي وان كان العميل يجري على تحريره كتابة في جميع الاحوال مثل عقد الاستثمار الذي يبرمه المصرف بالنسبة لحاملي صكوك الاستثمار.

وهنالك من يرى ان[1] عقد القرض المصرفي لم يعد من العقود العينية، فتسليم المبلغ محل عقد القرض ليس شرطاً لانعقاده، بل ان مجرد تبادل الايجاب والقبول ينعقد به عقد القرض، وما التسليم الا احد الالتزامات المترتبة على عقد القرض المصرفي وهو التزام يقع على عاتق المقترض، ويقابله بعد التسليم نشوء التزام على عاتق المقترض برد المبلغ في الاجل المتفق عليه.

---

[1] للمزيد من الاطلاع - انظر نص المادة ٦٨٤ من القانون المدني العراقي .
[2] انظر نص الفقر الاولى من المادة ١٧١ و ١٧٢ من القانون المدني العراقي .
[1] د. محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق – ص[١٥٣٩] .

اما عقد الاستثمار المصرفي الذي سبق وان بينا في ذكرنا لخصائصه انه عقد عيني لا ينعقد الا بتسليم حامل صك الاستثمار الذي هو احد اطراف الاستثمار للمصرف الاموال محل العقد[٢].

وهذا ما اجمع عليه ايضاً جمهور الفقهاء[٣] بالنسبة لنظام المصارف الاسلامية من خلال عينية عقد المضاربة الذي يعد بدوره الاساس القانوني للاستثمار في المصارف الاسلامية.

ويختلف عقد القرض المصرفي عن عقد الاستثمار في الفوائد، فعندما يبرم عقد القرض المصرفي ، يتم الاتفاق بين المصرف والمقترض على سعر الفائدة وتخرج الفوائد المصرفية في القروض عن القواعد المدنية بالنواحي التالية[٤]:

١. ان سعر الفائدة يختلف باختلاف العرض المصرفي.
٢. تسري الفوائد على عقد القرض بمجرد الخصم من مبلغ القرض او الاضافة اليه اما الفوائد في القانون المدني فلا تسري الا من تاريخ المطالبة القضائية.
٣. عدم وجود حد اقصى لمجموع الفوائد، ويجوز ان يكون مجموع الفوائد اعلى من رأس المال عكس ما هو عليه الحال في القانون المدني.

اما عقد الاستثمار المصرفي فلا يمنع المصرف فيه أي فائدة نسبية نحدده سلفاً للعميل وانما يقوم باستثمار الاموال المودعة لديه من العملاء من خلال المحافظ الاستثمارية والعقود الاستثمارية التي يبرمها بهدف الحصول على عائد مادي (ربحاً او فائدة)، ويختلف عنه ايضاً من نفس الناحية بأن مبلغ الوديعة محل عقد الاستثمار، يمكن ان يطلب العميل استرداده في أي وقت يشاء، اما عقد القرض فلا يمكن للمصرف طلب رده الا بعد انتهاء الاجل المحدد لعقد القرض وصفوة القول ان المصرف في عقد الاستثمار هو امين للاستثمار وليس مقرضاً بنسبة كما في عقد القرض المصرفي.

ثانياً. تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن عقد وديعة النقود

عرفت المادة (٢٣٩) من قانون التجارة[١] عقد وديعة النقود بأنه عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك النقود المودعة فيه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع.

وهنالك من يعرف وديعة النقود المصرفية بأنها تلك الاموال التي يعهد بها الافراد والهيئات إلى مصرف من المصارف ليستخدمها في نشاطه المهني مع التزامه بردها او برد مبلغ مساو لها إلى المودع او من يعينه المودع لدى الطلب وبالشروط المتفق عليها[٢].

ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان الوديعة المصرفية تنقسم إلى قسمين[٣] هما الوديعة النقدية الاعتيادية. وفيها يمتلك البنك المبلغ المودع ويكون له ان يتصرف فيها

---

[٢] للمزيد من الاطلاع - انظر نص المادة ٦ من القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨م.
[٣] د. طه محي الملا حويش – مصدر سابق – ص٢٠٧.
[٤] د. محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق ص ٣٢١
[١] للمزيد من الاطلاع - انظر نص المادة ٢٣٩ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ .
[٢] د. علي جمال الدين عوض – مصدر سابق – ص٣٥.
[٣] د. علي جمال الدين عوض – مصدر سابق – ص٣٧-٣٨.

ويستغلها في نشاطه الخاص، على ان يرد قدراً يماثل القدر المودع، وهذه الودائع التي تكون الاموال التي يستخدمها في الاقراض. والنوع الثاني هو الوديعة النقدية المخصصة لغرض معين وهي التي تقوم على اساس ان يودع شخص مبلغاً نقدياً ويوكل البنك في ان يقوم لحسابه بهذا المبلغ بشراء اوراق مالية او بالاكتتاب

فـي اسهم او بالوفاء بكمبيالة، وكذلك قد تخصص الوديعة لضمان ائتمان او قرض قدمه البنك للمودع، او تخصص لوصفها كفالة لضمان دين على المودع لشخص من الغير، وفي هذه الحالات يمتنع على البنك ان يتصرف في الوديعة وعليه ان يحتفظ بها لخدمة الغرض المخصصة له.

فبالنسبة للنوع الثاني من انواع الوديعة لا يختلط فيه الامر بعقد الاستثمار ذلك ان الغرض من عقد الوديعة هو حفظ الشيء ورده عيناً وفقاً لنص المادة (٩٥٦) من القانون المدني[١] والمادة ٧١٨[٢] من القانون المدني المصري اما الغرض من عقد الاستثمار فهو استثمار الاموال المقدمة من رب المال للمصرف الاستثماري. ولا يجوز للمصرف استعمال الوديعة لغير غرضها، وفي نفس الوقت لا يجوز للمودع عنده ان يستعمل الشيء المودع عنه دون ان يأذن له المودع في ذلك صراحة او ضمناً وذلك ما نصت عليه صراحة المادة[٣] ٩٥٦ مدني عراقي (ف١)، اما في عقد الاستثمار فيجوز للمصرف استعمال الاموال المقدمة له واستثمارها او التصرف فيها.

ويبدو لنا ان الصورة التي يختلط فيها عقد الوديعة المصرفية مع عقد الاستثمار المصرفي هي الصورة الاولى وهي الوديعة النقدية العادية خاصة اذا اقترنت بفائدة يدفعها البنك للمودع، وظاهر الامر ان تنص المادة ٩٧١ من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه اذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود او أي شيء اخر مما يهلك بالاستعمال وكأن الوديع مأذون في استعماله، اعتبر العقد قرضاً ما لم يقضِ العرف بغير ذلك[٤] ، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة(٧٢٦) من القانون المدني المصري[٥].

فهنا نجد ان القانون حسم الخلاف حول طبيعة العقد في هذه الحالة عندما عد (الوديعة الناقصة) قرضاً بسبب اخذ الاجر او الفائدة على الايداع، وعند ذلك نعود إلى التمييز ما بين عقد القرض والاستثمار انف الذكر.

وهناك امر اخر جوهري مفاده ان البنك عندما يتلقى قروض في صورة ودائع توفيراً وشهادات استثمار او شهادات ايداع او حسابات جارية، فأن المصرف هنا يستثمرها لحسابه الخاص، لا لحساب المقرضين وبذلك تدفع البنوك لمقرضيها فوائد[١].

ونحن نرى ان هذا الفرق الجوهري بين الاستثمار المصرفي والقرض المصرفي، ذلك ان فوائد القرض المصرفي لا ترتبط بعمليات الاستثمار لانها محددة سلفاً، ومن جهة اخرى لا يتصور تعرض اموال القرضين للخسارة تبعاً للاستثمار لان

---

[١] للمزيد من الاطلاع انظر نص المادة ٩٥٦ من القانون المدني العراقي.
[٢] انظر نص المادة ٧١٨ من القانون المدني المصري.
[٣] للمزيد انظر نص الفقرة الاولى من المادة ٩٥٦ قانون مدني عراقي .
[٤] للمزيد من التفصيل انظر نص المادة ٩٧١ مدني عراقي.
[٥] انظر نص المادة ٧٢٦ مدني مصري.
[١] د. علي جمال الدين عوض – مصدر سابق – ص١.

العقد هو قرض، اما اذا كان العقد استثمار فلا تكون هناك نسبة محددة للارباح وبالاضافة إلى امكانية تحمل الخسارة ان تحققت كما في بعض صور عقود المصارف الاسلامية.

ثالثاً. التمييز بين الاستثمار المصرفي والاستثمار في شركات الاموال

هنالك من عرف شركات الاستثمار المالي بأنها شركات تقوم بين الاشخاص الطبيعيين والمعنويين، وتكون لكل سهم حصة بقدر ما يقدم المساهم من اموال يعددها على اساس الربح وان هدفها هو ادارة حافظة وتكوينها من الاموال المنقولة واستثمارها[٢].

وهتالك من عرفها بأنها[٣] شركات مساهمة ذات نشاط مالي استثماري ورأس مال محدد بحد ادنى تنشأ عن طريق عقد لتأسيسها يوجد لها شخصية معنوية وذمة مالية مستقلة تستطيع بموجبها ان تمارس نشاطها الرئيسي وليـس

والوحيد هو تكوين حافظة اوراق مالية وادارتها وتحملها المخاطر الناجمة عن هذا النشاط وفق المحدود والضوابط المرسومة قانوناً.

ولا يختلف النشاط الاستثماري لكل من الاستثمار المصرفي والاستثمار في شركات الاموال من ناحية ان كلا النوعين يقوم على مبدأ الاستثمار في الصكوك والمحافظ المالية المتخصصة الا انهما يختلفان عن بعض في عدة نواحي اهمها:-

اولاً. ان الاستثمار في شركات الاموال يكون طبقاً لعقد تأسيس شركة[١] الاموال التي تكتسب الشخصية المعنوية من تاريخ صدور شهادة التأسيس من قبل مسجل الشركات وفقاً للقانون، ولا يجوز لهذه الشركات قانوناً ان تمنح بصلاحيات غير مدونة في عقد التأسيس.

اما الاستثمار المصرفي فيقوم على اساس استثمار اموال العملاء المودعة لدى المصرف سلفاً بموجب عقد ينظمه المصرف بموجب صكوك الاستثمار، ويجوز للمصرف ان يتغذى الصلاحيات الممنوحة له كشركة مساهمة وسند عمله القانوني هو اتباع العادات والاعراف المصرفية التي تكون اكثر الزاماً من قواعد النظام القانوني للشركات المساهمة وتعليماتها.

ثانياً. من حيث النظام القانوني والرقابة تخضع شركات الاستثمار المالي لقانون شركات الاستثمار المالي المرقم (٥) لسنة ١٩٩٨[٢] والامر المرقم ٣٩ الصادر عن سلطة الائتلاف[٣].

---

(٢) D. Ravel (R): les societes divestissment, etode jurdique economique et finaciere, libraire de receuil sirey, paris, ١٩٥٩-P١٧.

نقلاً عن د. حسني المصري

[٣] سهام سوادي – مصدر سابق – ص٢٧.

[١] انظر قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

[٢] انظر نص القانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٨.

[٣] انظر الوقائع العراقية الصادرة بتاريخ تشرين الثاني/ ٢٠٠٣.

اما الاستثمار المصرفي فيخضع المصرف بكافة نشاطاته والتي ضمنها الاستثمار واصدار الصكوك وادارة محافظ الاوراق إلى رقابة البنك المركزي[٤].

ثالثاً. ان صلاحيات المصارف في استثمار اموال العملاء اوسع من صلاحيات شركات الاستثمار المالي وخصوصاً في سوق الاوراق الماليـة، اذ اجـاز قانون سوق بغداد للاوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١ المصارف بأن تحصل على الاجازة، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة الرابعة[١] من القانون انف الذكر بالفقرة (م).

اما شركات الاستثمار المالي فلا يحق لها القيام بدور الوسيط في سوق الاوراق المالية وفقاً للقانون انف الذكر، ولا يحق لها بالتالي الحصول على اجازة ممارسة مهنة الوساطة.

وخلاصة القول ان الاستثمار في المصارف اكثر استقرار في العمل التجاري والاستثماري خصوصاً من حيث التنظيم والاداء والرقابة وان كان قانون الشركات قد اوجب على المصرف وفقاً لنص المادة (١٠)[٢] على ان يأخذ المصرف بصورة عامة شكل الشركة المساهمة مثل شركة الاستثمار، لكن طبيعة الاستثمار المصرفي اكثر شمولاً ودقة.

الفرع الثاني: تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن العقود المدنية

سبق وان بينا لدى بحثنا في خصائص عقد الاستثمار المصرفي انه من العقود غير المسماة، وانه يخضع في تنظيمه واحكامه واثاره إلى القواعد العامة في العقود، بالاضافة إلى العادات والاعراف المصرفية السائدة بعدها احد مصادرالتشريع القانوني للعمل المصرفي بشكل عام والعقود المصرفية بشكل خاص.

وسوف نتعرض في هذا المطلب إلى اهم العقود التي يجدر التمييز بينها وبين عقد الاستثمار المصرفي وهذه العقود هي عقد الدخل الدائم والمقاولة والوكالة.

وسوف نتعرض لكل منها على التعاقب وفقاً للترتيب الوارد في القانون المدني العراقي، وسوف لن نتعرض بالتفصيل للاحكام الخاصة بكل عقد من هذه العقود، ولكن سنركز على العناصر والمعايير التي تفيد في تمييزه عن عقد الاستثمار المصرفي وكما يلي:

اولاً. عقد الاستثمار المصرفي وعقد الدخل الدائم

عرفت المادة (٦٩٤) من القانون المدني العراقي[١] في الفقرة(اولاً) الدخل الدائم بأنه تعهد شخص بأن يؤدي على الدوام إلى شخص اخر وإلى خلفائه من بعده

---

[٤] انظر نص المادة ٢٦ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[١] للمزيد من التفصيل- انظر نص الفقرة (م) من المادة الرابعة من قانون رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١م.

[٢] للمزيد من التفصيل- انظر نص المادة ١٠ من قانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧م.

[١] انظر نص المادة ٦٩٤ من القانون المدني العراقي.

دخلاً دورياً يكون محله مبلغاً من النقود او مقداراً معيناً من اشياء مثيلة اخرى ويكون هذا التعهد بعقد من عقود المعاوضة.

وبالمعنى نفسه نص القانون المدني المصري في المادة ٥٤٥ على ذلك[٢] ويرى جانب من الفقه[٣] ان الدخل الدائم يتميز عن عقد القرض الذي ورد في نفس الفصل الرابع نفسه من القانون المدني، ان مبلغ القرض في الدخل الدائم غير واجب الرد في وقت معين، بل هو غير واجب الرد اصلاً ما دام المقترض سيدفع الفائدة وهي الدخل، ومن هنا سمي العقد بالدخل الدائم لان الفائدة يجب دفعها على الدوام ما دام الاستبدال لم يقع.

وبناءاً على هذا يتضح لنا ان عقد الدخل الدائم يقترب من عقد الاستثمار المصرفي إلى حد ما بوصفه عقد وذلك ان كلا العقدين يتم فيها ترتيب الدخل الدائم مقابل مبلغ من النقود، الا انهما يختلفان عن بعضهما جوهرياً في نقطتين رئيسيتين هما:

اولاً. ان الغرض الرئيسي من عقد الدخل الدائم هو تقديم دخل دوري[٤] من شخص لاخر، اما الغرض الرئيسي من عقد الاستثمار المصرفي فهو تقديم الاموال من العملاء إلى المصارف بقصد استثمارها، دون ان يشترط العميل على المصرف ان يقدم عائد الاستثمار من المصرف بشكل دوري، ذلك ان قيام المصرف بتوزيع عائدات الاستثمار بصفة دورية هو امر جوازي واذا

لم يقم المصرف بذلك، فأن عقد الاستثمار لا يفقد عنصراً من عناصره الجوهرية عكس ما هو الحال عليه في عقد الدخل الدائم.

ثانياً. نصت المادة نفسها على جواز ان يكون الدخل الدوري او رأس المال اشياء مثيلة اخرى غير النقود[١] وفي تصورنا لا يمكن ان يكون رأس المال المقدم من قبل العميل إلى المصرف لاستثماره، او العائد النقدي الذي يحصل عليه العميل محل العقد غير النقود.

وخلاصة القول ان عقد الاستثمار الذي يبرمه المستثمر مع المصرف لا يمكن ان يتم الا بصورة واحدة وهي ايداع مبلغ من النقود عند المصرف لاستثمارها مقابل صك استثمار يمنحه المصرف للعميل.

ثانياً. عقد الاستثمار المصرفي والمقاولة

عرفت المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بأنه[٢] عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً او يؤدي عملاً، لقاء اجر يتعهد به الطرف الاخر.

وعلى هذا المعنى نفسه نصت المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري[٣] ويتميز عقد المقاولة بأنه عقد رضائي ملزم للجانبين وهو من عقود المعاوضة ويقع

---

[٢] انظر نص المادة ٥٤٥ من القانون المدني المصري.

[٣] د. السنهوري – الوسيط – الجزء الخامس - مصدر سابق – ص٦٠٠.

[٤] انظر نص المادة ٦٩٤ من القانون المدني العراقي.

[١] د. السنهوري - الوسيط – الجزء الخامس – مصدر سابق – ص٦٠١.

[٢] انظر نص المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي.

[٣] للمزيد من التفصيل- انظر نص المادة ٦٤٦ من القانون المدني المصري.

العقد على عنصرين رئيسين هما الشيء المطلوب صنعه او العمل المراد تأديته من المقاول ويقابله في الجانب الاخر الذي يتعهد بدفعه رب العمل[٤].

ويمتاز عقد المقاولة عن عقد العمل بأن المقاول لا يخضع لادارة رب العمل واشرافه بل يعمل مستقلاً طبقاً لشروط عقد المقاولة المبرم بينهما، وهذا المعيار اخذ به القانون العراقي اذ لم تنص المادة (٨٦٤) من القانون لدى تعريف

عقد المقاولة ان احد المتعاقدين يخضع لادارة الاخر واشرافه، بينما ذكر ذلك في تعريف عقد العمل في المادة (٩٠٠) من القانون المدني[١]. وبهذا الاتجاه اخذ التقنين المدني المصري[٢].

ويبدو لنا ان عقد الاستثمار المصرفي يختلف عن عقد المقاولة في امرين وكما يأتي :-

اولاً. ان الاعمال التي يقوم بها المقاول لا تدخل تحت معنى استثمار مال رب العمل، لان عمل المقاول هو عمل ذو طابع فني معين وليس عملاً متعلقاً بادارة الاموال واستثمارها[٣] من جانب المقاول الذي يقتصر دوره على القيام ببعض الاعمال اللازمة لاقامة البناء دون ادنى سلطة من جانبه في تعريض اموال رب العمل لمخاطر الاستثمار او لاحتمال الربح او الخسارة التي تكون متوقعة بالنسبة لعقود الاستثمارات المصرفية والعمل المصرفي بشكل عام ولاسيما في المصارف الاسلامية.

ثانياً. ان التزام المقاول بموجب عقد المقاولة هو تسليم العمل إلى رب العمل[٤] والحل الذي يقع عليه التسليم هو العمل المطلوب انجازه، ويكون التسليم بوضع العمل تحت تصرف رب العمل بحيث يتمكن من الاستيلاء عليه.

وهذا ما نصت عليه المادة (٨٧٦) من القانون المدني العراقي[٥] اما الغرض من عقد الاستثمار المصرفي فهو استثمار اموال الودائع لدى المصرف لحساب حملة صكوك الاستثمار بغرض تحقيق الربح لصالح كلا الطرفين، اما رب العمل في عقد المقاولة إلى المقاول فلا يقوم المقاول باستثماره بل انجاز العمل المناط به.

---

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء السابع – المجلد الاول – العقود الواردة على العمل – المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة – دار النهضة العربية – مصر ١٩٦٤ - ص٥.

[١] للمزيد من التفصيل- انظر نص المادة ٩٠٠ من القانون المدني العراقي.

[٢] د. السنهوري – الوسيط – الجزء السابع - مصدر سابق – ص١٨.

[٣] د. اسامة ابو الحسن مجاهد – مصدر سابق – ص٢٤٨.

[٤] د. السنهوري – الوسيط – الجزء السابع – المجلد الاول – مصدر سابق – ص١١١.

[٥] للمزيد من التفصيل انظر نص المادة ٨٧٦ من القانون المدني العراقي .

وصفوة القول ان الغرض من عقد المقاولة هو القيام بعمل معين اما الغرض من عقد الاستثمار المصرفي فهو السعي لتحقيق امر معين وهو الربح.

ثالثاً. عقد الاستثمار المصرفي و عقد الوكالة

عرفت المادة (٩٢٧) من القانون العراقي الوكالة بأنها[١] عقد يقيم به شخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم وبالمعنى نفسه تقريباً عرفت المادة (٦٩٩) من القانون المدني المصري الوكالة بأنها[٢] عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانوني لحساب الموكل وباستعراض التعاريف القانونية اعلاه يتضح لنا ان عقد الوكالة يمتاز بخصائص اهمها[٣] انه عقد رضائي، وقد يكون شكلياً اذا كان التصرف القانوني محل الوكالة تصرفاً شكلياً، كما ان الاصل فيه انه من عقود التبرع، وقد يكون من عقود المعاوضة اذا اشترط الاجر صراحة او ضمناً كما انه عقد ملزم لجانبين ويكون محل الوكالة دائماً تصرف قانوني.

وهذا ما نص عليه القانون المدني العراقي[٤] في المواد (٩٣٤ و٩٣٩ و٩٤٠ و٩٤٦).

وينشأ به عقد الاستثمار المصرفي الذي يقوم به المصرف لصالح العملاء باستثمار اموالهم مقابل ارباح يحصل عليها، وتجمع بين العقدين فكرة ادارة الاموال لصالح الغير الا انهما يختلفان عن بعضهما في عدة نواحٍ هي:

اولاً. ان عقد الاستثمار المصرفي يجب ان يتخذ سكلاً معيناً هو صك الاستثمار الذي نص عليه القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ اما عقد الوكالة فينعقد بمجرد التراضي دون الحاجة إلى شكل معين.

ثانياً. ان عقد الاستثمار المصرفي وكما اشرنا سابقاً هو من عقود المعاوضة ذلك لانه عقد تجاري بالاساس يقصد من ابرامه تحقيق الربح للمصرف والمستثمر، اما عقد الوكالة فالاصل فيه انه من عقود التبرع[١] ولربما يكون من عقود المعاوضة اذا اشترط الاجر صراحة او ضمناً [٢] حيث اجازت المادة ٩٣٤ من القانون المدني

---

[١] للمزيد من التفصيل- ـ انظر نص المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي.

[٢] للمزيد من الاطلاع ـ انظر نص المادة ٦٩٩ من القانون المدني المصري.

[٣] د. السنهوري – الوسيط – الجزء السابع ـ مصدر سابق – ص٤٦٣ وما بعدها.

[٤] للمزيد من التفصيل انظر نصوص المواد في القانون المدني العراقي .

[١] الدكتور محمد كامل مرسي – العقود المدنية الصغيرة – شرح القانون المدني – العقود المسماة ١٩٥٢ – الجزء الثاني – ص٣٢٦ .

[٢] للمزيد من الاطلاع ـ انظر نص المادة ٩٣٤ من القانون المدني العراقي.

العراقي ان تكون الوكالة تبرعاً او بعوض كما هو منصوص عليه في المادة انفة الذكر .

ثالثاً. وهنالك من يرى[٣] ان عقد الوكالة يكون محله دائماً التصرف القانوني وليس العمل المادي. اما عقد الاستثمار المصرفي يكون محله متعدد فممكن ان يكون تصرف قانوني، بالاضافة إلى اعمال اخرى لا تدخل تحت مفهوم التصرف القانوني بل تعد اعمال مادية بحتة مثل ما تقوم به المصارف من بناء العقارات وانشاء المصانع بقصد الاستثمار وتحقيق الارباح.

رابعاً. واخيراً لا بد لنا من الاشارة إلى ان عقد الوكالة يحدد سلطة الوكيل من خلالها وهذا ما نصت عليه صراحة المادة [٤]٩٣٣ من القانون المدني العراقي التي اوجبت على الوكيل ان لا يتجاوز حدود الوكالة المرسومة.

اما عقد الاستثمار المصرفي فالاصل هو اطلاق يد المصرف في التصرف باموال الودائع المخصصة للاستثمار، اذ لا يحتاج المصرف إلى نص خاص في العقد يؤيد قيامها باعمال التصرف، ذلك انه من غير المتصور قيام المصارف بالعمل الاستثماري بدون سلطات البيع او الشراء او الرهن او الصلح او الاقرار.

---

[٣] د. السنهوري – الوسيط – الجزء السابع – مصدر سابق – ص٤٦٨.

[٤] للمزيد من الاطلاع - انظر نص المادة ٩٣٣ – من القانون المدني العراقي.

الفصل الثاني
احكام عقد الاستثمار المصرفي

بعد ان بينا في الفصل الاول من هذا البحث ما هو المقصود بعقد الاستثمار المصرفي من خلال تحديد مفهوم المصارف الاستثمارية التي تصدر الصكوك مقابل الودائع وتدير محافظ الاوراق المالية ومن ثم بينا مفهوم الاستثمار المصرفي التقليدي والحديث ومن ثم تعرضنا إلى خصائصه وميزناه عن غيره من العقود التجارية المصرفية على فرض انه عقد يجب ان يكون احد طرفيه مصرف ، وعن العقود المدنية تارة اخرى لانه عقد غير مسمى يخضع في احكامه للقواعد العامة في العقود اضافة إلى القوانين التنظيمية الخاصة بهذا الشأن والعادات والاعراف المصرفية، التي تكون موازنة للتشريع قدر تعلق الامر بالعمل المصرفي.

وعليه سوف نبحث في الفصل الثاني من هذا البحث احكام عقد الاستثمار المصرفي والذي يتألف من مبحثين: -

نبحث في المبحث الاول الالتزامات القانونية على طرفي عقد الاستثمار كل من المصرف والعميل كلاً في مطلب مستقل.

ونبحث في المبحث الثاني النظام القانوني للمصرف الاستثماري وذلك من خلال مطلبين مستقلين الاول نبحث فيه الوصف القانوني للمصرف الاستثماري ونخصص الثاني لبيان مفهوم امين الاستثمار.

المبحث الاول
الالتزامات القانونية على طرفي عقد الاستثمار المصرفي

غالباً ما يعهد العميل للمصرف باستثمار امواله بسبب قلة خبرته التجارية، ومحدودية رأس المال الذي بحوزته، بالاضافة إلى ثقته بخبرة المصرف في استثمار الاموال على احسن صورة.

وقد نشأ هذا النوع في الولايات المتحدة الامريكية وانكلترا في بادئ الامر وبدأ بالشيوع في بعض الدول العربية مثل قطر والبحرين ومصر وبعض قليل من الدول الاخرى.

وفي هذا الصدد يقول[١] بعض المختصين ان المصارف اخذت تحت شعار الخدمة المصرفية الشاملة ان البنوك التجارية وسعت نطاق عملياتها بمساعدة تكنلوجيا الكومبيوتر ولتقتسم بحالات اكثر خصوصية للعملاء متحدية التصنيف تحت اي عنوان اخر.

وتحت مفهوم الصيرفة الشاملة يقوم العميل بالتقدم للبنك بطلب استمارة لامواله في عدة مجالات، حيث يقوم العميل تارة بتحديد مجرى الاستثمار الذي يريده كان يكون على سبيل المثال الاستثمار في الاوراق المالية او الودائع النقدية وعادة ما يكون هذا المجال احد المجالات الموجودة في المصرف اصلاً والذي توجد فيه ادارة لمثل هذا المجال من الاستثمار.

وفي بعض الاحيان يترك العميل للمصرف حرية اختيار مجال الاستثمار ويقوم المصرف بدوره باختيار مجال الاستثمار المناسب وفقاً لما تقرره ادارة الاستثمار بوصفها هي الجهة صاحبة القرار الاستثماري.

واياً تكن رغبة العميل في طريقة استثماره لامواله يجب ان يحدد في عقد استثمار اموال العميل بين البنك والعميل من الاطراف من يملك القرار النهائي بالنسبة لاختيار مجال الاستثمار.

---

[١] (Eric N. Compton) – under the concept of (full services) bnking many commercial banks in the united states have expanded their horizon and of en with the help of computer technology, have move into specialized area of customized arrangements that defy classification under other heading. Inside commercial banking, Jhon Wiley Sons, INC, New York ١٩٨٣, P٢٠١.

ولابد لنا ونحن بصدد دراسة احكام عقد الاستثمار المصرفي في المصارف الشاملة ان نشير إلى المصارف الاسلامية والتي تعد انموذجاً جديداً في العمل المصرفي، يتم من خلاله المزج بين قواعد الشريعة الاسلامية والعمل المصرفي التجاري الذي يخضع بدوره إلى العادات والاعراف المصرفية.

وكما اسلفنا سابقاً يعد تاريخ المصارف الاسلامية حديث النشأة مقارنة مع المصارف التجارية التقليدية.

ونظراً للقيود الشرعية التي تخطر الاقراض او الايداع بفوائد وما يترتب على ذلك من الحيلولة دون قيام مصارف موازنة للمصارف التقليدية، ولهذا السبب لجأت بعض المؤسسات المصرفية الاسلامية إلى ادارة اصولها المالية بوسائل حديثة تتلائم والعمل المصرفي التقليدي[1].

وبناءاً على ما تم ايضاحه سوف نتناول في هذا المبحث مطلبين:- الاول التزامات المصرف بموجب عقد الاستثمار، ونبحث في هذا المطلب فرعين ، الاول لالتزامات المصرف التجاري بموجب عقد الاستثمار ،والثاني التزام المصرف الاسلامي بموجب عقد الاستثمار.

اما المطلب الثاني فنبحث فيه التزامات العميل بموجب عقد الاستثمارالمصرفي ومن خلال فرعين نبحث في الاول التزاماته تجاه المصرف التجاري وفي الثاني التزاماته تجاه المصرف الاسلامي

المطلب الاول – التزامات المصرف بموجب عقد الاستثمار

سوف نبحث في هذا المطلب التزامات البنك بموجب عقد الاستثمار في المصارف التجارية والمصارف الاسلامية كل في فرع مستقل.

الفرع الاول: التزامات المصرف التجاري بموجب عقد الاستثمار

هنالك اتجاه يرى ان المصرف التجاري يقوم بناءاً على الاتفاق ما بينه وبين العميل (المستثمر) باستثمار اموال العميل وفق صورتين هما[2].

الاولى: تنمية رأس المال المودع من قبل العميل بصرف النظر عن الدخل الناتج من الاستثمار، كما هو الحال في استثمار اموال العميل في شراء اسهم الشركات العقارية والعقارات، وذلك عن طريق المحافظ العقارية في المصرف.

الثانية: تحقيق عائد جارٍ عال بصرف النظر عن الزيادة الرأسمالية، ويتم هذا عن طريق استثمار الاموال في ودائع العملة المحلية او الاجنبية.

ويرى بعض اصحاب هذا الاتجاه انه اياً كانت الصورة التي يتخذها شكل الاستثمار يجب على المصرف ان يفتح للعميل حساب استثمار خاص بالاموال بعد ايداع العميل للاموال المراد استثمارها وفقاً للعقد المبرم[1].

---

١ انظر نشرة ضمان الاستثمار – مجلة علوم الاقتصاد – الكويت – مصدر من الانترنيت.

[2] انظر د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٦٧.

[1] White .J, Bank law, West publishing Company U.S.A, ١٩٧٦-p٦٠٥.

ونحن نرى ان من اهم الالتزامات التي يجب على البنك عدم مخالفتها هو الالتزام برغبة العميل في اختياره لصورة الاستثمار، طالما ان ذلك يدخل في نطاق تطبيق العقد المبرم ولا يخرج عن حيز تنفيذه ولا يخالف النظام العام او الاداب العامة.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٨٦) من القانون المدني العراقي[٢] التي اوضحت المسائل الجوهرية وضرورة الاتفاق عليها، فلا بد ان يلتزم المصرف بالصورة المختارة للاستثمار.

وفي نفس الجانب ان يقوم التزام البنك لدى تنفيذه لعقد الاستثمار على مبدأ عدم المخالفة للنظام العام او الاداب العامة، وهذا ما اشارت اليه المادة ٧٥ من القانون المدني العراقي[٣].

ويرى اصحاب هذا الاتجاه ان العميل اذا لم يحدد مجال الاستثمار، وقام المصرف باختيار احدى الصورتين المشار اليهما سلفاً، فلا بد من الرجوع إلى العميل للحصول على موافقته بالتنفيذ، والحال نفسه لوجود اي شرط اخر للعميل يجب على المصرف احترامه وتنفيذ، ومجاوزة البنك لحدود العقد مسألة واقع يختص بها القانون[١].

ونحن لا نتفق مع هذا الرأي ذلك لان نص المادة (٢٨٨) من القانون المدني العراقي[٢] تتعارض مع ذلك لان مسألة الشرط في عقد الاستثمار المصرفي الذي يتم اشتراطه مسألة قانون وليس واقع، بسبب ان ما يشترطه العميل عند ابرامه للعقد مع المصرف من شرط هو من المكونات الاساسية لعقد الاستثمار، ولا يمكن ترك الامر مطلقاً بالنسبة لحرية المصرف.

وهنا لا بد ان نوضح ان للمصرف ان يخرج عن حدود العقد المبرم مع العميل المستثمر اذا كان هناك فائدة اكبر في ذلك، ومثال ذلك اذا كان البنك موكلاً ببيع وشراء اسهم بقرار نهائي من العميل، وقام المصرف ببيع تلك الاسهم دون الحصول على موافقة العميل متى ما شعر بأن الاسهم ستنخفض قيمتها[٣].

وهذا ما نصت عليه، صراحة المادة ٢٨٩ ف٢ بقولها[٤] على ان اعمال الادارة التي تصدر من الدائن تبقى قائمة على الرغم من تحقيق الشرط.

وهذا ما أشارت إلى مضمونه المادة ٩٣٣ من القانون المدني العراقي[٥] في أنه لا حرج على الوكيل من الخروج عن الحدود المرسومة متى تعذر عليه اخطار الموكل سلفاً وكانت الظروف يغلب معها الظن بأن الموكل ما كان إلا أن يوافق.

---

[٢] للمزيد من التفصيل انظر نص المادة ٨٦ من القانون المدني العراقي.

[٣] للمزيد من التفصيل انظر نص المادة ٧٥ من القانون المدني العراقي.

[١] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٧٤.

[٢] انظر نص المادة ٢٨٨ من القانون المدني العراقي.

[٣] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٧٥.

[٤] انظر نص الفقرة الثانية المادة ٢٨٩ من القانون المدني العراقي.

[٥] أنظر نص المادة ٥ من القانون المدني العراقي.

ويتضح من كل هذا ان على المصرف ان يلتزم بالصورة التي اتفق فيها مع العميل على استثمار امواله وان لايتجاوز تلك الصورة حتى لا يتحقق عليه أي

مسؤولية، وانه وفي بعض الحالات الاستثنائية التي تمليها ضرورة العمل المصرفي واتباع العادات والاعراف المصرفية والتي تحقق فائدة للعميل بحيث يمكن عدها من التصرفات النافعة نفعاً محضاً، وعلى اية حال يجب على المصرف ان يبلغ العميل عند خروجه عن قواعد العقد المحدد بينهما.

وهناك اتجاه اخر[١] يرى ان التزامات البنك في عقد الاستثمار المصرفي اساسها فكرة الوكالة، ذلك لان المصرف في علاقة بالمستثمر يكون وكيلاً عن العميل في استثماره لامواله، ذلك ان الذي يخاطر باموالة هو العميل وليس المصرف، لانه هو الذي يتحمل مخاطرة الربح والخسارة وما دور البنك الا وكيل يتقاضى عمولة نظير ادارته استثمار اموال العميل، والبنك لا يتحمل المخاطرة.

ونحن لا نتفق ما اصحاب هذا الاتجاه لانه قد تم بيان ما هو المقصود بعقود المصارف الاستثمارية التقليدية ومفهوم عقود الاستثمار المصرفي الحديثة، واذا ما رغبنا في الاخذ بمبدأ الوكالة فلا تكون اما عقد استثمار مصرفي، ذلك لان اهم ما يميز عقد الاستثمار المصرفي ان المصرف يشارك بأمواله ويتحمل الخسارة او الربح ويكون شريكاً للعميل ومضارباً باموالة وليس وكيلاً بالمعنى الوارد في القانون المدني.

وهنالك من يرى[٢] انه من الالتزامات الاخرى التي تقع على عاتق المصرف هو قيامه بدراسة مجرى الاستثمار الذي يطلبه العميل، فلو كان المصرف موكلاً باستثمار اموال العميل في شراء الاسهم، فأن على المصرف دراسة وضع الشركات التي اصدرت الاسهم وللمصرف ايضاً الاستعانة بسماسرة متخصصين بهذا المجال من الخبرة وان يراجع تقارير شركات الاستثمار المعروفة. وهناك اتجاه اخر[٣] يرى في المصرف وكيلاً عن الحكومة في صرف شهادات الاستثمار واستلام قيمتها المالية ومن ثم ايداعها لوزارة الخزانة، ويترتب على هذا ان المصرف هو وكيل ويستحق اجراً على هذه الوكالة، هذا ما تبناه البنك الاهلي المصري الذي نظم احكام الشهادات الاستثمارية التي يصدرها القانون رقم(٥) لسنة ١٩٦٥.

ونحن نرى ان ما ذهب اليه اصحاب الرأي السالف الذكر هو تجربة خاصة بالبنك الاهلي المصري ذلك لان البنك الاهلي المصري مؤسسة مرتبطة بالدولة، وان

---

[١] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٦٨.

[٢] انظر للمزيد من التفصيل - د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٧٥.

[٣] د. جديع فهد الرشيدي – مصدر سابق – ص٥٠١.

الهدف من تشريع القانون هو تمويل خطط التنمية بعيداً عن تحقيق الربح كمؤسسة مصرفية. ولا يمكن للاسباب سالفة الذكر عدَّ المصرف وكيلاً عن العميل.

ربما اننا نحن بصدد دراسة التزامات المصرف بموجب عقد الاستثمار المصرفي نرى انه لا بد من الاشارة إلى بعض الالتزامات التعاقدية التي تمليها ضرورة الالتزامات في العقود التجارية، وما استقر عليه العرف والعادة المصرفية بصورة خاصة، ومما يرد من جملة هذه الالتزامات:-

نصت المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي[١] وفي فقرتها الاولى على ضرورة تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية، اضافة إلى ما ورد في الفقرة الثانية من المادة نفسها فبما عدته من مستلزمات تنفيذ العقد طبقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

وفي هذا الخصوص يرى البعض [٢] ان للمصرف الحق بالاستعانة بوكلاء له من الباطن في تنفيذ العقد ما لم يمنعه العميل من ذلك.

ونحن نرى انه من الضروري ان يبذل المصرف في تنفيذه للعقد نفس العناية التي يبذلها المستثمر الحريص كأي تاجر في مسألة استثمار الاموال، وان يستعين بكافة الوسائل المتاحة له كاتخاذ وكلاء او اعداد دراسات مالية او الاستعانة بالمصارف او الشركات الاستثمارية المتخصصة للوصول إلى حسن تنفيذ ادائه لالتزامه باستثمار الاموال المودعة لديه من قبل العملاء.

وفي هذا الجانب[١] يرى بعض المختصين ان المصرف يلتزم بادارة نشاط صندوق الاستثمار، بالاضافة إلى القواعد التي تم الاتفاق عليها في العقد المبرم بين المصرف والعميل.

ومن التزامات المصارف ما نصت عليه المادة ٣٣ من قانون المصارف العراقي[٢] رقم ٤٠ سنة ٢٠٠٣ التي اوجبت على المصارف التجارية الحصول على موافقة البنك المركزي في حال الاستثمار في الاوراق المالية.

وهناك من يرى[٣] ان من التزامات البنك بموجب عقد الاستثمار هي ضرورة موافاة العميل اثناء تنفيذ العقد بالمعلومات الضرورية التي يقف منها على سير تنفيذ العقد، وان يقدم للعميل بعد تنفيذ العقد حساباً على ذلك.

ويرى اصحاب هذا الرأي انه على المصرف ان يقدم حساب للعميل مفصل خلال تنفيذ العقد وبعده مدعوماً بالمستندات وذلك حتى يستطيع العميل ان يستوثق من سلامة تصرفات البنك، ولا يجبر العميل على قبول الحساب الخالي من المستندات.

ونحن نرى ان هذا الالتزام ناشيء من كون المصرف شخصية معنوية تمارس عملاً تجارياً وقد اوجب قانون التجارة العراقي[٤] النافذ في المادة الثانية عشر

---

[١] انظر نص المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي.

[٢] الدكتور السنهوري – الوسيط – الجزء السابع -مصدر سباق – ص٤٨٥.

[١] الدكتور عبد الرحمن السيد قرمان – المركز القانوني لمدير الاستثمار – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – دار النهضة العربية – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩ – ص٧٢. -

[٢] انظر نص المادة ٣٣ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٣] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٧٦.

[٤] انظر نص المادة ١٢ من قانون التجارة العراقي.

على التاجر ان يمسك الدفاتر التجارية التي تستلزمها طبيعة تجارته وبطريقة تكمل بيان مركزه المالي ولا يجوز للمصرف بناءاً على هذا ان يمتنع عن مسك دفاتر تجارية ذات طابع حسابي يدون فيها كافة الامور المتعلقة بشؤون الاستثمار.

وهناك اتجاه حديث نسبياً في مجال سلطة البنك في ادارة اموال الاستثمار قد اتخذه المشرع الفرنسي في القانون المرقم ٥٩٤ والصادر في ١٣ يوليو ١٩٧٩ اذ اقر هذا القانون بسلطة المستثمرين في ادارة اموال الاستثمار وتقييد سلطة المصرف خلافاً للقواعد العامة، اذ اقر هذا القانون مبدأ الادارة الذاتية L'avtogestion اذ يقرر المدخرين (المستثمرون) سوياً مجال الاستثمار والذي هو بالاساس من التزامات المصرف، بوصفه انه الجهة المسؤولة عن تنفيذ عقد الاستثمار[١].

ونحن لا نميل إلى ما ذكره المشرع الفرنسي ذلك لان مفهوم الاستثمار المصرفي فكرة حديثة نسبياً في القوانين العربية بشكل عام، بالاضافة إلى ذلك فأن مشاركة المستثمرين في المصرف لالتزامه بحسن تنفيذ عقد الاستثمار يضعف من كفاءة المصرف في تنفيذه لالتزامه بسبب نقص الخبرة المالية للمستثمرين وعدم اطلاعهم الكافي على العادات والاعراف المصرفية، ومما يؤدي بالتالي لارباك تنفيذ المصرف لالتزامه باستثمار اموال العملاء على احسن وجه.

ويرى بعضهم[٢] ان من الالتزامات التي تقع على عاتق المصرف بموجب عقد الاستثمار المصرفي بعد تصفية الحساب واعتماد العميل لكشف الحساب يلتزم البنك بأن يرد للعميل ما في يده من اموال سواء التي اودعها ام التي ربحها له المصرف عند استثماره لامواله، وكذلك رد ما في ما يده من اوراق ومستندات تتعلق بتنفيذ العقد.

ويرى بعضهم[٣] ان المهمة الرئيسة للبنك بوصفها امين استثمار هي ادارة محافظ الاوراق المالية ادارة استثمارية.

ويرى اصحاب هذا الرأي انفسهم ان من التزامات المصرف كأمين استثمار ادارة محافظ الاوراق المالية – ادارة استثمارية، وان هذه الادارة تتم وفق للشروط التي يتضمنها عقد الامانة، ومن ثم فأن عدم تنفيذ المصرف للشروط والالتزامات الواجب عليه تنفيذها بموجب هذا وبصفته امیناً يوقعه في نطاق العقوبة المقررة لخائن الامانة.

ويرى جانب اخر[١] في هذا المجال ان مسؤولية المصرف كأمين استثمار في تنفيذه لالتزامه في ادارة تتوقف على طبيعة المحفظة الاستثمارية من حيث الجمود

---

(١) Alain Viandier – Op – Cit – P.١٨٦.

(٢) د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٧٨.

(٣) د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٢٦٥.

والمرونة، فاذا ما خضعت لقواعد مقيدة اصبح اسلوب ادارتها جامد، واذا ما خضعت لقواعد مرن اصبح اسلوب دراستها مرناً.

وعلى هذا الاساس نص قانون الاستثمار الانكليزي[٢] الصادر في عام ١٩٦١ على مسؤولية المصرف عن أي خسارة تترتب اذا كان اسلوب الادارة جامداً، والزام المصرف بتسديد قيمة الفرق بين البيع واعادة الشراء اذا كان اسلوب الادارة مرناً.

ونحن نميل إلى الاخذ بما ورد في القانون البريطاني وعدم الاخذ بما ورد في القانون الفرنسي في مشاركة المستثمرين للمصرف في التزامه بتنفيذ عقد الاستثمار، وذلك لعدة اسباب نورد اهمها:-

اولاً.

ان المصرف بوصفه امين استثمار ومن جملة التزاماته الرئيسة في عقد الاستثمار ان يباشر التزاماته بأتيان التصرفات القانونية والاعمال المادية، والتي يهدف من ورائها إلى المحافظة على اموال المستثمرين وحسن اداء تنفيذه لالتزامه بموجب عقد الاستثمار، وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (١٥٠)[٣] من القانون المدني العراقي بفقرتيها الاولى والثانية التي اشترطت تلك الاخيرة والتي جعلت العقد وما يستلزم تنفيذه من امور اخرى حسب القانون والاعراف والعدالة وطبيعة

الالتزام، وهنا وبقدر تعلق الامر بالاستثمار المصرفي وما تقتضيه العادات والاعراف المصرفية في تنفيذ المصرف لالتزامه.

ثانياً.

الاصل انه في التزام المصرف بوصفه مودعاً لديه انه مسؤول عن هلاك الوديعة[١] الا اذا تمكن من اثبات حدوث القوة القاهرة التي ليس له يد فيها ولم يكن باستطاعته توقعها.

والتزام المصرف في عقد الاستثمار ينطبق عليه حكم الوديعة نفسه مع الاخذ بنظر الاعتبار ان الوديعة قد تكون بأجر او بدون اجر وهذا ما نصت عليه المادة ٩٦٨ من القانون المدني[٢] التي اشترطت ضرورة النص في العقد على اجر الوديع.

---

(١) Michael Sal den (practical trust administration) Europe publications limited, London ١٩٧٧ – p٢٤٨

(٢) انظر نص المادة ٦ من قانون امناء الاستثمار الانكليزي الصادر في عام ١٩٦١.

(٣) انظر نص المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي.

(١) محمود علي – الاوراق المالية في البنوك – معهد الدراسات المصرفية – القاهرة – مصر – ١٩٦٠ – ص٨

(٢) انظر نص المادة ٩٦٨ من القانون المدني العراقي.

اما فيما يتعلق بالتزام المصرف في عقد الاستثمار فأن هلاك المال المستثمر (محل العقد) يقع على المصرف، ذلك لانه لايمكن تصور استثمار بدون اجر او فائدة للمصرف، وحتى تبعة الهلاك في القوى القاهرة تقع على المصرف لانه الجهة المخولة بحفظ الاموال من جهة واستثمارها من خلال صكوك ومحافظ استثمارية واسهم وسندات من جهة اخرى.

ومن باب اخر[٣] ان الدولة تدعم المركز المالي للمصرف، فضلاً عن تأمينها وضمانها لودائع واموال المودعين، ومسبب هذا ان الدولة تأخذ ضريبة من ارباح المصارف، ولما كانت القاعدة الشرعية تنص على انه - من له الغنم عليها الغرم ، عليه فأن الدولة عليها واجب في ضمان اموال المودعين، لاسيما وان هذا

يعود نفعه على المجتمع ككل افراد ومؤسسات بالاضافة عن كون هذا الالتزام مدعاة لمن انيط بهم الرقابة على اعمال المصارف ان لايسألوا جهداً في اعمالهم، الامر الذي يعزز ثقة المصارف لدى العملاء ومكانتها.

الفرع الثاني – التزامات المصرف الاسلامي بموجب عقد الاستثمار

لابد لنا قبل البحث في التزامات المصارف الاسلامية ان نحرج على بعض القوانين التي نظمت الاعمال الخاصة بالمصارف الاسلامية، ولا يخفى على الجميع ان القانون العراقي جاء خالياً من هذا التنظيم القانوني، ذلك لسبب انه لم يأخذ في تقسيمه للمصارف إلى مصارف تجارية (ربوية) ومصارف تجارية اسلامية (غير ربوية).

ومن التشريعات العربية التي اخذت بنظام المصارف الاسلامية بوصفه نظاماً قانونياً هي قطر[١]، اذ اجازت المادة الاولى من اعلان قطر المركزي رقم (١) لسنة ١٩٩٧ للمصارف التجارية التي تقوم على اساس تقليدي او اسلامي بالعمل بشرط اتباع القوانين التجارية المعمول بها وموافقة مصرف قطر المركزي.

وبالمضمون نفسه نص قانون البنوك الاردني[٢] رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٠ في الفقرة الرابعة من المادة الثانية منه على ان البنك الاسلامي هي الشركة التي يرخص لها بممارسة الاعمال المصرفية بما يتفق مع احكام الشريعة الاسلامية ومبادئها واي اعمال او نشاطات اخرى وفق احكام هذا القانون.

وبالمعنى نفسه نص قانون المصارف الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢ في الفقرة الخامسة من المادة الاولى على ان المصرف الاسلامي هو شركة مساهمة عامة تهدف إلى تجميع المدخرات من الاشخاص الطبيعيين او الاعتبارين من اجل

---

[٣] د. نبيل حشاد – انظمة التأمين على الودائع المصرفية وحماية المودعين – عمان – المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية – الطبعة الاولى – سنة الطبع ١٩٩٤ – ص[٢٢٥].

[١] انظر نص المادة (١) من اعلان ١٩٩٧ مصرف قطر المركزي.

[٢] انظر نص المادة (٢) من قانون البنوك الاردني، رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠.

استخدامها في اوجه التمويل والاستثمار لصالح الفرد والجماعة وفقاً لاحكام الشريعة الاسلامية.

اما تشريعات دولة الامارات العربية المتحدة فقد كانت اكثر وضوحاً وتنظيماً فيما يتعلق بنشاط المصارف الاستثمارية وذلك من خلال اصدار القانون الاتحادي الاماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ بشأن المصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الاسلامية.

اذ عرفت المادة الاولى من القانون اعلاه[١] بانه يقصد بالمصارف والمؤسسات المالية والشركات الاستثمارية الاسلامية تلك التي تتضمن عقودها التأسيسية ونظمها الاساسية التزاماً بتطبيق احكام الشريعة الاسلامية وتباشر نشاطها وفقاً لهذه الاحكام.

وبعد ان استعرضنا بعض التعاريف القانونية التي وردت في بطون القوانين المنظمة لمهنة الصيرفة وفق مفهوم الشريعة الاسلامية نود ان نبين ان ما سوف نتناوله في هذه الدراسة هو الطبيعة القانونية لعمل المصرف وليس الطبعة الشرعية ذات الجانب الفقهي بالاستناد إلى شرعية عمل المصارف الاسلامية، لان بحث مثل هذا الموضوع يتطلب دراسة مستقلة، لذا سوف نتناول هنا طبيعة عمل هذه المصارف بالنسبة لمفهوم العمل المصرفي الاستثماري.

وفي هذا الجانب تحديداً والذي هو موضوع بحثنا يرى جانب من الفقه المصرفي[٢] ان استثمار المصارف الاسلامية للاموال الخاصة بها (اموال المساهمين) والاموال المودعة لديها (عن طريق العملاء) لا يعد ان يكون احدى صورتين هما:

الصورة الاولى – قيام المصارف باستثمار الاموال مباشرة عن طريق عقد المضاربة الذي يتكون من طرفين هما صاحب رأس المال (العملاء) والمضارب الذي هو (المصرف) والحالة هنا يكون فيها عقد المضاربة مابين المصرف الذي يستثمر اموال العملاء بنفسه ، وصفه مضاربا ، وبين العميل (المستثمر) بوصفه صاحب رأس المال

والصورة الثانية – قيام المصرف باستثمار اموال العملاء المودعة لديه عن طريق الاستثمار غير المباشر، وذلك من خلال دفع المصرف الاسلامي هذه الاموال لاصحاب مشاريع استثمارية على اساس عقد المضاربة بحيث يكون المصرف الاسلامي هو صاحب رأس المال، في حين يكون اصحاب المشاريع الاستثمارية هم المضاربين.

وهناك جانب اخر يرى[١] ان الالتزام القانوني للمصارف الاستثمارية الاسلامية اساسه مفهوم – المضاربة المشتركة – والتي تقوم على اساس وجود ثلاث اطراف هم صاحب رأس المال والمصرف الاسلامي (المضارب الاول) والمضارب

---

[١] انظر نص المادة الاولى من القانون الاماراتي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥.

[٢] انظر الدكتور جديع فهد الرشيدي – مصدر سابق – ص٥٢٠.

[١] د. سامي حسن احمد محمود – تطوير الاعمال المصرفية بما يتفق والشريعة الاسلامية – رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – ١٩٨٩ – ص٤٣٤.

الثاني (من الباطن)، وهذا يعني وجود اكثر من علاقة عقدية فالمصرف يقوم بدور مزدوج، فهو يتلقى المال من المودع، ومن ثم يدفعه إلى المستثمرين بصفته مضارباً، وهنا يتم الاتفاق على توزيع الارباح والخسائر بين الاطراف الثلاثة.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٣) من القانون الاماراتي[٢] رقم ٦ لسنة ١٩٨٥ حيث ورد في نص المادة انه يكون للمصارف الاسلامية الحق في مباشرة جميع انواع الخدمات والعمليات التي تباشرها المصارف بما ضمنها العمليات لحساب المصرف الاسلامي او لحساب الغير او بالاشتراك معه.

ويفهم من خلال ما ذهب اليه اصحاب هذا الرأي ان المصارف الاسلامية ذات الطابع الاستثماري قد طورت مفهوم العمل المصرفي الاسلامي من الصيغة التقليدية (عقد المضاربة) إلى صيغة حديثة هي المضاربة المشتركة والتي تختلف

عن الصيغة التقليدية في ان اطراف العقد هم ثلاثة اطراف بدلاً من طرفين، وتطوير هذه الصيغة بما يتلاءم والنشاطات المصرفية.

وبناءاً على هذا الاساس يمكن اجمال التزامات المصارف الاسلامية من خلال بحث بعض الاحكام التفصيلية لمفهوم المضاربة المشتركة في العمل المصرفي ذات الطابع الاسلامي[١].

يلتزم المصرف الاسلامي بوصفه وسيطاً مزدوجاً ما بين اصحاب المال المودعين والمضاربين بموجب عقدين مستقلين عن بعضهما بعض وتحكم هذه العلاقات ما بين المصرف واصحاب الاموال عقد، وبين المصرف والمستثمر عقد اخر، ولا توجد علاقة مباشرة بين اصحاب الاموال (العملاء) وبين المضاربين.

وهنالك من يرى [٢] انه في حالة قيام المصرف باستثمار اموال العملاء فهذه مضاربة ويجوز خلط اموال العملاء على اساس المضاربة المشتركة بشرط ان يرد شرط تحديدي في عقد حساب الاستثمار يقضى باعطاء المصرف الاذن الصحيح باستثمار هذه الاموال.

ونحن نرى انه في حالة اتخاذ المصرف وسيطاً ما بين العملاء المودعين وبين المضاربين، فذلك يكون من خلال تفويض العملاء للمصرف تفويض قاصراً ومحدداً بأن يختار لهم مضارباً ذا سمعة حسنة ومحمودة، فهنا يكون التزام المصرف كالتزام الوكيل، ذلك لانه يقدم خدمة مصرفية اكثر من كونه يقوم بعمل استثماري.

وبناءاً على ما تقدم نجد ان التزام المصرف الاسلامي بالمفهوم الحديث للعمل المصرفي التزام مصدره العقد الذي يبرمه المصرف مع العملاء وتبعاً لهذا تكون التزاماته مصدرها العقد المبرم، اما الية تنفيذ العقد المبرم مع العميل المتثمر فتكون

---

[٢] انظر نص المادة ٣ من القانون الاماراتي المرقم ٦ لسنة ١٩٨٥ .

[١] د. جديع فهد الرشيدي – مصدر سابق – ص٥٢٢ .

[٢] د. محمد احمد سراج – النظام المصرفي الاسلامي – القاهرة – دار الثقافة – الطبعة الاولى ١٩٨٩ – ص٢٦١ .

خاضعة للعادات و الاعراف المصرفية المتبعة و السائدة في التعامل المصرفي ، وبشرط عدم مخالفة المصرف لنصوص العقد المبرم مع العميل .

المطلب الثاني
التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار

يترتب على العميل المستثمر بموجب عقد الاستثمار التزامات تعاقدية في اغلب الاحيان، ويحدد مقدارها من خلال العقد، وتكون هذه الالتزامات محددة وغير معقدة او متداخلة، لسبب بسيط هو ان العميل المستثمر لا يملك حق ادارة مجال الاستثمار وتوجيهه، ذلك ان المصرف هو الطرف المخول بذلك.

وعليه وللمزيد من التفصيل نبحث في هذا المطلب امرين رئيسين، نخصص لكل واحد منهما فرعاً مستقلاً.

اذ نبحث في الفرع الاول التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار المصرفي في المصارف التجارية ذات الطابع الاستثماري، والتي تخضع بصورة عامة للقواعد العامة في القانون التجاري.

اما الفرع الثاني فسوف نخصصه لدراسة التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار المصرفي في المصارف الاسلامية، والتي تستند في معظم اعمالها على القواعد الشرعية وتحديداً على بعض الانواع من العقود الا وهي المضاربة والمرابحة، وكما سيرد تفصيل لاحق لالتزام العميل طبقاً لاحكام هذه العقود.

الفرع الاول – التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار في المصارف التجارية

ان العميل المستثمر الذي هو الطرف الثاني في عقد الاستثمار المصرفي له حقوق وعليه التزامات لا بد من تنفيذها حتى لا يخل اخلالاً تعاقدياً بالتزاماته امام المصرف.

وهنالك من يرى[1] ان من الالتزامات التي تقع على عاتق العميل المستثمر والتي تعد من اهم الالتزامات هو تقديم العميل امواله للمصرف المراد استثمارها، حتى يتمكن المصرف من استثمار هذه الاموال والتزام العميل بتقديم الاموال سابق على التزام المصرف بتنفيذ عقد الاستثمار، لانه من غير المتصور ان ينفذ

المصرف التزاماته بدون اموال العميل المستثمر، ومن هنا يستطيع المصرف ان يدفع بعدم التنفيذ اذا طالب العميل المستثمر تنفيذ العقد في هذه الحالة.

---

[1] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٨٢.

وهذا ما اكدته صراحة الفقرة اولاً من المادة (٢٤٦) من القانون المدني العراقي[١] التي نصت على إجبار المدين على تنفيذ التزامه عيناً متى كان ذلك ممكناً.

وفي هذا المجال يقع على العميل التزام ثانوي تابع للالتزام الاصلي الذي هو تقديم الاموال المراد استثمارها الا وهو فتح حساب يسمى حساب الاستثمار، يقوم خلاله العميل بايداع الاموال المراد استثمارها بعد ان يحدد مبلغها بالنقود[٢].

وعليه يبدو لنا انه على العميل المستثمر ابتداءاً ان يحدد مبلغ النقود المراد استثماره تحديداً معيناً، ويضعها في حساب خاص للاستثمار بوصفه محل عقد الاستثمار.

ولا بد ان يكون هذا المال مبلغاً من النقود معيناً تعييناً نافياً للجهالة وذلك لأن وظيفة المصارف الرئيسة هي استثمار الاموال النقدية المودعة لديها، ولا يتصور ان يكون محل عقد الاستثمار من غير النقود.

وفي هذا الامر خروج عن القواعد العامة في العقود قدر تعلق الامر بدخل العقد، وما نصت عليه صراحة المادة (١٢٨) من القانون المدني[٣] بفقراتها الثلاثة.

ذلك انه من غير المتصور ان يكون محل عقد الاستثمار المصرفي من غير النقود لعدة اسباب اهمها ما يمليه طبيعة العمل المصرفي، ووظيفة المصارف الرئيسية الا وهي خلق النقود والائتمان.

وهنالك من يرى [٤] ان من التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار المصرفي دفع عمولة للمصرف او البدل في عقد الاستثمار بالنسبة للعميل وما يؤدية للمصرف، من عمولة التي يحددها البنك ويرى في تحديد قيمتها الجهد الذي سيبذله المصرف عند اداءه للخدمة، ويرى اصحاب هذا الرأي ان العمولة غالباً ما تكون نسبة معينة من المبالغ المستثمرة تدفع سنوياً.

ولا بد هنا من ضرورة التزام المصرف عند تحديده لمقدار عمولته في عقد الاستثمار والتي تمثل الفائدة للمصرف بمناسبة تنفيذه للعقد، ان يراعي احكام المواد (١٧١ و١٧٢) من القانون المدني العراقي[١]، الذي اشار إلى اسعار الفائدة وتنظيمها بنصوص خاصة وقوانين وما تقتضيه العرف المصرفي، ومبدأ الخضوع المصارف لرقابة البنك المركزي في اعمالها، وهو ما نصت عليه المادة (٤٠) من قانون المصارف العراقي ذي الرقم ٤٠ لسنة (٢٠٠٣)[٢].

ويرى بعضهم [٣] ان من الالتزامات التي تقع على عاتق العميل بموجب عقد الاستثمار المصرفي دفع العمولة عند ابرام العقد، ويرى اصحاب هذا الرأي ان المصرف في عقد الاستثمار هو الذي يحدد مبلغ العمولة، واذا ما حصل خلاف في

---

[١] انظر نص المادة ٢٤٦ من القانون المدني العراقي.
[٢] د. حسن محمد حسني – مصدر سابق – ص١٦٨ .
[٣] للمزيد من التفصيل - انظر نص المادة ١٢٨ من القانون المدني العراقي.
[٤] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٨٢ .
[١] انظر نص المواد ١٧١ و ١٧٢ من القانون المدني العراقي.
[٢] انظر نص المادة ٤٠ من قانون المصارف رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.
[٣] د. حسن حسني – مصدر سابق – ص١٨٣-١٨٤ .

مبلغ العمولة، فأنه يجب ان يفرق بين حالتين، حتى تخضع لتقدير القاضي من من عدمه، وهنا يجب التفرقة بين حالتين هما:
الاولى – اذا دفع العميل العمولة وبعد تنفيذ العقد نازع في مقدارها فهنا العمولة لا تخضع لتقدير القاضي وذلك عملاً بنص المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي والتي يقابلها نص[٤] المادة ٧٠٩ من القانون المدني المصري.
الثانية – اذا نازع العميل في مبلغ العمولة قبل ان يدفعها فأن مقدار العمولة تخضع لتقدير القاضي لان الحكمة من نص المادة ٧٠٩ والتي تقابلها المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي، وقدر تعلق الامر بخضوع اجر الوكيل لتقدير القاضـي،

هو ان القاضي منح سلطة رقابية على مقدار العمولة لتصحيح الخطأ الذي وقع فيه المتعاقدان، واذا لم يكن هناك خطأ في التقدير احترمت ارادة الطرفين.
وهذا ما نصت عليه الفقرة (٢) من المادة (٩٤٠) من القانون المدني العراقي بالعبارة الاخيرة الواردة فيها... هذا مع مراعاة احكام القوانين الخاصة والمقصود هنا قوانين البنك المركزي بوصفها القوانين الخاصة بتنظيم المهنة المصرفية.
وفي هذا الجانب هنالك من يرى [١] اضافة لما تقدم ان فكرة الخطأ في تقدير العمولة مستبعد ذلك لان كلاً من المصرف والعميل تاجر وعلى اقل تقدير يكون البنك تاجراً، وله خبرة ومران في عمله وهو يشكل لجنة تقدير العمولة، وان احتمال خطئه مستبعد.
ونحن لا نتفق مع الرأي الذي يذهب إلى اعطاء صلاحية للقاضي في مسألة تقدير العمولة التي يستحقها المصرف من العميل جراء تنفيذ عقد الاستثمار لعدة اسباب اهمها:

١. ان نص الفقرة الثانية من المادة (٩٤٠) من القانون المدني العراقي قد اعطت للقوانين الخاصة صلاحية تنظيم هذه المسألة والمقصود بهذا هو قانون البنك المركزي الذي يعد قانوناً خاصاً – وتطبيقاً للقاعدة القانونية – الخاص بقيد العام – وتطبيقاً المادة (٢) من القانون المدني العراقي[٢] لا مساغ للاجتهاد في مورد النص.
٢. سبق وان اشرنا ان العمولة التي يستحقها المصرف بمناسبة تنفيذه لعقد الاستثمار هو امر غير متحقق وقت انعقاد العقد، لاننا امام استثمار وبعبارة ادق امام مخاطرة في عمل المصرف في استثمار اموال العميل في عمليات الاستثمار، فلا يمكن تصور وجود صورة واضحة للقاضي عن اجر غير ثابت كمبلغ معين وقت ابرام العقد ذلك لان المصرف يأخذ نسبة معينة من الارباح عند تنفيذه للعقد هذا بالنسبة للمصارف التجارية.

اما قدر تعلق الامر بالمصارف الاسلامية فيرى السيد محمد الحسيني الشيرازي[١] ان علاقة العميل بالمصرف فيما يتعلق بعقد الاستثمار المصرفي هي

---

[٤] انظر نص المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي.
[١] الدكتور محسن شفيق – القانون التجاري الكويتي – جامعة الكويت – دولة الكويت ١٩٧٢ – ص٣٥.
[٢] انظر نص المادة (٢) من القانون المدني العراقي.
[١] السيد محمد الحسيني الشيرازي – البنك اللاربوي – مصدر من الانترنيت ٢٠٠٣ – ص٥.

عقد توظيف الاموال (عقد المضاربة) وهو عقد يمثل العميل فيه دور صاحب المال ويقوم المصرف بدور المضارب الذي تستثمر الاموال المودعة لديه وتوجيهها نحو المشروعات التي تختارها، ويضم المصرف ما يكون عنده من ودائع اخرى لغرض تحقيق ربح لنفسه والمودعين وفي اخر السنة المالية، بحساب الارباح والخسائر ويخصم من صافي الارباح المصاريف وارباح المساهمين في رأس المال، ثم يوزع الباقي على المودعين بنسبة مبالغ ودائعهم واجالهما.

وما يؤيد رأينا ما ذهب اليه خبراء اتحاد المصارف الامريكية بشأن عمليات الاستثمار المصرفي في الاوراق المالية[٢] اذ عدَّ هؤلاء ان حيازة الاموال والاوراق المالية المستثمرة لا تنتقل إلى المصرف بوصفه أمين استثمار، وانما تظل ملكاً للعميل، وهذا ما يفرق الخدمة المصرفية عن العملية الاستثمارية نفسها، اذ تكون الاموال والاوراق المالية في حيازة امين الاستثمار، وان دور البنك هو ادارة هذه الاموال واستثمارها وتقديم الخبرة المصرفية بوصفها امين استثمار، وبناء على هذا الاساس يستحق الاجر عند تنفيذ عقد الاستثمار.

وهناك جانب من الفقه[٣] يرى ان من الالتزامات التي تقع على عاتق العميل في عقد الاستثمار المصرفي التزامه بالامتناع عن ان يطالب بمبالغ اثناء تنفيذ عقد الاستثمار، اذا كان يترتب على ذلك منح المصرف من اداء التزامته النقدية في مواعيدها، وهذا ما نصت عليه المادة ٢٨ فـ٣ من القانون المرقم ١٤٦ سنة ١٩٨٨[٤] المصري الخاص بشركات الاستثمار المالي وبذلك تضع هذه الفقرة قيداً على توزيع المبالغ للمستثمرين تحت حساب الارباح.

---

[٢] American Bankers Association, (Trust Operations) Washington DC. (U.S.A) – P٩٣.

[٣] د. اسامة ابو الحسن مجاهد – مصدر سابق – ص٣٥٩.

[٤] انظر نص الفقر الثالثة من المادة ٢٨ من القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨.

ونحن نرى ان ما ورد ذكره من هذه الالتزامات على سبيل الحصر لا يعد الحد الاخير لهذه الالتزامات، اذ لا يجوز حصر اعداد هذه الالتزامات طالما ان العقود المصرفية تتجدد تباعاً لتجدد العمل المصرفي وتطوره.

وعليه لا يمكن اغفال اي شرط وضع من قبل اي طرف من اطراف العقد بوصفه التزاماً يلزم احد المتعاقدين طالما ان ذلك لا يخالف النظام العام او الاداب العامة.

ومن الالتزامات التي تقع على عاتق العميل المستثمر بموجب عقد الاستثمار المصرفي في المصارف التجارية، ان على العميل المستثمر (حامل صك الاستثمار) ان يتحمل نصيبه من الخسارة اذا ما تحققت لدى تنفيذ العقد.

وهذا ما نصت عليه صراحة المادة الثامنة[١] من القانون رقم ١٤٦ سنة ١٩٨٨ اذ جاء فيها ان لصاحب صك الاستثمار حصة من صافي الربح الناتج عن الاستثمار وفي الوقت ذاته يتحمل نصيبه من الخسارة.

وقد جاء القانون المصرفي العراقي خالياً من مسألة توزيع الخسائر بالنسبة لحملة صكوك الاستثمار، ذلك لان عقد الاستثمار هو عقد حديث نسبياً بالنسبة للعقود غير المسماة، وان ما جاء بقانون الشركات[٢] رقم (٢١) لسنة (١٩٩٧) وتحديداً في المادة ٧٣ من القانون لا يمكن الاخذ به لسبب بسيط هو ان المستثمر ليس بالضرورة ان يكون من المساهمين في المصرف بل يمكن ان يكون عميلاً فقط.

وقدر تعلق الامر بمسألة مسؤولية المستثمر (حامل الصك) عن الخسارة، فقد اختلف الفقهاء في مسألة مدى هذه المسؤولية عما ينتج من خسارة بسبب تنفيذ عقد الاستثمار.

فهناك جانب من الفقه يرى ان [٣] تطبيقاً للقواعد العامة بشأن عقد الاستثمار في القيم المنقولة، يجب ان تكون مسؤولية حملة الصكوك عن نشاط مال الاستثمار شخصية وغير محددة، تطبيقاً للقاعدة التي بمقتضاها تكون اموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه، وكل مستثمر بنسبة حصته في حال الاستثمار بوصف مال الاستثمار مالاً شائعاً.

وعلى هذا المفهوم نصت المادة ٢٦٠[٤] من القانون المدني العراقي بفقرتها الاولى والثانية، وما نصت[٥] عليه المادة ١٠٦٣ من القانون نفسه وتحديداً بالفقرة الاولى انه يجوز للشركاء ان ينتفعوا بالعين الشائعة جميعها.

ونحن نرى ان الاخذ بما ذهب اليه اصحاب هذا الاتجاه يعني تجميد للعمل المصرفي وتقييداً صارماً لاي نشاط استثماري يقوم به المصرف، لسبب انه هدف المستثمرين من جراء عقد الاستثمار هو الحصول على عائد مالي مضمون، وان

---

[١] انظر نص المادة ٨ من القانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨م.

[٢] انظر نص المادة ٧٣ من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.

[٣] د. حسني المصري – شركات الاستثمار – القاهرة – مصر – ١٩٨١ – ص٤٤٨

[١] انظر نص المادة ٢٦٠ من القانون المدني العراقي.

[٢] للمزيد من التفصيل - انظر نص المادة ١٠٦٣ من القانون المدني العراقي.

[٣] د. احمد السعيد شرف الدين – الدليل القانوني لتوظيف الاموال – مصر – ١٩٨٨ – ص٣٥.

مسألة تقييد مسؤوليتهم الشخصية بموجب عقد الاستثمار يمنع عنهم اللجوء إلى المصارف بصورة نهائية، بالاضافة إلى ان المصارف هي شركات اموال، وهي صاحبة القرار في ادارة اموال الاستثمار وهي من تتحمل المسؤولية عن الخسائر بالقدر الاكبر وليس العميل المستثمر الذي يكون دوره قاصراً على ايداع الاموال لدى المصرف بقصد استثمارها وتحقيق العائد المادي.

وهناك جانب اخر من الفقه[١] يرى في مسألة توزيع الخسائر بموجب عقد الاستثمار المصرفي ان مسؤولية العميل المستثمر (حامل صك الاستثمار) تتحدد بقدر قيمة الصك، دون باقي امواله الخاصة، ذلك لان العميل المستثمر (حامل الصك) تكون حصته من الادارة شبه معدومة بشكل تام، وان قانون الاستثمار رقم (١٤٦) لسنة ١٩٨٨ قد نص صراحة على حرمان حملة صكوك الاستثمار من الاشتراك في ادارة اموال الاستثمار.

وهذا ما نصت على مضمونه المادة ١٠٦٤[٢] من القانون المدني العراقي وتحديداً في الفقرة الثانية منها.

وهناك من يرى في هذا الجانب[٣] انه من غير المتصور ان تتحدد مسؤولية المساهمين والمستثمرين في المصرف فهم يملكون حق الادارة والقرار في مجال ادارة عقد الاستثمار بقدر مساهمتهم في رأس مال المصرف وان يسأل اصحاب صكوك الاستثمار عن خسائر هذا الاستثمار عن ما يزيد عن قيمة صكوكهم على الرغم حرمانهم من الاشتراك في ادارة الاستثمار على اي نحو.

ونحن نميل إلى الاخذ بما ذهب اليه اصحاب الرأي الثاني ذلك لان حملة صكوك الاستثمار لا يشتركون في ادارة عقد الاستثمار بل يقوم بذلك المصرف باعتماده على ما لديه من خبرة في مجال الاستثمار المصرفي، وعليه اذا ما تحققت خسارة فلا يكون لهم دخل في ذلك الا بقدر حصصهم. وان من يتحمل مسؤولية الخسارة هو من يملك حق اتخاذ القرار وهو المصرف.

وما هذا الاساس الا تطبيق للقواعد العامة الواردة في المادة (١٩٠) من القانون المدني العراقي[٤].

ويضاف إلى ما تقدم ما نصت عليه صراحة المادة ٣٠[٥] من اللائحة التنفيذية التنفيذية للقانون رقم (١٤٦) لسنة ١٩٨٨ والتي نصت صراحة على ان تستنزل حصة اصحاب الصكوك في الخسائر السنوية من قيمتها اي من الاموال التي قدمها حملة الصكوك للاستثمار.

---

[١] انظر نص المادة ١٠٦٤ من القانون المدني العراقي.
[٢] د. سميحة القليوبي – شركات تلقي الاموال – مصر – ١٩٨٩ – ص٥٤.
[٣] انظر نص المادة ١٩٠ من القانون المدني العراقي.
[٤] انظر نص المادة ٣٠ من اللائحة التنفيذية للقانون المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨م.

الفرع الثاني – التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار في المصارف الاسلامية

تعد فكرة المصارف الاسلامية فكرة حديثة نسبياً في التشريعات القانونية ولاسيما وانها وليدة حاجة ملحة لمفهوم العمل المصرفي الذي يتناسب واحكام الشريعة الاسلامية.

ويرى البعض [١] ان المصارف الاسلامية تستمد اموالها من المساهمين ومن المودعين، وان اموال المساهمين مصدرها مشروع مادامت تتم في حصص مالية كحصص الشركاء في الشركة الواحدة، اما اموال المودعين فتنجذب باسلوب المضاربة. هناك من يرى ان المصرف الاسلامي ما هو الا وسيط[٢] بين رب المال والعميل المستثمر، ولا يتعدى دوره اكثر من هذا وان الالتزامات تنشأ مباشرة بين طرفي العقد المشار اليهما سلفاً.

وعلى هذا يتضح لنا ان الاساس القانوني لعمل المصارف الاسلامية هو المضاربة، التي سبق ان تعرضنا لبعض احكامها.

وقد جاءت معظم التشريعات العربية خالية من تعريف المضاربة الا قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥[٣] الذي عرفت المادة (٦٩٣) منه شركة المضاربة بأنها – عقد يتفق بمقتضاه رب المال على تقديم رأس المال، والمضارب بالسعي والعمل ابتغاء الربح.

والموضوع الذي نحن بصدد دراسته هنا، هو التزامات صاحب رأس المال والذي هو العميل المستثمر مع المصرف الاسلامي الذي يكون بدوره هو المضارب باموال العملاء لتحقيق الربح.

ومن الجدير ذكره قبل الخوض بالاحكام التفصيلية لالتزامات العميل المستثمر في نظام المصارف الاسلامية وفقاً لمفهوم المضاربة ان نبين ان محور ما سيتم دراسته لا يتناول الجوانب الشرعية لاحكام المضاربة في الفقه الاسلامي، بل تفصيل للجانب القانوني لالتزامات المصرف المستثمر.

و هنالك من يرى[٤] ان المضاربة الاسلامية اتفاق بين طرفين، يقوم احدهما بتقديم المال لكي يعمل فيه الاخر بالتجارة غالباً على ان يكون الربح بينهما بحصة شائعة منه في الجملة.

وهناك من يعرف المضاربة[٥] شركة يدفع بموجبها مالك المال إلى العامل مالاً يتجر فيه ويكون الربح بينهما بحسب ما شرطاً، واما الخسارة فعلى صاحب المال وحده، ويتحمل المضارب خسارة عمله وجهوده.

---

[١] أ.د: رفيق يونس المصري – المصارف الاسلامية (دار شرعية) – دار المكتبي – دمشق – سوريا – سنة الطبع ٢٠٠١ – ص١٧-١٨.

[٢] محمد باقر الصدر – البنك اللاربوي في الاسلام – بيروت – دار التعارف ١٩٨١ – ص٣٢.

[٣] انظر نص المادة ٦٩٣ من قانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.

[١] د. محمود محمد حسن – العقود الشرعية في المعاملات المالية المصرفية – جامعة الكويت – الطبعة الاولى ١٩٩٧ – ص٦٦.

[٢] د. صفية عبد العزيز الشرقاوي – التكييف الشرعي لشركات المضاربة الاسلامية والاثار المترتبة عليها – رسالة دكتوراه – حقوق القاهرة – دار النهضة العربية – الطبعة الاولى ١٩٩٦ – ١٩٩٩ مصر – ص٢٤.

[٣] انظر نص المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي.

ونحن نرى ان ما ذهب اليه اصحاب الرأي الثاني في تعريفهم للمضاربة بأنها الاخذ بالجانب الشرعي اكثر من الجانب العملي وذلك لانه لو اخذنا بهذا التعريف على وضعه القائم عليه لادى ذلك إلى انتفاء مسؤولية المصرف الاسلامي عن اي خسارة، وهذا امر ممكن التحقق في اي وقت وما يتعارض بالتالي مع المفهوم العام لعقد الاستثمار المصرفي في المصارف الاسلامية.

وفي هذا تعارض واضح مع نص المادة (١٥٠) من القانون المدني العراقي[1] الذي اوجب بفقرته الاولى والثانية من نص المادة ان ينفذ العقد طبقاً لما اشترط عيله وبما يتفق وحسن النية، بالاضافة إلى ما يعد من مستلزمات العقد وفقاً للقانون والعرف والعدالة وبحسب طبيعة الالتزام.

وبالاضافة إلى ما ذهب اليه اصحاب الرأي الثاني في انهم عرفوا المضاربة على انها (شركة) وهذا التعريف لا يتفق والحالة القانونية التي نحن بصدد بحثها وهي الالتزامات العقدية للمصرف الاسلامي بموجب عقد الاستثمار المصرفي.

والتعريف المقترح من قبلنا للمضاربة بوصفها نظام عملي قانوني للمصارف الاسلامية هو: المضاربة عقد بين العميل والمصرف، يتعهد بموجبه العميل بتقديم المال إلى المصرف لغرض استثماره في المجالات كافة، على ان يتفق الطرفان على حساب الارباح والخسائر، ووفقاً لما اشترط عليه العقد، بشرط عدم مخالفة الاحكام القانونية الخاصة بحساب الارباح والفوائد.

ويتفق معظم الباحثين في هذا المجال على ان العلاقة بين المصرف والعميل تقوم على اساس الوكالة[١].

والوكالة كما عرفتها المادة (٩٢٧) من القانون المدني العراقي[٢] عقد يقيم به الشخص غيره مقام نفسه في تصرف حائز معلوم.

وعلى هذا الاساس يلتزم العميل بكافة الالتزامات التي تترتب على الموكل التي نصت عليها صراحة المواد من ٩٤٠ إلى ٩٤٥ من القانون المدني العراقي.

ويضاف إلى هذه الالتزامات القانونية، التزامات قانونية اخرى تقتضيها طبيعة العمل المصرفي ربما يمليه ذلك من عادات واعراف مصرفية، ويمكن ايجاز مزايا هذه الالتزامات بما يلي:-

اولاً. ان اهم ما يميز الوكالة التي هي اساس العلاقة بين العميل المستثمر والمصارف الاسلامية انها وكالة استثمارية، أي ان المصرف لا يأخذ اجراً مقدماً، ولكن يستحق اجره بعد قيامه باعمال الاستثمار.

---

[١] د. علاء الدين الزعتري – الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها – دار الكلم الطيب – سوريا – سنة الطبع ٢٠٠٢ – الطبعة الاولى – ص٦٣.

[٢] انظر نص المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي.

وفي هذا الجانب يرى بعضهم [١] بموجب الوكالة الاستثمارية تترك للمصرف حرية اختيار مجال الاستثمار واجراء التصرفات الاستثمارية التي يراها مناسبة دون قيد او شرط من جانب العملي، وان المصرف لا يستحق الاتعاب الا بعد قيامه بالاستثمار تحقيقاً لمصلحة العميل صاحب الوكالة.

وفي هذا الجانب نرى ان الاصل في الاجر في الوكالة ان الوكيل يستحقها حال تنفيذ العمل وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٩٤٠) من القانون المدني العراقي[٢] بفقرتها الاولى، ولا يمكن تصور الاخذ بما ورد في الشق الثاني في حالة التبرع لان عمليات المصارف تجارية بحكم القانون، والاصل في الاعمال التجارية هو العوض وانتفاء نية التبرع.

وان نما ورد في الفقرة الثانية من المادة آنفة الذكر من وجوب مراعاة احكام القوانين الخاصة، فأن في ذلك اشارة ضمنية إلى القوانين والعادات والاعراف المصرفية.

---

[١] انظر الدكتور علاء الدين الزعتري – مصدر سابق – ص١٥٣-١٥٤.

[٢] انظر نص المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي .

المبحث الثاني
النظام القانوني للمصرف التجاري الاستثماري

ينبغي علينا لدى بحثنا في الطبيعة القانونية للمصرف الاستثماري ان نبحث ذلك الوصف القانوني من خلال بيان المفهوم العقدي الذي يكون المصرف الطرف الرئيسي فيه. وبعد ذلك نوضح مفهوم الدور الجديد الذي يضطلع به وهو دور مدير الاستثمار او امين الاستثمار بأعتبار ان هذا المصطلح حديث نسبياً ولا سيما في مجال التشريعات المصرفية بشكل خاص.

وحتى تكتمل لدينا الصورة في بيان مجمل الاحكام القانونية الخاصة بعقد الاستثمار المصرفي لا بد لنا من بحث وتمحيص دقيق لما اورده الفقه وشراح القانون من بيان للنظام القانوني للمصرف الاستثماري واستعراض التشريعات القانونية الخاصة بذلك واعطاء صورة نهائية لها.

وعليه سوف نبحث في هذا المبحث مطلبين مستقلين عن بعضهما البعض حيث نخصص المطلب الاول لدراسة الوصف لاقانوني للمصرف الاستثماري ، ونتناول في المطلب الثاني دراسة الوصف القانوني للمصرف كأمين استثمار و كما يلي:

المطلب الاول: الوصف القانوني للمصرف الاستثماري

ونتناول في المطلب الثاني: الوصف القانوني للمصرف كامين استثمار

المطلب الاول
الوصف القانوني للمصرف الاستثماري

لا بد لنا قبل تحديد الوصف القانوني للمصرف التجاري بوصفه مستثمراً ان نحدد الاساس القانوني لعقد الايداع المنشئ للعلاقة الاستثمارية الذي يربط العميل بالمصرف، وذلك من خلال بيان الاساس القانوني الخاص لذلك العقد غير المسمى كما اشرنا إلى ذلك سابقاً في الخصائص وهذا سوف نبحثه في فرع مستقل.

ونبحث في الفرع الثاني من هذا المطلب مفهوم مصطلح امين الاستثمار، وذلك لان تلك الصيغة هي الاساسية للمصرف في ادارته لعقد الاستثمار.

الفرع الاول – الاساس القانوني للعقد المنشئ للعلاقة الاستثمارية

اختلف فقهاء القانون في بيان الوصف القانوني لطبيعة عقد ايداع اموال العملاء لدى المصرف التجاري الذي هو بدوره الاساس القانوني للعلاقة الاستثمارية بين العميل والمصرف التجاري وقدر تعلق الامر بعقد الاستثمار.

فهناك جانب يرى[١] ان عقد ايداع الاموال للغرض الاستثماري لا يمكن عده صورة من صور عقد الوديعة العادية التي تكون غايتها فكرة الحفظ.

ونحن نؤيد هذا الرأي وذلك لان المصرف في عقد الوديعة يلزم برد مثلها للمودع وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٣٩) من قانون التجارة رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤. هذا من جانب[٢].

ومن جانب اخر ان المصرف عند استخدامه اموال الودائع لاغراض استثمارية، يعد خائناً للامانة، اذا ما اخذنا بمفهوم عقد الوديعة العادية، وهذا ما نصت عليه القواعد العامة في الوديعة في القانون المدني العراقي[٣] اذ نصت الفقرة الاولى من المادة ٩٥٦ التي نصت صراحة على انه ليس للوديع ان يستعمل الوديعة وينتفع بها دون اذن صاحبها...الخ.

وان تطبيق احكام هذا النص يتعارض مع عمل المصارف التجارية ذات الطابع الاستثماري من جهة خاصة، واعمال المصارف بشكل عام.

اما قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٤ فقد نصت المادة السابعة والعشرون[١] وتحت مفهوم الانشطة المصرفية على تحديد واضح وصريح لمفهوم الودائع النقدية كما ورد في الفقرة (أ) منه وعلى مفهوم المصارف الاستثمارية في الفقرة (ط) من المادة نفسها وهو ما سنتعرض لدراسته بالتفصيل في مكان اخر من هذا البحث.

وهناك جانب اخر من الفقه[٢] يرى ان عقد وديعة الاموال لدى المصرف لغرض الاستثمار هو وديعة شاذة او وديعة ناقصة وذلك لغرض تمييزها عن مفهوم

---

[١] انظر الدكتور سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٣٠٢.
[٢] انظر نص المادة ٢٣٩ من قانون التجارة العراقي.
[٣] انظر نص المادة ٩٥٦ من القانون المدني العراقي.
[١] انظر نص المادة ٢٧ من قانون المصارف رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.
[٢] د. محسن شفيق – القانون التجاري الكويتي – الكويت ١٩٧٢ – ص١١٣.

عقد الوديعة بالمعنى الدقيق من ناحية وعن القرض من ناحية اخرى لخضوعها لقواعد خاصة.

اذ نرى اصحاب هذا الرأي ان البنك يملك المبالغ المودعة لديه، وعليه فأن يده هي ليست يد امانة، وانما هي يد مالك، وان المصرف لا يعد مرتكباً لجريمة خيانة الامانة اذا ما استعمل تلك الاموال.

وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة (ج) من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي[٣] التي اجازت للمصارف ان تشتري وتبيع لحسابها الخاص او لحساب العملاء.

وعلى هذا المفهوم نصت الفقرة الثانية من المادة ٩٥٥ من القانون المدني العراقي[٤] التي نصت صراحة على انه اذا خلط الوديع الوديعة بماله بأذن صاحبها... يصير الوديع شريكاً لمالك الوديعة، فأن هذاك المال بلا تقصير، فلا ضمان على الوديع الشريك.

وهذا النص الوارد في القواعد العامة يكون اقرب إلى مفهوم الوديعة الشاذة او الوديعة الناقصة، ويضاف إلى ذلك ان المصرف وكما سيرد ذكر ذلك لاحقاً لا يمكن له اعفاء نفسه من المسؤولية عند بحثنا لاحكام المسؤولية المصرفية في الفصل الثالث.

ويرى اصحاب هذا الرأي ان العرف المصرفي يقضي بتمسك المصرف بالمقاصة في مواجهة العميل بين المبالغ المودعة لحسابه وبين ما ترتب عليه من ديون للمصرف عند تنفيذ عقد الاستثمار، في حين يمتنع على المصرف اجراء هذا التصرف في مواجهة المودع في الوديعة العادية الواردة في نص المادة ٢٣٩ من قانون التجارة.

وقد وجهت عدة انتقادات لاصحاب هذا الرأي اهمها[١] ان التشريعات القانونية جاءت خالية من تسمية الوديعة الشاذة ولم ترد في نصوص تلك القوانين احكام تلك الوديعة حتى يدخل في نطاق الوديعة النقدية المصرفية، لا سيما وان احكام عقد الوديعة الشاذة او الوديعة الناقصة يخضع للقواعد العرفية المتصلة بحساب الودائع النقدية. وعلى هذا الاساس لا يجوز اخذ حكم الوديعة النقدية.

ومن الانتقادات الاخرى الموجهة لاصحاب هذا الرأي ان الوديعة النقدية المخصصة لغرض الاستثمار ليست وديعة شاذة او ناقصة[٢] ذلك لان المصرف يمنع عليه ايضاً استخدام مبلغ الوديعة في غير الغرض المخصص مبلغها من اجله، وفي الوقت نفسه يحتفظ في خزانته بمبلغ يعادلها.

وهناك جانب اخر من الفقه يرى ان عقد وديعة الاموال المخصصة لغرض الاستثمار لدى المصرف تعد عقد قرض[٣] ذلك لان العميل يقرض البنك المودع لديه

---

[٣] انظر نص الفقرة ج من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي.

[٤] انظر نص الفقرة ٢ من المادة ٩٥٥ من القانون المدني العراقي.

[١] د. محمد كامل مرسي – العقود المسماة – مجلة التشريع المالي اذار ١٩٥٥ – مصر. ص٥٧

[٢] د. مصطفى كمال طه – القانون التجاري – مصدر سابق – ص٥٠٣.

[٣] د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك – مصدر سابق – ص٤١.

مبلغاً معيناً من النقود، ويلتزم المصرف برد مثلها للعميل عند نهاية اجل القرض، وعليه وحسب ما سار عليه اصحاب هذا الرأي ان يجوز المقاصة بين هذه الوديعة والحق الذي يكون للمصرف على العميل، ولا يعتبر المصرف خائناً للامانة اذا ما تعذر على المصرف رد اموال المودعين.

ونحن نرى انه من الجدير بالذكر ان المقاصة كما عرفتها المادة ٤٠٨ من القانون المدني العراقي[١].

اسقاط دين مطلوب لشخص من غريمه في مقابلة دين مطلوب من ذلك الشخص لغريمه.

ونحن لا نميل إلى الاخذ بالرأي الذي عد عقد وديعة الاموال لغرض استعمالها في الاستثمار هو عقد قرض لعدة اسباب اهمها ان عقد القرض وكما وردت احكامه في القواعد العامة وتحديداً في المادة ٦٩٢ لفقرتيها الاولى والثانية[٢] ان الفائدة لا تجب في القرض، واذا ما اشترطت فيجب ان لا تزيد على السعر المحدد قانوناً وهو الذي نصت عليه المواد ١٧١ و١٧٢ من القانون المدني العراقي.

ذلك لان الاصل في عمليات المصارف هو التجارة بقصد تحقيق الربح وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ بالفقرة (ط)[٣] تحديداً.

بالاضافة إلى كل ما تقدم نجد ان قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣[٤] وعند بيانه لتعريف مصطلح الاعمال المصرفية في المادة الاولى منه قد اشار صراحة إلى ان اعمال المصارف يكمن في تلقيها ودائع نقدية او اموال اخرى واجبة السداد من الجمهور بغرض اعطاء هذه المصارف للقروض او توظيف الاستثمارات لحساب المستلم (العميل).

وخلاصة القول هنا طالما يوجد نص تشريعي واضح وصريح لا غموض فيه في ان المصارف هي التي تقوم باقراض الاموال للعملاء، فلا يمكن الاخذ بهذا الرأي الذي يقوم على اساس عد عقد وديعة الاموال لدى المصارف لغرض استثمارها كعقد قرض للاسباب الواردة سلفاً.

وهناك اتجاه اخر حديث تبناه الفقه القانوني المصرفي يرى اصحابه[١] بأن الوديعة المخصصة لغرض الاستثمار لها وضع خاص يختلف عن الوديعة العادية، حيث ان العميل في بعض الاحيان يقوم بايداع امواله لدى المصرف لغرض مخصص وعلى المصرف تحقيق هذا الغرض الذي من اجله اودع المبلغ.

---

[١] انظر نص المادة ٤٠٨ من القانون المدني العراقي.

[٢] انظر نص المواد ٦٩٢ و ١٧١ و ١٧٢ من القانون المدني العراقي.

[٣] انظر نص المادة ٥ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

[٤] انظر نص المادة الاولى من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[١] د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك – مصدر سابق – ص١٦٨.

اذ اقر القانون الفرنسي هذا النوع من انواع الوديعة المخصصة لغرض معين وفي هذا الجانب يرى الفقيه الفرنسي Jorge Rebear [٢] ان الوديعة المخصصة عبارة عن مبلغ يودع لدى البنك لخدمة عملية محددة مثل الاكتتاب بالاسهم او شراء الصكوك الاستثمارية.

ويرى بعض اصحاب[٣] هذا الرأي او الوديعة المخصصة لغرض معين يمكن تصورها في ثلاثة قروض – الاول التخصيص لمصلحة العميل المودع وذلك من خلال ايداع الشركات لارباحها السنوية في حساب عميلها المساهم والثاني ان يكون التخصيص لمصلحة المصرف كتقديم الودائع لغرض ضمان قرض او فتح اعتماد والثالث التخصيص لمصلحة الغير ولحسابه وذلك بايداع مبلغ للوفاء بعملية ماليه ما، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة (٢) من المادة ٥٦٥ من قانون التجارة الكويتي.

وثمة من يرى في مجال الوديعة المخصصة لغرض معين ان المصرف لا يملك تغيير وجهة تخصيص مبلغ الوديعة إلى غرض اخر حتى لو كان في صالح العميل كدفع المصرف لشيك مسحول على العميل للمصرف نفسه ما لم يكن مبلغ الوديعة يكفي للغرض الاصلي الذي تمت من اجله عملية الايداع ويكفي في الوقت نفسه لتحقيق الاغراض الاخرى الذي يتطلبها العميل[١].

ولدى تقييمنا للاراء الثلاثة التي قيلت بشأن الوديعة النقدية المخصصة لغرض تنفيذ عقد الاستثمار المصرفي والتي تتلخص بكونها لحد الفروض الثلاثة:

اولاً. عقد وديعة ناقصة او شاذة لا تقوم على اساس الحفظ.

ثانياً. عقد قرض من العميل للمصرف التجاري.

ثالثاً. عقد وديعة مخصصة لغرض معين.

يتضح لنا ما يلي:-

ان العمل المصرفي يقتضي تحصيل الاموال من قبل العملاء لغرض استثمارها ان أي وصف للايداع لا يعد الهدف الرئيس بالدرجة الاولى من العمل المصرفي، وانما ما يترتب على هذا الايداع تقديم البنوك لخدماتها المصرفية.

وقد انحاز جانب من الفقه [٢] إلى عد الوديعة المصرفية قرضاً وهذا ما نصت عليه المادة ٧٢٦ من القانون المدني المصري[٣] اذ ورد فيها انه اذا كان مبلغ الوديعة من النقود او أي شيء اخر يهلك بالاستعمال وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله عد العقد مرضياً.

اما القانون المدني العراقي فقد كان اكثر دقة وتحديداً في نص المادة ٩٧١ منه[٤] اذ عدت تلك المادة العقد قرضاً بشرط ما لم يقضي العرف بخلاف ذلك.

---

[٢] Jorge Rebar – Traite de dorit commercial op.cit.page ٣٦٤.

[٣] الدكتور جديع فهد الرشيدي – مصدر سابق – ص٧٦.

[١] د. ابراهيم مختار ابراهيم – موارد البنوك التجارية وتوظيفها – معهد الدراسات المصرفية – القاهرة ١٩٧٣ – ص١٦.

[٢] د. مصطفى كمال طه – مصدر سابق – ص٥٠٤.

[٣] انظر نص المادة ٧٢٦ من القانون المدني المصري.

[٤] انظر نص المادة ٩٧١ من القانون المدني العراقي.

ونحن نرى ان العرف المصرفي وكما اشارنا سابقاً يعد بمثابة التشريع ذلك لان النصوص القانونية تعيق من سير تطور عمليات المصارف ولاسيما اذا كانت هذه الاعراف غير مخالفة لفكرة النظام او الاداب العامة.

وتأكيداً لهذا الجانب هنالك من يرى[1] ان المصارف لا تقترض مال الاستثمار وانما يقوم العميل المستثمر بايداع امواله في المصارف لغرض استثمارها مقابل ربح معين تختلف نسبته باختلاف مجال الاستثمار والسوق.

وعليه يتضح هنا ان عقد الوديعة المخصصة لغرض الاستثمار هو عقد ذو طبيعة قانونية خاصة لانه اساس العقد الاصلي هو عقد غير مسمى كما اشرنا في بيان خصائص عقد الاستثمار انه ليس عقد قرض بالمعنى القانوني لعقد القرض ذلك لان عقد القرض يشترط فيه الفائدة والاجل وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٦٨٤) والمادة (٦٩٢) من القانون المدني العراقي[2].

ولا يمكن عده عقد وديعة ذلك لان العميل المستثمر تكون غايته الاساسية هي تحقيق الربح وذلك من خلال استثمارها في المحافظ الاستثمارية لدى المصرف.

ونحن نميل إلى الاخذ بفكرة الوديعة المخصصة لغرض معين وذاك لان اوجه تقدر صور هذه الودائع يكون اقرب وفكرة الوديعة المخصصة لغرض الاستثمار.

وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة (ط) من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي وما لم يرد حظره كعملية يمتنع على المصرف القيام بها كما ورد ذلك في المادة ٢٨ من القانون نفسه[3].

وصفوة القول ان الوديعة المخصصة لغرض معين وهو الاستثمار ليست وديعة نقدية بالاصل، وانما نقود وضعت في المصرف لتنفيذ الاستثمار وفق ما يقتضيه العرف المصرفي، ولاتخضع لقواعد وديعة النقود من حيث شروط ايداعها ومدة استغلالها و الارباح المتحصلة من جرائها .

وبعد ان تم استعراض مجمل الاراء القانونية التي قيلت بشأن مفهوم العقد المنشئ للعلاقة الاستثمارية، نرى انه لابد لنا لاستكمال الصورة ان نتعرض لبعض اراء الفقه المصرفي الحديث بشأن استثمار المصارف لاموال عملائها.

فقد اخذ بعضهم[1] باتجاه يرى فيه ان تطبيق مبدأ سلطان الادارة تطبيقاً يتناسب مع العمليات التي تجريها البنوك على نقود الودائع لوجدنا ان العميل يتجه إلى البنك لايداع نقوده ونيته تنصرف إلى استثمار نقوده بطريقة مأمونة وتحصيل عائد هذا الاستثمار وذلك لعدم خبرتهم في عمليات الاستثمار بصورة عامة والمصرفية منها بصورة خاصة.

---

[1] د. محمد مدني – الاستثمار المصرفي – شركة المساهمة في التشريع الاسلامي – مطبعة الحضارة العربية – القاهرة – بيروت سنة طبع – ص١٢٨.

[2] انظر نص المادة ٦٨٤ و ٦٩٢ من القانون المدني العراقي – مصدر سابق.

[3] انظر نص المادة ٢٧ و٢٨ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ .

[1] د. عيسى عبده – النظرية العامة للتوظيف والفائدة والنقود – دار الاعتصام – مصر – الطبعة الثانية – ١٩٧٧ – ص١٨٣.

وهناك جانب اخر من الفقه المصرفي[٢] يرى من خلال التطبيق العملي ان اصحاب رؤوس الاموال الصغيرة هم من يلجأون للمصارف لغرض استثمار اموالهم، وذلك بسبب قلة رؤوس تلك الاموال، وعلى العكس من ذلك يرى اصحاب هذا الرأي ان رؤوس الاموال الضخمة نادراً ما يلجأون للمصارف لغرض استثمار اموالهم عن طريق ايداعها في صورة وديعة نقدية مصرفية، لان الخبرة في شؤون الاستثمار لا تعوزهم، وهم يديرون امورهم بانفسهم في مشروعات خاصة بهم.

ونحن نرى من هذا الجانب ان المستثمرين بالاضافة إلى ما سبق ذكره في الرأيين السابقين، يضفون كل ثقتهم في المؤسسات المصرفية، وذلك لان المصارف هي المؤسسات الرسمية المعول عليها في عمليات الائتمان وخلق النقود، بالاضافة إلى كونها تملك جزءاً كبيراً من سيولة النقد، وهذا بدوره يشجع المستثمر ولا يجعله متردد في التعامل مع المصرف، هذا من ناحية التطبيق العملي للمستثمر.

اما فيما يتعلق بالمصارف وهو امر يتحد به المصرف التجاري مع العميل المستثمر، فيرى اصحاب هذا الرأي[١] ان المصرف يترقب وصول العميل اليه، قاصداً الحصول على مدخراته، وخلق فرصة مناسبة للاستثمار ودفع عائد للعميل سواء كان ربحاً ام فائدة اذ ان المصرف بقدر ما يتوافر لديه من اموال الودائع، بقدر ما يتوسع في عملياته واستثماراته.

ونحن نرى ان هذا الرأي فيه شيء من عدم الشمولية، ذلك ان المصارف في بعض الاحيان تقوم في بعض الاحيان بمنح القروض بضمانات شخصية، دون ان يكون هناك ايداع اصلاً، وعليه لا يمكن قياس عموم نشاط المصرف على عملية واحدة من العمليات التي يجريها والتي تتطلب ايداع العملاء لاموال سلفاً.

وخلاصة الامر.... بعد ان اشرنا في موضوع سابق ان الوديعة لغرض الاستثمار ليست وديعة نقدية بالمفهوم القانوني لاحكام الوديعة الواردة في المادة ٢٣٩ من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤، وانما نقود وضعت في المصرف لتنفيذ الاستثمار وفق ما يقتضيه العرف المصرفي، ونضيف إلى ما تقدم ان دور المصرف وهذه الحالة هو مودع لديه مستثمر لاموال الوديعة بقصد تحقيق عائد مادي (ربح)، وهذه الودائع المصرفية الاستثمارية يجب النص على احكامها صراحة في القوانين التجارية والمصرفية.

وقد اوضح قانون المصارف العراقي[٢] ان بعض احكام هذه الوديعة في تعريفه للوديعة في المادة الاولى من القانون، دون تحديد لأسم الوديعة الاستثمارية.

---

[٢] د. احمد ابو اسماعيل – الاقتصاد السياسي في الاسلام – كلية تجارة القاهرة – ١٩٨١ – ص٨٢.

[١] د. علي البارودي – العقود وعمليات البنوك – مصدر سابق – ص٢٩٦.

[٢] انظر نص المادة الاولى – من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣م.

الفرع الثاني
مفهوم امين الاستثمار

ينبغي علينا قبل ان نبحث في الوصف القانوني للمصرف التجاري بوصفه امين استثمار ان نبين ما هو المقصود بعبارة امين الاستثمار.

وهنالك من يرى ان امين الاستثمار[١] هو الذي ينقل اليه الحيازة القانونية المقررة على الملكية لاخر يريدها لصالح شخص او اشخاص اخرين وهم المستفيدين.

وهنا يتضح لنا من هذا التعريف ان ما ورد فيه مفاده ان امين الاستثمار يمكن ان يكون شخص طبيعياً او شخصياً معنوياً كان يكون مصرف او شركة استثمار مالي.

اما اتحاد المصارف الامريكية[٢] فيرى خبراءه ان هناك فرقاً في وظيفة امناء الاستثمار، اذ ان سلطات امين الاستثمار تختلف والوصف القانوني لامين الاستثمار الذي لا يعدو عن كونه احد الصورتين اما اميناً او كيلاً.

وهناك من يرى[٣] يرى ان وصف معنى امين الاستثمار يعتمد على طبيعة النشاط الذي يمارسه كأن يكون تقديم الخدمات او بيع البضائع والعقارات وادارة المحافظ الاستثمارية على اختلاف انواعها.

اما قوانين المصارف وتشريعاتها فقد تباينت التشريعات في اعطاء وصف قانوني لامين الاستثمار، اذ نص قانون المصارف العراقي[٤] في المادة الاولى منه عبارة (شخص صالح ولائق) حيث اعتبرت هذه الفقرة ان الشخص يعد اميناً وجديراً بالثقة متى ما كانت مؤهلاته المهنية، وخبرته ومركزه المالي جيدة، عند ذلك وحسب قانون المصارف العراقي، يكون ذلك الشخص مؤهلاً، ويصح ان يكون اميناً للاستثمار.

اما التشريعات المصرفية العربية فقد جاءت معظمها خالية من وصف محدد لكلمة – امين الاستثمار – الا قانون صناديق الاستثمار القطري[١] رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢، والمتعلق بشأن صناديق الاستثمار اذ نصت المادة الاولى منه على ان امين الاستثمار هو ذلك الشخص الذي يقوم باعمال امانة الاستثمار على اموال الصندوق.

وقد نظم القانون المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ الخاص بادارة الاستثمار على مهمة امين الاستثمار في تنظيم عقد ادارة الاستثمار وادراج البيانات من قبل امين الاستثمار.

---

(١) John M. Clark – The trust business – p١٠.

(٢) Trust operations – op – cit – p٧٤.

(٣) خدمات امناء الاستثمار – مصدر من الانترنيت.

(٤) انظر نص المادة الاولى- قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

(١) انظر نص المادة الاولى من القانون القطري رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢.

حيث نصت المادة[٢] (١٦٧) من اللائحة التنفيذية للقانون اعلاه على ان يتضمن العقد بيانات خاصة تحدد التزامات كل طرف من طرفي العقد.

وهناك جانب من الفقه يرى[٣] ان العلاقة بين المصرف وبين امين الاستثمار او ما يطلق عليه احياناً في العرف المصرفي – مدير الاستثمار – هو عقد وكالة، وهذا العقد يرتب لكل طرف من طرفيه حقوقاً ويلقي على عاتقه التزامات.

وهنا لا بد لنا من الاشارة إلى ما تبناه اصحاب هذا الرأي وهو ان المقصود بأمين الاستثمار هنا هو الشخص الذي يعهد اليه المصرف الاستثماري بادارة المحفظة الاستثمارية التي تتكون من اموال المودعين المخصصة لغرض الاستثمار.

ويبقى هذا الشخص مسؤولاً امام المصرف بموجب العقد الذي يوقعه مع المصرف، وبما يترتب على هذا العقد من حقوق والتزامات.

واستناداً إلى ذلك يستحق امين الاستثمار اجر مقابل الخدمات التي يقدمها إلى المصرف وذلك لان العقد المبرم بين المصرف وامين الاستثمار هو عقد وكالة.

ويمكن الاستفادة مما نصت عليه الفقرة الاولى من المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي[١] في استحقاق امين الاستثمار لأجره من المصرف.

وقد جرى العرف المصرفي في هذا المجال على ضرورة تحديد اجر امين الاستثمار، مقابل ادارته للمحفظة الاستثمارية، ويعد ذلك من البيانات الجوهرية التي يجب ان يتضمنها عقد ادارة الصندوق الذي يبرم بين المصرف وامين الاستثمار، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة الثانية[٢] من المادة ١٦٧ من القانون المصري الخاص بسوق رأس المال ولائحته التنفيذية رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢ .

ونحن بهذا نرى انه لايمكن اعد وظيفة امين الاستثمار بلا اجر وذلك، باعتبار انه محترف للعمل التجاري (المصرفي) طالما ان القانون نص تحديد الاجر الخاص به.

ومن هنا يرى بعضهم[٣] ان عقد ادارة المحفظة الاستثمارية هو عقد وكالة، على اساس ان ما يميز عقد الوكالة عن سائر العقود الاخرى هو ان محله قيام الوكيل بتصرف قانوني لحساب الموكل، ولو كان قيامه بهذه التصرفات يقتضي اداء بعض الاعمال المادية.

وهناك جانب اخر[٤] يرى ان امين الاستثمار جهة مستقلة عن المصرف متخصصة بمجال الاستثمار، ولتحديد حقوقه والتزاماته مسألة مهمة حتى يتم الوقوف على ضوء ذلك على مسؤوليته عن اخطاءه في مواجهة المصرف والمستثمرين.

---

[٢] انظر نص المادة ١٦٧ من اللائحة التنفيذية القانون المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

[٣] د. عبد الرحمن السيد قرمان – المركز القانوني لمدير الاستثمار – دراسة في الجوانب القانونية لادارة صناديق الاستثمار – دار النهضة العربية – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩ – ص[٦١].

[١] انظر نص المادة ٩٤٠ من القانون المدني العراقي.

[٢] انظر نص الفقرة ٢ من المادة ١٦٧ من القانون ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء السابع – مصدر سابق - ص[٢٠٩].

[٤] د. عبد الرحمن السيد قرمان – مصدر سابق – ص[١٥].

اما القانون الفرنسي[1] فقد تبنى اتجاهاً اخر في مسألة مدير صندوق الاستثمار او ما يطلق عليه ايضاً امين الاستثمار حيث اشترط القانون رقم (٥٩٤) لسنة ١٩٧٩، على امين الاستثمار Léger ant والمصرف المودع لديه Le depositaries بوضع نظام اساسي للصندوق الاستثماري، ثم يتم عرضه على لجنة عمليات البورصة، وبعد موافقة هذه اللجنة يتم بدأ الاستثمار الفعلي.

وعلى عكس ذلك نجد ان القانون المصري قد اوجب ان يكون العقد الموقع بين المصرف وامين الاستثمار هو المعول عليه في بيان الحقوق والالتزامات، نجد ان القانون الفرنسي قد ترك مسألة بيان الحقوق والالتزامات لكل طرف من المصرف وامين الاستثمار إلى القانون من خلال لجنة عمليات البورصة.

ونحن نميل إلى الاخذ بما ذهب اليه القانون الفرنسي من ضرورة تنظيم مسألة حقوق والتزامات امين الاستثمار من قبل التشريع قدر تعلق الامر بمسألة الرقابة، نظراً لخطورة موقف امين الاستثمار تجاه المصرف من جهة والمستثمرين من جهة اخرى.

وهناك جانب اخر يرى[2] في الوقت ذاته ان المشرع الفرنسي صندوق الاستثمار نوعاً خاصاً من الشيوع في ملكية الاوراق المالية Une copropriete وليس له شخصية اعتبارية، وان النظام الاساسي للصندوق الاستثماري هو الذي ينظم علاقة مدير الاستثمار بالمصرف وعلاقة مدير الاستثمار بالمدخرين اصحاب الحصص.

اما فيما يتعلق بمسألة الرقابة على امين الاستثمار في القانون المصري، فقد اوجب المشرع المصري في المادة ١٦٦ من القانون رقم [3]٩٥ لسنة ١٩٩٢ اخطار الهيأة العامة لسوق المال التي تملك سلطة الرقابة على العقد المبرم بين امين الاستثمار والمصرف، وتتأكد من اتفاقه مع احكام القانون.

اما قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ فقد جاء خالياً من أي ايضاح لمفهوم امين الاستثمار المصرفي غير ما نصت عليه الفقرة (ط)[1] من المادة ٢٧ من القانون انف الذكر، اذ نصت الفقرة على انه يجوز للمصرف ان يقدم خدمات كمدير حافظة للاوراق المالية او مستشاراً مالياً او وكيل استثمار مالي.

ولدى تدقيق النص نرى ان المشرع العراقي لم يتعرض بالاساس إلى امكانية كون امين الاستثمار شخصاً ينظم عمله من خلال قانون معين مثل ما جرى عليه العمل القانوني في فرنسا او عقد تنظيم احكامه مثل القانون المصري.

ولربما يرجع هذا النقص في التشريع حسب رأينا إلى انعدام مفهوم الاستثمار المصرفي الحر.

ولامين الاستثمار واياً يكون النظام القانوني الذي ينظم عمله سواء كان ذلك مصدر القانون كما في القانون الفرنسي او العقد كما في القانون المصري الحق في

---

[1] Alain Viandier, les nouveaux fond communs deplacement (loino ٧٩-٥٩٤ de ١٣ juillet ١٩٧٩) Rev – Soc – ١٩٨ –p[٢٤١] ets.

[2] Pieere Bezard, fonds communs deplacment – encyc – Dalloz – vol III.

[3] انظر نص المادة ١٦٦ من قانون سوق راس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

[1] انظر نص الفقرة (ط) من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

الحصول على اجر، وطبقاً للقانون المصري[٢] فأن الاجر يتفق عليه مع المصرف باعتبار انهما طرفي العقد، ووفقاً لما جرى عليه العرف يتم تحديد نسبة ١% سنوياً من صافي ارباح الصندوق الاستثماري.

اما في القانون الفرنسي[٣] فقد نصت المادة ١٨ من القانون رقم ٥٩٤ لسنة ١٩٧٩ الخاص على ان اتعاب remuneration مدير الصندوق الاستثماري تحدد بمقتضى قرار من وزير الاقتصاد بعد اخذ رأي لجنة البورصة.

وهنا يرى بعضهم[٤] ان سبب تشدد المشرع الفرنسي في مسالة تحديد اجر مدير الاستثمار عنه في القانون المصري، يرجع إلى ان مدير الاستثمار في فرنسا هو الذي يؤسس صندوق الاستثمار مع المصرف بالاتفاق، وبالتالي هو الذي يحدد

النظام الاساسي للصندوق الاستثماري بما في ذلك القواعد التي يتحدد على اساسها مقابل ادارة الصندوق، وهذا الامر يقتضي تدخل المشرع من خلال وضع خد اقصى لا يجوز لمدر صندوق الاستثمار ان يتجاوزه.

وفيما يتعلق بالقانون العراقي[١] نجد ان نص المادة ٢٨ من القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ قد اوجبت على المصرف التجاري على موافقة خطية من البنك المركزي العراقي وفيما يتعلق باعمال الاستثمار جميعها بما في ذلك تقديم المصرف للخدمات كأمين استثمار.

ونحن نرى ان المشرع العراقي لم يحدد النظام القانوني للعلاقة التي تربط مدير الاستثمار بالمصرف، بل سكت عن ذلك واجاز ان يكون العقد هو مصدر اتفاق المصرف مع مدير الاستثمار بشرط خضوع ذلك إلى قانون المصارف والرقابة التي يفرضها على اعمال المصارف.

المطلب الثاني
الوصف القانوني للمصرف كامين استثمار

بعد ان بينا في ماس بق مفهوم العقد الاستثماري الذي يُنشئ العلاقة العقدية ما بين العميل والمصرف، واوضحنا مفهوم امين الاستثمار الذي يمكن ان يكون المصرف ذاته او شخص معنوي اخر او شخص طبيعي، يوكل اليه المصرف ادارة المحفظة الاستثمارية محل العقد.

نتعرض في هذا المطلب لدراسة الوصف القانوني للمصرف، اذ تنور مسألة تحديد النظام القانوني للمصرف في حالات متعددة اهمها اذا ما كان للعميل اكثر من علاقة مع المصرف مثالنا على ذلك ان يكلف العميل المصرف بأن يدير عقاراته

---

[٢] د. عبد الرحمن السيد قرمان – مصدر سابق – ص٦٣.

[٣] انظر نص المادة ١٨ من القانون الفرنسي ٥٩٤ لسنة ١٩٧٩.

[٤] انظر د. عبد الرحمن السيد قرمان – مصدر سابق – ص٦٦.

[١] انظر نص المادة ٢٨ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

ويستثمر امواله في احدى محافظ الاوراق المالية التابعة للمصرف او لدى شركة استثمار اخرى مشتركة يقوم المصرف بادارة محافظها فقط.

ويرى بعضهم[١] ان صعوبة تحديد الوصف القانوني تثور اكثر في العمليات المركبة كلن يكلف البنك بوصفه امين استثمار من قبل العميل بادارة عقاراته واستثمار ريعها في الاوراق المالية.

وایاً يكن الوصف القانوني لهذا الدور، فأنه لا يمكن وضعه في اطار قانوني واحد، بسبب ان معاملات المصارف التجارية على وجه عام في تطور مستمر وسريع مع تطور الحياة الاقتصادية والتجارية.

وهنالك اتجاه في [٢] الفقه الفرنسي حاول جاهداً ادراج العمليات التجارية المصرفية في اطار النظرية العامة للالتزامات ويرى[٣] Repair في نفس العبارة ان العنصر الجوهري في العمليات التجارية هو العنصر الفني الذي ينطوي على الية بارعة، هي اكثر تعقيداً من العقد. وان الاليات القانونية الحديثة بالنسبة للعقود التقليدية تشبه ما يمكن ان تكونه الالة الحديثة بالنسبة لالة بدائية، وكلما ازداد الطابع الفني دفة وتطوراً، كلما ابتعد القانون التجاري عن خطيرة القانون المدني وانفرد بخصوصيته.

وفي المجال نفسه[٤] يربجانب من الفقه ان دور المصرف في العملية الواحدة التي يقدمها أميناً للاستثمار لعميل ما، قد يصعب تحديد دوره فيها من الناحية القانونية المخصصة.

وان دور البنك في العملية نفسها قد يتغير من زاوية إلى اخرى، فقد يكون وكيلاً اذا نظرنا اليه من زاوية وقد يكون اميناً اذا نظرنا اليه من زاوية اخرى.

فشكل العملية المصرفية واحد لا يتغير وان ما يتغير هو دور المصرف من وقت لاخر وهذا امر عام لكافة العمليات المصرفية.

وبناءاً على ما تقدم ينبغي لنا عند بحثنا عن النظام القانوني للمصرف بوصفها امين استثمار، ان نبين في ما اذا كان المصرف وكيلاً عن العميل ام اميناً مودعاً لديه ام مقاولاً ام سمساراً.

وعلى هذا الاساس سوف نبحث في هذا المطلب فرع رئيسين هما:

الفرع الاول – التشريعات القانونية والاراء الفقهية في كون المصرف أمين الاستثمار وفي هذا الفرع نستعرض ما تناولته التشريعات القانونية وشراح القانون

---

[١] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص[٣١٨].

(٢) Gorge Reapieair نص العبارة من ص[٣٢٠]

[٣] جورج ريبير.. ونص عبارته G. Ripert

Ce quil ya d'essentiel dans les operations commericales, l'element technique consistant dans un mecanisme ingenieux, bien plus complique que le contract, les mecaismes juridiques modrens sont aux contracts classiques ce qu une machine actuelle pevtere a un instrument primity, plus la technique s'affine et se devloppe, plus le droit commercial s'eloigne du droit civil et affirme son particularisme.

[٤] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص[٣١٩].

وفقهاءه في مسألة النظام القانوني للمصرف بصفته امين استثمار وما ورد في التشريعات القانونية لهذه الاراء.

الفرع الثاني – العادات والاعراف المصرفية القائمة في بيان النظام القانوني للمصرف بوصفه امين استثمار، والرأي القانوي الراجح ، وفي هذا الفرع نستعرض ما جرى عليه العادة والعرف المصرفي، والذي يمثل حياة عمل المصارف لدى ممارستها لاعمالها التجارية بصورة عامة والاستثمارية بصورة خاصة والرأي الراجع في هذه المسألة.

الفرع الاول – التشريعات القانونية والاراء الفقهية.

اختلفت التشريعات القانونية و الاراء القانونية لفقهاء القانون في مسألة العمليات المصرفية التي يقدمها المصرف والخدمات، وذهبوا إلى اراء متعددة، فمنهم [١] من يرى بشكل عام ان المصرف يعتبر وكيل عن العملاء.

ومنهم من ذهب[٢] إلى اعمق من ذلك فقسم اعمال الوكالة إلى نوعين هما: النوع الاول – وكالة بالعمولة، والنوع الثاني – وكالة اعتيادية.

والوكالة العادية كما عرفتها المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي[١] بانها عقد يقيم به الشخص غيره مقام نفسه في تصرف جائز معلوم.

اما قانون الوكالة التجارية العراقي[٢] رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠ فقد جاء خالياً من تعريف محدد للوكالة بالعمولة، وعدها ضمن الوكالات التجارية التي تمنح صلاحيتها من خارج العراق.

اما قانون التجارة المصري[٣] رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ فقد عرفها بالفقرة الاولى من المادة ١٦٦ منه بأنها عقد يتعهد بمقتضاه الوكيل بأن يجري باسمه تصرفاً قانونياً لحساب الموكل.

وهناك صورة مدنية اشار اليها الاستاذ الدكتور عبد الرزاق السنهوري[٤] وهي التعاقد باسم مستعار، وذلك من خلال ان يسعى احد الراغبين في الشراء إلى اخفاء شخصيته عن البائع عارضاً عليه شراء العقار دون ان يعلمه بأنه يتعاقد لحساب مشتراً آخر، وان صاحب الاسم المستعار هو من يملك صفة المتعاقد امام البائع دون المشتري الحقيقي، وبعد ذلك تنتقل الاثار إلى المشتري الحقيقي تنفيذاً للعقد المبرم بينهما.

---

[١] د. مصطفى كمال طه – الوجيز في القانون التجاري – الجزء الاول – المكتب المصري الحديث – سنة الطبع ١٩٧١ – مصر – ص٩٤.

[٢] د. ثروت علي عبد الرحيم – شرح القانون التجاري الكويتي – دار البحوث العالمية للنشر والتوزيع – الكويت – ١٩٧٥ – ص٦٩.

[١] انظر نص المادة ٩٢٧ من القانون المدني العراقي.

[٢] انظر نص المادة ٣ من قانون الوكالة التجارية العراقي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠.

[٣] منير قزمان – الوكالة التجارية في ضوء الفقه والقضاء – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – مصر – سنة الطبع ٢٠٠٢ – ص١٠٥.

[٤] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء السابع – دار النهضة العربية – ١٩٦٣ – ص٦٣٠.

والمسألة التي نحن بصدد ايجاد النظام القانوني لها والتي كانت محل خلاف بين الفقهاء بسبب اختلاف وصف المصرف القانوني في نفس العمل من حين لاخر، هي اذا ما كان المصرف امين استثمار يتعاقد باسمه لحساب العميل، وبين ما اذا تعاقد المصرف باسم العميل ولحسابه.

وقد جرى جانب من الفقه[١] على اعتبار العقد في الحالة الاولى باسم عقد الوكالة بالعمولة اعمالاً لنص المادة ١٦٦ من قانون التجارة المصري.

ويرى خبراء اتحاد المصارف الامريكية[٢] في هذا الجانب ان المصرف بوصفه أمين استثمار وهو يعمل لحساب العميل والمستثمر يلقي منه التعليمات والاوامر، ويقدم اليه حساباً باعماله باعتباره وكيلاً، ويقابل الغير الذي يتعامل معه بصفته اصلاً يكتسب الحقوق باسمه، ويلتزم امامه باسمه كأصيل عن العميل.

ومثالهم على هذا انه اذا ما عهد العميل إلى المصرف امين الاستثمار بأن يستثمر له مبلغاً من المال في صندوق استثمار المال المشترك حيث يتم فيه التعامل في الاوراق المالية بيعاً وشراءاً، فالمصرف يكون وكيل عن العميل في العلاقة القائمة بينه وبين العميل، وفي نفس الوقت اصيلاً في مواجهة الغير بيعاً وشراءاً وتعاملاً.

ونحن نذهب إلى ما جاء به خبراء اتحاد المصارف الامريكية في رأيهم السابق والذي يمكن تحديد مفهومه من خلال ان المصرف بوصفه أمين استثمار يكتسب صفتين في آن واحد، فهو وكيل في مواجهة العميل، واصيل في مواجهة الغير الذي يتعامل معه.

ونحن نرى ان هذا الوضع الذي يعتبر غريب بعض الشيء عن القواعد العامة لاحكام الوكالة بالعمولة التي اشار اليها شراح القانون التجاري في بيانهم لاحكام الوكالة التجارية وتحديداً الوكالة بالعمولة وما نص عليه قانون التجارة المصري ايضاً في المادة ١٦٦ منه يرى شراح القانون التجاري المصري ان وكالة بالعمولة هي احد الانواع المتعددة للوكالات التجارية ذات الصور والانواع المتعددة وسوف ينشق العرف التجاري عن صورة جديدة لها[٣].

ونحن نؤيد ما ذهب اليه شراح القانون التجاري المصري ونضيف إلى ذلك، ان العرف الذي اشاروا اليه في رأيهم يتلائم وموضوع العرف المصرفي، ذلك لان

---

[١] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٣٣٢.

[٢] John M Clarck (The Trust Business) American Bankers Association, Washington – DC – ١٩٨٣ – P١٢. ونص عبارته:

(In an agency account, the client the principal, engages the agent, the bank to perform agency or a specific services for the principal).

[٣] للمزيد من التفصيل انظر نص المواد ٩٣٥ و ٩٤٢ و٩٤٤ من القانون المدني العراقي.

الاعراف المصرفية في كل دول العالم تكاد تكون موحدة بسبب وحدة المشاكل التي تواجهها المصارف في معاملاتها[١].

وطالما ان الاعراف هذه لاتخالف النظام العام وما هي الا تطبيق عملي للقاعدة الفقهية[٢] التي نصت على ان المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً.

وللمصرف بوصفه أمين استثمار ان يتصرف بموجب الاعراف المصرفية المتبعة في الاستثمار للاموال بشكل عام بقصد تحقيق الربح مطلق الحرية بما يحقق الفائدة لحساب الموكلين (المستثمرين) ودون ان يشغلهم بالاجراءات ويبحث عن الفرص الاكثر ملائمة.

وفي مسألة التفريق بين الوكالة العادية والوكالة بالعمولة يرى البعض[٣] ان ما يعول عليه في التفرقة هو طبيعة الاشياء محل الوكالة فاذا كانت من العروض التجارية كالبضائع والصكوك المتداولة، عدت وكالة بالعمولة، وان كانت غير ذلك كانت وكالة اعتيادية.

---

[١] د. محي الدين اسماعيل علم الدين – شرح قانون التجارة الجديد – النسر الذهبي للطباعة – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩ – ص٤٠٠.

[٢] منير القاضي – شرح مجلة الاحكام العدلية – الجزء الاول – مطبعة العاني – سنة الطبع ١٩٤٦ – ص١٠٧.

[٣] د. عبد الحي حجازي – العقود التجارية – الطبعة الاولى – مصر – ١٩٥٤ – ص٦٣.

اما الفقه الانجلو سكسوني فيرى[١] ان اساس التفريق بين عمل المصرف بوصفه امين استثمار (Atrustee)، وباعتباره وكيلاً (An Agient) هو مدى ما يخوله العميل المستثمر للمصرف من سلطة على الممتلكات التي يديرها من جانب، وشخص المستفيد من ادارة البنك لهذه الاموال واستثمارها من جانب اخر.

فالمصرف والحالة هذه تنقل اليه الملكية القانونية وتنتقل اليه الحيازة ايضاً لهذه الممتلكات، ويبدوا امام الغير وكأنه المالك الحقيقي ويصبح مسؤولاً عنها، ويفوض كامل السلطات في ادارة هذه الاموال واستثمارها.

وبالنظر إلى ما ذهب اليه الفقه الانجلو سكسوني نجد ان احكام الوكالة الاعتيادية الواردة في المادة (٩٣٥) من القانون المدني[٢] العراقي لا ينطبق وهذه الحالة، لانه طالما كان المصرف هو مالك قانوني وحائز وجب عليه الضمان استناداً لاحكام المادة ٩٣٥ [٣] ذلك لان ما ورد في نص المادة (٩٤٣) من القانون المدني واضح وصريح، اذ ان المصرف غير ملزم باعلان كونه وكيل عن العملاء، لان طبيعة عمله تقتضي هذا وعليه لا يمكن لمن تعاقد مع المصرف الرجوع على العملاء المستثمرين، وذلك لامرين اولهما هو ان المصرف مالك قانوني وحائز للاموال، وثانيهما ان المصرف يتعاقد باسمه، وعليه يجب الضمان.

وهناك جانب اخر ينظر إلى طبيعة العملية[٤] وكون الوكيل محترفاً، فاذا كانت العملية تجارية والوكيل محترفاً، كنا بصدر وكالة بالعمولة، دون الالتفات ايضاً إلى طريقة تعاقد الوكيل باسمه الشخصي او باسم موكله.

وهذا الرأي نتقد لان قانون التجارة العراقي قد اخذ بالمادة الخامسة منه على ان كافة اعمال المصارف تجارية بصرف النظر عن صفة القائم بها [٥].

وهناك اتجاه اخر[٦] سار عليه خبراء اتحاد المصارف الامريكية يرى اصحابه معياران للتفرقة في عمل المصرف – كأمين استثمار – او بصفته وكيلاً.

ونحن قد ذكرنا في وقت سابق من هذه الرسالة مفهوم امين الاستثمار، وان الصورتين اللتين يختلف بها عمل البنك كونه امين استثمار عن عمله كونه وكيل هي:

الصورة الاولى ويرى فيها (Raymand P Kent) بأنه ان البنك باعتباره امين للاستثمار تنتقل اليه الملكية القانونية للاموال التي يستثمرها، وله الحق في استعمالها، ويتصرف فيها كما لو كان مالكها.

وفي هذه الحالة يجب عليه الضمان باعتباره مالك وليس وكيل طبقاً لاحكام الفقرة الاولى[٧] من المادة ١٩٠ من القانون المدني العراقي.

---

(١) Trust operation – op – cit – p٧٤.

(٢) انظر نص المادة ٩٣٥ من القانون المدني العراقي .

(٣) انظر نص المادة ٩٤٣ من القانون المدني العراقي.

(٤) د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٣٢٦ .

(٥) انظر نص المادة خمسة من قانون التجارة العراقي.

(١) Raymon P Kent (money and banking) sixth edition,, holt Rinehart and Winston - New York – ١٩٧٢ – P٧٧٤.

(٢) انظر نص المادة ١٩٠ من القانون المدني العراقي – مصدر سابق.

واما الصورة الثانية[1] (John M Charka) ان المصرف اذا كان وكيلاً في تصرفاته، فأنه يكون مقيد بالتعليمات والاوامر التي يصدرها العميل، اي ان تصرفاته مناطة بادارة العميل، ولا يتحمل الضمان اذا ما تلف المال، كما في المادة ١٩٠ من القانون المدني العراقي.

اما اذا كان المصرف اميناً للاستثمار فأنه يتصرف بحرية اكثر ويتمتع بكافة الصلاحيات اللازمة لادارة الاموال والممتلكات الموجودة في حيازته وتوظيفها واستثمارها.

ويترتب على هذه التفرقة انه اذا كان البنك اميناً للاستثمار فأن العقد الذي الذي يبرمه مع العميل يبقى مستمر إلى تحقيق الغرض الذي انشئ من اجله، ولا يستطيع العميل انهاءه من طرف واحد ولايتأثر بموته.

اما اذا كان المصرف وكيلاً للعميل فأن المصرف يكون مقيد بتعليمات الوكيل عملاً باحكام المادة[2] ٩٣٢ من القانون ومن تلقاء نفسه في حالة وفاة العميل او المستفيد من العقد عملاً باحكام المادة ٩٤٦[3].

الفرع الثاني – العادات والاعراف المصرفية.

بعد ان استعرضنا التشريعات القانونية و الاراء الفقهية والقانونية التي قيلت بشأن المصرف في حالة كونه وكيل عن العميل، سواء كان ذلك وكالة بالعمولة او وكالة اعتيادية، وبين حالة كونه امين الاستثمار.

نرى انه لا بد لنا من استعراض لبعض اراء خبراء المصارف الذين يعتدون بشكل كبير بالعادات والاعراف المصرفية في ممارستهم للنشاط المصرفي.

اذ يرى بعضهم[4] ان المعاملات التي يقدمها المصرف لعملائه في اطار عمله أمين استثمار متشابكة فيما بينها ولا يمكن فصل بعضها عن بعض.

ومثالهم في ذلك انه اذا ما عهد احد العملاء إلى المصرف بوصفه امين استثمار بان يقوم ببيع عقار له واستثمار بدل البيع في احد المحافظ الاستثمارية، فهنا اذا ما حدد العميل سعر للعقار، فأن المصرف يكون[5] وسيطاً وطبقاً لاحكام المادة ١

---

[3] ونص عبارته يقول من الاهمية بمكان ان يأخذ بالحسبان بان الملكية القانونية لا تتغير اطلاقاً بعقد الوكالة.

It is important to bear in mind thought that title to the property does sot change in a agency relationship.

وفي نفس المعنى يقول John M Clarke : الفارق الاساسي الاول بين الامانات والوكالات ان حق الملكية ينتقل إلى الامين بينما لا يحدث ذلك الوكيل ونص عبارته:

The first fundaments difference between trust and genies is hat with a trust title passes to the trustee, this does cur with an agency.

[1] انظر نص المادة ٩٣٢ – من القانون المدني العراقي.

[2] انظر نص ٩٤٦ – من القانون المدني العراقي.

[3] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٣٣٦-٣٣٧.

[4] انظر نص المادة ١ من قانون الدلالة رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧.

من قانون الدلالة يستحق اتعابه، اما اذا لم يحدد العميل سعر العقار وفوض العميل المصرف بالبيع بأحسن الاسعار، فاذا ما تم البيع باسم البنك ولحساب العميل فأن المصرف يكون وكيلاً بالعمولة اما اذا تم باسم البنك ولحسابه فأن البنك يكون اميناً لانه ايضاً سيقوم باستثماره لديه في المحافظ الاستثمارية ويعد مالكاً لهذه الاموال.

اما الفقه الانجلو سكسوني فيرى بأن المصارف[١] ياخذون لدى ممارستهم لعملهم المصرفي بمبدأ – امانات الاموال – وهذه غالباً ما يقوم فيها العميل المستثمر بمنح المصرف بصفته وكيلاً لادارة الاموال التي يرغب باستثمارها، كي يديرها المصرف ويستغلها لمصلحة العميل او لمصلحة اشخاص اخرين.

وفي هذا الجانب يرى بعضهم[٢] ان المصرف يخضع لمعيار الرجل الحريص اي ان على المصرف ان يتصرف في هذه الاموال بالطريقة نفسها التي يتصرف بها في ادارته وتوظيفه لامواله الخاصة.

وما هذه الحالة المتبعة في الفقه الانجلو سكسوني الا تطبيق للقاعدة العامة الواردة في القانون المدني في المادة (٩٣٤) وذلك لان[٣] انه على الوكيل ان يبذل في تنفيذها ما يبذله الرجل الحريص.

ونحن نرى ان ما ذهب اليه الفقه الانجلو سكسوني في هذا الجانب لا يتناسب ومبدأ حرية المصارف في استثمار الاموال، وفيه تعارض كبير مع العادات والاعراف المصرفية التي تترك للمصرف حرية اوسع في اختيار مجال االاستثمار، وتلقي عليه في الوقت ذاته مسؤولية اكبر من مسؤولية الرجل المعتاد.

وهناك اتجاه اخر تبناه خبراء اتحاد المصارف الامريكية[٤] بشأن اتباع العادات والاعراف المصرفية، ان على المصرف بصفته اميناً ان يرتبط بعلاقة امانة مع المستفيد مباشرة من العقد المبرم بين المصرف والعميل، الذي انشأ هذه العلاقة اصلاً، بالاضافة إلى العلاقة التي تربطه مع العميل.

وفي هذا الجانب يقول (John M Clarke)[٥]

بنص عبارته: انه من الاهمية ابراز دور البنك بصفته اميناً وان موظفي الاستثمار سيتصرفون كممثلين للمصرف والعلاقة تقوم ما بين المصرف والمستفيد، اما اذا كان

---

[١] John C Clendten, Ph D and George A Christy (Introduction to investment) McGraw Hill Book Company , New York – ١٩٥٥ – P٤٧٢.

ونص عبارتهم ان ترتيب الاموال يعني قانوناً وضع الممتلكات تحت ادارة شخص غير المالك لادارتها والتصرف وفقاً للتعليمات القانونية من المالك.

[٢] The trust operations – op – cit – p٧٤.

[٣] انظر نص المادة ٩٣٤ من القانون المدني العراقي.

[٤] The trust operation – op – cit – P٧٥.

[٥] John M Clarke (the trust business) American Bankers association, Washington D- ١٩٨٨ – P١١.

ونص عبارته:

It is important to emphasize that the bank is the fiduciary and that the trust officers act as representative of the bank. A trustee has a fiduciary relationship with a beneficiary, and an agent has a fiduciary relationship with a principle (de the bank not he trust officer or the trust department, is the trustee or the agent).

المصرف بصفته وكيلاً فأن العلاقة بين المستفيد وبين العميل والمصرف وليس ادارة امناء الاستثمار.

ونحن نرى ان ماذهب اليه اتحاد المصارف الامريكية من ضرورة تعامل العميل مع المصرف ووفقاً للاعراف المصرفية السائدة على كون المصرف امين استثمار، افضل للعمل المصرفي وبالتالي تجسد تحقيقاً لعائدات اكثر.

وهذا ما اشارت اليه المادة ٢٧ من قانون المصارف[١] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ وتحديداً في الفقرة ج منها.. اذ اجازت هذه الفقرة للمصرف ان يشتري ويبيع لحسابها الخاص او لحساب العملاء وبما تحتويه اعمال هذه المصارف وهذه المادة من خدمات ضمان الاكتتاب واعمال السمسرة.

وهناك رأي حديث نسبياً بالنسبة للاراء السابقة وهو يتلائم والعناصر المكونة للعمل المصرفي من التشريعات المخصصة لها مروراً بالعادات والاعراف المصرفية التي تكون لها قوة القانون بسبب غياب التشريعات التي تنظيم كافة اعمال المصارف، وصولاً إلى الغاية الرئيسية وهي وضع تنظيم قانوني محدد لصفة المصرف كونه امين استثمار[٢].

ويقوم هذا الرأي على مفهوم اساسه الاخذ بما ذهب اليه اصحاب الاراء الثلاثة السابقة، ومحاولة اعطاء وصف يكاد يكون دقيقاً.

ويقوم على اساس ان المصرف يكون وكيلاً بالعمولة اذا ما كان يعمل وفق تعليمات العميل، ويتصرف باسمه ولحساب العميل طبقاً للقواعد العامة المشار اليها سابقاً في عقد الوكالة بالعمولة ولا ضمان عليه[٣].

وهنا يرى بعض اصحاب هذا الرأي ان البنك اذا كان وكيلاً يجب عليه التقيد بالاوامر من العميل وليس له حق اتخاذ القرار، بل يكون مقيداً، وهنا يحدد العميل صفة المصرف.

اما اذا كان البنك اميناً للاستثمار[٤] فأنه يعمل من دون تفويض العميل ويمارس كافة التصرفات القانونية، وتكون له حرية اختيار اسلوب الاستثمار.

ونحن نضيف إلى ذلك انه يجب ان ينص على ذلك صراحة في العقد بين الصلاحيات الممنوحة للمصرف في ممارسته لعمله بحق العميل ويحدد كون المصرف وكيل ام امين.

واذا لم يرد مثل هذا النص الصريح، فيصار إلى تطبيق مبدأ كون المصرف امين للاستثمار وليس وكيلاً عن العميل.

ويرجع هذا وفق رأينا إلى سببين رئيسين هما:

١. الاول. ان المصارف بما تمتلكه من خبرة واطلاع في مجال العمليات التجارية اكثر مما يملكه العميل، وعليه فمن غير المتصور في حالة غياب النص الصريح بخصوص دور المصرف ان يصار إلى تقييد خبرة المصرف.

---

[٢] انظر نص المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ – مصدر سابق.

[٣] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٣٣٩.

[١] The trust operation – p٩٣.

[٢] انظر نص المادة الاولى من القانون القطري رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢ – مصدر سابق وانظر المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ – مصدر سابق.

الثاني. ان العميل غالباً ما يجهل الطريق الامثل لاستغلال امواله واستثمارها، ولهذا السبب يلجأ العملاء إلى استثمار اصول اموالهم في المصارف بسبب نقص الخبرة والدراية لديهم، وثقتهم في قرارات المصرف باستثمار الاموال.

الفصل الثالث

المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي

بعد ان استعرضنا في الفصلين السابقين من هذا البحث ما هو المقصود بعقد الاستثمار المصرفي وما تقوم به المصارف الاستثمارية لاستثمار اموال العملاء المودعة لديها. وبينا الاحكام القانونية للمصرف بدوره كأمين استثمار، وتم تحديد ملامح الطبيعة القانونية لهذا النظام وفقاً للقواعد العامة الواردة في التشريعات المدنية وما سار عليه العمل المصرفي فيما ورد في قانون المصارف مروراً بما جرى العمل به في العرف والعادات المصرفية.

وبعد كل ما تقدم وقبل ان نختم هذا البحث لا بد لنا من دراسة مفصلة لاحكام المسؤولية في عقد الاستثمار، وذلك من خلال البحث في مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار باعتباره الطرف صاحب القرار في سير تنفيذ العقد، وذلك من خلال استعراض الاراء القانونية الواردة على لسان شراح القانون، ووضع حدود رئيسية لمسوؤلية المصرف تجاه العملاء.

وبعد ذلك نتعرض إلى تنظيم المسؤولية في عقد الاستثمار باعتبار جواز تنظيم كل طرف من اطراف العقد لالتزاماته ومسؤوليته بشرط عدم مخالفة النظام العام، واستناداً إلى قاعدة جواز الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية.

ومن بعد ذلك نبحث في احكام المسؤولية الخاصة بعقد الاستثمار، مثل مسوؤلية امين الاستثمار، الذي يمكن ان يكون المصرف ذاته، او شخص اخر طبيعي ام معنوي يعهد اليه المصرف باستثمار الاموال.

واخيراً نتعرض إلى دراسة احكام المسؤولية الجزائية للمصرف ذلك لان المصرف شخصية معنوية مستقلة قائمة بحد ذاتها ولان معظم التشريعات القانونية اخذت بهذه المسؤولية.

ذلك لان المصرف يعتبر محترف للاعمال المصرفية وطالما انه يتمسك بالعادات والاعراف المصرفية في مزاولته لعمله في مواجهة جمهور المستثمرين، فلا بد من ان يتحمل مثل هذا النوع من انواع المسؤولية.

وبناءاً على ما تقدم سوف نبحث في هذا الفصل مبحثين رئيسين هما:

المبحث الاول: مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار ويتألف هذا المبحث من مطلبين هما:

المطلب الاول: الطبيعة القانونية لسؤولية المصرف.

المطلب الثاني: تنظيم المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي.

المبحث الثاني: احكام خاصة في مسؤولية المصرف ويتألف هذا المبحث من مطلبين هما:

المطلب الاول: مسؤولية امين الاستثمار

المطلب الثاني: مسؤولية المصرف الجزائية في عقد الاستثمار

المبحث الاول.... مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار

لدى قراءة عنوان هذا المبحث وموضوع البحث بصورة عامة يتضح لنا ان المصرف تربطه علاقة عقدية مع العملاء بمناسبة استثماره لاموالهم، وان الاساس القانوني الذي يحكم هذه العلاقة هو العقد المبرم بين المصرف باعتباره امين استثمار وسواء كان ذلك بصورة مباشرة ام صورة غير مباشرة وبين العميل الذي تستثمر امواله في المصرف.

وتحكم هذه العلاقة العقدية في بعض الاحيان بالاضافة إلى الشروط الواردة في العقد، العرف المصرفي فيما لم يرد فيه نص قانوني في القواعد العامة للعقد، او اي شرط يرجع إلى القواعد العامة في القوانين المدنية او المصرفية.

ويتضح من هذا انه لما كان العقد هو مصدر التزام كل من المصرف والعميل، وبالرجوع للقواعد العامة، يجوز لكل طرف من اطراف العقد ان يحدد التزاماته ومسؤوليته بموجب العقد المبرم بين الطرفين بالاتفاق مع الطرف الاخر.

وبناءاً على ما تقدم نتناول في هذا المبحث مطلبين رئيسين هما:

المطلب الاول: الطبيعة القانونية لمسؤولية المصرف

المطلب الثاني: تنظيم المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار

المطلب الأول
الطبعية القانونية لمسؤولية المصرف

ان مسألة بحث الطبيعة القانونية لمسؤولية المصرف بموجب عقد الاستثمار المصرفي لا يخرج عن نطاق كونها مسؤولية مدنية على اساس ان العقد المنظم لهذه العلاقة يخضع للقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

وعند البحث في الطبيعة القانونية بالاستناد إلى القواعد العامة هنالك من يرى [١] ان مسؤولية المصرف هي مسؤولية تقصيرية كلما كان هناك اخلال بالتزام قانوني، وتعاقدية كلما كان الفصل المسبب للضرر هو الاخلال بالتزام ناشئ عن عقد، ويستوي الامر عند اصحاب هذا الرأي ان يكون لهذا الالتزام مقابل او لا يكون، او ان يكون هذا المقابل ضعيفاً او معقولاً سواء بالنظر للخدمة التي يقدمها المصرف، او اخلال المصرف في تنفيذه لالتزامه.

وهنا نرى ان مسؤولية المصرف هي مسؤولية مدنية عقدية طالما ان العقد هو المصدر الرئيس لها، ويمكن ان تكون مسؤولية تقصيرية اذا كان هناك اخلال بالتزام معين من الالتزامات المفروضة على المصرف لكونه محترف للعمل المصرفي.

وعلى هذا نصت المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي[٢] بفقرتيها:

١. يجب تنفيذ العقد طبقاً لما اشتمل عليه العقد وبطريقة تتفق مع ما يوجبه حسن النية.

---

[١] د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٣٥٢.

[٢] انظر نص المادة ١٥٠ من القانون المدني العراقي.

٢. ولا يقتصر العقد على الزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون والعرف والعدالة بحسب طبيعة الالتزام.

وسنتناول في هذا المطلب ايضاً مسألة حدود مسؤولية المصرف امام العملاء من خلال احد امرين، انه اذا كان المصرف يعمل وفق تعليمات محددة من قبل العميل مسبقاً، على سبيل المثال اختيار العميل مجال لاستثمار الذي يناسبه، بحيث تكون ارادة العميل واضحة في العقد، وان كان للمصرف بعض الجوانب من الادارة وذلك من خلال اتخاذه للقرارات التي تعبر عن ارادة العميل المحددة سلفاً، فهنا نكون امام وكالة بالعمولة.

اما اذا كان المصرف يتمتع بصلاحيات اوسع من الحالة الاولى ولم تكن ارادة العميل واضحة في العقد او تحديداً في مجال تنفيذ العقد، فهنا يكون المصرف امين استثمار.

وهذا ما اشرنا اليه سابقاً في بحثنا للنظام القانوني للمصرف كأمين استثمار. ومتى ما توصلنا إلى صورة واضحة لعمل المصرف من هاتين الصورتين سالفتي الذكر، استطعنا ان نضع حدود لمسؤولية المصرف تجاه العملاء بحسب العقد المنظم لهذه العلاقة وما يحتويه من شروط.

وعليه سوف نبحث في هذا المطلب فرعين هما:-

الفرع الاول: الاراء القانونية في مسؤولية المصرف، وفيه نستعرض مجمل ما ورد من اراء لشراح القانون في بيان لسمؤولية المصرف بموجب عقد الاستثمار والرأي القانوني الراجح.

الفرع الثاني: حدود مسؤولية المصرف تجاه العملاء وفيه نتناول الحدود القانونية لمسؤولية المصرف تجاه العملاء استناداً إلى الوصف القانوني للمصرف لدى تنفيذه عقد الاستثمار.

الفرع الاول... الاراء القانونية في مسؤولية المصرف والرأي الراجح

يتفق معظم شراح القانون على ان الاساس في مسؤولية المصرف القانونية هي مسؤولية مدنية، اي ان مسؤولية المصرف تتحقق اذا ما حدث منه خطأ وسبب ضرراً للعميل وتحققت رابطة السببية بين الخطأ والضرر الحاصل ذلك لان مصدر التزام المصرف هو العقد.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول مدى هذه مسؤولية في انها عقدية وبالامكان إلى ان تمتد إلى ابعد من هذا وتصبح مسؤولية تقصيرية.

وقد ذهب الفقهاء في ذلك إلى عدة اتجاهات في اعتبار مسؤولية المصرف مسؤولية عقدية مع التوسع في نطاق تطبيق المسؤولية التعاقدية تمتد إلى التقصيرية في بعض الاحيان ومنهم من أسسها على أساس المسؤولية المهنية وكما يلي:-

هنالك رأي في الفقه يرى اصحابه[١] ان المسؤولية العقدية تقوم على عاتق المصرف، ذلك لانه في دائرة العلاقات العقدية يتساوى فعل المصرف بوصفه مدين مع فعل من استخدمهم، وعليه يكون خطأهم في تنفيذ العقد خطأ من المدين، ويثبت له وصفه، وتكون مسؤولية المدنية عن الاخلال بالالتزامات التعاقدية في كل الاحوال مسؤولية عقدية، سواءاً عمد إلى تنفيذها بنفسه او استعان في تنفيذها بغيره وعليه لا وجود للمسؤولية التقصيرية التي تشتمل بصورة المسؤولية العقدية عن فعل الغير.

ونحن لا نميل إلى الاخذ بما اورده اصحاب هذا الرأي ذلك لان المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي[٢] وتحديداً ما ورد في الفقرة الثانية منها على وجه التحديد، وهذا ما اشار اليه الاستاذ الدكتور عبد المجيد الحكيم[٣] من ان نص المادة ٢٥٩ لا يضع قاعدة عامة في المسؤولية التعاقدية عن فعل الغير، ولكن هذه المسؤولية تستفاد ضمناً من مفهومه المخالف، فهو يجيز للمدين ان يشترط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من الاشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذه لالتزامه ومعنى هذا انه يسأل تعاقدياً عن افعال هولاء الاشخاص، ويجوز له في الوقت ذاته ان يشترط عدم مسؤوليته عن الخطأ الذي قد يرتكبونه عند تنفيذهم لالتزامهم.

وينتقد هذا الرأي من جانب اخر[٤] وهو ان المصارف تتمسك بالعادات والاعراف المصرفية المتبعة في مجال ممارستها لنشاطتها بالاضافة إلى ان العميل يتجه إلى المصرف لملاء المصرف المالية ووظيفته الرئيسية في خلق النقود والائتمان.

وعليه لا يتصور من الجانب العملي انه يحق للمصرف اعفاء من يعملون تحت امره وينفذون التزاماته من المسؤولية التقصيرية التي تنتج عن عملهم و تنشأ بحق المصرف.

وعلى هذا المعنى نصت المادة (١٧) من قانون المصارف العراقي[٥] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣، حيث اشارت هذه المادة إلى مسؤولية المصرف عن تصديق اعماله وعن تحديد مجلس الادارة الذي يحدد على وجه الخصوص معايير ادارة المخاطر وسياسات الاستثمار... الخ.

وما اشارت اليه ايضاً المادة ٣١ من قانون البنك المركزي[٦] والجهاز المصرفي والنقد المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣م. حيث نصت على انه يحضر على اي فرد او هيأة او منشاءة غير مرخصة طبقاً لاحكام هذا القانون ان تباشر اي عمل من اعمال المصارف.... الخ.

---

[١] د. جمال زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٧٨ – ص٤٦.

[٢] انظر نص المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي.

[٣] د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام الجزء الاول – الطبعة الخامسة – مطبعة نديم – بغداد – سنة الطبع ١٩٧٧.

[١] د. عبد المنعم راضي – اقتصاديات النقود والبنوك – مؤسسة دار التعاون – القاهرة – سنة الطبع ١٩٧٥ – مصر – ص١٦١.

[٢] انظر نص المادة ١٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣م.

[٣] انظر نص المادة ٣١ من قانون البنك المركزي المصري رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣.

وهنا يرى شراح هذا القانون[١] انه يقصد باعمال البنوك في تطبيق احكام هذه المادة كل نشاط يتناول بشكل اساسي واعتيادي قبول الودائع والحصول على التمويل واستثمار تلك الاموال في تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانية والمساهمة في رؤوس اموال الشركات، وكل ما يجري العرف المصرفي على اعتباره عملاً من اعمال البنوك.

وبعد كل ما تقدم من اسباب يتضح لنا انه لا يمكن الاخذ بالرأي الذي يحدد مسؤولية المصرف بالمسؤولية التعاقدية لوحده كأساس للمسؤولية ذلك لان المصرف شخصية معنوية يتم ادارة التزاماتها من قبل عدة افراد ويجب التوسع في بيان الاساس القانوني لتلك المسؤلية.

وفي هذا المجال هنالك جانب يرى[٢] ان المصرف باعتباره شخص معنوي مسؤول عن اعضاءه او ممثليه كما هو مسؤول عن فعل مستخدميه، وهنا خطأ الممثل يجب عده كالخطأ الصادر عن المصرف نفسه.

ومن جانب اخر ينتقد هذا الرأي من خلال انه حدد مسؤولية المصرف بالعقد فقط، وجعل التزامه التزاماً ببذل عناية وهو ما نصت تحديداً عليه المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي[٣] في فقرتها الاولى، التي اشترطت عناية الشخص المعتاد حتى لو لم يتحقق الغرض المقصود.

ونحن نرى في هذا المجال تحديداً ان التزام المصرف في عقد الاستثمار هو تحقيق غاية وليس بذل عناية، وذلك ما اشارت اليه بشكل عام المادة (٢٦) من قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة (٢٠٠٣) ومن خلال الفقرتين الاولى والثانية بشكل واضح بالاضافة إلى ما سنتعرض له من ذكرنا لبقية الاراء في مسؤولية المصرف التي تشير معظمها إلى ان مسؤولية المصرف هي تحقيق غاية وليس بذل عناية.

وهناك رأي اخر في مسؤولية المصرف سواء كان ذلك امام العملاء او الغير[٤] وهنا يحدد اصحاب هذا الرأي المسؤولية على اساس ان ممارسة المصرف لمهنته المصرفية على وجه الاحتراف اخضعته لنوع معين من المسؤولية يسمى بالمسؤولية المهنية.

وقد اشار شراح القانون إلى تعريف هذه المسؤولية بأنها:- الخطأ الذي ينسب إلى اصحاب المهن في ممارسة مهنهم اذ ان كل مهنة لها واجبات معينة يفرضها عليها اصول المهنة، ومن ثم فأن اي اخلال بتلك الواجبات يعقد المسؤولية تجاه من اخل بها.

---

[٤] د. محي الدين اسماعيل علم الدين – شرح قانون البنك المركزي رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ – دار النهضة العربية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ٢٠٠٤ – ص٥٩.

[١] د. زهدي يكن – المسؤولية المدنية او الاعمال المباحة – المكتبة العصرية – الطبعة الاولى – لبنان – بدون سنة طبع – ص١١٥.

[٢] انظر نص المادة ٢٥١ من القانون المدني العراقي.

[٣] انظر د. سعيد سيف النصر – مصدر سابق – ص٣٥٥.

ويرى اصحاب هذا الرأي[١] ان السبب في اخضاع المصرف لفكرة الخطأ المهني، في ان المصرف يمارس نشاطاً هاماً يمس المصلحة الاقتصادية، وهو بحكم القانون يمارس عمله على وجه الاحتراف لدرجة تصل إلى حد – الاحتكار الفعلي – اي انه لا غنى للناس والتجار بشكل خاص عن المصارف، وبمقابل ذلك عليه ان يستعد بشكل كامل لهذا الامر.

وقد شدد بعض ممن اخذوا بمعيار المسؤولية المهنية في بيان مسؤولية المصرف، من وصف المسؤولية المهنية.

اذ اشار بعضهم[٢] إلى ان ذا المهن يخضع فيما يتعلق باحكامه المهنية لمسؤولية اشق، اذ يقتضي منه بداءة اكثر مما يقتضي من غيره، نظراً لتخصصه في عمله، وحيازته للمعلومات الضرورية للقيام به، والادوات اللازمة لحسن ادائه.

وهناك رأي ثابت[٣] يؤسس مسؤولية المصرف على اساس اعتبار المصرف امين للاستثمار – على اساس قاعدة الرجل الحريص The prudent.

وبنفس المعنى اشار شراح القانون العراقي[٤] إلى معيار الرجل الحريص حيث اشار الدكتور عبد المجيد الحكيم نقلاً عن القانون المدني الفرنسي الذي اشار إلى معيار (رب الاسرة الحريص) الذي يجب عليه ان يبذل في تنفيذه لالتزامه ما يبذله الرجل المعتاد، وهنا يرى المصدر نفسه في هذا المعيار موضوعي مادي وليس معيار شخصي وهو ما نصت عليه صراحة الفقرة الاولى من المادة ٢٥١ من القانون المدني العراقي.

وهذا ما اكدته صراحة المادة ٢٦ من قانون المصارف[٥] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ حيث نصت الفقرة أ من هذه المادة على ما يلي:- تصرف المصارف شؤون ادارتها وعملياتها بطريقة سليمة وحكيمة وفقاً لمتطلبات القانون وللشروط والقيود المرفقة بتراخيصها وتصاريحها الخاصة بممارسة الاعمال المصرفية والصادرة عن البنك المركزي.... الخ.

ويرى اصحاب هذا الرأي[٦] ان المستثمر الحريص هو من يسعى إلى استثمار امواله بطريقة تدر عائداً دائماً ومستمراً، بخلاف المضارب الذي يسعى إلى تحقيق اقصى فائدة في اقرب مدة ممكنة.

---

[١] د. جمال زكي – الوجيز في النظرية العامة للالتزامات – مطبعة جامعة القاهرة – سنة الطبع ١٩٧٨ – مصر – ص٤٩٩.

[٢] د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك – مرجع سابق – ص٢٣.

[٣] انظر خبراء اتحاد المصارف الامريكية ونص عبارتهم:

The Principel know as the prudent man rule, say that the fiduciany must act in the same way that a prudent person would act for himself, trust operations, op.cit., p ٧٤.

[٤] انظر د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – مصدر سابق – ص٤٠٤.

[١] انظر نص الفقرة – اولاً – من المادة ٢٦ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

(٢) C-Roland sprecher, Essentials of investment, Houghton Mifflin Company, Boston, U.S.A. ١٩٧٨. , p٣٨٥.

ونص عبارته:

ونحن نرى ان هذا المفهوم يتناسب ووظيفة المصارف الرئيسية الا وهي الائتمان المصرفي من خلال استثمار اموال العملاء في مشاريع طويلة الامد نسبياً وبعائد مستمر، وفي الوقت نفسه على المصارف ان تحتفظ بسيولة نقدية لديها كافية لتغطية حساباتها المالية، بوصفها مؤسسات لخلق النقود من جهة، واحترافها للمهنة المصرفية من جهة اخرى.

وهذا ما اشارت اليه المادة [١] من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ و في الفقرة الثانية منها التي اوجبت على المصارف ان تحتفظ برأس مال كافٍ، بالاضافة إلى وجوب اتخذاها احتياطات كافية لانخفاض قيمة اصولها وتسديد خصومها وللخسائر.

وهنا نرى ان ما ذهب اليه اصحاب هذا الرأي فيه شيء من الصحة في وصف المسؤولية القانونية للمصرف على انه امين للاستثمار.

ويؤاخذ على هذا الرأي من جانب واحد وهو انه حدد مسؤولية المصرف بحدود امين الاستثمار كوظيفة للمصرف ولم يتعرض لمسؤولية المصرف من جهات اخرى كأن يكون تاجراً، او شخصاً معنوياً يمتهن العمل المصرفي مثلاً.

الفرع الثاني – حدود مسؤولية المصرف تجاه العملاء

بعد ان تعرضنا في الفرع السابق لمسؤولية المصرف ذي الطابع المدني، من خلال استعراض للقواعد العامة التي تنظم معظم العقود غير المسماة.

تبين لنا ان اراء شراح القانون قد تضاربت فيما بينها بسبب اختلاف الاساس القانوني للمصرف وتحديداً لاعماله، وبالتالي اختلفت صور المسؤولية تبعاً لذلك، فمنهم من اسسها على اساس العقد، ومن غيرهم من الشراح من اسسها على مبدأ المسؤولية المهنية، والبعض الاخر اسسها على قاعدة (المستثمر الحريص) وذلك لان المصرف هو امين الاستثمار، وهو المسؤول بصورة مباشرة امام العملاء في الاستثمار لهذه الاموال.

ويتضح لنا من دراستنا لهذه الاراء السابقة الذكر انه لا يمكن الاخذ بواحدة منها على وجه الاستقلال وترك البقية، ذلك لان، عقد الاستثمار ومن خلال وصفه القانوني كعقد غير مسمى لا توجد احكام خاصة به لا في قانون التجارة ولا قانون المصارف وكذلك الحال نفسه مع مسؤولية المصرف المهنية بوصفه محترفاً للعمل المصرفي، والحال نفسه مع مسؤولية المصرف باعتباره اميناً للاستثمار.

ولا يمكن لنا اعتماداً اي رأي من هذه الاراء لوحده في وصف مسؤولية المصرف وصفاً قانونياً دقيقاً، الا اذا حددنا مسؤولية المصرف تجاه العملاء على تقدير ان ما يمثله المصرف للعملاء لدى استثماره لاموالهم، بالاضافة إلى مسؤولية المصرف من خلال الاموال المودعة لديه من قبل العملاء بقصد استثمار تلك الاموال وتحقيق الربح.

(usually, this rule forther specifies that this prudence shall apply to the disposition of investment funds, for perment investment not for speculation)

[٣] انظر نص الفقرة الثانية من المادة ٢٦ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

وقبل التعرض إلى الحدود القانونية لمسؤولية المصرف ذات الطابع المدني، نرى انه من الاجدر ان نورد عبارة الاستاذ الدكتور مجيد العنبكي[١] والتي جاء فيها: **(ان المسؤولية في القانون المدني واسعة بحيث تشمل صوراً عديدة لنشاطات واسعة تختلف في طبيعتها).**

وهذا يثبت لنا ان مسألة تحديد المسؤولية المدنية للمصرف بشقها العقدي والتقصيري، لا يمكن الا من خلال الرجوع إلى القواعد التنظيمية لعمله من خلال العقود التي يبرمها، وفي الوقت ذاته طبيعة العمل الذي يقدمه بوصفه محترف للعمل المصرفي.

ونحن نرى ان اقرب هذا الاراء التي وردت على لسان شراح القانون واكثرها ملائمة وما تقدمه المصارف من خدماتـ توزاي في ذلك خدمات المرافق العامة، هي تلك الاراء التي يساوي اصحابها بقيام المسؤولية على اساس الضرر.

اما من الناحية العملية فنرى ان مسؤولية المصرف تنهض على اساس نظرية (العهدة) ذلك لان العملاء يعهدون إلى المصارف باستثمار اموالهم، عن طريق المحافظ الاستثمارية التي تنشئها المصارف لهذا الغرض. طالما ان المصرف يمارس عمله وفقاً لنصوص تنظيمية تنظم احترافه للمهنة المصرفية وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة (رابعاً) من المادة ٣ من قانون المصارف العراقي[٢] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

وفي هذا الجانب يرى اصحاب الاتجاه الموضوعي الحديث في قيام المسؤولية على عنصر الضرر[٣] وعلى رأسهم الفقيه الفرنسي (Savatier) ان الالتزامات التي تؤخذ على عاتق من يكون مسؤولاً عن نتائج النشاط الذي يقوم به، وعليه يصح اقامه هذه المسؤولية عن النشاط الخالي من اي خطأ.

وهنا يتضح لنا ان مسؤولية المصرف تنهض بمجرد تحقق الضرر، ولو لم يكن هناك خطأ من المصرف، ذلك لان المصرف تكون طبيعة التزامه هو تحقيق غاية وليس مجرد التزام ببذل العناية.

ويرى بعضهم في الجانب نفسه [٤] ان مسؤولية المصرف تنهض ولو لم يرتكب خطأ، وذلك تطبيقاً لفكرة مخاطر المهنة على الحادث المسبب للضرر، مثلما فعلت محكمة النقض المصرية بصدد وفاء صك بتوقيع مزور منسوب إلى الساحب، ودون ثبوت خطأ من العميل صاحب الحساب، ولا خطأ المصرف في كشف التزوير، حيث قضت المحكمة بأن ذمة المصرف لا تبرأ وعليها الوفاء اياً كانت

---

[١] د. مجيد العنبكي – القانون البحري العراقي – بيت الحكمة – الطبعة الاولى – ٢٠٠٢ – بغداد – ص٢٢٢.

[٢] انظر نص الفقرة (رابعاً) من المادة ٣ من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣.

[٣] د. حسن الخطيب – نطلق المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن، رسالة دكتوراه (باريس) – مطبعة حداد – البصرة – سنة ١٩٦٨ – ص١٨٠.

[١] د. عبد الرؤوف مهدي – المسؤولية الجزائية عن الجرائم الاقتصادية – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – سنة ١٩٧٥ – ص٢٧٢-٢٧٣.

درجة التزوير، اذ ان ذلك يعد من مخاطر المهنة التي يمارسها المصرف وهذه المخاطر مهما بلغت صعوبتها لا تتناسب مع مزايا احتراف العمل المصرفي وتدعيم الثقة لذى العملاء.

وقد اشار قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ صراحة وتحديداً في المادة الثانية منه [١] ، وضمن الاهداف التنظيمية لهذا القانون، على ان الهدف الرئيسي من هذا القانون هو الحفاظ على الثقة في الجهاز المصرفي...الخ.

وفي الجانب ذاته هناك من يرى ان مسؤولية المصرف تنهض على اسا الضرر استناداً إلى فكرة الظاهر المخالف للحقيقة [٢] الذي ينشئه المصرف ويوقع الغير به فيدفعه إلى الاعتقاد بأنه الحقيقة ويرى اصحاب هذا الاتجاه أن هذا ما سارت عليه وهذا ما اقرته محكمة النقض المصرية دون ان تستند إلى نص خاص في القانون.

وتقوم هذه النظرية على اساس ان المسؤولية تنهض عن التصرفات الصادرة من صاحب المركز الظاهر المخالف للحقيقة متى كانت الشواهد الميحطة بالمركز الظاهر من شأنها ان تولد الاعتقاد العام بمطابقة هذا المركز للحقيقة، مثال ذلك الموظف الذي يستمر في اداء وظيفته بعد انتهاء ولايته.

ونحن نرى ان ما ذهب اليه اصحاب هذا الرأي الاخير لا ينسجم مع التنظيم القانوني للعمل المصرفي ولا يستند إلى نص قانوني واضح هذا من جهة، وان تطبيق هذه النظرية على الاعمال المصرفية المتعددة تقلل من ثقة العملاء بالمصارف، ذلك بسبب احجام المصارف عن توسيع عملياتها بسبب تخوفها من عدم وجود حدود قانونية لمسؤولية المصرف من جهة اخرى.

وان الاخذ بهذه النظرية فيه تعارض صريح من نص المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي [٣] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ الذي نص على الانشطة المصرفية على سبيل الحصر.

وبعد ان تعرضنا للجانب القانوني لمسؤولية المصرف تجاه العملاء ذلت الطابع المدني التي تقوم على اساس تحقق الضرر ولو لم يكن هناك خطأ من المصرف، ذلك لان التزام المصرف باستثمار اموال العملاء هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية، وذلك بمناسبة احتراف المصرف المهنة المصرفية وفي الوقت ذاته ما يمليه العمل المصرفي من ضرورة زرع الثقة لدى جمهور العملاء بما ضمنهم المستثمرين لاموالهم لديه.

نرى انه لا بد لنا من ان نتعرض إلى مسؤولية المصرف تجاه العملاء من الجانب العملي (التطبيقي) لعمل المصرف والتي تستند إلى نصوص قانونية منظمة لها، حيث نرى ان اقرب اساس لهذه المسؤولية هي مسؤولية العهدة في اساس مسؤولية الناقل في عقد النقل.

---

[٢] انظر نص المادة ٢ من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣.

[٣] للمزيد من الاطلاع والتفصيل أنظر د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك – مصدر سابق – ص٩٥٧.

[١] انظر نص المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي.

وفي هذا الجانب[١] يرى بعض شراح القانون ان العهدة تعني السيطرة او الرقابة او التوجيه للناقل على الشخص الراكب او على الشيء المنقول، وتقوم هذه النظرية على اساس ان العهدة تقرر المسؤولية ما دام الراكب او الشيئ المنقول تحت سيطرة الناقل ورقابته وتوجيهه، واذا ما كان الضرر خارج العهدة، فأن مسؤولية الناقل لا تتحقق، وهي تنظر الضرر الناتج عن الفعل لا إلى وقوعه.

وهنا وتطبيقاً للجانب العملي في ايداع العملاء لاموالهم لدى المصارف لغرض استثمارها، نرى المصرف مسؤولاً عن ما عهد به اليه لغرض استثماره من قبل العملاء، وان الاساس القانوني لمسؤولية المصرف اساسه عنصر الضرر دون النظر إلى الخطأ.

وحتى تصح نظرية العهدة كأساس عملي لمسؤولية المصرف تجاه العملاء، نرى ان نص المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي[٢] قد اعفت المدين من مسؤوليته في حالة تحقق اسباب محددة مثل القوة القاهرة وخطأ المدين.

في حين انه لا يمكن للمصرف ان يعفي نفسه من مسؤولياته استناداً إلى القوة القاهرة لانه ينظم اعماله استناداً إلى قانون البنك المركزي العراقي، واضافة إلى ذلك ان نص المادة ١٦ من قانون المصارف[٣] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ التي اوجبت على المصارف التي تحترف العمل المصرفي الاحتفاظ بنسبة معينة من رأس المال لمراعاة عنصر المخاطرة.

وهذا ما اجازته صراحة نص المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي[٤] بفقرتها الاخيرة، ومن خلال عبارة ما لم يوجد نص او اتفاق خلاف ذلك.

وطالما ان قانون المصارف قانون خاص ينظم العمل المصرفي فأنه يفيد القاعدة العامة الواردة في المادة ٢١١.

وفي الوقت ذاته لا يمكن تصور خطأ المدين كأساس لاعفاء المصرف من مسؤوليته، وذلك لان التزام كل من المصرف والعميل بموجب عقد الاستثمار، يقضي بتسليم العميل المبالغ إلى المصارف لغرض استثمارها، دون ان يكون له الحق في التدخل في ادارة استثمار الاموال لدى المصرف.

المطلب الثاني
تنظيم المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي

بعد ان تعرضنا في المطلب الاول لبيان الاراء القانونية في مسؤولية المصرف، وتعرضنا لبيان انواع المسؤولية التي يكون بعض احكامها منطبقاً في الاحكام في البيان القانوني لمسؤولية المصرف في عقد الاستثمار.

---

[٢] د. مجيد العنبكي – القانون البحري العراقي – مصدر سابق – ص٢٢٣-٢٢٤.

[١] د. مجيد العنبكي – القانون البحري العراقي – مصدر سابق – ص٢٢٤.

[٣] انظر نص المادة ١٦ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٣] انظر نص المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي.

ومما تم استعراضه من اراء، ما سار عليه جانب من الفقه في اعتبار مسؤولية المصرف عقدية بحتة، ومن الاراء التي تم عرضها ما وردت على لسان شراح القانون في ان الاساس القانوني لمسؤولية المصرف ينظمه المهنة المصرفية التي يقوم بها المصرف على وجه الاحتراف وتندرج تحت عنوان المسؤولية المهنية.

ومن استعراض بقية الاراء التي اسست مسؤولية المصرف على اساس طبيعة الخدمات التي يقدمها، وذلك لان ان المصرف هو امين استثمار يمارس عمله على اساس المستثمر الحريص.

نرى ان مسألة تنظيم المسؤولية القانونية للمصرف في عقد الاستثمار المصرفي مسألة معقدة بعض الشيء، ذلك لان معظم الشتريعات وحتى الخاصة منها جاءت خالية من التنظيم لاحكام هذه المسؤولية ذات الطابع المدني.

وحتى يمكن لنا ان نتصور حدود هذه المسؤولية على وفق القواعد العامة في القانون المدني وتطبيقاتها في القوانين الخاصة مثل قانون التجارة وقانون المصارف، يجب علينا ان نضع ملامح اساسية لصورة هذه المسؤولية حتى يتسنى لنا بيانها.

ومن اهم هذه النقاط الرئيسية هي ان مسؤولية المصرف بشكل عام هي مسؤولية مدنية ويمكن لها ان تكون مزدوجة ما بين العقدية والتقصيرية.

وان التزام المصرف هو التزام بتحقيق غاية وليس التزام ببذل عناية وهذا ما يمليه طبيعة العمل المصرفي على اساس ان وظيفة المصارف الرئيسية هي خلق النقود والائتمان.

وبناءاً على ما تقدم سوف نبحث في هذا المطلب ومن خلال فرعين طبيعة المسؤولية المدنية للمصرف في عقد الاستثمار مع ادارج ما تم عرضه في مطلب سابق من الاراء التي وردت في كتابات شراح القانون في طبيعة المسؤولية المصرفية من الناحيتين القانونية والعلمية.

ونبحث في فرع ثاني اتفاقات تعديل احكام المسؤولية والتي يقصد بها تنظيم اثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمته القواعد العامة، ومن خلال تعديل احكام العقد الناشئة عن القيام بفعل غير مشروع وذلك من خلال تحقق احد امرين وهو اما رفع المسؤولية عن المصرف او تخفيفها. ولا يتصور امر تشديد المسؤولية على المصرف بموجب العقد لان صلاحيته قد تم تنظيمها سلفاً بموجب قانون المصارف وقانون البنك المركزي والقواعد العامة الواردة في القانون المدني.

وبناءاً على ما تقدم سوف نبحث في هذا المطلب فرعين رئيسين ما:-

الفرع الاول:- طبيعة المسؤولية المدنية للمصرف.

الفرع الثاني:- اتفاقات تعديل احكام المسؤولية المصرفية.

الفرع الاول.... طبيعة المسؤولية المدنية للمصرف

سبق ان اشرنا في مرات سابقة ان اساس مسؤولية المصرف بموجب عقد الاستثمار هي مدنية.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول ما كان موجود من نوعي المسؤولية المدنية سواء اكان تواجدهما بشكل مستقل ام في آن واحد.

ومن الجدير بالذكر هنا ان اساس المسؤولية العقدية هو العقد المبرم بين الطرفين، وان المدين اذا امتنع عن تنفيذ التزامه وكان من غير الممكن اجباره على التنفيذ او اصبح التنفيذ مستحيلاً تحققت بذمته المسؤولية التعاقدية[١].

وهذا ما اشار اليه صراحة نص المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي[٢].

اما المسؤولية التقصيرية فهي التي تنشأ عن فعل يحدث ضرر للغير[٣] وهي كما يعرفها جانب من الفقه العراقي، الجزاء الذي يترتب على الاخلال بالزام، اي بواجب يفرضه القانون على الجميع بعدم الاضرار بالغير، وعلى هذا المعنى نصت المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي[٤]. ومن الجدير ذكره ان اساس هذه المسؤولية هو القانون وما بين هذين النوعين في المسؤولية وخلاف فقهاء القانون حول ازدواج وحدوة مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار ذهب الفقهاء إلى رأيين رئيسين هما:-

الرأي الاول وهم اصحاب النظرية التقليدية التي تقول بوجود نوعين من المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، ويستند اصحاب هذا الرأي[٥] إلى وجود نوعين من الخطأ، هما الخطأ العقدي الذي يستوجب المسؤولية العقدية والخطأ التقصيري الذي يستوجب المسؤولية التقصيرية، وبمعنى اخر ان ازدواج فكرة الخطأ يقضي بازدواج الجزاء عليه، ويفرض نظامين متميزين للمسؤولية يعكسان الفروق القائمة بين كل من القانون والعقد.

وهناك من انصار هذه النظرية من يرى[٦] المسؤولية العقدية تختلف عن المسؤولية التقصيرية تماماً في طبيعة كل منهما، باعتبار ان المسؤولية التعاقدية تحد مصدرها في ارادة المتعاقدين ممثلة في العقد المبرم وهي جزاء الاخلال. بالعقد،اما التقصيرية فمصدرهاالقانون بوصفها الزاماً بالتعويض.

ولدى تدقيق ما ذهب اليه اصحاب هذا الرأي في بيان مسؤولية المصرف القانونية في عقد الاستثمار، نجد انها عاجزة عن الوصف الشامل للمسؤولية المصرفية ذلك العقود التي يبرمها المصرف مع المستثمرين بشكل خاص، ومع عملائه في مختلف الاعمال المصرفية الاخرى بشكل عام، هي عقود تكون فيها مسؤولية المصرف

---

[١] د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – مصدر سابق – ص٤٠١.

[٢] انظر للمزيد من التفصيل نص المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي.

[٣] د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – مصدر سابق – ص٤٦٦.

[٣] انظر نص المادة ١٨٦ من القانون المدني العراقي.

[٤] د. محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – مطبوعات جامعة القاهرة ١٩٧٨ – ص٨.

[٥] د. خميس خضر – تنوع المسؤولية المدنية إلى عقدية وتقصيرية والخيرة بينهما – مقال منشور في مجلة القانون والاقتصاد – العدد الاول والثاني لسنة ٤٦ – سبتمبر ١٩٧٦ – الشركة المتحدة للنشر – القاهرة – مصر – ص٥٢.

محددة سلفاً لقوانين واجب الاتباع مثل قانون المصارف وهذا ما نصت عليه صراحة المادة (٢٧)[١] من قانون المصارف العراقي.

ومن ناحية اخرى لا يمكن الاخذ بهذا الرأي في وصف المسؤولية القانونية للمصرف وعلى اساس وجود نوعين من المسؤولية عقدية وتقصيرية من حيث الاثبات في تحقيق مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار.

من جهة الاثبات[٢] يقع عبأ اثبات المسؤولية التعاقدية على الدائن وما على الدائن الا ان يثبت صحة العقد مع الادعاء بعدم قيام المدين بتنفيذ التزامه وما على المدين للتخلص من المسؤولية ان يثبت انه قام بتنفيذ التزامه.

اما المسؤولية التقصيرية فتقع على عاتق الدائن الذي يثبت ارتكاب المدين للعمل غير المشروع وخرقه للقانون .

وهذا الامر لا ينسجم مع طبيعة العمل الذي يقوم به المصرف في مجال استثمار الاموال ذلك لان التزام المصرف بالدرجة الاساسية هو التزام بتحقيق غاية باعتباره محترفاً للعمل المصرفي من جهة، ومن جهة اخرى فأن التزام العميل (المستثمر) هو التزام محدد بايداع الاموال المراد استثمارها لدى المصرف وعدم التدخل في ادارة المصرف وقراراتها في شأن مجال استثماره لهذه الاموال، لوصفه اميناً للاستثمار، وهذا ما نصت عليه صراحة الفقرة (ط) من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي[٣].

اضافة إلى ما تقدم فأن معيار تحقق المسؤولية التقصيرية للمصرف وحده غير دقيق ذلك لان المصارف تخضع في تصريف شؤون الادارة والعمليات المصرفية التي تقوم بها إلى لوائح وقوانين البنك المركزي العراقي والذي يحدد بدوره ممارسة الاخير رقابته الحازمة على المصارف ووفقاً للمعايير الدولية المصرفية المتبعة في معظم المصارف العالمية، وبأساس موحد على نطاق العالم وهذا ما نصت عليه صراحة المادة ٢٦ من قانون المصارف العراقي[٤].

اما الرأي الثاني[٥] وهم اصحاب النظرية الحديثة الذين ينادون بوحدة المسؤولية وعدم ازدواجها على اساس ان الواجبات العقدية لا تختلف عن الواجبات القانونية، وهما يرتدان إلى اساس واحد يقوم على ثلاثة اركان الخطأ والضرر والعلاقة السببية، وكليهما يؤدي إلى التعويض عن الضرر المباشر.

وفي هذا الرأي يرى الاستاذ السنهوري ان نطاق المسؤولية التقصيرية اوسع من نطاق المسؤولية العقدية[٦] ذلك لان الدائن والمدين هما اللذان ينشأن الالتزام

---

[١] انظر نص المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٢] د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – مصدر سابق – ص٤٦٨.

[٣] انظر نص الفقرة (ط) من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣.

[٤] انظر نص المادة ٢٦ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٣] د. عبد الحي حجازي – النظرية العامة للالتزام – مصدر سابق – ص٦٨.

[٣] د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط – الجزء الاول – الطبعة الثانية – دار احياء التراث العربي – ١٩٦٤ – بيروت – لبنان – ص٨٤٩.

السابق بارادتهما يحددا المسؤولية من خلال تحديد مدى الالتزام، اما في المسؤولية التقصيرية فأن القانون هو الذي ينشئ الالتزام ويحدد مسؤوليته. وبناء على ذلك فأن نطاق المسؤولية التقصيرية قائم حيثما يرتكب شخص خطأ ما يصيب الغير، اما المسؤولية العقدية فيحدد نطاقها بشخصين.

وهناك اتجاه في الفقه[١] يرى في تطبيق هذه القواعد العامة في المسؤولية المصرفية على وفق النظرية الحديثة لوحدة المسؤولية ان مسؤولية المصرف تكون تقصيرية كلما كان هنالك اخلال بالتزام قانوني، وتعاقدية كلما كان الفعل المسبب للضرر هو اخلال ناشئ عن العقد الذي ابرمه المصرف.

ويرى اصحاب هذا الرأي ان الاخلال من جانب المصرف بالذات او من جانب ممثله القانوني او من اي تابع يمثله او استعان به في تنفيذ التزاماته. اي انه في دائرة العلاقات العقدية يتساوى فعل المصرف بوصفه مدين مع فعل من يستخدمهم، فيكون خطاهم في العقد خطأ من المدين ويثبت له وصفه.

وبذلك المعنى نفسه اشارت المادة ٢١٧ من القانون المدني العراقي، حيث اعتبرت تلك المادة وتحديداً في الفقرة (الاولى) منها على ان تحدد المسؤولين عن العمل الغير المشروع يجعل منهم مسؤولين في مواجهة المتضرر، طالما ان المصرف شخصية معنوية تتألف من كيان يديره عدة اشخاص طبيعين.

وبالرجوع إلى استعراض ما قيل من اراء في شأن بيان الطبيعة القانونية للمصرف في عقد الاستثمار، يمكن لنا ان نحدد الطبيعة القانونية للمسؤولية بشكل يعود بالاساس القانوني إلى القواعد العامة من جهة، ويتماشى مع ممارسة المصرف لمهنته على وجه الاحتراف من جهة اخرى.

وهناك رأي في هذه المسألة وهو ما يعمل إلى ترجيحه بشكل دقيق اكثر من بقية الاراء التي جاءت في بعض جوانبها خالية اما من الجانب العملي للعمل المصرفي، او تلك التي لا تغطي كل الجوانب القانونية لعقد الاستثمار المصرفي.

ويقوم هذا الرأي[٢] على اساس ان مسؤولية المصرف المدنية امام العملاء او امام الغير على حد سواء تخضع للقواعد العامة، وفي الوقت ذاته تكون ممارسة المصرف لمهنته المصرفية على وجه الاعتياد والاحتراف خاضعة لنوع معين من المسؤولية تسمى بـ (المسؤولية المهنية المبينة على الخطأ المهني).

والخطأ المهني حسب ما يراه اصحاب هذا الرأي هو الخطأ الذي ينسب إلى اصحاب المهن في ممارسة مهنهم، اذا ان لكل مهنة وان اي اخلال بتلك الواجبات بعقد المسؤولية تجاه من اخل بها.

---

[٤] د. محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – مصدر سابق – ص٤٢٦.

[٢] د. جمال محمود الدين زكي – الوجيز في النظرية العامة للاتزامات – جامعة القاهرة – الطبعة الثانية – مطبعة جامعة القاهرة – مصر – ١٩٧٨ – ص٤٩٩.

وهنالك من يشير[١] إلى التشديد من المسؤولية على المصرف، وفي مجال ذوي المهن ان على ذي المهنة ان يخضع فيما يتعلق باحكامه المهنية لمسؤولية اشق، اذ يقتضي منه في بادئ الامر اكثر مما يقتضي من غيره، نظراً لتخصصه في عمله وحوزت للمعلومات الضرورية للقيام به.

ويؤكد على هذا الجانب خبراء اتحاد المصارف الامريكية[٢] وتحت عبارة – المصرف – مستثمر حريص – ان على المصرف ان يتقيد في ادارته لاستثمار الاموال الموضوعة في حيازته بالاسس والقواعد المحددة التي تنظم مهنته كأمين مهنته كأمين استثمار، ووفقاً لشروط العقد المبرم مع العميل.

ونحن نرى انه من الملائم اخضاع المصرف لهذا النوع من المسؤولية ذلك لان المصرف يمارس نشاط هام يمس اقتصاد الدولة والافراد على حد سواء، وان على المصرف الاستعداد بشكل كافي لممارسة هذا النشاط من خلال كافة الاستعدادت والامكانيات المادية وكفاءة الاشخاص الذين يستخدمهم.

وعلى هذا المفهوم نصت المواد، الثانية، والثالثة عشر والسادسة والعشرون من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ حيث اوجبت على المصرف ان يكون مرخصاً من البنك المركزي العراقي لممارسة المهنة المصرفية التي تقوم على اساس الثقة من قبل العملاء، ومن خلال طريقة مدروسة ومنظمة سلفاً بموجب قوانين مختصة.

---

[١] د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك – مصدر سابق – ص٥٠٥.

[٢] خبراء اتحاد المصارف الامريكية – ونص عبارتهم:

This Principel know as the prudent man ruls, say that the fiducianry must act in the same way that a prudent person would act from himself trust operations, op, cit, p.٧٤.

الفرع الثاني... اتفاقات تعديل احكام المسؤولية المصرفية

بعد ان تعرضنا في موقع سابق للاساس القانوني لمسؤولية المصرف، وبينا ان اساس تلك المسؤولية يخضع للقواعد العامة بشكل عام.

نجد من خلال العمل المصرفي ان الاتفاق ما بين المصرف والعميل على تعديل احكام المسؤولية امر وارد وسوف نبحث في هذا الفرع الجواز القانوني لمثل هذه الاتفاقات وبعض انواعها في العقود المصرفية.

ويقصد باتفاقيات المسؤولية[١] تلك الاتفاقات التي يراد بها تنظيم اثار المسؤولية على غير الوجه الذي نظمت عليه في القانون، وبقصد تعديل احكام المسؤولية الناشئة عن الاخلال بالعقد او المتولدة عن اتيان وفعل غير مشروع اما بالرفع او التخفيف او التشديد.

وهناك من يرى في هذا الجانب[٢] فارقاً هاماً ما بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية، فالعقدية وليدة ارادتين ، ويجوز لهذه الارادة ان ترفعها كما يجوز لها ان تقيمها، اما التقصيرية فهي وليدة ارادة القانون وهي من النظام العام، ولا يجوز للخاضعين لها ان يتخلصوا منها ولو بأتفاقهم.

وينتقد هذا الرأي من خلال ان فكرة النظام العام والاداب العامة فكرة واسعة وان المصالح التي تندرج تحت فكرة النظام العام والتي يتكفل القانون بحمايتها لمساسها بمصلبح الافراد، ليست باهم من المصالح التي تتكفل القواعد العامة في القانون وتحديداً في مسألة العقود وتنظيمها بحمايتها، وهي على سبيل المثال عيوب الارادة والتي اشارت المواد من ١١٢ إلى ١٢٥ من القانون المدني العراقي اليها[٣].

وهنالك اتجاه في مسألة اتفاقات المسؤولية يرى[٤] ان هناك فرقاً اساسياً ما بين اتفاقات المسؤولية وتحديد مضمون العقد الذي يقوم على اساس حذف التزام في العقد او تخفيفه، وبالتالي فأن المدين لا يلتزم اطلاقاً بالالتزام المحذوف او وفيما يجاوز الالتزام المخفف ومن ثم لا تنعقد مسؤوليته اصلاً او تقوم مخففة ابتداء.

اما موضوع اتفاقات المسؤولية فهو ليس اعفاء للمدين من الالتزام او تخفيف له، بل يظل المدين مثقل بالالتزام الاصلي وعليه الوفاء به، وكل ما في الامر ان المدين اذا لم ينفذ التزامه لا يكون مسؤولاً تجاه الدائن عن الاخلال وبالتالي لا يدفع تعويض عن الضرر الذي يلحق الدائن من جراء عدم التنفيذ.

وأنه ومما يقتضيه العمل المصرفي لا يجوز الاتفاق ما بين المصرف والعميل ووفقاً للعادات والاعراف المصرفية على أن لا يتحمل المصرف طبيعة القوى الظاهرة أو السبب الاجنبي والتي تعد وفقاً للقواعد العمة من أتفاقيات تشديد المسؤولية وذلك استناداً لاحكام المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي[٥] التي جاء

---

[١] د. عبد الفضيل محمد احمد – العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لاحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – سنة الطبع ١٩٩٩ – مصر – ص١٩٣-١٩٤.

[٢] د. محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – مصدر سابق – ص٤٨٦-٤٨٧.

[٣] د. للمزيد من التفصيل ينظر إلى نص المواد في القانون المدني.

[٤] د. عبد الفضيل محمد احمد – العقود التجارية وعمليات البنوك – مصدر سابق – ص١٩٤.

[٥] للمزيد من الاطلاع انظر نص المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي.

فيها انه في حالة وجود نص قانوني او اتفاق يقضي ان يتحمل المدين السبب الاجنبي، او الحادث الفجائي او القوة القاهرة او فعل الغير.... الخ نص المادة.

وهذه الحالة، حالة تحمل المصرف للسبب الاجنبي او القوة القاهرة مسالة مفترضة بحكم القانون، ولا يجوز للمصرف ان يعتد بالسبب الاجنبي او القوة القاهرة، ذلك ان المصرف يقوم باعمال تمس الجانب الاقتصادي على المستوى العام، وهو في الوقت ذاته يخضع في ادارته لشؤونه وتنظيمه لاعماله لرقابة البنك المركزي وهو ما نصت عليه صراحة المادة (٢٦) من قانون المصارف[١].

وتأسيساً على ما تقدم، يجوز للمصرف ان يعدل قواعد المسؤولية بالاتفاق على تشديدها، كأن يكون مسؤول عن السبب الاجنبي او الخطأ اليسير والخطأ التافه.

وفي هذا الجانب يرى البعض[٢] ان الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية هو صفة استثنائية في القواعد العامة لاسيما وفي مسألة التشديد من قواعد المسؤولية، وبناءاً على هذا يجب ان يكون هذا الاتفاق محدداً وضيقاً إلى ابعد الحدود ولا يتسنى التوسع في تفسيره.

ونحن نرى ان ما ذهب اليه اصحاب هذا الرأي ما هو الاتطبيق عملي للقاعدة الفقهية[٣] ما ثبت على خلاف القياس، فغيره لا يقاس عليه.

ذلك لان تحمل احد طرفي العقد مسؤولية في حال تحقق السبب الاجنبي او القوة القاهرة ما هو الا استثناء من نص المادة (٢١١) من القانون المدني العراقي، والتي اجازت ذلك في حالة وجود قانون او اتفاق يقضي بخلاف ذلك.

وفيما يتعلق بمسؤولية المصرف عن خطأ المساعدين او التابعين له في العمل فقد نصت المادة (٢٥٩) من القانون المدني العراقي[٤] و في الفقرة الاولى منها على أنه يجوز الاتفاق على أعفاء البجيل من كل مسؤولية تترتب عليه عند عدم تنفيذه لألتزامه التعاقدي إلا التي تنشأ عن غشه أو خطأه الجسيم، ومع هذا يجوز للمدين اشتراط عدم مسؤوليته عن الغش او الخطأ الجسيم الذي يقع من اشخاص يستخدمه في تنفيذه التزامه.

ويبدو لنا أن ما ورد في نص المادة ٢٥٩ لا يمكن الاخذ به في نفي مسؤولية الاشخاص الذين يستخدمهم المصرف ولا العكس من ذلك بأن أساس التزام المصرف هو الالتزام بتحقيق غاية، بالاضافة إلى ما نصت عليه المادة ٢١٧ من القانون المدني العراقي التي تسوي بين خطأ المدين وخطأ التابعين سواء كان ذلك الخطا عمدياً اوجسيماً او يسيراً، وذلك بالاستناد إلى نص المادة ٢١٧ من القانون المدني العراقي[٥] التي جاء فيها وتحديداً في فقرتها الاولى.

---

[١] انظر نص المادة ٢٦ من قانون المصارف العراقي.

[٢] د. رمضان محمد ابو السعود – مبادئ الالتزام في القانون المصري والبناني – الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت ١٩٨٤ – لبنان – ص٢٣١.

[٢] د. منير القاضي – شرح مجلة الاحكام العدلية – مصدر سابق – ص٧٣.

[٣] انظر نص المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي.

[٤] انظر نص المادة ٢١٧ من القانون المدني العراقي.

انه اذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر دون التمييز بين الفاعل او الشريك او المنتسب.

وتبعاً لذلك لا يجوز للمصرف ان يتفق مع العميل على اعفاء موظفيه وعماله من المسؤولية المترتبة على اخطائهم اياً كانت جسامة هذه الاخطاء، او اياً كان نوع الضرر الذي ترتب على هذا الخطأ.

وفي هذا المجال يرى الاستاذ الدكتور السنهوري [١] انه اذا كان بالامكان ان يتحمل شخص بالاتفاق تبعه مسؤولية لم تتحقق، فيتحمل التبعة لا المسؤولية ويكون بمثابة المؤمن، فمن باب اولى انه يستطيع ان يتفق على تشديد مسؤولية قد تحققت.

وقد جرى العمل المصرفي في تشديد احكام المسؤولية على المصرف في مواجهة العملاء نظراً لما يمثله المصرف من واجهة مالية ضخمة تدار من قبل اشخاص لهم كفاءة لا يستهان لها.

إلى هذا المعنى اشارت المادة الثانية[٢] من قانون المصارف وادرجته تحديداً ضمن الاهداف التنظيمية لعمل المصارف في العراق الا وهي الحفاظ على الثقة في الجهاز المصرفي.

وقد جاءت معظم الاراء الفقهية على هذا النحو، حيث يفرض القضاء الانكلو – امريكي على المصرف المودع لديه الالتزام باقصى درجات الحذر، ويقرر القضاء بطلان اي شرط يرد في عقد الاستثمار المشترك اذا كان من شأنه اعفاء المصرف المودع لديه من مسؤوليته باعتباره اميناً للاستثمار او تحديدها او تخفيفها. [٣]

اما القضاء المصري[٤] فيتجه إلى التشديد من مسؤولية المصرف عن حسن تنفيذ المطلوب منه، وعن كل اهمال بوصفه محترفاً في ما هو متخصص به، ويسأل حتى عن تعويض الضرر المترتب على تأخيره في اتخاذ اجراء مناسب.

وقد جاء القضاء العراقي خالياً من احكام قضائية في بيان احوال المسؤولية المصرفية بسبب ان قانون البنك المركزي العراقي السابق رقم ٧٤ لسنة ١٩٧٦ قد جعل من المصارف مؤسسات تابعة للدولة لا يحق لها استثمار اموالها من خلال محافظ استثمارية.

اما قانون المصارف العراقي النافذ رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ وتحديداً في المادة ٣٣ منه،[١] اجاز للمصارف الحاصلة على موافقة من البنك المركزي استثمار اموالها في الاوراق المالية والاسهم والسندات المرتبطة برأس المال... الخ المادة.

---

[١] د. عبد الرزاق السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام – دار النهضة العربية – مصر ١٩٦٦ – ص٦٥٤.

[٢] انظر نص المادة ٢ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ .

[٣] د. حسني المصري – فكرة الترست وعقد الاستثمار المشترك في القيم المنقولة الطبعة الاولى – مطبعة حسان – القاهرة – مصر – ١٩٨٩ – ص٣٥٣.

[٤] أنظر إلى تفصيل ذلك د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك – مصدر سابق – ص٧١٦.

وصفوة القول نجد انه من ما جرى عليه العمل المصرفي انه يجوز الاتفاق مع المصرف على تشديد مسؤوليته باعتباره اميناً للاستثمار بينما لا يجوز الاتفاق على اعفاءه تجاه الاثار الناجمة عن تلك المسؤولية.

(٣) انظر نص ٣٣ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ .

المبحث الثاني... أحكام خاصة بالمسؤولية في المصارف الاستثمارية

سوف نتعرض في هذا المبحث الأخير من هذا البحث إلى دراسة لبعض الأحكام الخاصة بالمسؤولية في عقد الاستثمار المصرفي، وتحديداً تلك التي تختص بالنشاط العملي الاستثماري للمصرف.

وكما أشرنا في المبحث السابق إلى الطبيعة القانونية لمسؤولية المصرف كوحدة مالية تجارية واحدة في مواجهة العملاء ومن خلال العقد المبرم بينهما.

وتعرضنا بعد ذلك إلى تفصيل تنظيم تلك المسؤولية وذلك من خلال أبراز طابعها المدني وكيفية اتفاق طرفي العقد، كل من المصرف والعمل على تنظيم تلك المسؤولية في حدود القواعد العامة للمسؤولية، والقوانين الخاصة المنظمة لتلك الاحكام مثل قانون المصارف وقانون البنك المركزي.

نرى أنه من الأجدر بحثه استكمالاً لصورة تلك المسؤولية أن نتعرض لبعض الاحكام الخاصة بسمؤولية المصرف بوصفه امين للاستثمار وهو المحرك الرئيسي لتنفيذ العقد المصرفي وهذا الشخص يمكن ان يكون هو المصرف نفسه او شخصاً اخر طبيعياً كان ام معنوياً يعهد اليه المصرف لادارة المحفظة الاستثمارية.

وبناءً على ما تقدم فسوف نبحث في هذا المبحث مطلبين مستقلين عن بعضهما هما:

المطلب الأول: مسؤولية أمين الاستثمار.

المطلب الثاني: مسؤولية المصرف الجزائية في عقد الاستثمار.

المطلب الأول
مسؤولية أمين الاستثمار

سبق وأن تعرضنا في مجال سابق من هذا البحث إلى بيان مفهوم أمين الاستثمار، والذي أشار القانون القطري رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢[١] وتحديداً في المادة الأولى منه اذ عرفت أمين الاستثمار بأنه ... الشخص الذي يقوم بأعمال أمانة الاستثمار على أموال الصندوق.

وبعد أن تعرضنا في المجال ذاته إلى الاحكام القانونية التي تنظم اعماله سواء كان المصرف هو ذاته أمين الاستثمار أم كان غير المصرف هو امين الاستثمار كأن تكون شركة أو شخصاً طبيعياً تستثمر أموال العملاء بواسطة المصرف.

لا بد لنا من أن تعرض لمسؤولية هذا الشخص لسبب مهم هو أن هذا المركز القانوني الذي فرضته طبيعة العمل المصرفي يعد مركزاً قانونياً جديداً بالنسبة لما جرى عليه العمل في القوانين المصرفية.

وإذا ما كان المصرف هو أمين الاستثمار ذاته فأننا قد فصلنا أحكام تلك المسؤولية في المبحث الأول من هذا الفصل، أما إذا قام المصرف بالاتفاق مع الغير والذي يمكن أن يكون هذا الغير شركة أو شخص طبيعي وهذا حق للمصرف نصت عليه صراحة المادة (٢٦)[٢] من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ وتحديداً في الفقرة الأولى، وما أكدته الفقرة ط من المادة ٢٧[٣] .

وبناءً على هذا الاساس، سوف نبحث في هذا المطلب فرعين أساسيين لبيان مسؤولية أمين الاستثمار إذا كان امين الاستثمار غير المصرف ذاته.

نتناول في الفرع الاول، دراسة احكام المسؤولية المدنية لأمين الاستثمار، والتي تختلف من ناحية الاثر عن المسؤولية المدنية للمصرف في حالة كونه امين للأستثمار او ان يعهد بالاستثمار الى الغير.

وأن أهم ما يميز هذه المسؤولية المدنية عن مسؤولية المصرف المدنية كأمين أستثمار هو أن أساس التزام أمين الأستثمار هو ألتزام ببذل عناية وليس التزاماً بتحقيق غاية كما هو الحال في مسؤولية المصرف إذا ما كان أمين للأستثمار.

---

[١] انظر نص المادة الأولى من القانون القطري رقم ٥ لسنة ٢٠٠٢ م.

[٢] انظر نص المادة ٢٦ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٣] انظر نص المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

أما الفرع الثاني فسوف نتعرض فيه لمسؤولية أمين الاستثمار إذا كان غير المصرف عن الاعمال المادية التي يقوم بها ومسئوليته عن الأعمال القانونية التي يقوم بها وهذان نوعان ينظمهما الاتفاق الذي يبرمه أمين الاستثمار مع المصرف.

الفرع الأول... المسئولية المدنية لأمين الاستثمار

يعتبر مركز أمين الاستثمار مركزاً قانونياً حديثاً في مجال القوانين المصرفية، حيث خلت معظم القوانين من بيان احكام المسئولية لهذا المركز لا سيما وإذا كان شخص أمين الاستثمار غير المصرف.

وقد عالجت بعض القوانين الخاصة ومنها القانون المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ الخاص بسوق رأس المال والذي نظم بورصات الأوراق المالية والتي تعد من صور الاستثمار الأكثر شيوعاً في الاستثمار المصرفي، حيث نصت المادة ١٧١ من القانون[١] على أنه يجب على مدير الاستثمار أن يبذل في إدارته لأموال الصندوق عناية الرجل الحريص، وأن يعمل على حماية مصالح الصندوق من كل تصرف أو اجراء بما في ذلك ما يلزم من تحوط لأخطار السوق وتنويع أوجه الاستثمار وتجنب تضارب المصالح بين حملة الوثائق والمساهمين في الصندوق والمتعاملين معه.

وبنفس المعنى نصت الفقرة (ج) من المادة[٢] ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ على أنه ... للمصارف أن تشتري وتبيع لحسابها الخاص أو لحساب العملاء أياً من مما يلي... العملات الأجنبية والمعادن النفسية والسندات والأوراق المالية... الخ.

ويتضح من ذلك أن للمصرف أن يتعاقد مع أي شخص سواء كان معنوي أم طبيعي على صيغة معينة لاستثمار أموال العملاء المودعة لديه في أي مجال ومنها على سبيل المثال الأوراق المالية.

وهناك من يرى[٣] أن مسؤولية أمين الاستثمار تخضع لمبدأ تشديد القانون لمعايير العناية الواجب على مدير الاستثمار أن يبذلها، وهو الاتجاه العام كما يسمى بالمسؤولية المهنية (مسؤولية المحترف).

وكما أشرنا في موضع سابق أن التزام أمين الاستثمار مع المصرف، أساسه العقد الذي يبرمه الطرفان، المصرف وأمين الاستثمار، وأن التزام أمين الاستثمار أمام المصرف، يختلف كلياً عن التزام المصرف تجاه العملاء.

---

[١] انظر نص المادة ١٧١ من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

[١] انظر نص المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٢] د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – دار النهضة العربية – سنة الطبع ١٩٨٩ – مصر ص٢٧.

وبمعنى أدق أن العقد الذي يبرمه المصرف مع أمين الاستثمار عقد مستقل استقلالاً تاماً من حيث المضمون والأثر عن الألتزام الأصلي للمصرف تجاه العملاء.

وهذا العقد لا بد له أن تتوافر فيه الإركان العامة لاي عقد وهي الرضا والمحل والسبب، فأما الرضا، فهو متحقق بالنسبة لطرفي العقد من خلال الايجاب الذي يوجهه المصرف إلى أمين الاستثمار وقبول الأخر.

أما فيما يتعلق بمحل عقد الاستثمار والذي هو المبلغ المراد استثماره وعلى هذا نصت القواعد العامة تحديداً في المادة ١٢٩ من القانون المدني العراقي[١] اذ نصت على أنه يجوز أن يكون محل الالتزام معدوماً وقت التعاقد إذا كان ممكن الحصول في المستقبل...الخ. وفيما يتعلق بالسبب ، فالسبب واضح وهو رغبة العميل و المصرف في تحقيق ارباح من خلال قيام مدير الاستثمار باستثمار جزء من أموال المصرف.

وذلك يقترن بوجوب كون السبب غير ممنوع قانوناً ولا مخالفاً للنظام العام أو الأداب العامة[٢] وهذا ما نصت عليه المادة ١٣٠ من القانون المدتي العراقي.

وهناك من يرى أن [٣] مدير الاستثمار يسأل مسؤولية مدنية عن الاخطاء التي يرتكبها في ادارة نشاط صندوق الاستثمار، سواء كانت هذه الاخطاء من الاخطاء المهنية والتي تتمثل في عدم بذل العناية الواجبة في ادارة الصندوق أم في مخالفته لقوانين خاصة مثل قانون بورصة الأوراق المالية وقوانين الاستثمار.

وسبق وأن بينا أن مسؤولية كل من المصرف أو أمين الاستثمار هي مسؤولية مدنية، ولكن تختلف مسؤولية أمين الاستثمار ذات الطابع المدني عن مسؤولية المصرف ذات نفس الطابع في أمرين رئيسين هما، الأول أن التزام أمين الاستثمار هو التزام ببذل عناية والثاني هو اختلاف معيار تقدير الخطأ.

وكما أشرنا سابقاً أن مسؤولية المصرف المدنية تنهض بمجرد تحقق الضرر ولو لم يكن هناك خطأ من المصرف، وذلك لأن طبيعة التزام المصرف هو التزام بتحقيق غاية.

---

[١] انظر نص الماة ١٢٩ من القانون المدني العراقي.

[٢] انظر نص المادة ١٣٠ من القانون المدني العراقي.

[٣] د. عبد الرحمن السيد قرمان – المركز القانوني لمدير الاستثمار – دراسة في القانونية لإدارة صناديق الاستثمار في القانونين المصري والفرنسي – دار النهضة العربية – سنة الطبع ١٩٩٩- مصر. ص١٣٣.

أما مسؤولية أمين الاستثمار ذات الطابع المدني فلا تنعقد إلا إذا توافرت الاركان العامة للمسؤولية وهي الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، والتي نصت على احكام القواعد العامة الواردة في المادة ١٦٨ من القانون المدني العراقي[١].

ويثور التساؤل هنا حول طبيعة الخطأ الذي يصدر عن امين الاستثمار والذي عل اساسه تتحقق عليه المسؤولية، كيف يكون الخطأ، ويبدو لنا أن ذلك لا يمكن ان يتعدى احد الامرين:

وأما الصورة الأولى فإذا ما وقع خطأ من مدير الاستثمار في طريقة إدارته للصندوق، وأنه لم يبذل عناية الرجل الحريص في اختيار الطريقة المثلى للاستثمار، ومسألة تقدير خطأ المدير مسألة وقائع تخضع لتقدير المحكمة من خلال ما يقدم من وقائع كدليل على خطأ مدير الاستثمار، فإذا رأت المحكمة أنه قد بذل عناية الرجل الحريص فلا مسؤولية عليه بل ترجع المسؤولية بشكل عام على المصرف باعتباره الملتزم الأساسي بمواجهة العملاء. أما إذا ثبت أنه لم يبذل العناية المعتادة، فأن المحكمة ستقرر مسؤوليته وتلزمه بالتعويض تجاه المصرف بموجب العقد وطبقاً للقواعد العامة والتي نصت عليها الفقرة (١) من المادة[٢] ١٦٩ من القانون المدني العراقي.

وبالرجوع إلى نص المادة (١٧١) من قانون سوق رأس المال رقم (٩٢) المصري لعام ١٩٩٥، نجد أن خطأ امين الاستثمار، وكما يراه جانب من الفقهاء لا يمكن له إلا أن يكون أحد أمرين، أما أنه لم يبذل العناية التي يجب على المدير الحريص أن يبذلها في إدارة الصندوق وهذه الصورة الأولى، والصورة الثانية أن مدير الاستثمار يقوم بعمل معين حظره عليه المشرع أو تجاوز حدود اتفاقه مع المصرف في كيفية استثمار الأموال[٣].

وأما الصورة الثانية التي تنهض فيها مسؤولية امين الاستثمار في حالة قيام بعمل معين حضره عليه المشرع أو تجاوز حدود العقد المبرم مع المصرف وفي هذه الحالة يرى بعضهم أن مدير الاستثمار لا يلتزم بضرورة زيادة اموال المحفظة الاستثمارية، وأن كل ما هو واجب عليه هو اختيار الاسلوب المناسب في الإدارة.

وفي هذا الجانب نرى أن مسؤولية امين الاستثمار تنحصر في اجراء التحوطات اللازمة وتنوع الاستثمارات ومجالاتها.[٤]

وبناءً على ذلك يستطيع أمين الاستثمار أن يرفع المسؤولية عنه كقاعدة عامة متى ما أثبت الخطأ الناشيء عن سبب أجنبي لا يد له فيه، ويستطيع أن يدفع بالسبب

---

[١] انظر نص الماة ١٦٨ من القانون المدني العراقي.
[٢] انظر نص المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي.
[٣] د. عبد الرحمن السيد قرمان – مصدر سابق – ص١٣٤.
[١] د. عبد الرحمن السيد قرمان – مصدر سابق – ص١٣٥.

الأجنبي لدرء المسؤولية عنه وهو ما نصت عليه المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي.[١] ونحن نرى أنه طالما كان التزام أمين الاستثمار في هذه الصورة هو التزام الرجل الحريص ومقدار العناية التي يبذلها، فأن ذلك هو مسألة وقائع تخضع لسلطة المحكمة، وهي التي تبرئ ذمته من المسؤولية متى ماراءت أنه بذل عناية الرجل الحريص.

أما إذا قام أمين الاستثمار بعمل من الاعمال التي منع المشرع المصرف المتعاقد معه على القيام بها، وهي ما نصت عليها المادة ٢٨ من قانون المصارف العراقي[٢]،فأن تقدير الخطأ لا يثير أي مشكلة إذا ما ثبت قيام المدير بهذا العمل، ولا سلطة تقديرية للمحكمة في تحقيق المسؤولية.

أما القانون الفرنسي، فقد جاء على لسان شراح القانون الخاص ذي الرقم ٥٩٤ والصادر في عام ١٩٧٩ وتحديداً في المادة ١٣ منه على أن مسؤولية المدير والمودع لديه (المصرف) مسؤولية شخصية وتضامنية حسب الأحوال تجاه الغير، وسواء كان ذلك لمخالفة النصوص التشريعية التي تنظم عمل صناديق الاستثمار أو عن مخالفة النظام الاساسي للصندوق، أو عن أخطاء الإدارة.

وطالما كان التزام أمين الاستثمار هو التزام ببذل عناية طبقاً لمعيار الرجل الحريص وليس التزاماً بتحقيق غاية كما هو في التزام المصرف، فأنه تبعاً لذلك يجوز لأمين الاستثمار أن يتفق مع المصرف الأعفاء من المسؤولية أو تخفيفها.

وفي هذا الجانب يرى بعضهم ومنهم الاستاذ السنهوري[٣] أنه يمكن الاتفاق على تعديل قواعد المسؤولية العقدية بالتشديد أو التخفيف أو الأعفاء ما لم يكن السبب هو الخطأ الجسيم أو الغش أو التدليس الذي يقوم به أحد المتعاقدين.

وهذا ما نصت عليه المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي.[٤]-وما نصت عليه أيضاً المادة (٢١١) من القانون المدني المصري[٥] التي أضافت إلى المادة (٢٥١) من القانون المدني العراقي مسؤولية أمين الاستثمار ووفقاً للقواعد العامة عما يرتكبه من غش أو خطأ جسيم.

ومن الجدير ذكره في بيان اعفاء أمين الاستثمار من مسئوليته ووفقاً للقواعد العامة وتحديداً في ما ورد في نص الفقرة الثانية من المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي التي أجازت أن يشترط المدير عدم مسئوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم

---

[٢] انظر نص المادة ٢١١ من القانون المدني العراقي.

[٣] انظر نص المادة ٢٨ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣م.

[١] د. عبد الرزاق السنهوري – نظرية الالتزام – مصدر سابق – ص٢٥٧.

[٢] انظر نص المادة ٢٥١ من القانون المدني العراقي.

[٣] انظر نص المادة ٢١١ من القانون المدني المصري.

الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه[١] والتي ورد بعدها في الفقرة ثالثاً أن أي اتفاق يقضي بالاعفاء عن المسؤولية المترتبة عن العمل المشروع يقع باطلاً.

وفي هذا المجال يرى معظم شراح القانون المصرفي[٢] أنه بالنظر لأهمية صناديق الاستثمار فأن المشرع المصري لم يترك مسؤولية مدير الاستثمار عن الأخطاء التي تقع منه للقواعد العامة، بل ضيق معيار العناية الواجب بذلها وهو ما أشرنا إليها سلفاً في المادة ١٧١ من قانون سوق رأس المال المصري، وأنه لا يجوز الاتفاق على تحقيق معايير العناية الواجب اتباعها من قبل مدير الاستثمار.

وعلى العكس من اتفاقات الإعفاء من المسؤولية وتخفيفها يجوز للمصرف أن يتفق مع أمين الاستثمار على أن يتحمل مسؤولية أشد مما هو مقرر قانوناً، وهذا ما نصت عليهّالفقرة الأولى من المادة ٢٥٩ من القانون المدني[٣] ، وطبقاً للقواعد العامة الواردة في مجال الاتفاق على التشديد من المسؤولية.

وصفوة القول هي أن مسؤولية أمين الاستثمار أمام المصرف هي التزام ببذل عناية الرجل الحريص (المحترف) وليست عناية الرجل المعتاد، ذلك لما فيه من مصلحة للصندوق الاستثماري للمصرف في جلب أموال العملاء لحين الاستثمار في الأوراق المالية وبالتالي الحصول على أفضل خدمة مصرفية في مجال الاستثمار.

ولا يستطيع أمين الاستثمار أن يعفي نفسه من المسؤولية وفقاً للقواعد العامة إلا إذا أثبت أنه قام ببذل عناية الرجل الحريص في تنفيذ عقد الاستثمار وما تقتضيه أصول حرفة تداول الأوراق المالية.

الفرع الثاني... مسؤولية أمين الاستثمار عن الاعمال المادية.

---

[٤] انظر نص المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي.

[١] د: محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق – ص٥٤٨، وبنفس المعنى .
د. عبد الرحمان السيد قرسان – مصدر سابق ص١٣٩.

[٢] انظر نص الفقرة (١) من المادة ٢٥٩ من القانون المدني العراقي.

سبق وأن بينا أن مسؤولية أمين الاستثمار في مواجهة المصرف أساسها هو الإلتزام ببذل عناية الرجل الحريص، وقلنا أن المجال الأكثر شيوعاً من الناحية العملية هو الاستثمار في سوق الأوراق المالية.

ومع هذا توجد عدة مجالات أخرى يقوم فيها المصرف باستثمار أموال العملاء من خلال أمناء الاستثمار، مثل الاستثمارات العقارية.

وفي هذا الجانب مسؤولية أمين الاستثمار من الناحية العملية عنها في الاستثمار في الأوراق المالية.

ذلك لأن المركز القانوني وكما يرى بعض شراح القانون[١] المصرفي لأمين الاستثمار لا يتجاوز أحد أمرين، فهو يمارس عملاً تجارياً، وأن الأعمال التجارية وردت في المادة (٥) من قانون التجارة العراقي[٢] رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على سبيل الحصر ولا وجود لأعمال تجارية غير التي نصت عليها الفقرتين (أولاً) و (سادس عشر) تلك التي تكون متعلقة بالعقار.

وعقد المقاولة كما عرفته المادة (٨٦٤) من القانون المدني[٣] هو عقد يتعهد به أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الأخر.

وبموجب احكام عقد المقاولة في القواعد العامة يعهد المصرف إلى أمين الاستثمار ببعض الأعمال العقارية لحساب المحفظة العقارية الاستثمارية للمصرفغ ووفقاً للقواعد العامة الواردة في المادة[٤] (٨٦٥) لا يعدو عن كونه أحد أمرين،

فإذا قام المصرف بتهيئة التصاميم وتوفير كافة الأمور المادية كان أمين الاستثمار مقاولاً، وفقاً للمفهوم الوارد في الفقرة (أ) من المادة أعلاه.

أما ما ورد في الفقرة الثانية فهو أمر نادر الحدوث وهو أن يعهد المصرف إلى أمين الاستثمار بتقديم المادة والعمل معاً، ذلك لأن المصارف هي أدوات خلق النقود بصفة رئيسة، وهدفها الرئيسي هو طرح ودائع العملاء للأستثمار من خلال المحافظ الاستثمارية وليس الحصول على أموال إضافية.

وقد أجازت الفقرة (ط) من قانون المصارف العراقي[١] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ وتحديداً في الشطر الأخير من هذه الفقرة أن يقوم المصرف بتقديم خدماته بوصفه مستشاراً مالياً.

---

[١] د: محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق ص٥٤٩.

[٢] انظر نص المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤م.

[٣] انظر نص المادة ٨٦٤ من القانون المدني العراقي.

[٤] انظر نص المادة ٨٦٥ من القانون المدني العراقي.

وهناك أمر لا بد من الإشارة إليه وهو أنه لا يجوز للمصرف أن يستثمر بذاته في أعمال بناء العقار ، ذلك لأن هذا يعد مخالفة صريحة لنص المادة ٢٨ من قانون المصارف العراقي[٢] التي نصت على أنه... لا يمارس المصرف أو يشارك كوكيل أو شريك أو مالك مشارك في تجارة بالجملة أو القطاعي أو في عمليات... بناء.. الخ.

وبناءً على ذلك النص الصريح لا يستطيع المصرف أن يقوم بإعمال بناء العقارات الأمن خلال ادارته لمحفظة الاستثمارات العقارية ودوره الذي لا يتعدى مدير لمحفظة استثمارية.

ومن الجدير بالذكر أن ما نصت عليه المادة ٢٨ من قانون المصارف يعد غير واضح بصورة مطلقة، ذلك لأن نص المادة وفي شطرها الأول حظر على المصرف أن يمارس أي دور كأن يكون مالكاً أو شريكاً أو وكيلاً في عمليات البناء، ولكنه المشرع عاد في ذات السياق على النص بإمكانية ممارسة هذا النشاط

بشكل مؤقت ووفقاً للقدر الضروري لتلبية متطلبات النشاط المصرفي، وكل هذا بشرط الحصول على موافقة خطية مسبقة من البنك المركزي العراقي، وللأخير أن يطلب من المصرف وقف هذا النشاط في تاريخ محدد من الترخيص.

ولابد لنا القول بضرورة وجود نصوص تشريعية محددة لمفهوم المتطلبات الضرورية لنشاط المصرف، وعدم ترك هذه المسألة العملية من الناحية المصرفية بدون نصوص تشريعية.

ذلك لأن معظم قوانين المصارف الاستشارية العربية قد نظمت مسائل الاستثمار العقاري للمصارف التجارية وكان أفضل هذه القوانين من حيث وضوح النص التشريعي هو قانون البنوك الأردني[٣] رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠م والذي نصت المادة الأربعون منه وتحديداً في الفقرة (التاسعة) على منع المصرف من استخدام ما يزيد عن ٢٠% من أجمالي ودائع المصرف في إنشاء العقارات أو شرائها لحسابها. وهذا يعني أنه لا يجوز للمصرف أن ينشيء محفظة استثمار عقاري تزيد عن ٢٠% من نسبة اجمالي ودائع العملاء المخصصة لغرض الاستثمار، مثلما فعل المشرع العراقي.

أما القانون المصري[٤] فقد نصت المادة ٣٩ من قانون البنوك والائتمان رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ على الاعمال التي يحظر على البنك التجاري وقد كان المشرع العراقي موفقاً في بيان حدود الاستثمار العقاري، حيث نصت المادة ٣٣ من القانون رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ على قيود الاستثمار، وهذه القيود تعتبر بمثابة خطوط حمراء

---

(١) انظر نص الفقرة ط من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

(٢) انظر نص المادة ٢٨ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣م.

(١) انظر نص الفقرة ٩ من المادة ٤٠ من قانون البنوك الاردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠.

(٢) انظر نص المادة ٣٩ من قانون البنوك والائتمان المصري رقم ١٥٧ لسنة ١٩٦٣.

للعمل المصرفي العراقي لا يجوز للمصرف تجاوزها، وفي حالة قيامه لذلك سوف يتعرض للمسألة القانونية من قبل البنك المركزي باعتباره الجهة الوحيدة التي تملك حق فرض مثل هذه القيود.

اذ نصت الفقرة ب من المادة ٣٣ من القانون العراقي على: ... يحظر على أي مصرف أن يمتلك عقارات، باستثناء العقارات الضرورية لأداء عملياته وأيواء موظفيه والعاملين فيه، إلا فيما يتعلق بمنح قروض رهن عقاري في أداء عملياته المصرفية، بشرط حصوله على موافقة مسبقة من البنك المركزي العراقي، ويتخلص المصرف من أي عقار يؤول إليه في سياق عملياته المصرفية، بخلاف قروض الرهن العقاري في أقرب وقت ، وفي موعد لا يتجاوز التأريخ الذي يمكن أن يحدث فيه هذا التخلص دون تكبد خسارة، وفي غضون عامين بأي حال من حيازته له باقصى موعد، ويجوز تمديد هذه المدة، بناءً على طلب المصرف، مرتين مدة كل منهما اقصاها سنتان بقرار من البنك المركزي العراقي.

ويتضح لنا جلياً أن المشرع العراقي قد حدد سقف زمني لخلق المحفظة الاستثمارية العقارية، وبما تناسب مع إمكانية المصرف في العراق بالأستثمار في العقارات، حيث أجاز المشرع للمصرف أن يمتلك عقارات لمدة معينة لا يمكن أن تتجاوز رغبة المصرف التحريرية في مجال الاستثمار العقاري، وموافقة البنك المركزي العراقي على هذا مدة أكثر من ست سنوات أن يتعامل في العقار إلا ما كان مخصصاً لأعمال إدارة البنك أو الترفيه للموظفين، وأي عقار يمتلكه من عملياته المصرفية على أن يقوم بتصفية نقل ملكية العقار خلال ٥ سنوات من تاريخ أيلوله الملكية للمصرف، ويجوز للبنك المركزي أن يمد في هذه المدة.

يلاحظ بعد هذا أن المشرع المصري كان أكثر توفيقاً في المدة الممنوحة للمصرف في مجال الاستثمار العقاري المحدد بشرط المدة، ذلك لأن الاستثمار في العقار كلما كان أمده أطول كلما كان تحقق الهدف من جراء الاستثمار أكثر نجاحاً.

اما القانون الاتحادي الإماراتي[١] فقد أجاز شراء العقار للمصارف ومثلما سار عليه المشرع الاردني واضاف لذلك انه يجب أن يكون المصرف متخصص بالعقارات وهو ما نصت عليه المادة ٩١ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠.

وأما **الصورة الثانية** التي يمكن أن يتخذها أمين الاستثمار فهي كونه وسيطاً.

وقد أجازت الفقرة ج من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي[٢] للمصارف أن تمارس اعمال الوساطة في مجال صكوك سوق النقد والعملات الاجنبية والمعادن النفيسة...الخ المادة، وذلك بصورة مباشرة لحسابها أو لحساب العملاء المستثمرين.

---

[١] انظر نص المادة ٩١ من القانون رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠.

[٢] انظر نص الفقرة ج من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي.

وكل هذا من خلال كونها مدير حافظة للأوراق المالية[١] وهو ما نصت عليه الفقرة ط من المادة نفسها.

ويتضح لنا جلياً أن المصرف يحق له استثمار أموال العملاء المودعة لديه بوصفه سمساراً وفي الوقت ذاته ومديراً لمحفظة مالية يكون فيها أمين الاستثمار مسؤولاً في مواجهة المصرف.

وهنالك من يرى[٢] من شرائح القانون المصرفي أن أمين الاستثمار بوصفه وسيطاً يقتصر دوره على التقريب بين المتعاقدين ولا يشترك مطلقاً في إبرام العقد أو تنفيذه، وأنه يستحق عمولته بمجرد اتمام العقد، ولا يؤثر تنفيذ العقد على استحقاقه لعمولته ولا يتحمل مخاطر تنفيذ العقد.

ومن الناحية العملية يقوم أمين الاستثمار بالبحث لحساب المصرف عن متعاقد يتعامل بصكوك سوق النقد والسندات الاذنية، وصكوك سعر الصرف والفائدة والسندات والأوراق المالية الأخرى القابلة للتحويل ليتم شراءها من قبل المصرف سواء كان لحسابها أم لحساب العملاء، وهو ما نصت عليه سلفاً الفقرة ج من المادة ٢٧ من قانون المصارف، ومقابل ذلك يتقاضى أجراً بمجرد شراء

المصرف لهذه السندات أو الصكوك، ولا يكون مسؤولاً عن تنفيذ الصفقة، وبمعنى أدق أن مسئولية أمين الاستثمار هنا بوصفه وسيطاً تنتهي بمجرد الشراء من قبل المصرف.

وهناك شبه إجماع من قبل فقهاء القانون المصرفي[٣] في أن مسؤولية أمين الاستثمار بوصفه وسيطاً تشبه مسؤولية الوكيل بالعمولة.

وفي هذا الجانب يلتزم السمسار بأن يبذل عناية الرجل الحريص في البث عن المتعاقد الأخر مع المصرف.

وفي الوقت ذاته ليس لأمين الاستثمار أن يشتري أو يبيع الموال المعهودة إليه سواء كان باسمه أو باسم مستعار، إلا اذا كان المصرف قد حدد ثمناً معيناً للبيع، فعندها يجوز لأمين الاستثمار أن يشتري لنفسه به.

وهذا ما نصت علّيه المادة ١٣ من قانون الدلالة العراقي[٤] رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧ حيث نصت على عدم جواز إقامة الدلال نفسه طرفاً في الصفقة التي يتوسط في إبرامها.

---

[٣] انظر نص الفقرة ط من المادة ٢٧ من قانون المصارف العراقي.

[٤] د: هاني محمد دويدار – العقود التجارية العمليات المصرفية. ص٣١.

[١] د: محي الدين اسماعيل علم الدين – مصدر سابق، ص٥٥٨ ، وبنفس المعنى د. هاني محمد دويدار – مصدر سابق، ص٣١.

[٢] انظر نص المادة ١٣ من قانون الدلالة العراقي رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧م.

وإن مسؤولية أمين الاستثمار كونه وسيطاً تجاه المصرف الذي يستثمر أموال العملاء مع المتعاقد الأخر تمتد إلى تابعية[1] وهو ما نصت عليه المادة ١٢ من قانون الدلالة العراقي.

ومن الجدير ذكره أن مسؤولية أمين الاستثمار في حالة كونه وسيطاً تختلف عن مسؤولية المصرف، ذلك لنه يجب على أمين الاستثمار أن يمسك سجلات خاصة بعملة تكون موثقة من دائرة الكاتب العدل ويخضع في تنظيم عمله لقانون الدلالة، أما المصرف فيخضع في تنظيمه لأعماله لقانون المصارف.

ومع كل ما تقدم يرى البعض من ناحية المسؤولية المصرفية من التطبيق العملي، أن قيام المصارف بأعمال خلاف ما هو محدد لها في القوانين الخاصة تشكل جرائم جزائية معاقب عليها مع الأخذ بنظر الاعتبار، أن مساهمة الدولة في رأس مال المصرف أو إشرافها عليه لا يجعله من اشخاص القانون العام، بل يظل شخص من أشخاص القانون الخاص فيخضع للقوانين التجارية والمصرفية والمدنية والجزائية.

[3] انظر نص المادة ١٢ من قانون الدلالة العراقي رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧م.

المطلب الثاني
مسؤولية المصرف الجزائية في عقد الاستثمار

سبق وأن أشرنا في مواضع عديدة من هذا البحث إلى أن أساس مسؤولية المصرف سواء كان أميناً للاستثمار بصورة مباشرة أو غير مباشرة هي مسؤولية مدنية، استناداً إلى العقد الذي يبرمه المصرف لاستثمار اموال العملاء، وهذا العقد قد نُظمت احكامه القواعد العامة في القانون.

ولأن العقد فيه صفة مصرفية، نجد أن من الضروري أن نبحث بشكل مختصر مسؤولية المصرف الجزائية، ذلك لأن قوانين المصارف أخذت بالمسؤولية الجزائية للمصارف، على أساس أن المصرف شخص معنوي.

وهنالك من يرى من شراح الفقه الجنائي[1] أن المصرف كشخص معنوي له ذاتية خاصة واردة مستقلة عن إرادات اعضائه وذمة مالية صالحة للوجوب والأداء وأن ارادته الشرعية هي إرادة ممثلة بما يتفق مع اعتبارات العدالة.

والمصارف التجارية أشخاص معنوية تتخذ شكل الشركة المساهمة والتي نص على أساس تكوينها قوانين الشركات ومنها القانون العراقي[2] رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ وتحديداً في المادة (٦) والفقرة الثانية من المادة(١٠) التي أوجبت أن تتخذ المصارف شكل الشركة المساهمة،ومانصت عليه الماد التاسعة من نفس القانون على اعتبار ان المصرف هو شركة استثمار مالي .

وبناءً على ذلك فان المصارف تعد من اشخاص القانون الخاص وتخضع للقانون التجاري والقوانين والعادات المصرفية فيما تقوم به من اعمال مصرفية.

ونبحث في هذا المطلب النظريات القانونية في مسؤولية المصرف الجزائية وتحقق المسؤولية الجزائية المصرفية كل في فرع مستقل.

الفرع الأول... النظريات القانونية في مسؤولية المصرف الجزائية

اختلف فقهاء القانون الجنائي والتجاري أساس مسؤولية المصرف من الناحية الجزائية، من حيث الأساس القانوني لوجود المصرف فذهبوا في ذلك إلى عدة أراء وهي:

---

[1] د. نبيل احمد السيد زهير – المسؤولية الجزائية المفترضة- رسالة دكتوراه – جامعة القاهرة – مصر – ص٢٠١.

[2] انظر نص المادة ٦ و ١٠ من قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧م.

ذهب بعض الفقهاء[١] إلى إقرار مسؤولية المصرف الجزائية على أساس النظام الرأسمالي الذي يمنح حرية مزاولة أي نشاط اقتصادي، دون أن تقف عند حد، وبالإضافة إلى ذلك فالدولة التي يكون نظامها رأس مالي تكون حارسة لحقوق الأفراد، وفي الوقت ذاته لا تتردد هذه التشريعات حسب أصحاب هذا الرأي في إقرار مسؤولية الأشخاص المعنوية جنائياً عن الجرائم الاقتصادية لضمان تنفيذ سياستها الاقتصادية.

وقد اختلفت المدارس القانونية وأراء شراح القانون في هذه الدولة ولاختلاف الانظمة القانونية، ومن هذه الدول ذات الطابع الرأسمالي أنكلترا وفرنسا وسويسرا ودول عديدة أخرى.

وسوف نتعرض هنا إلى الأراء القانونية التي أستند عليها شراح القانون في تلك الدول، بوصفها من الدول التي تزخر بالمدارس القانونية من جهة، وتتمتع بذات الوقت بأحداث اساليب ممارسة العمل المصرفي.

وفي القانون الانكليزي يرى شراح القانون[٢] أنه بموجب قانون العقوبات البريطاني الصادر عام ١٨٨١، وتحديداً ما نصت عليه الفقرة (أولاً) من المادة

الثانية من القانون والمعروف باسم Interpretation يعد الاشخاص المعنوية في انكلترا من الاشخاص القانونية.

أما القانون السويسري فأنه يعد من القوانين المتطورة حديثاً في المجال المصرفي، ذلك لما تتمتع به سويسرا من نشاطات مصرفية، اذ تعتبر وفقاً للمعايير الدولية من أوائل الدول التي تنظم القوانين الخاصة بالمصارف.

ويرى شراح القانون السويسري[٣] أن المشرع في سويسرا قد نظم قانوناً خاصاً للجرائم الاقتصادية في ١٥ اكتوبر ١٩٤٤ يقضي بأن مسؤولية الأشخاص الاعتبارية ومنها البنوك تكون بالتضامن مع الشخص الطبيعي القائم بالإدارة متى ما وقعت الجريمة أثناء الادارة، ويشمل ذلك الغرامات والمصاريف أيضاً.

ونلاحظ أن القانون السويسري كان دقيقاً في هذا المجال ذلك لأنه من غير المتصور أن تترك الادارة القائمة للشخصية المعنوية بدون أي عقاب وفي أعمال المصارف بشكل خاص، وذلك لتعلق هذه الأعمال بوظيفة المصرف الرئيسة وهي خلق النقود والأئتمان.

---

[١] الدكتورة غادة عماد الشربيني – المسؤولية الجزائية عن الاعمال البنكية "دراسة مقارنة" دار ابو المجد للطباعة – الطبعة الأولى – سنة الطبع ٢٠٠٠ – مصر. ص١١٧.

[٢] د. أدور غالي بطرس – المسؤولية الجزائية للاشخاص الاعتبارية، مجلة ادارة قضايا الحكومة – السنة الثانية – المجلد الرابع – ديسمبر ١٩٥٨ – مصر، ص٦٣.

[١] د. غادة الشربيني – مصدر سابق – ص١٢٦ و ص١٢٧.

وتحديداً للمسؤولية عند شراح القانون السويسري، فأنه يجب أن يثبت على إدارة المصرف أنها لم تبذل قصارى جهداها، حتى تتحقق المسؤولية عليها، أما إذا ثبت أنهم قد بذلوا قصارى جهدهم لمنع الجريمة وأنهم لم يحققوا أي نفع من ورائها.

ونحن نميل في هذا المجال إلى إقرار مسؤولية إدارة المصرف بوصفهم امناءاً للاستثمار، وأن كل الإدارة يكون التزامها هو بذل عناية الرجل الحريص التي أشرنا لها في موضع سابق.

ونرى أن ما نصت عليه المادة الثانية[١] من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ في عباراتها ... الحفاظ على درجة ملائمة من الحماية للمودعين والمساعدة على الحد من الجرائم المادية، بما فيها الاحتيال وغسل الأموال وتمويل الأعمال الإرهابية.

في حين ذهب جانب من الفقه[٢] إلى عدّم إقرار المسؤولية الجزائية على المصرف استناداً إلى النظام الاشتراكي الذي يعطي للدولة السيطرة الكاملة على النشاط الاقتصادي ويملكها جميع وسائل الانتاج، وبما فيها المصارف.

وقد أخذ المشرع العراقي في قانون البنك العراقي[٣] رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ (الملغى) بهذا المبدأ، اذ نصت المادة الحادية والأربعون على أنه... تعود ملكية المصرف في العراق للدولة، ولا يجوز لغير هذه المصارف ممارسة العمل المصرفي.

أما التشريعات القانونية العربية، وشراح القانون الذين اختلفوا في مسألة إقرار المسؤولية الجزائية للمصرف.

فمنهم من نص صراحة في نصوص واضحة على مسؤولية الشخص المعنوي ومنها المصارف، ومن هذه القوانين القانون السوري[٤] حيث نص قانون العقوبات السوري رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٩ وتحديداً في المادة ١٠٨ التي نصت على جواز وقف كل نقابة أو شركة أو جمعية أو هيأة اعتبارية إذا اقترف مديروها أو أعضاء ادارتها أو ممثلوها أو عمالها باسمها أو بأحدى وسائلها.

---

[١] د. محمود لطفي – الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن – الجزء الثاني في جرائم الصرف – طبعة ١٩٦٦ – مصر، ص٨٤.

[٢] د. غادة الشربيني – مصدر سابق.

[٣] انظر نص المادة ٤١ من قانون البنك المركزي العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ (الملغى).

[٤] انظر نص المادة ١٠٨ من قانون العقوبات السوري رقم ١٤٨ سنة١٩٤٩.

وبالمعنى نفسه نص القانون البحريني[١]، اذ نص قانون العقوبات الصادر عام ١٩٥٥ وتحديداً في المادة ١٩ على تقرير المسؤولية الجزائية للمصرف كشخص معنوي، وتنصرف هذه المسؤولية إلى الممثل القانوني للمصرف، بشرط ن يكون هذا الأخير ممن يملك الاختصاص وفي حدود اختصاصه.

ونحن نرى أن ما ذهب إليه المشرع في البحرين ما هو إلا تطبيق حي لما ذهب إليه المشرع السويسري.

أما بقية التشريعات العربية ومنها القانون العراقي، التي لم تنص على مسؤولية المصرف بوصفه شخص معنوي، حيث نصت المادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي ١١١ لسنة ١٩٦٩ على مسؤولية الاشخاص المعنوية بشكل عام، واستثنى من ذلك المصالح العائدة للحكومة التي من ضمنها المصارف.

أما القانون المصري وكما يرى معظم شراحه[٢] أن المشرع رفض تقرير المسؤولية الجزائية للشخص المعنوي اذ خلا قانون العقوبات من نصوص تسمح بمسألة الشخص المعنوي، وأن المشرع تعمد في هذا نفي المسؤولية الجزائية للبنك بوصفه شخص معنوي[٣].

وهذا ما نصت عليه المادة (٦١) من قانون البنوك والائتمان المصري[٤] رقم (١٦٣) لسنة ١٩٥٧ على أنه... يكون مسؤولاً عن المخالفة في حالة صدورها عن شركة أو جمعية الشريك المسؤول أو السير أو عضو مجلس الادارة حسب الأحوال.

وبناءً على هذا تسأل الشخصية المعنوية مسؤولية جزائية عما يقع من جرائم ممن يمثلها بل يسأل مرتكب الجريمة مسؤولية شخصية.

وهناك حالات استثنائية[٥] تترتب على الشخصية المعنوية فيها المسؤولية الجزائية، وهي خارج موضوع بحثنا، وسوف لن نتعرض لها لأنها تتعلق باحكام الشركات والغش التجاري والقوانين الضريبية.

وبالاتجاه نفسه ذهب شراح القانون الكويتي[٦] إلى عدم التفريق بين الاشخاص الطبيعين الذين يمثلون ارادة الشخص المعنوي، وبين مجرد التابعين الذين تسقط عنهم صفة تمثيل ارادته.

---

[١] انظر نص المادة ١٩ من قانون العقوبات البحريني.

[٢] انظر نص المادة ٨٠ من قانون العقوبات العراقي رقم ١١١ لسنة ١٩٦٩.

[٣] د. مأمون سلامة – قانون العقوبات – القسم العام – دار النهضة العربية سنة الطبع ١٩٩٥ – مصر ،ص٢٨٨.

[٤] انظر نص المادة ٦١ من قانون البنوك والائتمان المصري.

[١] د. غادة الشربيني – مصدر سابق ص١٤٥- ص١٤٨.

[٢] د. ابراهيم علي صالح – المسؤولية الجزائية للاشخاص المعنوية – دار المعارف مصر،ص٩٣.

وصفوة القول فيما تم استعراضه من النظريات القانونية واراء لشراح القانون على اختلاف مدارسهم القانونية نجد أنه لا بد من الأخذ بمبدأ مسألة الشخصية المعنوية مسؤولية جزائية، ولا سيما المصارف التي هي محور دراستنا، ذلك لعدة أسباب:

أولها أن ابعاد مفهوم المسؤولية الجزائية عن المصارف فيه ضرر مباشر لجمهور العملاء بشكل عام والمستثمرين بشكل خاص، لأن في هذا تعارض واضح مع ثقة العملاء بالمصرف، هذا من الناحية العملية.

أما من الناحية القانونية المصرفية فأن معظم القوانين المصرفية هي حديثة نسبياً ومنها القانون العراقي[1] رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ قد نص صراحة في المادة الثانية منه على أن الهدف التنظيمي من القانون هو الحفاظ على الثقة في الجهاز المصرفي، والحفاظ على درجة ملائمة من الحماية للمودعين والمساعدة على الحد من الجرائم المالية.

إضافة إلى ما أقرته المادة (٥٧) من القانون المذكور[2] أعلاه، حيث نصت فقرتها الأولى والثانية، على تحقق المسؤولية الجزائية ولمسؤولية محاكم الجزاء عن النظر في الدعاوى التي يقيمها المدعي العام بناءً على طلب البنك المركزي العراقي أو أي طرف معني.

وعلى هذا المعنى نفسه نصت القاعدة العامة الواردة في نص المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي الى مسؤولية كل شخص المؤسسات الصناعية أو التجارية، ومسؤولية المستخدمين أيضاً.

الفرع الثاني... تحقق المسؤولية الجزائية المصرفية

المسؤولية الجزائية كما يعرفها بعض شراح قانون العقوبات[3] هي الرابطة التي تنشأ بين الدولة والفرد الذي يثبت من خلال الاجراءات القضائية التي رسمها المشرع صحة اسناد فعل مكون لجريمة إليه متى شمل هذا الاسناد كافة العناصر القانونية التي أوجب المشرع توافرها حتى يكتسب الفعل صفة الجريمة ومما يوجب عليه إنزال العقاب.

---

[3] انظر نص المادة ٢ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[1] انظر نص المادة ٥٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[2] د. يسر أنور علي – شرح قانون العقوبات – النظريات العامة – دار الثقافة الجامعية- ١٩٩٦ – الاسكندرية- مصر، ص٧٨٢.

ومن الناحية العملية أوجب قانون المصارف ضرورة تحقق شروط معينة، حتى تقوم المسؤولية الجزائية على المصرف.

وأول هذه الشروط وأهمها صدور فعل من شخص يملك صفة في المصرف أو أن يكون عضوا في المصرف.

وعلى هذا نصت المادة ١٧ من قانون المصارف العراقي[١] من خلال ذكر مجلس الادارة الذي يكون مسؤولاً عن تصريف اعمال الاستثمار المصرفي وعن وضع سياسته ويحدد هذا المجلس معايير أدراة المخاطر وسياساته الاستثمار والنسب الدنيا التي تقتضيها الحكمة.

وفي هذا الجانب يرى جانب من الفقه[٢] أن سبب اشتراط صدور الفعل من قبل شخص طبيعي، أن المصرف لا يمكن أن يرتكب الفعل الاجرامي إلا عن طريق أعضاء طبيعين مكونين له.

وأن الفعل الاجرامي الذي يصدر من شخص طبيعي يمثل المصرف، يجب أن يكون صادراً م شخص يتمتع بسلطة أصدار القرارات كان يكون مجلس ادارة المصرف الذي يمتلك سلطة اصدار القرار ممثلاً برئيس مجلس ادارة المصرف والذين يمتلكون جميعهم خبرة مصرفية.

وعلى هذا نصت الفقرتان الثانية والثالثة من المادة (١٧) من قانون المصارف العراقي[٣] التي أوجبت أن يكون مجلس الادارة الذي لا يقل عدده عن ٥ أعضاء، ويجب في الوقت ذاته أن ينتخب هذا المجلس رئيس له، ويتمتع المجلس بخبرة مصرفية. وعلى نفس المعنى نصت المادة (٢١) من قانون البنوك المصري[٤] رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والتي اشترطت أن يكون اعضاء مجلس ادارة المصرف من

المصريين. في حين أن قانون المصارف العراقي لم يشترط سوى شرط الاهلية القانونية وكون اعضاء المجلس اشخاص صالحين ولائتين ولا تقل اعمارهم عن ٣٠ سنة.

وهنالك من يرى أنه إذا لم تتوافر للمصرف سلطة في الرقابة والتوجيه[٥] ، انتفت علاقة التبعية، وأنعدمت تبعاً لذلك مسؤولية المصرف، ومثال ذلك الأضرار التي تقع من حارس المصرف المعين من قبل الشرطة، أما إذا كان الحارس من تابعي المصروفات ومعيناً من قبله عد مسؤولاً عنه.

---

[١] انظر نص المادة ١٧ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٢] د: مصطفى كمال وصفي – المسؤولية المدنية لأعضاء مجلس الادارة في شركات المساهمة – المكتبة الانكلومصرية – سنة الطبع ١٩٦٥ – مصر، ص٤٤.

[٣] انظر نص الفقرتين (٢ و ٣) من المادة ١٧ من قانون المصارف العراقي لسنة ٢٠٠٣.

[٤] انظر نص المادة ٢١ من قانون البنوك المصري رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧.

[١] د. ابراهيم علي صالح – مصدر سابق، ص٢٦٢.

وهناك رأي أخر في هذا الجانب يرى اصحابه[١] أن مسؤولية المصرف تتحقق وأن كان من غير الممكن تحديد الموظف الذي وقع منه الخطأ أو الفعل غير المشروع، إذا يكفني لمسألة المصرف أن يقع خطأ من أحد الموظفين وأن لم يتم تحديده.

ونحن لا نميل إلى التوسع في معيار الشخص المسؤول في المصرف ذلك لأن ليس كل شخص يعمل في المصرف هو صاحب قرار، وأن ما نصت عليه المادة (١٧) من قانون المصارف العراقي بشأن وجوب وجود مجلس ادارة للمصرف ويتخذ هذا الاخير رئيساً له يملك سلطة القرار هو نص قانوني، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص.

ومن الشروط الأخرى التي يجب توافرها حتى تتحقق المسؤولية الجزائية للمصرف هو صدور الفعل من شخص صاحب أختصاص[٢] بالإضافة إلى الشرط الأول وهو شرط الصفة.

ونحن نرى أن شرط الاختصاص في موضوع هذا البحث هو أن يكون الشخص حاملاً لصفة أمين الاستثمار، سواء كان أحد أفراد مجلس الادارة، أو أي شخص تعاقد مع المصرف بواسطة مجلس ادارته لأدارة المحفظة الاستثمارية.

وفي هذا الباب يرى بعضهم أن شرط الاختصاص شرط ضروري لمسألة المصرف جزائياً.[٣]

وعلى هذا المعنى نصت المادة ١٩ من قانون المصارف العراقي[٤] و في الفقرة الثانية منها التي أوجبت على مجلس الادارة مراعاة صفة الاختصاص في المدير، أو أي شخص يعهد إليه بمنصب معين وضرورة كف يد ذلك الشخص عن ممارسته لعمله في حالة ثبوت عدم الاختصاص.

وقد نص المشرع المصري في المادة (٦٣) من قانون سوق رأس المال[٥] رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢ على عقوبة الحبس لمدة لا تزيد على الخمس سنوات أو بالغرامة التي لا تقل عن ٥٠ الف جنيه مصري، إذا ما كان أمين الاستثمار غير مرخص له بممارسة الفعل أو إذا ما قام عمداً بأملاء بيانات غير صحيحة أو مخالفة لأحكام القانون أو التزوير في بيانات المحفظة الاستثمارية.

---

[٢] د. محمود جمال الدين زكي – مشكلات المسؤولية المدنية – الجزء الأول مطبعة القاهرة – سنة الطبع ١٩٧٨ – مصر،ص٤٥،ص٤٦.

[٣] د. غادة عماد الشربيني – مصدر سابق، ص١٦١.

[١] د. ابراهيم علي صالح.

[٢] انظر نص الفقرة ٢ من المادة ١٩ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[٣] انظر نص الفقرة ٦٣ من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

وصفوة القول أن معيار الاختصاص هو أمر لا بد من توافره بالإضافة إلى شرط الصفة، ذلك لأن مجال الاختصاص بوصفه امينـاً للاستثمار والمحفظة الاستثمارية أمران متلاصقان لا يمكن الفصل بينهما.

ومن الشروط الأخرى الواجب توافرها حتى تتحقق المسؤولية الجزائية للمصرف والتي اتفق عليها معظم شراح القانون[1] أن يكون القصّد من الفعل

الصادر تحقيق مصلحة للمصرف والذي أشار الفقهاء بـ شرط المصلحة – وهو أن يكون للمصرف مصلحة تعود عليه من هذا الفعل.

ونحن نرى أن المقصود بالمصلحة من الناحية العملية في مجال العمل المصرفي وتحديداً المحافظ الاستثماري هو زيادة ارباح المحفظة أما إذا كان هذا الفعل لا يؤدي إلى أي مصلحة للمصرف، فأن المصرف لا يسأل جزائياً، بل يسأل عن ذلك مرتكب الفعل.

وعلى هذا المفهوم نصت المادة (٢١) من قانون المصارف العراقي[2]، اذ ورد في الفقرة الأولى من هذه المادة عن مصالحه المالية والشخصية الهامة المباشرة وغير المباشرة له ولأسرته عند تعينه أو انتخابه بصورة سنوية وفقاً لتعليمات البنك المركزي.

ومن مفهوم النص نرى أنه على مدير الاستثمار أن يبين مصالحه المالية الخاصة هو وأسرته حتى تكون محددة سلفاً، ولا تتعارض أو تندمج مع مصلحة المصرف، حتى يصبح من الممكن الفصل ما بين مصلحة المصرف ومسؤولية المصرف الجزائية من جهة، ومصلحة الشخص ومسؤوليته الجزائية الخاصة به.

وقد نص سوق رأس المال[3] رقم ٦٥ لسنة ١٩٩٢ وتحديداً في المادة الرابعة والستين على أنه يعاقب بالحبس أو الغرامة مدة لا تقل عن سنتين أو بالغرامة، إذا ما قام مدير الاستثمار إذا ما حقق نفعاً ذاتياً له هو أو زوجته أو أولاده.

ومهما يكن من الأمر فأن الشروط التي أشرنا لها في مجال تحقق المسؤولية الجزائية للمصرف، ما هي إلا شروط ذكرناها لأجماع الفقهاء عليها هذا من جهة، ونص القوانين على احكامها بالدرجة الأساس.

وهناك أمر لا بد من الإشارة إليه هو أن القاعدة العامة الواردة في نص المادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي في جواز تخلص المخدوم من مسؤوليته إذا أثبت أنه يبذل ما ينفي من العناية لمنح وقوع الضرر وأن الضرر كان لا بد واقعاً. يمكن

---

[4] د. غادة عماد الشربيني – مصدر سابق، ص١٦٤.

[1] انظر نص الفقرة (١) من المادة ٢١ من قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.

[2] انظر نص المادة ٦٤ من قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢.

الأخذ بها في مجال بيان المسؤولية الجزائية للمصرف كشخص معنوي يتم إداراته من قبل أشخاص طبيعيين.

أما فيما يتعلق بمسؤولية المصرف في عقد الاستثمار فهي عقد الاستثمار وفي مواجهة العملاء فهي مسؤولية مدنية يكون اساسها القانوني هو التزام المصرف بتحقيق غاية وكما أشرنا إلى ذلك سابقاً في بيان احكام تلك المسؤولية.

قائمة المصـــــادر

المصادر العربية

١. د. ابـراهيم علـي صـالح – المسـؤولية الجنائيـة للاشـخاص المعنويـة – دار المعارف – القاهرة – مصر – بدون سنة طبع
٢. د. ابـراهيم مختـار ابـراهيم – مـوارد البنـوك التجاريـة وتوظيفاتهـا – معهـد الدراسات المصرفية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٧٣.
٣. د. ابراهيم مختار – موارد البنوك التجارية وتوظيفها – معهد العلوم المصـرفية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٧٣م.
٤. د. احمد ابو اسماعيل – الاقتصاد السياسي في الاسلام – كلية التجـارة – جامعـة القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٨١.
٥. د. احمد الحوراني – محاضرات في النظم النقدية والمصـرفية – دار مجدلاوي – عمان – الاردن – سنة الطبع ١٩٨٣.
٦. د. احمد السعيد شرف الدين – الـدليل القـانوني لتوظيـف الامـوال – دار النهضـة العربية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٨٨م.
٧. د. اكرم يامكلي – شرح قانون التجارة العراقي – بغداد – سنة الطبع ١٩٧١م.
٨. د. أكرم يا ملكي و د. فائق الشماع - القانون التجاري- جامعة بغداد – العـراق – سنة الطبع ١٩٨٠.
٩. د. ثـروت عبـد الـرحيم – شـرح القـانون التجـاري الكـويتي دار البحـوث الماليـة للنشر والتوزيع – الكويت ١٩٧٥.
١٠. د. جـديع فهـد الرشـيدي – الودائـع المصـرفية فـي القـانون المصـري والكـويتي والمقارن – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي – دار النهضـة العربيـة – القـاهرة – مصر – الطبعة الاولى – سنة الطبع ٢٠٠٣م.
١١. د. جمـال الـدين عطيـة – البنـوك الاسـلامية – بـين الحريـة والتنظـيم التقـويم والاجتهاد والنظرية والتطبيق – المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيـع – بيروت – لبنان – سنة الطبع ١٩٩٣.
١٢. د. جميـل احمـد توفيـق – الاستثمار وتحليـل الاوراق الماليـة – دار المعـارف – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٦٣.
١٣. د. جميـل متـولي الشـرقاوي – نظريـة بطـلان التصـرف القـانوني فـي القـانون المـدني المصـري – دار النهضـة العربيـة – القـاهرة – مصـر – سـنة الطبـع ١٩٩٤.
١٤. د. حسن محمد كمال والدكتور حسن احمد غلاب – النقود والمصـارف – جامعـة عين شمس – مصر – سنة الطبع ١٩٧٧.
١٥. د. حسـني المصـري – شـركات الاسـتثمار – دار النهضـة العربيـة – القـاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٨١م.
١٦. د. رضـا السيد عبد الحميد – سرية الحسابات المصـرفية – دار النهضـة العربيـة – القاهرة – مصر – سنة الطبع ٢٠٠٠.

١٧. د. رضا عبيد عمليات البنوك من الوجهة القانونية – دار المعارف – القاهرة – مصر – الطبعة الاولى – سنة الطبع ١٩٩٤م.
١٨. د. رفيق يونس المصري – المصارف الاسلامية (دراسة شرعية) – دار المكتبي – دمشق – سوريا – سنة الطبع ٢٠٠١م.
١٩. د. رمضان محمد ابو السعود – مبادئ الالتزام في القانون المصري واللبناني (دراسة مقارنة) الدار الجامعية للطباعة والنشر والتوزيع – بيروت – لبنان – سنة الطبع ١٩٨٤م.
٢٠. د. زهدي يكن – المسؤولية المدنية والاعمال المباحة – المكتبة العصرية – الطبعة الاولى – بيروت – لبنان – بدون سنة طبع.
٢١. د. سامي خليل – اقتصاديات النقود والبنوك – جامعة القاهرة مؤسسة الكميل للتوزيع والنشر – الكويت – سنة الطبع ١٩٨٩.
٢٢. د. سعيد سيف النصر – دور البنوك التجارية في استثمار اموال العملاء – دراسة تطبيقية وتحليلية مؤسسة شباب الجامعة – الاسكندرية – مصر – سنة الطبع ٢٠٠٠.
٢٣. د. سميحة القيلوبي – الاسس القانونية لعمليات البنوك مكتبة عين شمس – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٩٢.
٢٤. د. سميحة القليوبي – شركات تلقي الاموال – دار النهضة العربية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٨٩.
٢٥. د. سيد الهواري – اساسيات ادارة البنوك – جامعة عين شمس – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٧٦.
٢٦. د. عبد الحي حجازي – العقود التجارية – الطبعة الاولى – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٥٤م.
٢٧. د. عبد الرحمن السيد قرمان – المركز القانوني لمدير الاستثمار – كلية الحقوق – جامعة المنوفية – دار النهضة العربية – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩.
٢٨. د. عبد الرحمن يسري احمد – قضايا اسلامية معاصرة في النقود والبنوك والتمويل – كلية التجارة – جامعة الاسكندرية – مصر – سنة الطبع ٢٠٠١.
٢٩. د. عبد الرحمن يسري احمد – اقتصاديات النقود والبنوك – جامعة الاسكندرية – دار الجامعات المصرية – مصر – سنة الطبع ١٩٨٨.
٣٠. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الاول – نظرية العقد – دار النهضة العربية – مصر ١٩٨١.
٣١. د. عبد الرزاق السنهوري – الوجيز في شرح القانون المدني – نظرية الالتزام – دار النهضة العربية – مصر ١٩٦٦.
٣٢. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني الجديد – مصادر الالتزام- الجزء الأول – منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت لبنان، سنة الطبع ٢٠٠٠م.

٣٣. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء الخامس – المجلد الثاني – الهبة والشكة والقرض والدخل الدائم والصلح – دار النهضة العربية – مصر ١٩٦٨.
٣٤. د. عبد الرزاق السنهوري – الوسيط في شرح القانون المدني – الجزء السابع – المجلد الاول – العقود الواردة على العمل – المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة – دار النهضة العربية – مصر ١٩٦٤.
٣٥. د. عبد الفضل محمد احمد – العقود التجارية وعمليات البنوك طبقاً لاحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ – مكتبة الجلاء الجديدة – المنصورة – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩.
٣٦. د. عبد المجيد الحكيم – الموجز في شرح القانون المدني – مصادر الالتزام – الجزء الاول – الطبعة الخامسة – مطبعة نديم – بغداد – سنة الطبع ١٩٧٧.
٣٧. د. عبد المنعم السيد علي – اقتصاديات النقود والمصارف – الجامعة المستنصرية – بغداد – سنة الطبع ١٩٨٦.
٣٨. عبد المنعم راضي –اقتصاديات النقود والبنوك – مؤسسة دار التعاون – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٧٥.
٣٩. د. عزيز العكيلي – شرح القانون التجاري – الجزء الاول – التاجر والاعمال التجارية – مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع – عمان – الاردن – سنة الطبع ١٩٨٨م
٤٠. د. علي البارودي – العقود التجارية وعمليات البنوك – دار المطبوعات الجامعية – الاسكندرية – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩.
٤١. د. علاء الدين الزعتري – الخدمات المصرفية وموقف الشريعة الاسلامية منها – دار الحكم الطيب – دمشق – سوريا – الطبعة الاولى – سنة الطبع ٢٠٠٢.
٤٢. د. علي جمال الدين عوض – عمليات البنوك من الوجهة القانونية – دار النهضة العربية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٨١.
٤٣. د. غادة عماد الشربيني – المسؤولية الجنائية في الاعمال البنكية (دراسة مقارنة) دار ابو المجد للطباعة والنشر – الطبعة الاولى – القاهرة – مصر – سنة الطبع ٢٠٠٠م.
٤٤. د. غريب الجمال – المصارف وبيوت التمويل الاسلامية – دار الشروق – جدة – السعودية – سنة الطبع ١٩٧٨م.
٤٥. د. مأمون سلامية – قانون العقوبات – القسم العام – دار النهضة العربية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٩٥م.
٤٦. د. مجيد حميد العنبكي – القانون البحري العراقي – بيت الحكمة – الطبعة الاولى – بغداد ٢٠٠٢.
٤٧. د. محسن شفيق – القانون التجاري الكويتي – جامعة الكويت – الكويت – سنة الطبع ١٩٧٢م.
٤٨. د. محمد احمد سراج – النظام المصرفي الاسلامي – دار الثقافة – القاهرة – مصر – الطبعة الاولى – ١٩٨٩.

٤٩. د. محمد اسماعيل ابو الريش – المضاربة المالية في الشريعة الاسلامية – دراسة فقهية – مطبعة الامانة – اسيوط – مصر – بدون سنة الطبع.
٥٠. د. محمد اسماعيل ابو الريش – المضاربة المالية في الشريعة الاسلامية (دراسة فقهية) – مطبعة الامانة – اسيوط – مصر – بدون سنة طبع.
٥١. محمد باقر الصدر – البنك اللاربوي في الاسلام – دار التعارف – بيروت – لبنان – سنة الطبع ١٩٨١.
٥٢. د. محمد كامل مرسي – العقود المدنية الصغيرة – شرح القانون المدني – الجزء الثاني – العقود المسماة – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٥٢.
٥٣. د. محمد كمال عبد العزيز – التقنين المدني في ضوء القضاء والفقه – الجزء الاول – الالتزامات – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٨٠م
٥٤. د. محمد مدني – الاستثمار المصرفي – شركة المساهمة في التشريع الاسلامي – مطبعة الحضارة العربية – القاهرة – مصر – بدون سنة الطبع.
٥٥. د. محمد علي مراد – مهام البنوك التجارية – معهد الدراسات المصرفية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٦٠.
٥٦. د. محمود لطفي – الجرائم الاقتصادية في القانون المقارن – الجزء الثاني – في جرائم الصرف – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٦٦.
٥٧. د. محمود محمد حسن – العقود الشرعية في المعاملات المالية والمصرفية – جامعة الكويت – الكويت – الطبعة الاولى – سنة الطبع ١٩٩٧.
٥٨. د. محمود يونس والدكتور عبد النعيم مبارك – مدخل إلى اقتصاديات النقود والصيرفة – كلية التجارة – جامعة الاسكندرية – مؤسسة شباب الجامعة – مصر – سنة الطبع ١٩٨٢.
٥٩. د. محي الدين اسماعيل علم الدين – موسوعة اعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية – مطبعة النسر الذهبي – الطبعة الاولى – القاهرة – مصر – سنة الطبع ٢٠٠١م.
٦٠. د. مصطفى رشدي شيحة – النقود والمصارف والائتمان – كلية الحقوق – جامعة الاسكندرية – دار الجامعة الجديدة للنشر – مصر – سنة الطبع ١٩٩٩.
٦١. د. مصطفى كمال طه – القانون التجاري – الاعمال التجارية والتجار والشركات التجارية – بدون دار نشر – بيروت – لبنان – سنة الطبع ١٩٨٨م.
٦٢. د. مصطفى كمال طه – الوجيز في القانون التجاري – الجزء الاول – المكتب المصري الحديث – القاهرة – مصر. سنة الطبع ١٩٧١م
٦٣. د. مصطفى كمال وصفي – المسؤولية المدنية لاعضاء مجلس الادارة في شركات المساهمة – المكتبة الانكلو مصرية – القاهرة – مصر – سنة الطبع ١٩٦٦.
٦٤. د. منير القاضي – شرح مجلة الاحكام العدلية – الجزء الاول – مطبعة العاني – بغداد – سنة الطبع ١٩٤٦.
٦٥. منير قزمان – الوكالة التجارية في ضوء الفقه والقضاء – دار الفكر الجامعي – الاسكندرية – مصر – سنة الطبع ٢٠٠٢.

٦٦. د. ناظم الشمري – النقود والمصارف – جامعة الموصل – سنة الطبع ١٩٨٨.
٦٧. د. نبيل حشاد – انظمة التأمين على الودائع المصرفية وحماية المودعين – المعهد العربي للدراسات المالية والمصرفية – عمان - الاردن – الطبعة الاولى ١٩٩٤.
٦٨. د. نصر الدين فضل المولى محمد – المصارف الاسلامية – دار القلم للطباعة والنشر – جدة - السعودية – سنة الطبع ١٩٨٥.
٦٩. د. نصر علي طاحون – شركة ادارة محافظ الاوراق المالية – دار النهضة العربية القاهرة – مصر – سنة الطبع ٢٠٠٣.
٧٠. د. نور الدين عنتر – المعاملات المصرفية والربوية وعلاجها في الاسلام – مؤسسة الرسالة – بيروت لبنان – سنة الطبع ١٩٨٨ – الطبعة الخامسة.
٧١. د. يسر انور علي – شرح قانون العقوبات – النظريات العامة – دار الثقافة الجامعية – الاسكندرية – مصر – سنة الطبع ١٩٩٦.
٧٢. الاستاذ محمود علي – الاوراق المالية في البنوك – معهد الدراسات المصرفية – القاهرة – مصر - ١٩٦٠.

الرسائل العلمية

١. د. طه نوري الملا حويش – عقد المضاربة في الفقه الاسلامي – رسالة دكتوراه – حقوق القاهرة – ١٩٧٧.
٢. سهام سوادي طعمة – النظام القانوني لشركات الاستثمار المالي (دراسة مقارنة) رسالة ماجستير – كلية الحقوق – جامعة بغداد ٢٠٠١.
٣. د. حسن حسني محمد حسني – الخدمات المصرفية في البنوك التجارية – رسالة دكتوراه – حقوق عين شمس – مصر – ١٩٨٦.
٤. د. اسامة ابو الحسن مجاهد – عقد استثمار الاموال – رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة عين شمس – القاهرة – مصر – ١٩٩٣.
٥. د. صفية عبد العزيز الشرقاوي – التكييف الشرعي لشركات المضاربة الاسلامية والاثار المترتبة عليها – رسالة دكتوراه – حقوق القاهرة – دار النهضة العربية – مصر – سنة ١٩٩٩.
٦. د. حسن الخطيب – نطاق المسؤولية التقصيرية والمسؤولية التعاقدية في القانون الفرنسي والقانون العراقي المقارن – رسالة دكتوراه – باريس – مطبعة حداد – البصرة ١٩٦٨م.
٧. د. عبد الرؤوف مهدي – المسؤولية الجنائية عن الجرائم الاقتصادية رسالة دكتوراه – كلية الحقوق – جامعة القاهرة – ١٩٧٥.
٨. د. نبيل احمد السيد زهير – المسؤولية الجنائية المفترضة (رسالة دكتوراه) جامعة القاهرة – مصر بدون سنة طبع.

المقالات

١. نشرة ضمان الاستثمار – مجلة علوم الاقتصاد – الكويت ٢٠٠٢ – مصدر من الانترنيت.
٢. البنك اللاربوي – السيد محمد حسين الشيرازي – مصدر من الانترنيت.

٣. خدمات امناء الاستثمار – مصدر من الانترنيت.

قائمة القوانين

١. قانون البنك المركزي العراقي رقم ٦٤ لسنة ١٩٧٦ (الملغي).
٢. قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣.
٣. قانون المصارف الاردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠.
٤. القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١.
٥. قانون مصرف قطر المركزي رقم ١٥ لسنة ١٩٩٣.
٦. قانون المصارف الاماراتي الاتحادي رقم ٦ لسنة ١٩٨٥.
٧. قانون البنك المركزي الاماراتي الاتحادي رقم ١٠ لسنة ١٩٨٠.
٨. قانون المصارف الكويتي رقم ٣٢ لسنة ١٩٦٨.
٩. قانون المصارف الفلسطيني رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢.
١٠. قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.
١١. قانون الشركات العراقي رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧.
١٢. قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.
١٣. قانون شركات الاستثمار المالي المصري رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨.
١٤. قانون رقم ٥ لسنة ١٩٩٨.
١٥. قانون امناء الاستثمار الانكليزي الصادر سنة ١٩٦١
١٦. اعلان مصرف قطر المركزي رقم ١ لسنة ١٩٩٧.
١٧. قانون المعاملات المدنية الاماراتية رقم ٥ لسنة ١٩٨٥.
١٨. قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لسنة ١٩٩٢م.
١٩. قانون امناء الاستثمار الفرنسي رقم ٥٩٤ لسنة ١٩٧٩.
٢٠. قانون الدلالة العراقي رقم ٥٨ لسنة ١٩٨٧.
٢١. قانون البنوك والائتمان المصري رقم ١٥٧ لسنة ١٩٦٣.
٢٢. قانون العقوبات السوري رقم ١٤٨ لسنة ١٩٤٩ .
٢٣. قانون العقوبات العراقي رقم ١١ لسنة ١٩٦٩.
٢٤. قانون المصارف الفرنسي الصادر في ١٣ يونيو ١٩٤١.
٢٥. القانون المدني الفرنسي ١٨٠٤.

٢٦. القانون المدني المصري رقم ٣١ لسنة ١٩٤٨م.
٢٧. قانون سوق بغداد للاوراق المالية رقم ٢٤ لسنة ١٩٩١.
٢٨. قانون الوكالة التجارية العراقي رقم ٥١ لسنة ٢٠٠٠.

المصادر الاجنبية

١. Martin Mayer, Weybright and Telley, New York, U.S.A .١٩٧٤.
٢. Eric N. Compton (Inside Commercial Banking) Second Edition, A Wiley – Interscience publication, Jhon Wiley & Sons Inc, New York. U.S.A. ١٩٨٣.
٣. White J – Banking Law, West Publishing Company , U.S.A.١٩٧٦.
٤. Michael Salden (Practical Trust Administration) Europa Publications Limited, London, Ok, ١٩٧٧.
٥. American Banker Association (Trust Operations) Washington, Dc. U.S.A.١٩٨٦
٦. John M Clarke, Jock W Zalaha and gust Zinseer III: (The Trust Business) American Bankers Association, Washington. DC.U.S.A. ١٩٨٨.
٧. Raymond P. Kent (Money and Banking), Holt, Rinehart and Winston Inc, New York. U.S.A. ١٩٧٢.
٨. John C. Clendenin, Ph.D. and George A Christy, Ph.D: (Introduction To Investments) Me Grraw Hill Book Company. New York. U.S.A.١٩٥٥.
٩. C. Roland Sprecher: (Essentials of Investments) Houghton Mifflin Company, Boston, U.S.A. ١٩٧٨.

المصادر الفرنسية

١. Alain viandier – Lesnouveux fonds communs de placement Rev, Soc, ١٩٨٠.

٢. Ravel (R) les societes dincestissement, etode jordique economique et financiere, librairle du recevil sirey, Paris. ١٩٥٩.

٣. Terre (Francois) : L'influence dela volonte indviduelle dela jurisprudence civile, Bordeaux.١٩٦٢.

الخاتمة

يتضح لنا من خلال دراستنا لعقد الاستثمار المصرفي وذلك من خلال استعراض التزامات طرفي العقد، وتسليط الضوء على الطبيعة القانونية الخاصة بالمصرف الاستثماري وبيان المسؤولية، عدة نتائج اهمها:-

اولاً.

ان القانون المصرفي وبوصفه القانون الذي يتضمن القواعد القانونية التي تنظم اعمال المصارف، ويعده احد فروع القانون التجاري، هو قانون حديث نسبياً، وذلك لان قانون التجارة العراقي قد نظم جانب محدد من العمليات التي تقوم بها المصارف التجارية، اما قانون المصارف فقد كان اكثر رقة في تنظيمه للاساليب الحديثة في العمليات المصرفي ومن ضمنها الاستثمار، حيث نجد ان قانون المصارف اكثر دقة من قانون التجارة في تنظيمه الدقيق للعمل المصرفي المهني (الحرفي)، وذلك لان الغاية التي من اجلها شرع قانون المصارف والمصالح التي يرمي إلى تحقيقها الا وهي تنظيم عمل المصارف، تختلف عن الغاية ذات الطابع العمومي والتي من اجلها شرع قانون التجارة والتي هي تنظيم الاحكام القانونية الخاصة بالتجارة والتجار ومن ضمنها المصارف.

اذ يتضح من هذا ان هنالك فرقاً شائعاً ما بين قانون المصارف والتجارة من حيث عموم الغاية التي من اجلها شرع القانون.

ثانياً.

ان المصارف الاستثمارية التي اشرنا اليها في البحث ما هي الا شركات تؤسس وفقاً لقانون خاص الا وهو قانون البنك المركزي العراقي الصادر بتاريخ ٢٠٠٣/٣/٧ وعلى ذلك نصت المادة الرابعة من القانون وتحديداً في الفقرة (ي) اذ نصت هذه الفقرة على قيام البنك المركزي باصدار التراخيص والاجازات للمصارف وتنظيم عملية مراقبة المصارف كما هو محدد في قانون المصارف العراقي رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ بصرف النظر عن الطبيعة الشكلية لهذه المصارف، سواء كانت مصارف تجارية (ذات طابع ربوي) ام تجارية اسلامية (ذات طابع غير ربوي).

وفي الجانب هذا نرى انه لابد من ان يكون قانون المصارف العراقي اكثر تحديداً في تنظيم عمل المصارف التجارية ذات الطابع الاسلامي، ذلك لان هذا النوع من المصارف هو كيان قانوني قائم في كثير من دول العالم العربية منها مثل السعودية والامارات وقطر وحتى الاجنبية منها مثل بريطانيا التي تأخذ يمثل هذه الانظمة.

وعلى ذلك الاساس نرى انه الواجب ان يتناول المشرع العراقي التنظيم القانوني للمصارف الاسلامية بجانب من الدقة حتى لاتختلط الاسس القانونية لكل نظام، مع بقاء خضوع كل نوع من هذه الانواع لرقابة البنك المركزي العراقي.

ثالثاً.

اما فيما يتعلق بعقد الاستثمار الذي يبرمه المصرف مع العميل المستثمر بمناسبة استثماره لاموال العميل، فيتضح لنا انه من خلال البحث ان عقد الاستثمار عقد مصرفي تجاري غير مسمى، ولا بد من ان يكون المصرف احد اطرافه، وتغلب على العقد الصفة التنظيمية من قبل المصرف، وهذا يتمثل من خلال قيام المصرف باصدار صكوك الاستثمار او شهادات الاستثمار إلى العملاء والذي يمثل هاذان الاخيران بدورهما مال للعميل من حقوق لدى المصرف وما عليه من التزامات.

ونحن نرى ان القانون العراقي جاء خالياً من اي صيغة قانونية لتنظيم مثل هذه العقود، ذلك بسبب ان المصارف كانت قبل صدر قانون المصارف رقم ٤٠ لسنة ٢٠٠٣ عبارة عن مؤسسات مالية تابعة للدولة.

ونرى ان المشرع المصري كان اكثر تنظيماً لهذه المسألة حيث صدر القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ الخاص بشركات الاستثمار المالي، وقام بوضع الاساس القانوني للاستثمار، وقام في الوقت ذاته تنظيم مهنة امانة الاستثمار التي تعد المحور الرئيسي في تنفيذ عقود الاستثمار

رابعاً.

لدى البحث وجدنا ان التزام المصرف بموجب عقد الاستثمار هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية وهذا يقودنا إلى ان على المصرف ان يهيأ كافة مستلزمات تنفيذ عقد الاستثمار بما تمليه قواعد الحرفة المصرفية، بما في ذلك اعداد الدراسات والاستعانة بقواعد العمل المصرفي الدولية، وطالما ان التزام المصرف هو التزام بتحقيق غاية فان للمصرف حرية في اتخاذ القرار بشأن تنفيذ عقد الاستثمار لايقيدها الا التزام المصرف في عدم مخالفته للنظام العام والاداب العامة من جهة، وقصد الاضرار بالعميل المستثمر بصورة مباشرة من جهة اخرى، وهذا ما سارت عليه معظم القوانين المصرفية العربية، وقد خالف هذا الاتجاه قانون المصارف الفرنسي رقم (٥٩٤) لسنة ١٩٧٩ الذي جعل للمستثمرين جانب من سلطة القرار في تنفيذ عقد الاستثمار مساوياً لسلطة المصرف وهذا منتقد لان توزيع القرار في تنفيذ عقد الاستثمار يعني توزيع المسؤولية ما بين الطرفين، وهذا يتعارض مع طبيعة التزام مسؤولية المصرف من الناحية القانونية والتي هي التزام بتحقيق غاية بالاضافة إلى ان ذلك يتعارض مع طبيعة وظيفة المصرف من الناحية العملية والتي هي خلق النقود والائتمان.

خامساً.

وفيما يتعلق بالتزامات المصارف الاسلامية والتي وتعد بحد ذاتها نظاماً قانونياً حديث نسبياً بالنسبة للمصارف التجارية نجد ان، نظام المصارف الاسلامية يقوم على اساس وجود مؤسسة او شركة مالية يتضمن نظامها القانوني التزاماً بعدم

مخالفة الشريعة الاسلامية في العمليات التي يقوم بها، وعدم التعامل بالفائدة اخذاً او عطاءاً.

وفي هذا الجانب نرى ان للمصرف الاسلامي الحق بالقيام بجميع الخدملت والعمليات المصرفية والتجارية والمالية والاستثمارية بما في ذلك تأسيس الشركات المساهمة الخاصة بالاستثمار في مختلف المجالات. ويتوجب على هذه المصارف الاسلامية ان تعلم زبائنها خطياً ولاسيما اصحاب الودائع المرتبطة بالاستثمار عن نوع وماهية ومخاطر العمليات والاستثمارات والتوظيفات التي تقوم بها وعن النتائج وعن نسبة مساهمتها المباشرة في هذه المشاريع وذلك بصورة دورية يتفق فيها مع العميل المستثمر.

وهنا يبرز لنا نظام قانوني يمثل حالة وسط ما بين التزام المصرف في المصارف التجارية الذي يكون اساسه القانوني التزام بتحقيق غاية وبين ما سار عليه المشرع الفرنسي في منح المستثمرين سلطة ادارة مناصفة مع المصرف، وهذه الحالة التي يكون فيها التزام المصرف الاسلامي في مجال الودائع الاستثمارية هو التزام يقترن بشرط وهو اعلام المستثمر بطبيعة الاستثمار بصورة دورية، هذا مع العلم ان العميل لاتكون له صفة ادارية في تنفيذ قد الاستثمار المصرفي في المصرف الاسلامي.

سادساً.

لدى البحث ظهر مركز قانوني جديد هو امين الاستثمار الذي هو شخص طبيعياً ام معنوياً يكلف بادارة الاموال المودعة لدى المصرف لغرض الاستثمار، وهذا المركز القانوني الحديث نسبياً في مفهوم التشريعات المصرفية ولم يعالج هذا المركز القانوني الجديد من قبل قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣، حيث اكتفى القانون بوصف اعتبار ذلك الشخص من حيث الصلاحية واللياقة للممارسة هذا العميل وبيان مؤهلاته، وهذا يعود حسب رأينا إلى نقص في التشريع.

وكان لابد من المشرع العراقي ان يحذوا حذوا المشرع المصري عندما عالج كافة الاحكام القانونية لمهنة امانة الاستثمار بموجب قانون سوق رأس المال ولائحته التنفيذية ذي الرقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.

سابعاً.

وفيما يتعلق بمسؤولية المصرف ذات الطابع المدني نجد ان اساس هذه المسؤولية هو العقد الذي يبرمه المصرف بأعتباره محترف للعمل المصرفي وبعبارة اخرى ان الاساس القانوني لهذه المسؤولية من الناحية العملية في تنفيذ العقد من قبل المصرف يخضع الى قواعد المسؤولية المهنية او المسؤولية الحرفية، وذلك لعدة اسباب اهمها ان طبيعة التزام المصرف هو تحقيق الغاية التي من اجلها ابرام عقد الاستثمار، وان قاعدة المستثمر الحريص التي اشار اليها جانب من الفقه تكون مفترضة بحكم القانون في الوصف القانوني لالتزام المصرف بموجب عقد الاستثمار، وعلى هذا نصت معظم التشريعات في قواعدها العامة مثل القانون المدني

العراقي في المادة (٢٥١) وما اشار اليه قانون المصارف العراقي رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ في المادة (٢٦) وتجديداً في الفقرة (أ) التي اوجبت على المصرف ان يصرف اعماله بطريقة حكيمة وسليمة وبما يتفق مع القواعد الدولية المصرفية المتبعة في ادارة القرارات المصرفية.

ثامناً.

وفيما يتعلق بتنظيم احكام المسؤولية في عقد الاستثمار المصرفي نجد ان الاتفاقات التي يبرمها المصرف مع العميل تكون مشروعة طالما انها لاتخالف النظام العام او القواعد العامة الخاصة بالفائدة، وان ما يقدمه المصرف من التزامات تثقل من مسؤوليته مثل تحمله للقوة القاهرة والسبب الاجنبي ما هو الا ناتج عن ان التزام المصرف هو التزام بتحقيق غاية وليس التزاماً ببذل عناية.

وفي الوقت ذاته نجد ان المصرف لا يمكن له ان يعفي نفسه من التزاماته لانها مفترضة بحكم القانون، واي تحقيق للمسؤولية من جانب المصرف يعد باطلاً، ذلك لان قانون المصارف قد خول المصرف ادارة اموال الاستثمار وتحمل مسؤولية ذلك منذ ايداع المبلغ المخصص لغرض الاستثمار في المحفظة الاستثمارية التي يديرها المصرف.

تاسعاً.

واخيراً وفيما يتعلق بمسؤولية المصرف الجنائية والتي هي وليدة التطبيق العملي لعقد الاستثمار، بعبارة اخرى ان هذه المسؤولية تنهض عند صدور خطأ من قبل المصرف ويسوي الامر ان كان الخطأ قد صدر من المصرف ذاته او من قبل امين الاستثمار اذا كان غير المصرف او من شخص له صفة اتخاذ القرار في المصرف.

واخيراً ارجو من الله العلي القدير ان اكون قد وفقت في عرضي لموضوع البحث، وان يعذر لي القارئ اي غلطة او زلة او هفوة.

وجزاكم الله خير الجزاء

الباحث