جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة بابل / كلية القانون

النظام القانوني للحراسة القضائية على المصارف

(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة

إلى مجلس كلية القانون / جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون / القانون الخاص

من قبل الطالبة

نهله غازي محمد سلمان

بإشراف

الدكتورة ذكرى محمد حسين

أستاذ القانون الخاص

١٤٤٣هـ ٢٠٢١ م

بسم الله الرحمن الرحيم

((قَالُوا سُبْحَانَكَ لَا عِلْمَ لَنَا إِلَّا مَا عَلَّمْتَنَا
إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ))

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة
الآية (٣٢)

قال الأمام علي عليه السلام :

يا مُؤمِنُ ، إنَّ هذا العِلمَ والأَدَبَ ثَمَنُ نَفسِكَ فَاجتَهِد في تَعَلُّمِها ،فَما يَزيدُ مِن عِلمِكَ وأدَبِكَ يَزيدُ في ثَمَنِكَ وقَدرِكَ، فَإِنَّ بِالعِلمِ تَهتَدي إلى رَبِّكَ.

إهداء

إلى قرة عيني سيد الأمة ، وشفيعي يوم الغمة ، إلى سيدي ومولاي الرسول محمد (صلى الله عليه و أله وسلم) .

إلى الذي رباني ولم يمن . . . روح والدي الغالي .

إلى من تكون الجنة تحت أقدامها . . . أمي الحنون .

إلى من افتخر بهم دوماً وكانوا لي عوناً . . . أخوتي فيصل وعماد وسندس

الشموع المتلألأة التي تنير لي طريقي . . . .

إلى أساتذتي العظماء الأفاضل جميعا . . . .

إلى كل من ساعدني في حياتي وأمن بعلمي

اهدي هذا الجهد المتواضع

الباحثة

أشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لي إنجاز هذا العمل ، فله الحمد أولاً وآخراً .

ثم أشكر أولئك الأخيار الذين مدوا لي يدَ المساعدة ، خلال هذه المدة ، وفي مقدمتهم أستاذتي المشرفة على الرسالة الأستاذ الدكتورة ذكرى محمد حسين الياسين التي تفضلت بقبول الإشراف على هذه الرسالة وما كابدته معي من عناء البحث وما أبدته من آراء قيمة وتوجيهات سديدة التي لم تدَّخر جهداً في مساعدتي ، كما هي عادتها مع كل طلبة العلم ، وكانت تحثّني على البحث، وترغِّبني فيه ، وتقوّي عزيمتي عليه فلها من الله الأجر ومني كل التقدير حفظها الله ومتّعها بالصحة والعافية ونفع بعلومها .

و أتقدم بوافر الشكر لموظفي مكتبة كلية القانون و المكتبة المركزية و مكتبة كلية الإدارة والاقتصاد في جامعة بابل و جامعات كربلاء و الكوفة و النهرين والمستنصرية و بغداد .

و أتقدم بفائق الشكر والتقدير إلى أساتذتي بالمرحلة التحضيرية و إلى أساتذة أعضاء لجنة المناقشة الذين أتشرف بالوقوف أمامهم يوم مناقشة هذه الرسالة اعترافاً مني بفضلهم لكل ما سيبدونه من ملاحظات قيمه تغني هذه الرسالة وتثريها .

وأخيراً أقدم شكري وتقديري لكل من توجه لنا بالكلمة الطيبة آملاً لنا بالتوفيق ، ولكل من شاركنا مخلصاً فرحة إكمال فصول الرسالة . والله الموفق

المستخلص

لقد شهد القطاع المصرفي تطوراً ملحوظاً خلال السنين الماضية ، وشمل التطور القطاع القانوني والإداري على صعيد النشاطات المصرفية والخلاص من المعرقلات التي كانت تقف عائقاً أمام نشاطات المصارف ، حيث تم إيجاد أليات حديثة للعمل المصرفي أمام التنافس الشديد بين المصارف المحلية والإقليمية والدولية و هي الأنظمة القانونية الخاصة بالإفلاس والحراسة القضائية .

وبالرغم من التطور والحداثة إلاّ أن هناك مخاطر أحاطت بالعمل المصرفي ، حيث عانت المصارف من مخاطر وتعثرات مالية وهي ناتجة عن النشاط المصرفي اليومي ، وبات على المصارف تدارك تلك المخاطر الناتجة عن سوء الإدارة والتدبير وإيجاد حلول لها ، وقد تصل تلك المصارف إلى حالة العجز عن معالجة المشاكل المالية لصد تلك المخاطر والتي ستكون ذات تأثيرات سلبية على الاقتصاد الوطني ، حيث أستطاع المشرع إدراك خطورة العمل المصرفي وسط تطورات الاقتصاد العالمي ، فتطلب إضافة نصوص قانونية جديدة لتحديد إجراءات جديدة بالعمل المصرفي لمعالجة المشاكل المالية التي تتعرض لها المصارف عند عدم الوفاء و التوقف عن دعم اعمالها المصرفية ، وتتضمن هذه الإجراءات فرض نظام الوصاية ونظام الحراسة القضائية التي أوردها المشرع لمعالجة مسألة إفلاس المصارف والتي لها دور في علاج هذه الحالة ، وهي خطوة لضمان الوفاء للمدين بديونه ضمن موعد الاستحقاق من خلال غل يد المصرف المدين المفلس ولمنع الضرر بالزبائن الدائنين ، إذ إن إصدار قرار الحراسة القضائية على المصرف هو لتصفية موجودات المصرف وإنهاء الشخصية المعنوية للمصرف وضمان حقوق الدائنين و يكون ذلك من خلال تعيين شخص مؤتمن على ذلك يتولى هذه المهمة وهو الحارس القضائي ، من خلال ما تحدده له المحكمة من مهام وسلطات لإتمام الغاية من الحراسة ، وهي غاية مزدوجة تتمثل في تحصيل أكبر قيمة ممكنة من عائدات المصرف من جهة و تسديد أكبر قيمة من الديون المترتبة بذمة المصرف من تلك العائدات ، وإكمال تصفية المصرف بأقل خسارة ممكنة لكلا الطرفين ، المصرف و دائنيه ، وهو ما تناولنا توضيحه على ثلاثة فصول تطرقنا فيها إلى ماهية الحراسة القضائية على المصارف و إجراءات فرضها وأخيراً الأحكام القانونية التي تترتب على ذلك .

	محتويات الرسالة	
المقدمة		١ـ ٥
الفصل الأول	**مفهوم الحراسة القضائية على المصارف**	**٦ ـ ٤٩**
المبحث الأول	ماهية الحراسة القضائية على المصارف	٧ ـ ٢٩
المطلب الأول	التعريف بالحراسة القضائية على المصارف	٧ ـ ١٨
الفرع الأول	تعريف الحراسة القضائية على المصارف	٨ ـ ١٢
الفرع الثاني	خصائص الحراسة القضائية على المصارف	١٢ ـ ١٨
المطلب الثاني	شروط الحراسة القضائية على المصارف	١٨ ـ ٢٩
الفرع الأول	أن يكون المدين مصرفاً	١٩ ـ ٢٢
الفرع الثاني	أن يكون هناك خطر عاجل بسبب نزاع	٢٢ـ ٢٧
الفرع الثالث	أن تكون هناك مصلحة من الحراسة القضائية على المصارف	٢٧ ـ ٢٩
المبحث الثاني	ذاتية الحراسة القضائية على المصارف	٣٠ ـ ٤٩
المطلب الأول	الطبيعة القانونية للحراسة القضائية على المصارف	٣٠ ـ ٣٨
الفرع الأول	الحراسة القضائية على المصارف هي وديعة	٣١ ـ ٣٤
الفرع الثاني	الحراسة القضائية على المصارف هي وكالة	٣٤ ـ ٣٨
المطلب الثاني	تمييز الحراسة القضائية على المصارف عن الحراسة الاتفاقية والقانونية	٣٩ ـ ٤٩
الفرع الأول	التمييز بين الحراسة القضائية على المصارف و الحراسة الاتفاقية	٤٠ ـ ٤٥
الفرع الثاني	التمييز بين الحراسة القضائية على المصارف و الحراسة القانونية	٤٥ـ ٤٩
الفصل الثاني	**إجراءات فرض الحراسة القضائية على المصارف**	**٥٠ ـ ٩٨**
المبحث الأول	إقامة دعوى الإفلاس المصرفي	٥٠ ـ ٧٧
المطلب الأول	التعريف بالإفلاس المصرفي	٥١ ـ ٦٣
الفرع الأول	تعريف الإفلاس المصرفي	٥١ ـ ٥٨
الفرع الثاني	خصوصية أحكام الإفلاس المصرفي	٥٨ ـ ٦٣
المطلب الثاني	دعوى الإفلاس المصرفي	٦٣ ـ ٧٧
الفرع الأول	المحكمة المختصة بنظر دعوى الإفلاس المصرفي	٦٤ ـ ٧٢
الفرع الثاني	إجراءات إقامة دعوى الإفلاس المصرفي	٧٣ ـ ٧٧

المبحث الثاني	تعيين الحارس القضائي على المصارف	٧٨ - ٩٨
المطلب الأول	التعريف بالحارس القضائي على المصارف	٧٨ - ٨٧
الفرع الأول	تعريف الحارس القضائي على المصارف	٧٩- ٨٣
الفرع الثاني	الشروط الواجب توافرها في الحارس القضائي على المصارف	٨٣ - ٨٧
المطلب الثاني	إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف	٨٧ - ٩٨
الفرع الأول	إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف وفق أحكام القانون العراقي	٨٨ - ٩٠
الفرع الثاني	إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف وفق القوانين المقارنة	٩٠ - ٩٨
الفصل الثالث	**أحكام الحراسة القضائية على المصارف**	**٩٩ - ١٣٥**
المبحث الأول	الآثار القانونية للحراسة القضائية على المصارف	١٠٠ - ١٢١
المطلب الأول	الآثار القانونية للحراسة القضائية تجاه الحارس القضائي	١٠٠ – ١١٤
الفرع الأول	أثر تعيين الحارس القضائي على الجهات الإدارية في المصرف	١٠١ - ١٠٨
الفرع الثاني	التزامات الحارس القضائي على المصارف	١٠٨ - ١١٤
المطلب الثاني	الآثار القانونية المترتبة على الحراسة القضائية تجاه المصرف	١١٤ - ١٢١
الفرع الأول	أثر فرض الحراسة القضائية على الشخصية المعنوية للمصرف	١١٥ - ١١٨
الفرع الثاني	إلتزامات المصرف المفروض عليه الحراسة القضائية تجاه الغير	١١٨ - ١٢١
المبحث الثاني	إنهاء الحراسة القضائية على المصارف	١٢١ - ١٣٥
المطلب الأول	الصلح الواقي من الإفلاس المصرفي	١٢٢- ١٢٨
الفرع الأول	التعريف بالصلح الواقي من الإفلاس المصرفي	١٢٣- ١٢٦
الفرع الثاني	إنهاء الصلح الواقي من الإفلاس المصرفي	١٢٦ - ١٢٨
المطلب الثاني	إنتهاء دعوى الإفلاس المصرفي	١٢٨- ١٣٥
الفرع الأول	تصفية المصرف	١٢٨- ١٣٢
الفرع الثاني	إنهاء دعوى الإفلاس المصرفي	١٣٢- ١٣٥
الخاتمة		١٣٦- ١٣٩
المصادر		١٤٠ - ١٥٢

المقدمة

أولاً : فكرة البحث :-

أن أصل مراحل تطور الحراسة القضائية بدأت قديماً حيث كانت عبارة عن فكرة إجتماعية ومن ثم أخذ القانون الروماني بفكرة الحراسة القضائية حيث تمت معالجتها ، وأخذ بها المشرع المصري ، وثم سارت على نهجه تشريعات الدول العربية ومنها التشريع العراقي ، حيث كانت الحراسة الإتفاقية هي الأكثر تداولاً في المنازعات التجارية للخصوم ، والمنازعات كانت أقل خطورة وكان للخصوم سهولة الإتفاق بدون الذهاب إلى القضاء وسهولة إيجاد حارس يكون أميناً على المال بين يديه ويكون معروف لدى أطراف النزاع ، ولكن بتطور النشاط التجاري و تعقد المعاملات التجارية أصبح من الصعوبة إيجاد حارس إتفاقي و كان لابد من اللجوء إلى القضاء في منازعات إفلاس المصارف والتي منها المنازعات المصرفية لضمان حقوق كل من المصرف والدائنين كما في حالة الإفلاس للمصرف ، وكانت الحاجة إلى الحارس القضائي وسيلة لحفظ مال الخصوم ولاستمرار استثمارها ومن ثم الاستفادة مما نتج عنها من منفعة للذي تحكم المحكمة له من الخصوم في المال المتنازع عليه .

حيث تفرض الحراسة القضائية لحماية المصارف المتعثرة من المخاطر الائتمانية ومخاطر الإفلاس ، إذْ يؤدي البنك المركزي دوره لحماية النظام المالي من هذه المخاطر بممارسة وظيفتهِ في الإشراف والرقابة ، ولقد تطورت في الفترة الاخيرة لما لها من أثر على النشاط التجاري و من ثم تطورت المبادئ والقواعد لغرض تطبيقها بصورة أوسع في مختلف مجالات الحياة العملية ، حتى وصلت لما هي عليه حيث تعتبر من أرقى النظم القانونية التي توصل إليه الفقه والقضاء في العصر الحالي ، إذ تصل المصارف إلى مرحلة الحراسة القضائية بسبب الإفلاس عند عدم إتخاذ الإجراءات الاحترازية اللازمة حيث تقوم محكمة الخدمات المالية بإصدار قرار الإفلاس ، و من ثم يقوم البنك المركزي بتعيين الوصي على إدارة المصرف وامواله المنقولة وغير المنقولة وفق نص المادة (١/٥٩) من قانون المصارف النافذ ، وأن نظام الإفلاس في القانون التجاري لا تطبق نصوصه القانونية على إفلاس المصارف التجارية حيث توجد نصوص خاصة في قانون المصارف التجارية وقانون البنك المركزي ، لأنّ إجراءات تطبيقها في القانون التجاري تكون معقدة ، حيث إنّ القضاء العادي يتطلب إجراءات طويلة لإصدار قرارات الحكم بالدعوى المعروضة عليه ، و لهذا نجد أن بعض القوانين قد لجأت إلى إجراءات تتلائم عمل المصارف ، وأوجدت تنظيماً خاصاً لبعض تلك الإجراءات المتبعة في القضاء العادي من خلال تعديل بعض أحكامه ، و آثاره بما يتلائم مع طبيعة النشاط التجاري للمصرف وسرعة معاملاته ،

حيث تفرض الحراسة القضائية على المصارف لضمان حقوق الدائنين و أمواله كإجراء تحفظي مؤقت في حالة المنازعات ، فالحارس القضائي يعين بصورة مؤقتة إلى حين تصفية المصرف وذلك إستناداً إلى نص المادة (١/٨١) في قانون المصارف المتعلقة بصلاحيات الحارس القضائي ولحين قيام المحكمة بإصدار قرار الحكم النهائي ، إذ ان الحراسة القضائية هي عملية تقوم بها المحاكم لأهميتها في المنازعات التجارية للمصارف المفلسة ، حيث يبدأ الدائنون يتزاحمون في التنفيذ على أموال المدين الذي سحبت يده عن إدارتها والتصرف فيها إذ يسعي كل واحد منهم للحصول على حقه كاملاً ، حتى لو أدى ذلك إلى الإضرار بحقوق باقي الدائنين و دون الاهتمام بمبادئ المساواة بينهم ، والمشرع وحده من خلال تشريع النصوص القانونية المختصة يستطيع بها حماية أموال المصرف المفلس تجاه ما يتخذه الدائنين من الإجراءات الفردية للتنفيذ على أموال المدين ، ومن ثم يعرقل عمليات التصفية الجماعية و الهدف من نظام الإفلاس والحراسة القضائية للوصول لحل مناسب دون الضرر بحقوق الدائنين .

ثانياً : أهمية البحث:-

إنّ توفير الحراسة القضائية بوضع الأموال المتنازع عليها تحت يد أمين يعينه القاضي للتصفية ، حيث تختص محاكم خاصة بالنظر فيها أو لجان التحكيم الإتفاقية ، وموضوع الحراسة رفع يد المتصرف وتعيين حارس قضائي يتولى حفظ المال وإدارته ومن ثم يرده وغلته المقبوضة إلى من يثبت له بحكم مكتسب القطعية ، حيث ترد الحراسة القضائية على العقار أو المنقول إذا كانت هناك دعوى مقامة بالموضوع ، و يمكن للقاضي أن يأمر بها تقديراً للمصلحة وشرطها أن يقدم صاحب المصلحة أسباباً معقولة ما يخشي معه خطراً عاجلاً في بقاء المال تحت يد حائزه ، إذ إنّ الاختيار يكون من خلال قائمة اسماء يزود البنك المركزي محكمة الخدمات المالية بها ، و تتجلى أهمية الحراسة القضائية هي لحفظ وصيانة الاموال المنقولة و غير المنقولة للمصرف المفلس وقبض الأجرة والمخاصمة في ذلك ، وأنّ مسؤولية الحارس هو أمين إذا فرط ولحق ضرر على الأموال المحروسة ولا يجوز للحارس أن يوكل عمل الحراسة لغيره إلا بإذن من القاضي ، ولكن بسبب إفراد قانون المصارف نصوص لتنظيم مسائل إفلاس المصارف و مسائل الحراسة القضائية وما يتعلق بها من أحكام بتنظيم خاص وبيانه صراحةً بأن أحكام الإفلاس بمعناه العام لا تنطبق على المصارف ، لهذا فقد بات أمر دراسة هذه الجزئيات محل اهتمام خاصة وأن المشرع العراقي على الرغم من نصه على خصوصية هذا الأمر، إلاّ أنه قد أبقى على الأحكام ذاتها لبعض تلك الجزئيات في بعض الأحيان ، وفي أحيان أخرى نجده قد تطرق إلى مسائل أخرى بشكل عام من دون توضيح تفاصيل آليتها أو إجراءاتها ، وكأنه يفترض الرجوع إلى الأحكام و

القواعد العامة المطبقة على حالات الإفلاس عموماً ، ومن هذه المسائل مسألة فرض الحراسة القضائية على المصرف ، التي ذكــرها وبــين إمكــانية إصــدار محكمة الخدمات المالية لها مــن دون أن يوضح كيــفية هذا الإصدار ولا شروط مــن يكون حارساً ولا متى تنتهي الحراسة بحد ذاتها ، مما يظهر أهمية البحث في الموضوع لمعرفة موقف المشرع العراقي و مدى دقة هذا التنظيم وما قد يعتريه من نقص أو عدم وضوح في المعالجة بما يلزم بيانه في هذه الدراسة .

ثالثاً: إشكالية البحث:-

تمر المصارف بمخاطر كثيرة من ضمنها الإفلاس والتي تعترض عملهم بدون اتخاذ إجراءات و تدابير لحماية مركزهم المالي ، لهذا أخذ المشرع على عاتقه لحماية الاقتصاد الوطني أن يقوم بتشريعات منظمة لنظام الإفلاس و الحراسة القضائية لحماية النشاط المصرفي من خلال إصدار قرار حكم بالإفلاس وتعيين حارس قضائي و تصفية موجوداته وانهاء الشخصية المعنوية لتحقيق أهدافها بما يتبين من خلاله أبرز إشكاليات البحث والتي تتمثل بــ :-

١- حاجة البلد لتعديل قانون المصارف الذي ينظم الإفلاس الخاص بالمصارف وبما يتوائم مع المشكلات الحديثة التي تلازم عمل المصارف التجارية ، و ذلك لاستمرار عمل المصارف وعدم فقدان الثقة بها من قبل عملائها مما يؤثر سلباً على الواقع التجاري والاقتصادي في البلدان .

٢- الوقوف على الآليات المتبعة للحفاظ على حقوق المساهمين والعملاء في المصارف المتعثرة والمعرضة للإفلاس والتصفية ، حيث الاستقرار المالي للمصرف يوضح الصورة عن الملاءة المالية للمصرف ، وتمنح الزبائن الثقة في قبول الخدمات التي يقدمها المصرف ، ومن ثم للحراسة القضائية دور في ازدياد الثقة بين مساهمي المصارف و العملاء وشعورهم بالأمان تجاه القطاع المصرفي .

٣- محاولة إيجاد قواعد قانونية عادلة تضمن مبدأ المساواة بين الدائنين في استيفاء حقوقهم من المصرف المدين المفلس دون التزاحم والتسابق فيما بينهم في التنفيذ على أموال المدين من خلال إيجاد شخص محايد و مؤتمن يراعي مصلحة الطرفين في آن واحد ، ألا و هو الحارس القضائي ، إلا إنّ إشكالية تحديد كيفية اختياره وكيفية مزاولته لمهامه من خلال ارتباطه بجهتين معاً هما محكمة الخدمات المالية من جهة والبنك المركزي من جهة أخرى ، قد تثير نوع من اللبس والتداخل في ذلك ، مما يضفي صعوبة و يجعل الأمر ملزماً للرجوع إلى الأحكام العامة رغم نص القانون صراحةً على أفراد ذلك الأمر بأحكام خاصة ، مما يقتضي أن تكون معالجة الموضوع على ضوء هذين الإشكالين فيه .

٤- قلة الدراسات القانونية المقدمة حول الحراسة القضائية على المصارف والاكتفاء بالدراسات الاقتصادية حول المصارف المتعثرة والمفلسة .

رابعاً : أهداف البحث :-

إنّ الهدف من دراسة الحراسة القضائية هو التطرق إلى كيفية الحفاظ على حقوق الدائنين وحقوق المصرف المفلس على مال متنازع عليه بين الأطراف و بحكم القضاء ، بتوفير حراسة قضائية و اثره على الاستقرار التجاري و الوضع الاقتصادي بصورة مباشرة وبيان الآتي :

١- إجراء دراسة تتناول الحراسة القضائية وأهميتها في حماية المصارف بسبب مخاطر الإفلاس و في ظل قلة الدراسات والأبحاث التي تتناول هذا الموضوع و ربط الحراسة القضائية بنظام الإفلاس على المصارف ، وبيان أهمية الحراسة القضائية على المصارف و بيان النظام القانوني للحراسة القضائية على المصارف .

٢- تسليط الضوء على الدور الهام الذي تمارسه الحراسة القضائية على المصارف الوطنية و فروع المصارف الاجنبية ومدى تأثيرها على استقرار السياسات المالية للدول لحماية الاقتصاد الوطني والدولي .

٣- تفسير التشريعات والنصوص المتعلقة بالحراسة القضائية ونظام الإفلاس على المصارف في قوانين المصارف إلى الحد الذي يساعد على إزالة الغموض ، وخاصة للمكلفين منهم الحراس القضائيين و القانونين والمستشارين والمدراء في المصارف التجارية والبنوك المركزية الذين يواجهون عقبة في فهم هذه النصوص والعمل بمقتضاها .

٤- البحث في نوع العلاقة بين حقوق العملاء وحقوق المساهمين في المصارف المدينة المفلسة من توفير الحراسة القضائية على المصارف لحماية الاموال والموجودات في المصارف بعد صدور حكم الإفلاس و تأثيره على إيرادات الخدمات المصرفية .

خامسا: منهجية البحث:-

لقد اعتمدنا في موضوع بحثنا اسلوب المنهج التحليلي للنصوص التشريعية لأستعراض مفهوم الحراسة القضائية وإجراءات فرض الحراسة القضائية على المصارف وأحكام الحراسة القضائية .

وكذلك المنهج المقارن سيكون له دور في النصوص القانونية الوطنية وقوانين الدول العربية والأجنبية كأساس للمقارنة ، حيث ستكون القوانين التي سترتكز عليها فيما يتعلق بالتشريع العراقي دراستنا هي قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ المعدل النافذ و قانون البنك المركزي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ والقوانين ذات العلاقة ، أما فيما يخص التشريع المصري فهي قانون التجارة المصري الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ النافذ و قانون اعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ و قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ و قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨ والقوانين ذات العلاقة ، والقانون الفرنسي فسنعتمد على قانون التجارة الفرنسي رقم (٧٧-٤) في ٣ يناير ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم (٦١٩) لسنة ٢٠١٣ و قانون البنوك الفرنسي رقم (٨٤-٤٦) لسنة ١٩٨٤ المتعلق بتنظيم نشاط مؤسسات الائتمان والرقابة و قانون النقد والمال الفرنسي لسنة ٢٠٠٣ ، والقانون الأمريكي سنعتمد على قانون البنوك العام الأمريكي -U.S. Code Title 12 BANKS AND BANKING لسنة ١٩٢٥ ، وقانون الإفلاس العام الأمريكي U.S. Code Title 11- Bankruptcy لسنة ١٩٧٩ و قانون تامين الودائع الفيدرالية الأمريكي Federal Deposit Insurance Act FDI Act ((FDI Act))- (12 U.S.C. 1813) لسنة ١٩٣٣.

سادساً : خطة البحث :-

سنبحث موضع التنظيم القانوني للحراسة القضائية على المصارف على ثلاثة فصول ، حيث سيكون الفصل الأول مخصصاً لبيان ماهية الحراسة القضائية على المصارف و ذلك في مبحثين ، الأول سينعقد لبيان مفهوم الحراسة القضائية على المصارف ، في حين سيكون الثاني لإيضاح ذاتية الحراسة القضائية على المصارف ، أما الفصل الثاني سنخصصه لإيضاح إجراءات فرض الحراسة القضائية على المصارف و ذلك على مبحثين ، سنعقد المبحث الأول لبيان إقامة دعوى الإفلاس المصرفي ، وسيكون المبحث الثاني للتطرق لتعيين الحارس القضائي على المصارف ، وأخيراً سنبين في الفصل الثالث أحكام الحراسة القضائية على المصارف وذلك في مبحثين ، الأول سنوضح فيه الآثار القانونية للحراسة القضائية على المصارف والمبحث الثاني سنوضح فيه إنتهاء الحراسة القضائية على المصارف ، ومن ثم سنختتم موضوعنا بخاتمة سنتطرق فيها إلى أهم النتائج التي سيتم التوصل إليها ، و بعض من المقترحات التي نأمل أن يتم الأخذ بها .

الفصل الأول

مفهوم الحراسة القضائية على المصارف

وفقاً لتطور النشاط التجاري المحلي و الدولي بات من الصعوبة أن تتفق الأطراف المتخاصمة حول نزاع لوضع مالٍ معينٍ تحت الحراسة الإتفاقية ، والسبب هو فقدان الائتمان والثقة و فضلاً عن تعقيدات الحياة الاقتصادية ، مما جعل زيادة في إقبال المتخاصمين بالذهاب إلى القضاء حتى في النزاعات البسيطة التي تحدث بينهم ، و لم يقتصر النزاع على العقار ذو القيمة المحددة ، بل تعداه إلى الشركات التجارية والأصول التجارية والمنقولات ذات القيمة المرتفعة والمصارف ، حيث أصبحت الحراسة القضائية تلعب دوراً هاماً في فض منازعات الإفلاس للمصارف بين الدائنين والمصارف المفلسة ، والتي تترتب عليها التزامات مالية ، ومن ثم فإنّ الحراسة القضائية تساعد بالحفاظ على حقوق الدائنين والمصارف ، وتعتبر وسيلة من مجموعة وسائل تصفية المصرف التجاري ، إذْ تفضل بعض الأطراف في هذه المنازعات اللجوء إلى الحراسة القضائية في حسم منازعاتهم ، ويرجع ذلك إلى أسباب عدة يتعلق بعضها بما تتمتع به الحراسة القضائية من مزايا تتناسب مع طبيعة المنازعات ، والحراسة القضائية موضوع يتعلق بإجراءات تحفظية على المصارف ، فأصبح قاضي محكمة الخدمات المالية هو من يأمر بها لضمان حقوق الدائنين و المصرف ، رغم الخطر الناتج للتقييد المؤقت لحق الملكية ، وبالرغم من ذلك فإن إجراءات الحراسة القضائية تقوم بتعطل لممارسات حق الملكية ، ومن ثم تحد لفعاليته وأهميته في التطور الاقتصادي للبلد ، حيث إنّ القضاء لا يأمر بها إلاّ عند الضرورة الملحة ، وأن نظام الحراسة القضائية على المصارف يتمثل بنصوص قانونية يعتمد عليها القاضي لكي يعالج بها مثل هذه المسائل .

لذا فأن الأمر يتطلب منا تقسيم هذا الفصل على مبحثين سنتناول في المبحث الأول منهما ماهية الحراسة القضائية على المصارف ، في حين سنحدد في المبحث الثاني ذاتية الحراسة القضائية على المصارف.

المبحث الأول

ماهية الحراسة القضائية على المصارف

إن مفهوم الحراسة القضائية هو مصطلح شامل واسع يشمل كل مراحل إجراءات نظام الإفلاس التي تضمنها قانون المصارف العراقي النافذ رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ بدايةً من أمر فرضها بتقديم التماس من قبل الدائنين والبنك المركزي إلى محكمة الخدمات المالية والتي ستصدر لاحقاً قرار الإفلاس مع بيان أثار الحراسة القضائية في حالة عدم قيام التسوية أو التفاوض تفرض الحراسة القضائية حيث تصفى موجودات المصرف المفلس بالتصفية القسرية لتسديد الديون المتأخرة التسديد[١] حيث هناك العديد من التعريفات الفقهية التي تناولت تعريف الحراسة القضائية ، ومن أجل الوصول إلى المعنى الدقيق للحراسة القضائية على المصارف سنقسم هذا المبحث على مطلبين ، سنخصص المطلب الأول للتعريف بالحراسة القضائية على المصارف ، و سنتطرق في المطلب الثاني منه إلى شروط الحراسة القضائية على المصارف ، وعلى التفصيل الآتي :

المطلب الأول

التعريف بالحراسة القضائية على المصارف

إن البحث عن تعريف الحراسة القضائية على المصارف سيتم من خلال التشريعات المصرفية و الفقه لبيان تعريف محدد للحراسة العامة و للحراسة القضائية أو بيان خصائصها ، مكتفياً بالتنظيم العام لها في ما يخص ذلك في قوانين المرافعات المدنية ، وقد أجتهد الكثير من فقهاء القانون المختصين لتعريفها ، و للوقوف على حقيقة التعريفات للحراسة[٢] ومنها الحراسة القضائية وما أشارت إليه التشريعات والفقه ، ولهذا فقد أعتمدنا في البحث على تعاريف الحراسة بصورة عامة والحراسة

---

[١] د .حمزة فائق وهيب، محمد هاشم محسن الحسيني ، دور السلطات الإشرافية في حماية النظام المالي – الوصاية نموذجاً ، بحث منشور في مجلة الدراسات والمحاسبة المالية ، المجلد العاشر ، العدد ٣٠ ، ٢٠١٥ ، ص ٢٩ .

[٢] تعريف الحراسة لغةً : من مصدر حَرَسَ ، ما يطلق على الأفعال من الحفظ حَرَسَهُ و حِراسَةً الشيء يَحْرسُهُ ويَحِرسُهُ حرساً أي حفظه ، ينظر: شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (أبو العباس) ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ،المحقق: إحسان عباس ، الجزء١، ط١ ، دار صادر ، بيروت، ١٩٧٢ ، ص١٨ ، أو التَحّرز و اِحْتَرَس و تَحَرَّس أي توقّى وتحفّظ ، و منه تَحَرَّستُ من فلان واِحتَرسَتْ أي بمعنى تَحفظتْ منه، ويقال محُترَّس من مثلهِ ينظر : محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي ، لسان العرب ، المجلد السادس ، دار صادر، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٠ ، ص ٤٨.

القضائية بصورة خاصة ، سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنخصص الفرع الأول لتعريف الحراسة القضائية على المصارف وسنتطرق في الفرع الثاني منه إلى خصائص الحراسة القضائية على المصارف .

الفرع الأول

تعريف الحراسة القضائية على المصارف

إنّ التطرق لموضوع تعريف الحراسة القضائية على المصارف يستوجب علينا تناوله على نقطتين ، نبين في الإولى تعريفها قانوناً ، و في الثانية تعريفها فقهاً و على التفصيل الآتي :-

أولاً- تعريف الحراسة القضائية على المصارف قانوناً :-

لم يعرف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة مصطلح الحراسة بصورة مباشرة في النصوص التشريعية لقوانين المصارف ، و لكن تم تعريفها في قوانين أخرى ، حيث إنّ تشريعات هذه الدول أختلفت في تعريف الحراسة وماهية طبيعتها ، لأنّ قانون المرافعات المدنية العراقي لم يرد فيه تعريفاً مباشراً للحراسة ، و ترك أمر التعريف إلى القانونين و الفقهاء ، بينما قوانين الدول العربية أشارت إلى تعاريف للحراسة حيث جاءت ضمن القوانين المدنية والمرافعات ، فأوضح المشرع العراقي مصطلح الحراسة التي يفرضها القضاء ضمن قانون المرافعات المدنية للباب الخاص بالقضاء المستعجل بقانون المرافعات المدنية رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في الفقرة (١) من المادة (١٤٧) حيث ذكرت بأنها (يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار إذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه ان يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وإدارته ورده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه) ، وحيث نلاحظ أن المشرع العراقي قد ذكر الحراسة في نص الفقرة (١) من المادة (١٤٧) مشابه لما ذكره المشرع المصري في القانون المدني المصري المعدل رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ ، حيث عرف المشرع المصري في القانون المدني المعدل الحراسة في الباب الثالث للعقود المسماة الواردة وتحت الفصل الخامس من الكتاب الثاني على العمل في ، ضمن المادة المادة (٧٢٩) ، حيث عرف الحراسة الإتفاقية بأنها (عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ، فيتكفل هذا الشخص بحفظه و بإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه) ، و كما تضمنت المادة (٧٣٠) في الفقرة (٢) الآتي

(٢- يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه) ،

أما المشرع الفرنسي أكتفى ضمن القانون المدني في المادة (١٩٥٥) بذكر صورتين للحراسة أما تكون إتفاقية أو قضائية ، لكنه عرف الحراسة الإتفاقية و ذلك في المادة (١٩٥٦) ولم يعرف الحراسة القضائية بصورة عامة ، أن الصورة الأولى للحراسة هي الحراسة الإتفاقية[١] ، كما أن المادة (١٩٥٦) من القانون المدني الفرنسي نصت على أن (تقوم الحراسة الإتفاقية في إيداع شخص أوعدة أشخاص شيئا متنازعاً عليه بين يدين شخص ثالث يلتزم برده ، بعد إنتهاء النزاع إلى الشخص المفروض أن يتسلمه)[٢].

كما أن للمشرع الفرنسي موقف من الحراسة القضائية ، حيث لم يخصص نصاً خاصاً لتعريفها ، و حيث ذكر الأحوال التي جاز بها لقاضي الموضوع أن يأمر بها ضمن نص المادة (١٩٦١) من القانون المدني الفرنسي التي جاء فيها (يمكن للقضاء أن يأمر بالحراسة على : ١- الأموال المنقولة المحجوزة على دين .٢- المال غير المنقول أو شيء منقول يتنازع على ملكيته أو حيازته شخصان أو عدة أشخاص.٣- الأشياء التي يقدمها المدين لإبرائه من الدين..)[٣] .

---

[١] القانون المدني الفرنسي المادة (١٩٥٥) :

Chapitre III : Du séquestre, Section 1 : Des différentes espèces de séquestre, 1955:Le séquestre est ou conventionnel ou judiciaire.

[٢] القانون المدني الفرنسي المادة (١٩٥٦) :

Section 2 : Du séquestre conventionnel, 1956 -(Le séquestre conventionnel est le dépôt fait par une ou plusieurs personnes, d'une chose contentieuse, entre les mains d'un tiers qui s'oblige de la rendre, après la contestation terminée, à la personne qui sera jugée devoir l'obtenir).

[٣] القانون المدني الفرنسي المادة (١٩٦١) :

Chapitre III : Du séquestre, Section 3 : Du séquestre ou dépôt judiciaire, 1961 La justice peut ordonner le séquestre : 1° Des meubles saisis sur un débiteur ; 2° D'un immeuble ou d'une chose mobilière dont la propriété ou la possession est litigieuse entre deux ou plusieurs personnes ; 3° Des choses qu'un débiteur offre pour sa libération.

ويتضح أن المشرع الفرنسي أعطى القضاء مطلق الحرية في تقدير اللجوء إلى الحراسة من عدمه في الأحوال التي عدتها المادة أعلاه ، واضح من ملاحظة النص أعلاه أنه وارد على سبيل المثال لا الحصر، فمتى ما رأى قاضي الأمور المستعجلة ضرورة توجب وضع المال تحت الحراسة كان له أن يأمر بذلك .

وما تم التوصل له من خلال البحث أن المشرع العراقي في قانون البنك المركزي العراقي رقم (١٩٥٦) لسنة ٢٠٠٤ النافذ وقانون المصارف العراقي النافذ و كذلك المشرع المصري في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي النافذ رقم (١٩٤) لسنة ٢٠٢٠ وقانون أعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ والمشرع الفرنسي في القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ و قانون التجارة الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٧ و قانون المرافعات الفرنسي رقم ٥٠٠/ ٨١ الصادر في ١٩٨١ والقانون الفرنسي رقم (٤٦) لسنة ١٩٨٤ المتعلق بتنظيم نشاط مؤسسات الائتمان والرقابة عليها و قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٨٥و قانون النقد والمال الفرنسي الصادر في ٢٠٠٣ ، وكذلك المشرع الأمريكي من خلال قانون الافلاس العام (Bankruptcy) -11 U.S. Code) **و** قانون تامين الودائع الفيدرالية Federal Deposit Insurance Act (FDI Act و قانون البنوك الامريكيU.S. Code Title 12-BANKS AND BANKING)) لم يذكر تعريف مباشر أو غير مباشر للحراسة عامة أو الحراسة القضائية خاصة .

ثانياً ـ تعريف الحراسة القضائية على المصارف فقهاً :ـ

ولقد تم تعريف الحراسة من قبل الفقه بأنها (إجراء تحفظي مؤقت يأمر به القاضي بناءً على طلب صاحب المصلحة بوضع عقار أو منقول ، أو مال قائم في شأنه نزاع أو الحق غير ثابت فيه ، تحت يد أمين يتولى حفظه وإدارته ليرده مع غلته المقبوضة لمن يثبت له الحق فيه)[1] ، وبالنسبة للتعريف فقد بّين أركان الحراسة بكل أنواعها ، إذْ إنّه إجراء تحفظي بطلب من صاحب المصلحة للحصول على الحق ، وكما أنه يحتوي على شروط الحراسة وتشمل وجود نزاع ، العجلة الواجب وجودها لفرض الحراسة ، ومن دون المساس بأصل الحق .

ويمثل التعريف أعلاه الحراسة القضائية ، و كما عرفت بأنها (وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت ويهدد بخطر عاجل في يد أمين يتكفل بحفظه وادارته ورده مع تقديم حساب

[1] محمد عبداللطيف ، القضاء المستعجل ، ط١، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر،١٩٥٥، ص ١٧٧.

عنه إلى من يثبت له الحق فيه ، ويوضع المال تحت الحراسة إما بإتفاق الطرفين المتنازعين ، فتكون حراسة إتفاقية ، واما حكم من القضاء فتكون الحراسة قضائية)[١].

ونستخلص من التعريف أعلاه انه قد تطرق الى تحديد كلا الحراستين الاتفاقية والقضائية على حدٍ سواء ، فاصلاً بينهما في كيفية فرضهما ، فإذا كان اساس فرض هذه الحراسة هو الاتفاق فنكون هنا امام حراسة اتفاقية واذا كانت استناداً الى حكم قضائي فتكون قضائية حتى ولو ان الاطراف هم من اتفقوا على الحارس أمام القاضي .

وهناك من الفقه من عرفها بأنها (نيابة قانونية و قضائية لأن القانون هو الذي يحدد نطاقها ويبين حالاتها ويوضح أركانها و يعيين آثارها ، و هي نيابة قضائية أيضاً ، لأن القضاء هو الذي يضفي على الحارس صفته فلا تؤول إليه صفة النيابة إلاّ بمقتضى حكم منه)[٢] .

وبينما تم تعريفها بأنها (هي من الإجراءات التحفظية يصدرها حاكم تدابير الأمور المستعجلة من خلال وضع المنقول أو العقار تحت الحراسة القضائية)[٣] ، وكما تم تعريف الحراسة القضائية بأنها (هي إيداع الشيء عند شخص معين بأمر من المحكمة أن كانت المصلحة تقتضي ذلك)[٤] ، كما ذكر التعريف أعلاه أنه يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار، والمصلحة المقصودة هنا عني المصلحة المشروعة التي يقرها ويحميها القانون أي التي تستند إلى حق ، ذلك بأن يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت يد حارس وذلك للمحافظة عليه وإدارته. وكما عرفت بأنها (نيابة يوليها القضاء بإجراء مستعجل ووقتي يأمر به استنادا إلى نص في القانون وفق طلب من صاحب المصلحة ، إذْا رأى القاضي إنها إجراء ضروري لأجل أن يحافظ على حقوق ذوي الشأن ومصالحهم ، ويعهد القاضي للحارس بموجب هذا الإجراء بمال سواء أكان منقولاً أم عقاراً أم مجموعاً من الأموال لحفظه و إدارته ليرده مع غلته المقبوضة لمن يثبت حقه فيه)[٥] ، و بعد كل تلك

---

[١] د .أسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، ط١ ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ص ١٤٥.

[٢] د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه ، مجلد١ ، ط١ ، منشأة المعارف ، مصر ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤، ص ١٢ .

[٣] عبد الرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج ٣ ، ط١ ، مطبعة بابل ، بغداد ، ١٩٧٧ ، ص٦١.

[٤] د .عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ٢٤٨ .

[٥] د.نزيه نعيم شلال ، دعوى الحراسة القضائية (دراسة مقارنة) من خلال اجتهاد المحاكم واراء الفقهاء ، المؤسسة الحديثة ، للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠١ ، ص (٩ – ١٠) .

النصوص يكون هناك تعريف جامع مختصر للحراسة القضائية على المصارف (أن الحراسة القضائية هي نيابة قانونية قضائية وهي من الاجراءات التحفظية المؤقتة التي تفرض على المصارف المفلسة لإيداع الأموال المنقولة و غير المنقولة تحد يد أمين يسمى الحارس القضائي وعند عدم التسوية يتم تصفية المصرف قسرياً لسداد الديون المستحقة وأنهاء الشخصية المعنوية للمصرف و بإشراف و موافقة البنك المركزي و محكمة الخدمات المالية وفق نصوص قانون المصارف العراقي وقانون البنك المركزي العراقي النافذين) .

الفرع الثاني

خصائص الحراسة القضائية على المصارف

تتمتع الحراسة القضائية بمجموعة من الخصائص أبرزها إنها إجراءات تحفظية ضرورة للمحافظة على الشيء المتنازع عليه لحين إنتهاء النزاع القائم بشأنه ، وفي كونها من الإجراءات المؤقتة حيث إصدار القرار القاضي بقيام الحراسة القضائية من قبل القرارات الوقتية التي يراد بها إتخاذ إجراء تحفظي لأجل حماية الحقوق للمتقاضين إلى حين البت في النزاع و هي إجراءات لا تمس اساس الحق ، حيث إن قاضي الخدمات المالية أو الأمور المستعجلة[1] يمتنع ان يقضي في أصل الاتفاقات والحقوق و الإلتزامات مهما احيط بها من استعجال للإجراءات تترتب عليه إضرار للخصوم ، فيجب تركها للقاضي المختص بالموضوع وحده للحكم فيها.

و لهذا فأننا سنتطرق إلى بيان هذه الخصائص على التفصيل الآتي :

أولاً- الحراسة القضائية على المصارف هي إجراء تحفظي:-

لقد بيّن المشرع العراقي بالمادة (١/١٤٨/ أ) من قانون المرافعات المدنية ، والتي نصت على أن (يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارتها وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد ، وأن يقدم للمحكمة حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بالمستندات) ، و تضمن هذا النص الإشارة إلى كلمة الحفظ والمحافظة في إدارة المال المتنازع عليه بما يفهم أنها العناية بموضوع الحراسة ، كما إن قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ في المادة (٢/٩٦) نص (لا تكون هناك لجنة للدائنين بخصوص تصفية مصرف مفلس إلاّ إذا قرر البنك المركزي العراقي بناءً على

[1] هو الذي ينظر بالأمور والمسائل التي يخشى فيها من فوات الوقت حيث يكون هناك خطراً حال ومحدق بأصل الحق مما يستوجب معه إتخاذ إجراء مؤقت لحماية أصل الحق ويكون الإجراء مؤقت.

طلب الحارس القضائي ان هذه اللجنة مستصوبة لتمثل وتحمي مصالح هامة أو مجموعة واحدة أو أكثر من الدائنين) ، نستنبط من خلال النص ما يعني حماية المصالح الهامة أي المحافظة عليها حيث تدخل إجراءات التصفية ضمن مهام وإشراف الحارس القضائي ، والمادة (١/٨١) من قانون المصارف العراقي والتي نصت (١- عند تعيين حارس قضائي يصبح ذلك الحارس القضائي الممثل القانوني الوحيد للمصرف أو تؤول إليه حقوق وصلاحيات حملة اسهم المصرف فيما يتعلق بأسهمهم من رأس المال الاسمي للمصرف ومحل إدارة المصرف ومديره المفوض وتشمل مثل تلك الحقوق والصلاحيات والاحتفاظ بدفاتر و سجلات وموجودات المصرف وصلاحية تشغيله وتصفيته .٢- وتقدم الطلبات ضد المصرف إلى حارسه القضائي) ، ونلاحظ من النص ورود كلمة الاحتفاظ بموجودات المصرف المتعثر عند فرض الحراسة القضائية كإجراء تحفظي على موجودات المصرف المفلس .

وأما بالنسبة إلى قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ والمعدل بالقانون رقم (١٦٢) لسنة ٢٠٠٤ وبالقانون رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٥ لم يذكر خصائص الحراسة القضائية و لكن تم استنباط تلك الخصائص من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ فقد ذكر في المادة (١) تعريف للتدابير التحفظية وقد نصت (التدابير الضرورية التي تتخذها المحكمة أو القاضي وفقا لأحكام هذا القانون بهدف حفظ أو إدارة أصول المدين على نحو آمن ، أو منع المفلس من الهرب أو إخفاء أمواله) ، وقد ذكرت المادة (٧٨) من القانون ذاته (لكل دائن بدين تجاري خال من النزاع حال الأداء أن يطلب الحكم بشهر إفلاس مدينه التاجر و يكون للدائن بدين مدني حال هذا الحق إذا أثبت أن التاجر قد توقف عن دفع ديونه التجارية الحالة فضلاً عن دينه المدني . ويكون للدائن بدين آجل الحق في طلب شهر الإفلاس إذا لم يكن لمدينه التاجر موطن معروف مصر أو إذا لجأ إلى الفرار أو أغلق متجره أو شرع في تصفيته أو أجرى تصرفات ضارة بدائنيه بشرط أن يقدم الدائن ما يثُبت أن المدين توقف عن دفع دونه التجارية الحالة . و يطلب الدائن شهر إفلاس مدينه بطلب يقدم إلى إدارة الإفلاس التابعة للمحكمة المختصة مصحوباً بما يفيد إيداع مبلغ عشرة الآف جنيه خزانة المحكمة على سبيل الأمانة لحساب مصروفات نشر الحكم الصادر بشهر الإفلاس ، يطُلب فيه اتخاذ الإجراءات التحفظيةُ اللازمة و يبين فيه الظروف التي يستدل منها على توقف المدين عن دفع ديونه .

وكما نصت المادة (٨٤) من القانون السابق أعلاه أيضاً (تحدد المحكمة في حكم شهر الإفلاس تاريخاً مؤقتاً للتوقف عن الدفع ، وتعين أميناً للتفليسة وتختار أحد قضاة المحكمة ليكون قاضياً للتفليسة

، وتأمر بوضع الأختام على محل تجارة المدين لحين الإنتهاء من الجرد ، ويرسل قلم كتاب المحكمة إلى النيابة العامة ملخصاً من حكم شهر الإفلاس فور صدوره) .

بينما المشرع الفرنسي بين أن الحراسة القضائية هي أجراء تحفظي ، حيث أصبح الحارس لديه مهام متنوعة ومتغيرة تدور في موضوع الأعمال التحفظية حتى أوضحت المادة (١٩٦١) المدني الفرنسي بأن تكون الحراسة على الملكية في حالة وجود النزاع ، والحراسة في فرنسا زادت لتكون إجراءات لتضمن حفظ الأدلة التي يخاف عليها من أن تزال في المستقبل ، و مهام الحارس قد زادت وكثرت لتشمل حراسة كل من الحقوق الذهنية أو المعنوية[١] .

وبتطور سوق المال وحفظ وحماية الأوراق التجارية والأسهم والسندات وغيرها من القيم المنقولة ، التي يتم وضعها تحت الحراسة لحماية حقوق المساهمين عند حصول النزاع ، يمنع التصرف فيها ومن ثم حفظها[٢] ، وهذا الإجراء التحفظي لا يحتمل التنفيذ المادي في ذاته بل يقرر صفة قانونية للحارس في القيام بأعمال الحراسة ، ولأنها إجراء تحفظي فلا يصح أن تكون إجراءً تنفيذياً يستعمل للضغط على المدين حتى تدفعه للوفاء بدينه لإنها إجراء وقتي لا يبقى إلا ببقاء الظروف التي دعت إليه ، فإذا تغيرت الظروف تصبح الحراسة لا ضرورة لها و الواجب رفعها ، كما أن الحكم بالحراسة القضائية لا يؤثر في موضوع الحق[٣] .

ثانياً- الحراسة القضائية هي إجراء مؤقت لا يمس أصل الحق :-

وهي إجراء تحفظي مؤقت لحماية الأموال أو الحق الذي هو موضوع تحت يد الحراسة ، فان لحماية حقوق أصحاب المصلحة أي الشأن و مصالحهم يعين الحارس على المنقول أو العقار أو مجموع المال

---

(1)Josaphe –Issa –Sayegh –J.cl.1997.fasc 10).= Sequestre et Droit In – tellectuels) .n.188.et.s .

(2) Marie Bordonneau.((Le se'questre de valeurs mobili'eres)) Dorit et Partique .civil. janv 2001 . p . 40 . et s .

(٣) محمد علي عرفه ، التقنين المدني الجديد ، شرح مقارن على النصوص ، ج١، ط٢ ، مكتبة النهضة المصرية ، مصر ، القاهرة ، ١٩٥٥ ، ص ٥٠٣ ، د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الأموال (دراسة مقارنة) ، ط١ ، مكتبة القانون والاقتصاد ، السعودية ، ٢٠١٣ ، ص ٢٦ -٢٧ .

لحفظه وإدارته ليرده مع الغلة المقبوضة لمن ثبت الحق فيه[١] ، إذْ إنّ الحراسة هي الوسيلة الضرورية لحفظ الشيء بناءً على طلب من أحد الخصوم صاحب المصلحة أي أن الحراسة ضرورية للمحافظة على المال الموضوع تحت الحراسة ، فهي تدبير إحتياطي تحفظي وتدبير مؤقت كونها من الإجراءات الإحتياطية التحفظية المؤقتة فهي من التدابير لا تمس أساس الحق ، فحكم القاضي عند تعيين الحارس القضائي لا يؤثر ضمن موضوع الدعوى الأصلية ، أنما يعبر عن رأي المحكمة خصوصاً عند الفصل بموضوع الدعوى المتنازع عليها عند وضع المال المتنازع عليه بين شخصين تحت الحراسة القضائية ومن ثم تعيين حارساً ، فأن هذا ليس اعترافاً بحقه لملكية المال المتنازع عليه ، و من غير الممكن منح الحارس صلاحية تسليم غلة المال إلى أحد متخاصمي النزاع ، بل هو حفظ غلة المال في أحد المصارف و بالإتفاق مع القاضي عند نهاية الحكم بالنزاع أساساً كأجراء إحتياطي ، وهناك من بين أن وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت و يهدد بخطر عاجل في يد أمين يتكفل بحفظه و إداراته ورده مع تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه و يوضع المال تحت الحراسة كأجراء إحتياطي لحفظ المال[٢] ، وأما بعض الفقه الفرنسي إذْ يرى أن الحراسة هي إجراء تحفظي ينظم من قبل القاضي و هي عقد مشكل قضائياً ، أي وفق القضاء و الأطراف فيه هم الحارس والخصم الشخص الذي طلب هذا الإجراء و ضرورة تدخل القاضي لتنفيذ بنود العقد[٣] ، ومن ثم فأن استخدام الحراسة القضائية كإجراء تحفظي ما هو إلاّ لحماية الحق أو لحفظ الشيء من الخطر الذي يتهدده بالتلف أو الضياع ومن ثم فهي تدخل في مجال الإجراءات التحفظية[٤] .

حيث يرى المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية أن الحراسة القضائية هي أجراء مؤقت وذلك ضمن المادة (٢/١٤٨) والتي تنص (تنتهي الحراسة بقرار من القضاء) ، وهو ما اوضح أن

---

[٤] عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، ص ٥٤ .

[٢] د .علي عبد العال العيساوي ، الوسيط في الحراسة القضائية (في ضوء أحكام القانون المدني و أحكام القضاء مع ملحق بصيغ دعاوي الحراسة) ، دار الفكر والقانون ، مصر ، المنصورة ، ٢٠٠٠ ، ص ٣ .

[3] j.Issa. – Sayegh. j. cl.civ.1987. n. 161. P. 21. ((de l' utilisation = du se'questre comme un mesure de contrainte destinee a forer l' debiteur d' un abligation de faisasa executer .

[4] Philippe Belloir".Le 'sequestre"pet.aff.op.cit.n.3.p .4 K Alice Engal Creach – ((les contrats jurdiciarement form'es)). Ed economieA 2002 .n.124.p.83.

الحراسة القضائية إجراء له بداية وله نهاية ، ولذا هو إجراء مؤقت لا يدوم ، و إنما يبدأ و ينـتهي بقرار قضـائي من محكمة الخدمات المالية[1] ، وكما ان المادة (١٠٢) من قانون المصارف العـراقي نصـت على أن (١- عند انتهاء مـهام الحارس القضائي يعفى الحارس القـضائي من مهامه بقرار من المحكمة ، ولكن بعد ان يكـون الحارس القضائي قد اعد وقدم إلى المحـكمة تقريرا عن الحراسة القضائية ، ويحدد قرار الذي يقضي المحكمة اعـفاء الحارس القضائي من مهامه ، المكان الذي يجب إن تـودع فيه دفاتر المصرف وسجلاته ودفاتر الحراسة القضائية وسجلاتها ٢- تـنهى دعوى الإفـلاس المقامة ضد مصـرف بقرار من المحكمة عنـدما تكون جميع موجودات المصرف قد تمت تصفيتها وتكـون الفوائد قد دفـعت لدائـني المصرف أو أودعـت لدى البنـك المركزي العـراقي لتظل مـتاحة لدفـعها لدائـني المصرف وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٩٨)) ، أي أن الحراسة القضائية على المصارف تم فرضها بشكل مؤقت .

وقد عد المشرع الفرنسي الحراسة القضائية بإنها أجراء وقتي لرئيس المحكمة كسلطة مؤقتة للنظر في أمر دعوى طلب العريضة مع مراعاة إصدار الأمر في اليوم التالي لتقديمه وفقاً لأحكام المادة (١٩٥) من قانون المرافعات الفرنسي النافذ رقم (١٢٣) لسنة ١٩٧٥المعدل[2] ، و كما أجاز المشرع

(١) تتألف المحكمة من هيئة قضائية واحدة تضم خمسة قضاة برئاسة رئيس رئيس المحكمة يعيين وزير العدل ثلاثة من القضاة والذين يعملون بمجال القانون ممن لديهم خبرة عملية في مجال القضاء أو المحاماة أو تدريس القانون بالجامعات العراقية ويعين وزير المالية أثنين من القضاة من ذوي الخبرة بالمحاسبة كأن يكون محاسب قانوني أو مدير مؤسسة مالية حاصل على شهادة أولية بالقانون وله خبرة بالعمل التجاري وشهادة قانون ، ونص في قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ على إنشاء محكمة الخدمات المالية تتخصص بمنازعات النشاط التجاري - منازعات المصرفية .

(٢) نص المادة (١٩٥) من قانون المرافعات الفرنسي لسنة ٢٠١١ :

Titre VII : L'administration judiciaire de la prevue,Sous-titre Ier : Les pièces.Chapitre III : La comparution personnelle des parties, Art. 195 Les parties interrogées signent le procès-verbal, après lecture, ou le certifient conforme à leurs déclarations auquel cas mention en est faite au procès-verbal. Le cas échéant, il y est indiqué que les parties refusent de le signer ou de le certifier conforme. Le procès-verbal est en outre daté et signé par le juge et, s'il y a lieu, parle secrétaire.

الفرنسي في المادة (٩٤٩) من قانون المرافعات الفرنسي[١] لقاضي الأمور الوقتية إصدار قراره على العريضة بإتخاذ ما يراه لازماً من الإجراءات الوقتية سواء بإيداع المال عند أحد البنوك أو وضعه لدى حارس ليكون أميناً عليه .

وقد خصص القانون الفرنسي (La loi Badinter) رقم (٦٧٧) الصادر عام ١٩٨٥ ثلاثة أهداف أخرى (للسماح باستمرار النشاط الاقتصادي ، الحفاظ على التوظيف وتسوية الالتزامات و يمكن أن يتزامن السعي وراء هذه الأهداف أحيانًا مع تعظيم القيمة الإجمالية ، ومع ذلك يبدو أنه يخلق عن طريق البناء تحيز منهجي لصالح السعي المتمثل بالنشاط والمخاطرة على حساب الإدراك السريع لقيمة التصفية للشركة عندما يكون هذا هو الأمثل)[٢] ، أي أن القانون يحدد أما الاستمرار بالنشاط المصرفي أو التصفية أي انهاء الحراسة القضائية والتصفية للمصرف إجراء وقتي غير مستمر.

والمشرع الأمريكي ضمن النظام الأمريكي اعتمد قواعد رسمية وقتية لمنع أستمرارالخلل في عمل البنوك المتعسرة وفقاً لقانون البنوك الامريكي العام رقم قانون البنوك الامريكي (U.S. Code Title 12-BANKS AND BANKING لسنة ١٩٣٣ ووفق تشريع قانون (FDICIA) و بموجب **المادة** (Sec.1821(n)(5)(B حيث لجنة توزيع الاموال الفيدرالية تدرس السيولة لتحديد البنك الفاشل ، و في عام ١٩٩١، أنشأ الكونكرس نظاماً من قواعد الإجراءات التصحيحية السريعة من منظمي البنوك أن يضعوا المؤسسات التي تعاني من نقص كبير في رأس المال في الوصاية أو الحراسة القضائية في غضون تسعين يوماً ، مالم تقرر مؤسسة (FDIC) تأمين الودائع إتباع إجراء أخر من شأنه أن يخدم أغراض القانون بشكل أفضل من الوصاية والحراسة القضائية[٣] ، ويرى من

---

[١] نص المادة (٩٤٩) من قانون المرافعات الفرنسي لسنة ٢٠١١ :

Titre VI : Dispositions particulières à la cour d'appel, Chapitre Ier : La procédure en matière contentieuse, Section II : La procédure sans représentation obligatoire, Art. 949 Les avis et convocations prescrits par les articles 936, 937, 947 et 948 sont acheminés selon les forms prévues par ces dispositions aux organismes qui doivent être tenus informés de la procédure en vertu de la loi.

[2] Article premier de la loi de 1985, dite loi Badinter.

[٣] د.محمد جاسم محمد ، علاء حسين هزاع ، دعوى الافلاس المصرفي امام محكمة الخدمات المالية (دراسة تحليلية مقارنة) ، بحث منشور في مجلة أداب ذي قار العلمية تصدر عن كلية الآداب في جامعة ذي قار، العدد ٢٣ ،٢٠٢٠ ، ص١٨ .

الفقه أن الحراسة هي إجراء تحفظي مؤقت ، من خلال وضع المال الذي يقوم عليه نزاع تحت الحراسة من دون المساس بأصل الحق ، إذا كانت هناك ضرورة قصوى و يستمد وجوده منها ، وهذا لا يعد من ضمن إجراءات التنفيذ ولا يكون مقام التنبيه أو الحجز لإيقاف التقادم و تعمم هذه الخاصية على الحراسة القضائية بكونها إجراء مؤقت لا يمس أصل الحق[١] ، وكما أكد جانب أخرمن الفقه الفرنسي على أن الحراسة القضائية تعتبر إجراءً مؤقتًا ، إذا فهي ليست طريقاً للتنفيذ ،فلا يمكن استخدامها إلا لحماية الحق أو لحفظ الشيء من الخطر الذي يتهدده بالتلف أو الضياع ومن ثم فهي تدخل في مجال الإجراءات التحفظية[٢] .

المطلب الثاني

شروط الحراسة القضائية على المصارف

لفرض الحراسة القضائية هناك شروط يجب توافرها في طلبات القضاء المستعجل حيث إنّ الحراسة القضائية ذات علاقة وثيقة بالقضاء المستعجل ولقيامها هناك شروط وهي أن يكون (هناك خطر عاجل بسبب وجود النزاع و أن تكون هناك مصلحة من الحراسة القضائية على المصارف وأن يكون المدين مصرفاً) ، فعند تحقق هذه الشروط فأن القاضي يضع المال تحت الحراسة ، حيث إنّ القانون العراقي نص على شروط الحراسة كما نصت عليها الدول محل المقارنة ، وسنبحث في تفاصيل شروط الحراسة القضائية على المصارف ضمن ثلاثة فروع حيث سنتطرق في الفرع الأول إلى أن يكون هناك خطر عاجل بسبب نزاع ، والفرع الثاني أن يكون هناك مصلحة من الحراسة و الفرع الثالث أن يكون المدين مصرفاً وعلى الوجه الآتي:-

---

[١] د.محمد أحمد عابدين ، أصول التقاضي في بعض الدعاوي ، مجلد١ ، ط١ ،منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ٢٠٠٥ ، ص ٣٠٨ .

[2] Philippe Delebecque et Francois Collart ." contrats civils et comm ".op. cit .n. 815,Claude Brenner . the'.op cit .n.242.p.172,Aubijoux Imard .((Droit des contrats)). Pet . aff -2001 .6.julot 2001.n.2.p.15 .

الفرع الأول

أن يكون المدين مصرفاً

عرف المشرع العراقي المصرف في المادة الأولى من قانون المصارف العراقي الصادر بالأمر رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ الباب الأول ضمن المادة (١) على أنه (الشخص الحائز على ترخيص أو تصريح بموجب قانون المصارف يخول له الإشتراك في أعمال مصرفية أو غيرها من الأنشطة المصرفية الأخرى) ، كما وعرف أنه (شخص يحمل ترخيصاً أو تصريحاً بمقتضى هذا القانون لمباشرة الأعمال المصرفية ، بما في ذلك شركة حكومية أو منشأة على وفق قانون الشركات العامة المرقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ المعدل) ، كما عرفته المادة الأولى من قانون البنك المركزي العراقي الصادر بالأمر رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ بأنه (الشخص الحائز على ترخيص أو تصريح بموجب قانون المصارف يخول له الاشتراك في أعمال مصرفية أو غيرها من الأنشطة المصرفية الأخرى) ، و كما عرفه القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي الصادر بموجب الأمر رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ في المادة الأولى منه بأنه (كيان مخول من قبل البنك المركز ي العراقي ليقوم بالعمليات المصرفية في العراق) ، بينما قانون البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي الجديد رقم (١٩٤) لسنة ٢٠٢٠ الباب الأول في المادة رقم (٦/١) عرف البنوك (الشركات وفروع البنوك الاجنبية المرخص لها بمزاولة اعمال البنوك وفقا لأحكام هذا القانون والمسجلة لدى البنك المركزي) ، وعرف المشرع المصري في قانون رقم (٥٧) لسنة ١٩٥١ في المادة (١٩) من القانون بأنه (كل شخص طبيعي أو اعتباري يكون عمله الرئيسي قبول الودائع من الجمهور تدفع تحت الطلب أو بعد اجل) ، وعرف المشرع الفرنسي في قانون البنوك الفرنسي الذي ينظم البنوك الصادر في سنة ١٩٤٠، وتعرض لتعديلات بالقانون الجامع سنة ١٩٨٤ عرف البنك في المادة الأولى بأنه (شخص معنوي الذي يمارس عمليات البنوك على وجه الاحتراف) ، ويعتبر الشراح جوهر البنك انه يتلقى الودائع النقدية من الجمهور، وأن هذا العمل يفرق بينه وبين المؤسسات المالية التي تعمل بأموالها الخاصة التي لا تجمعها عن طريق ودائع الجمهور وهذا الفرق يبرر نظر هؤلاء الشراح إخضاع البنوك لرقابة حكومية صارمة .

ومفهوم المصرف القانوني في الولايات المتحدة الأمريكية في قانون البنوك العام وفق المادة (26 US Code § 581) عرف بأنه (لأغراض المادتين ٥٨٢ و ٥٨٤ ، يعني مصطلح "بنك" بنكًا أو شركة أستنمائية تأسست وتعمل بموجب قوانين الولايات المتحدة (بما في ذلك القوانين المتعلقة بمقاطعة كولومبيا) أو أي ولاية ، وهي جزء كبير من الأعمال التي تتكون من تلقي الودائع وتقديم القروض والخصومات ، أو ممارسة سلطات ائتمانية مماثلة لتلك المسموح بها للبنوك الوطنية تحت سلطة مراقب العملة ، والتي تخضع بموجب القانون للإشراف والفحص من قبل الولاية أو السلطة الفيدرالية التي لديها الإشراف على المؤسسات المصرفية. هذا المصطلح يعني أيضًا جمعية بناء وقرض محلية.)

ونلاحظ أن مفهوم النشاط المصرف يختلف باختلاف القوانين والأنظمة التي تحكم أعمالها والتي تتباين من بلد إلى آخر . كما تختلف باختلاف طبيعة نشاط هذه بالمصارف وشكلها القانوني، ولذا فان من الصعوبة إيجاد تعريف شامل لها على اختلاف أنواعها وأشكالها والقوانين التي تحكم أعمالها ففي الولايات المتحدة الأمريكية يعرف القانون المصرف بأنه (منشأة حصلت على تصريح للقيام بأعمال المصارف يسمى (Bank charter)[١] ، و عرف الفقه المصارف التجارية بأنها (منشأت تقبل النقود كودائع وتحترم طلبات مودعيها في سحبها وتمنح القروض وتستثمر الودائع الزائدة)[٢] ، و كما عرف جانب من الفقه المصارف التجارية بأنها (مؤسسات تقبل باستلام النقود على شكل ودائع من الأفراد الذين لديهم فائض وتقوم بإقراضها على شكل قروض وسلف للأفراد و المحتاجين)[٣] ، كما يعرف المصرف التجاري على أنه (مؤسسة مالية تقبل الودائع من الأفراد والهيئات والشركات تحت الطلب أو الأجل ، وتستخدم هذه الودائع في منح القروض والسلف وتعمل على منح التسهيلات الائتمانية للمستثمرين)[٤] .

وفي ضوء هذه التعريفات المتعددة للمصارف يتضح بأن المصارف (هي مؤسسات تتعامل مع النقود والائتمان والمصارف لا تقوم بالمتاجرة في النقود فقط ولكن أيضا هي تولد النقود ، أي انه يتضمن كل الوظائف أو الأنشطة التي يقوم بها المصرف) ، وتكون المصارف التجارية مهمتها الأساسية التوسط المالي بين المودعين والمقترضين وتختص عادة في منح القروض القصيرة ،

---

[١] خيرت ضيف ، محاسبة المنشآت المالية ، مطبعة الإسكندرية للطباعة والنشر ، القاهرة ، ١٩٧٠ ، ص ١٢ .

[٢] د.سليمان أحمد اللوزي ، إدارة البنوك ، ط ١ ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ ، ص ١٧ .

[3] Rose , Peter– Commercial Bank Management –McGraw –Hill – Irwin-2002 , p12 .

[٤] محمد حسن صوان ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، دار وائل ، عمان ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٢ .

فالمصرف التجاري هو مشروع رأسمالي يهدف إلى تحقيق الربح وهو في سبيل ذلك يقدم الخدمات المصرفية المختلفة ، في إطار هدفه هذا يقوم بقبول الودائع (الزمنية والجارية) من الأفراد والمشروعات والإدارات العامة وإعادة استخدامها لحسابه الخاص في منح الائتمان والخصم وبقية العمليات المالية للوحدات الاقتصادية[١].

لذا فإنّ النشاط المصرفي :- يعرف بأنه (جميع الخدمات المصرفية ولاسيما قبول الودائع واستعمالها مع الموارد الأخرى للبنك في الاستثمار كليا أو جزئيا بالإقراض أو بأية طريقة أخرى يسمح بها القانون)[٢]، كما عرف قانون المصارف العراقي الأعمال المصرفية بأنها (أعمال استلام الودائع النقدية أو أموال أخرى مستحقة السداد من الجمهور لأغراض إيداع إئتمانات أو إستثمارات في الحساب الخاص بها)[٣] ، وعرفت المادة الأولى من البنك المركزي العراقي الأعمال المصرفية بأنها (الأعمال التي تشمل استلام ودائع مالية أو غيرها من الأموال القابلة للتحصيل من الجمهور بهدف فتح اعتمادات أو القيام باستثمارات لحسابهم)[٤] .

كما تقدم المصارف التجارية خدمات الثقة والتي تستخدم للوصول إلى عدد من الأهداف ، على الرغم من المنافسة في صناعة المؤسسات المالية فأن أغلب الأفراد لازالوا يرغبون في التعامل مع المصارف التجارية لكن أي خلل بالعمل المصرفي ممكن أن يعرض المصرف ومجلس أدارته إلى المسالة القانونية من قبل الجهات الرقابية البنك المركزي ومحكمة الخدمات المالية .

يتضح مما سبق إن تعريف المصارف التجارية يختلف باختلاف المنهج الذي يستخدمه الباحثون وباختلاف النظرة إلى الوظائف التي تؤديها تلك المصارف ، لذلك تنوعت التعريفات بشكل يصعب حصر تعريف شامل للمصرف التجاري ، إن تطور المؤسسات المالية في المجتمعات وظهور الجديد

---

[١] حسين جميل البديري ، البنوك – مدخل محاسبي وإداري ، ط ١ ، دار الوراق للطباعة والنشر، عمان ، ٢٠٠٣ ، ص ١٦ .

[٢] د.خالد أمين عبدالله ، العمليات المصرفية والطرق المحاسبية الحديثة ، ط ٢ ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ ، ص ١٥ .

[٣] ينظر الباب الأول – أحكام عامة ، المادة (١) تعريف والمصطلحات من قانون المصارف النافذ رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤

[٤] ينظرالقسم الأول - تعريف المصطلحات والاستقلال والأهداف والمهام ، المادة رقم (١) تعريف المصطلحات من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ .

منها أدى إلى وضوح مفهوم المصرف وأصبح من السهل التعرف على السمات الرئيسة لعملها ، ومن ثم يمكن تعريف المصارف التجارية بناءاً على تلك السمات بأنها (تلك المؤسسات التي تبيع خدمات مصرفية متنوعة للجمهور دون تمييز ، فهي تقدم للمدخرين فرصا متنوعة لاستثمار مدخراتهم من خلال الودائع التقليدية أو شهادات الإيداع قصيرة الأجل ، كذلك تتيح فرصاً عديدة للمقترضين من خلال تقديم قروض قصيرة ومتوسطة وطويلة الأجل ، أو أي أعمال أخرى يقررها البنك المركزي الذي يرخص للمصارف ممارسة الأعمال المصرفية المختلفة وهي تتعرض إلى مخاطر منها سوء الادارة والإفلاس مما يتطلب أما فرض نظام الوصاية لأعادة تأهيلها أو فرض نظام الحراسة القضائية لتصفيتها قسرياً لحماية حقوق الدائنين كشرط أساسي من شروط الحراسة القضائية على المصارف) .

الفرع الثاني

أن يكون هناك خطر عاجل بسبب نزاع

يبدأ الخطر العاجل بسبب نزاع في الحراسة القضائية على المصارف المفلسة مع الدائنين و حسب المشرع العراقي في قانون المصارف النافذ و حسب المادة (٧٨) من قرارا إعلان الإفلاس و بناء على قرار المحكمة الموافقة على التماس اقامة دعوى افلاس ضد مصرف يعلن افلاس المصرف وتبدا اقامة دعوى ضد المصرف ويعين حارس قضائي من قبل المحكمة وبمقتضى المادة (٨٠) ، نستنتج من ذلك أن المشرع العراقي في قانون المصارف بين أن الخطر العاجل هو إعلان إفلاس المصرف ، و كما أوضح أن أطراف النزاع هم البنك المركزي العراقي و الدائنون و المصرف المفلس ، لكن لم يحدد المشرع العراقي في قانون المصارف العراقي النافذ معنى النزاع بصورة مباشرة ؟ و من هم أطراف النزاع ؟ و ما هو الخطر العاجل المرتبط بالنزاع؟ بل ترك ذلك للفقه ، لذا سنبحث في القوانين العراقية النافذة الأخرى التي تختص بالنزاع وأطرافه و نبين دور محكمة الموضوع المتعلق بالنزاع ، حيث ذكر قانون المرافعات العراقي النافذ شرط فرض الحراسة القضائية أن يكون هناك (خطرعاجل) في نص المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، أو ما عبر عنه المشرع ذاته في المادة (١/١٤١) من قانون المرافعات المدنية بأنه (تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق) وهذا يستلزم وجود خطر داهم أو وقوع ضرر للخصم لا يمكن تلافيه ، وقد نص على ذلك المشرع بشكل أدق في المادة (١/١٤٧) نصت على (يجُوز لكل صاحب مصلحة في منقول او عقار اذا تجمع لديه من الاسباب

المعقولة ما خُشي معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يدٌ حائزه ان يطُّلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وادارته ورده مع غلته المقبوضة الى من ثُبت له الحق فيهُ) ، وأوضحت المادتين (١٤٧) و (١٤٨) من قانون المرافعات المدنيـة العراقي النافذ أن الحراسة هي إجراء تحفظي يأمـر بها قاضي الأمور المستعجلة بوضع المال المتنازع عليه تحت يد شخص يحافظ عليه ويديره بناءً على طلب صاحب المصلحة إذا توفر لديه سبب مهم من الأسباب التي يراها القاضي معقولة والتي يخشى معها خطر عاجلاً من بقاء ذلك المال تحت يد حائزه وحتى ينتهي النزاع بحكم من القضاء ، أن الحراسة القضائية بطبيعتها إجراء عاجل ويعد شرط الخطر العاجل من الشروط الجوهرية التي يلزم توافرها في دعوى الحراسة ، ومن غير الممكن أن تكون هناك حراسة ما لم يكن الخطر العاجل موجود فيها ، وذلك لأن الحراسة إجراء طارئ وأستثنائي ولا يمكن قيامه إلا لضرورة مهمة ، و نص القانون العراقي على ضرورة توافر الخطر العاجل في دعوى الحراسة وذلك في نص المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي ، و نجد أنها لم تحدد ماهية الخطر العاجل لاختصاص القضاء المستعجل ولم تحدد له معيار، وأنما ترك للقاضي تقدير الخطر العاجل حسب سلطته التقديرية في ذلك ، وبعد البحث توصلنا إلى أن الخطر العاجل هو (الضرر الواقع أو المحتمل الوقوع والذي يهدد مصلحة دائن من ترك المال تحت يد حائزه) .

ومن الجدير بالذكر أن المادة (١٩٦١) مدني فرنسي والمادة (٧٢٩) مدني مصري و التي أشرنا إليها سابقاً ، لم تذكر صراحة هذا الشرط (الخطر العاجل) لكن أشارت إلى ذلك المادة (١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ ، ويعد شـرط الخـطر العاجـل الذي يجب أن يتوافر في دعـوى الحـراسة من النظام العام ويجوز إثارته في أي مرحلة كانت عليها الدعـوى ، كما يجوز أن يثيرها القاضي من تلقاء نفسه من دون طلـبها من الخصوم وهذا ما أكدته محكمة التمييز العراقية أنه (على المحكمة تعيين حارس قضائي إذا قـامت أسـباب معقولة على وجود مصلحة محتملة تقضي بتعيينه ومنعا لخطر عاجل)[١] ، وعليه في حالة عـدم تـوفر حـالة الاستعجال فلا تتقرر الحراسة وهو ما أخـذت به محكمة التمـييز العراقية بقرارها الذي بيّن أنه إذا لم توجد مصلحة من خطر عاجل فلا تتقرر الحراسة [٢] ، غير أن محكمة استئناف بغداد بصفتها التمييزية ترى في قرار تمييزي لها أنه (....و

[١] القرار ٦٠٥ / مدنية ثانية - مستعجل / ٧٢ في ٢ / ٢ / ١٩٧٢ ، المشار إليه لدى : إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة العمال المركزية، بغداد ، ١٩٨٨، ص ٢١٥ .

[٢] قرار محكمة التمييز ١٥٩ / حقوقية ثانية / ١٩٧٠ / في ٢٦ / ١١ / ١٩٧٠ ، أشار إليه : عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص ٢١٦ .

لدى عطف النظر على القرار وجد مخالفا للقانون ..لأن محكمة بداءة الكاظمية وضعت الحجز الاحتياطي على موجودات المحل موضوع الحراسة القضائية وايداعها لدى شخص ثالث ...ومعنى ذلك أن الأموال.. أصبحت في مأمن من الخطر ولا يوجب وضعها تحت الحراسة القضائية . لذا قرر نقض القرار)[١].

وفي هذا السياق قضت محكمة النقض المصرية بما يلي (من المقرر في قضاء هذه المحكمة أن تقدير الضرورة الداعية للحراسة أو الخطر الموجب لها من المسائل الواقعية التي تستقل بتقديرها محكمة الموضوع ولها أن تقيم قضاءها بهذا الأجراء التحفظي المؤقت على أسباب تؤدي إلى ما انتهت إليه)[٢].

ويعرف بعض الفقه الخطر العاجل بأنه (الخطر المحدق وهو من المسائل التقديرية التي تترك للقاضي الذي ينظر في النزاع ، فإذا رأى القاضي بأنه غير متحقق حكم برفض الحراسة القضائية حتى لو كان الخصوم جميعاً متفقين على وجود هذا الخطر)[٣] ، أو أنه (الخطر المحدق بالحق ويتحقق شرط الاستعجال عندما يتبين لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء الوقتي المطلوب إتخاذه جاء للحفاظ على الحق الذي يخشى عليه من أمر معين ولا يمكن الانتظار حتى عرض النزاع الأصلي)[٤] ، وعُرف بأنه (خطر فوري يهدد مصلحة ذي الشأن ولا يدفعه إلا بوضع المال تحت الحراسة)[٥] ، وأخيراً يمكن القول إنّ شرط وجود الخطر العاجل هو من الشروط الموضوعية الخاصة

---

[١] قرار محكمة استئناف بغداد بعدد ٦٦٨ / مستعجل / ٩٢ في ٢٧ / ١٢ / ١٩٩٢ ، القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩وتطبيقاته العملية ، ج١، ط١، دار الرافدين للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠١٩، ص ١٢٩ .

[٢] نقض مصري ١٤٢٥ تاريخ (١٧/ ١/ ١٩٧٠) منشور في القضاء المستعجل ،مشار إليه لدى د. مصطفى هرجة ، الموسوعة القضائية الجديدة في القضاء المستعجل ، المجلد الأول ، ط١ ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الحديثة ، الإسكندرية، ٢٠١٢ ، ص ٥٢٦ .

[٣] محمد عبد اللطيف ، مصدر سابق ، ص ١٨٣ .

[٤] د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، الجزء السابع ط٢، دار أحياء التراث العربي ، لبنان، بيروت ، ٢٠٠٤ ، ص ٧٨١ .

[٥] د . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٢٤ .

بدعوى الحراسة ، وأنه شرط يجب أن يتوافر في كافة مراحل الدعوى ، وهو من النظام العام الذي يمكن للقاضي أن يتصدى له من تلقاء نفسه وفي أية مرحلة تكون عليها الدعوى[١] .

الملاحظة بهذا الصدد إلى أن العجلة لا تعني سرعة المدعي في الحصول على حكم بدعواه حيث لا يبرر ذلك اللجوء إلى قاضي محكمة الخدمات المالية بل لا بد من قيام ضرورة ملحة و مصلحة تستدعي بطبيعتها السرعة في إتخاذ التدبير المطلوب للمحافظة على الحق المهدد بنزاع جدي أو دفعها لوقوع ضرر محدق ، و حيث يتحقق شرط الخطر العاجل عندما يتبين لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء الوقتي المطلوب إتخاذه جاء للحفاظ على الحق الذي يخشى عليه من أمر معين ولا يمكن الانتظار حتى عرض النزاع الأصلي ، على أنه ينبغي أن يترافق الخطر مع الدعوى في مراحلها من وقت رفعها وحتى صدور الحكم بها وفي حالة إنتهاء الخطر في أحد مراحل الدعوى وجب على القاضي أن يقرر عدم اختصاصه نوعياً.

بينما حدد القضاء المصري ماهية النزاع المطلوب لغرض فرض الحراسة جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية متضمن (...على أن يشترط في النزاع أن يكون جدياً وعلى أساس من الصحة يؤكده ظاهر المستندات وظروف الحال فلا يكفي لفرض الحراسة مجرد القول من جانب المدعي بوجود نزاع بينه و بين المدعى عليه ، بل يجب أن تكون المنازعة على أساس جدي يتعين على القضاء المستعجل أن يحكم بعدم اختصاصه)[٢] ، وذهب البعض إلى أنّ شرط وجود النزاع لتعيين الحارس القضائي يمكن أن يتحقق ولو لم تقم به دعوى لدى محكمة الموضوع[٣].

أما القانون الفرنسي فالنص التشريعي المنشئ للقضاء المستعجل في المادة (٨٠٦) من قانون المرافعات الفرنسي أوضحت[٤] (في جميع حالات الاستعجال عندما يتعلق الأمر بالحكم المؤقت وبشأن

---

[١] د .عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الألتزام بوجه عام (مصادر الألتزام) ، المجلد الثاني ، ج١ ، ط٣، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٥٢ ، ص ٧٩٤ .

[٢] د.معوض عبد التواب،الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة ،منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر ، ١٩٨٧، ص٦٤٢

[٣] ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣. ، ص ١٦٤ .

[٤] ينظر: قانون المرافعات الفرنسي مادة (٨٠٦) :

Article (806) : ans tous les cas d'urgence où lorsqu'il s'agira de statuer provisoirement sur les difficutltés relatives à l'exécution d'un titre exécutoire ou d'un jugement, il sera procédé ainsi qu'il va être réglé ci - après).

الصعوبات المتعلقة بتنفيذ سند أو حكم واجب النفاذ ، سيتم المضي قدمًا كما سيتم تنظيمه أدناه.) ، أي أن في جميع الأحوال المستعجلة أو في حالة طلب الحكم بصفة مؤقتة في المنازعات المتعلقة بتنفيذ السندات الواجبة التنفيذ أو بتنفيذ حكم ، حيث إنّ حكمة المشرع بترك سلطة مطلقة للقاضي بتحديد أن كان النزاع جدياً أم غير جدي رغم بيان ماهية صورة النزاع الذي أجاز للقاضي فرض الحراسة حيث إنّ المشرع ذكر كلمة المنازعات و حدد ماهيتها وآلية تحقيقها[١] وهذا ما نؤيده مراعاة للإعتبارات الواردة فيه وذلك بترك سلطة مطلقة للقضاء لتحديد كون النزاع جدي أوغير جدي والتحقق من صور النزاع لغرض فرض الحراسة القضائية .بينما المادة (٣٤) من قانون المرافعات الفرنسي تبين (حكام المحكمة سيحكمون سواء في المسائل المدنية والتجارية بشأن التدابير العاجلة التي يتعين إتخاذها من دون المساس بالأسس الموضوعية و تنفيذ الأحكام دون المساس بمسائل التفسير)[٢]، وأوضحت المادة (٢٨) من قانون المرافعات الفرنسي (يحكم قاضي الأمور المستعجلة في المنازعات المستعجلة المتعلقة بتنفيذ الأحكام والسندات الواجبة التنفيذ ويحكم أيضًا في الأمور المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بدون مداولة)[٣] .

ومن خلال البحث وجدنا وردت كلمة نزاع في قانون المصارف العراقي في المادة (٥١) الفقرة (و) نصت على (انشاء مصرف لكل أو بعض المعلومات الخاصة بمعاملات العميل لاثبات مطالبته في نزاع قضائي بينه وبين عميله بشأن هذه المعاملات) ، و كما ورد ذكرها في المادة (٩١) الفقرة (٤) ونصت على (يحسم البنك المركزي العراقي اي نزاع بين الحارس القضائي ودائن مكفول بشأن قيمة احد الموجودات التي تكفل مطالبة الا اذا كانت تلك الموجودات قد بيعت في السوق أوفي مزاد علني

---

[١] د . باسل النوايسة ، المسؤولية المدنية للحارس القضائي (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي) ، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية، الناشر:جامعة مؤتة عمادة البحث العلمي ، مجلد ٥ ، العدد ١ ، ٢٠١٣،الأردن، ص ١٢٨ .

[٢] ينظر قانون المرافعات الفرنسي مادة (٣٤) :

Articale (34) : Le Tribunal des référes..... statuera... tant en matière civile que commerciale sur les mesures urgentes à prendre sans préjudice du fond et sur l’exécution des jugements sans préjudice des questions d’interprétation.

[٣] ينظر قانون المرافعات الفرنسي مادة (٢٨) :

Chapitre II : Les règles propres à la matière gracieuse,Titre II : L'action, Art. 28 Le juge peut se prononcer sans débat.

وفي هذه الحالة يصبح سعر البيع في السوق أو في المزاد العلني نهائيا بالنسبة لقيمة الموجود.) . وبهذا لا علاقة لهذه الكلمة في قانون المصارف بفرضة الحراسة القضائية على المصارف المفلسة ولا تعتبر من الشروط ورادة الذكر وبالتالي سنعتمد شروط فرض الحراسة القضائية المذكورة في النظام العام .

الفرع الثالث

أن تكون هناك مصلحة من الحراسة القضائية على المصارف

إنّ المصلحة لغة هي ما يتعاطاه الإنسان من الأعمال الباعثة على نفعه أو نفع قومه[١] ، أما إصطلاحاً فتعرّف بأنها (الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحكم له بطلباته الواردة في الدعوى)[٢] ، وتعرف بأنها (المنفعة المشروعة التي يراد تحقيقها بالالتجاء إلى القضاء)[٣] ، وهي (الفائدة العملية التي تعود على رافع الدعوى من الحُكم له)[٤] ، أما قانون المرافعات المدنية العراقي فلم يُورد تعريف للمصلحة وترك ذلك إلى الفقه والقضاء إلاّ أنه عندما جاء على ذكر المصلحة، ذكرها بأعتبارها شرطاً من شروط الدعوى ، (يشترط في الدعوى أن يكون للمدعى به مصلحة معلومة وحالة وممكنة ومحققة ومع ذلك فالمصلحة المحتملة تكفي إن كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن ...)[٥] ، فهذا الشرط هو ما تتطلبه دعوى الموضوع ، أما في المسائل المستعجلة فأن للقاضي أن يتلمس المصلحة من ظاهر المستندات و الأوراق المقدمة للمحكمة ومن دون المساس بأصل الحق ، فأن تأيّيد له وجود المصلحة وضع المال تحت الحراسة وبخلافه عليه رد الطلب ، كما في حالة شريكين وضعا المحل العائد لهما تحت يد عدل فلا يجوز لأحدهما طلب

---

[١] بولس موترد ، لويس معلوف ، كرم البستاني ، عادل أنبوبا ، انطوان نعمة ، بولس براورز ، سليم ركاش ، لويس عجيل ، ميشال مراد ،المنجد في اللغة والأعلام ، مجلد ٢ ، ط ٤ ، دار المشرق ، بيروت ، ٢٠١٥، ص٤٤٦ .

[٢] القاضي مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩وتطبيقاته العملية ، ج١، ط١، دار الرافدين للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠١٩، ص١٥ .

[٣] د.سعدون ناجي القشطيني ، شرح قانون المرافعات (دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي) ، ج١ ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص١١٠ .

[٤] د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص٤٧ .

[٥] المادة (٦) من قانون المرافعات المدنية العراقي النافذ .

وضع المال تحت الحراسة القضائية ما دام يد العدل قائم بواجباته ولكون الأخير يقوم بوظيفة تماثل الوظيفة التي يقوم بها الحارس القضائي ، لذا لا مبرر لتعيين حارس قضائي مع وجود يد العدل[١] .

هذا ومن المعلوم أن للمصلحة خصائص عدة ، فالخاصية الأولى هي أن تكون المصلحة قانونية ، ويُقصد بذلك حماية الحق مع البقاء على المركز القانوني للخصوم ، وبعبارة أدق أن يكون للمصلحة سند من القانون ، وإضافة للخاصية القانونية فهي يجب أن تكون مباشرة وتعبر عن شخص طالبها هذا يعني عدم جواز قبولها إذا رُفعت من شخص غير ذي صفة ، إضافة إلى الخاصية الثالثة التي توضح أن المصلحة ممكن أن تكون محتملة ، لأن واحدة من مهام القضاء المستعجل هي القيام بتهيئة الدليل لدعوى الموضوع و خشية ضياعه عند حدوث نزاع في المستقبل ، مما تقدم يتضح أن ليس للقاضي المختص قبول طلب وضع المال تحت الحراسة القضائية من دون تحقق شرط المصلحة ، وهنا يجدر التمييز بين المصلحة والحق ، رغم وجود من يبين أن وجود الحق في رفع الدعوى يعد مرادفاً للمصلحة القانونية ، إذْ إنّ المصلحة ليست مرادفاً للحق فأنهما مختلفان من دون شك لا بل أن ذلك الاختلاف قد يصل في بعض الأحيان إلى مستوى التناقض فقد تظهر المصلحة بإجلى صورها إلا أن الحق يحول دون تحقيقها ومثال ذلك أن لشخص ما مصلحة في فتح نافذة في غرفته طلباً للشمس ومرور الهواء وصولاً إلى جو صحياً أفضل في تلك الغرفة ، إلاّ أنّ تلك النافذة سوف تطل على مكان تجمع أفراد عائلة الجار، مما لا يجوز قانوناً فتحها رغم تحقق المصلحة لتعارضها مع الحق ، وهذا يؤكد كون المصلحة قانونية وليست شخصية مجردة[٢].

و كما أن جانب من الفقه بين أنه يشترط لقبول الدعوى المستعجلة أن تكون للمدعي مصلحة قانونية أي تستند إلى حق أو مركز قانوني بحيث أن الدعوى ترفع لحماية هذا الحق أو المركز القانوني وإلا ردت الدعوى لأن المصلحة بذاتها لا تحمى إلا إذا كانت في نطاق القانون[٣].

ويشترط أن تكون هذه المصلحة معلومة وحالة حتى تقبل الدعوى أي أن يكون حق المدعي قد أعُتدي عليه بالفعل وحدثت منازعة بشأنه وتحقق الضرر المبرر للإلتجاء إلى القضاء ، ويجب أن تكون

---

[١] المادة (١٣٢٣) من القانون المدني العراقي والتي نصت على إنه (يدل العدل كيد المرتهن ، فلو أتفق الراهن أو المرتهن على إيداع المرهون عند أمين ورضى الأمين وقبض المرهون تم الرهن ولزم ، ولو أتفق حين العقد على قبض المرتهن المرهون تم وضعه الرهن والمرتهن في يد عدل جاز ذلك) .

[٢] د.أحمد أبو ألوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار المعارف ، القاهرة ،١٩٥٢، ص١٠٢ .

[٣] د. عبد المنعم الشرقاوي ، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥١ ، ص٢٤ .

المصلحة ممكنة ومحققة أي غير مستحيلة ، ولقد أجاز القانون قبول الدعوى إذا كانت المصلحة فيها مصلحة محتملة إذا كان هناك ما يدعو إلى التخوف من إلحاق الضرر بذوي الشأن[١].

وقد اشترطت بعض القوانين الإجرائية ومنها قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٦٨ في نص المادة (٣) توافر شرط المصلحة لقبول الدعوى القضائية ، تنزيهاً للقضاء عن العبث ، وتوفيراً للجهد والوقت والمال ، وسداً لباب القضاء أمام الدعاوى الكيدية والدعاوى غير المنتجة ، إذ ليس من وظيفة القضاء الفصل في دعاوى نظرية بحثية ، وليس من حسن السياسة تشجيع الناس على رفع القضايا غير المنتجة بفتح طريق التقاضي أمامهم بالرغم من انعدام الفائدة في سلوكه ، وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (١٣) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري على اشتراط توافر المصلحة من أجل الالتجاء إلى القضاء ، دون تمييز في ذلك بين القضاء العادي والقضاء الاستعجالي ، حيث جاء في هذه المادة (لا يجوز لأي شخص التقاضي ، ما لم تكن له صفة ، وله مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون) ، ويتضح من ذلك ، أنه لا يمكن إلى شخص الألتجاء إلى القضاء من أجل استصدار حكم بفرض الحراسة القضائية على المال المتنازع عليه بينه وبين غيره ، ما لم تكن له مصلحة يقرها القانون، ولكن يكفي أن تكون هذه المصلحة محتملة طالما أن فرض الحراسة القضائية من الدعاوى الوقائية ، إلاّ إنها تستند إلى الخطر العاجل ، وهو خطر يمكن أن يقع في أي لحظة نتيجة الأسباب القائمة بالفعل ، فتكون للمدعي مصلحة في الاحتياط من أجل درء ما قد يقع على حقوقه من ضرر، والاطمئنان على حقوقه إذا ما دلت الملابسات على ما يخل بهذا الاطمئنان ، و لكن عدم جواز إثارة انعدام المصلحة من القاضي تلقائياً لا يعني قبول أي مصلحة ولو كانت مخالفة للنظام العام والآداب [٢] .

و هناك من الفقهاء من عرفها بأنها (المصلحة هي الحاجة إلى حماية القانون للحق المعتدى عليه أو المهدد بالأعتداء عليه ، والمنفعة التي يحصل عليها المدعي بتحقق هذه الحماية) ، ولذلك يبين بأن الدعوى دون مصلحة ، وأن المصلحة هي مناط الدعوى[٣] .

---

[١] د.معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة ، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ١٩٨٧، ص٧٠٧ .

[٢] د . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ١٧ .

[٣] أحمد عوض هندي، قانون المرافعات المدنية والتجارية (النظام القضائي والاختصاص والدعوى) ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٨ ، ص ١٤٥ .

المبحث الثاني

ذاتية الحراسة القضائية على المصارف

أن الحراسة القضائية على المصارف هي تدابير تحفظية مؤقتة لمحل النزاع وكما تم بحثها في المبحث الثاني ، حيث تستوجب غالباً تعيين حارسٍ عدلٍ بموجب حكم في غير موضوع الحق ، فهناك إتجاهان الاتجاه الأول : أن الحراسة القضائية هي نيابة قضائية و بناء على هذا الاتجاه فهي ليست مجرد عقد إيداع ، ولا يعد المال مجرد وديعة عند الحارس القضائي ، كما أنه ليس وكيلاً عن الأصلاء في تصريف أمور المال محل النزاع ، وإنما هي استجابة لأمر قضائي . فكأن الحارس منفذاً لقرار قضائي لا يشكل سلوكه نيابة عن الغير ، أما الأتجاه الآخر فإنه يعد الحراسة القضائية أما وكالة أو وديعة وإن اختلفت بعض الصور ، ذلك أن القاضي حال النزاع يملك وضع اليد على المال بما له من ولاية عامة يعد بموجبها نائباً عن أرباب الأموال ، وله في هذا الدور التعاقد مع الغير لإدارة المال ، فالحارس القضائي على المصارف يقوم بحفظ موجودات المصرف المنقولة وغير المنقولة لمصلحة الدائنين والمصرف وفق القوانين النافذة و هذه النيابة التي تعطى للحارس القضائي على المصارف تعطى بحكم محكمة الخدمات المالية ، وسنبحث في هذين الإتجاهين لنصل إلى الطبيعة القانونية للحراسة القضائية .

كما أن الحراسة القضائية قد تشتبه مع الحراسة القانونية و الإتفاقية وذلك لتشابه مهمة الحارس القضائي مع مهمة الحارس القانوني و الإتفاقي ، وتشابه التسمية بينهما ، و ذلك لتشابه الغاية والهدف منهما ، و أنها جميعاً إجراء تحفظي ووقتي ، لا يمس أصل الحق ، والهدف منه المحافظة على حقوق أطراف النزاع و حمايتها ، كما انها تشتبه مع الوكالة والوديعة .

وبناءً على ما تقدم فأننا في هذا المبحث سنوضح فيه من خلال مطلبين على النحو التالي ، المطلب الأول : الطبيعة القانونية للحراسة القضائية على المصارف ، المطلب الثاني : تمييز الحراسة القضائية على المصارف عما يشتبه بها .

المطلب الأول

الطبيعة القانونية للحراسة القضائية على المصارف

لم يتناول قانون المصارف العراقي النافذ وقوانين المصارف المقارنة الطبيعة القانونية للحراسة القضائية على المصارف في النصوص القانونية الخاصة بالحراسة القضائية ، لذا سنبحث الطبيعة

القانونية للحراسة القضائية على المصارف في نصوص القانون العام للقوانين النافذة ، حيث من الملاحظ ان المشرع العراقي لم يوضح مسألة كون الحراسة القضائية تعد إجراء قانوني لأصحاب المال الموضوع تحت الحراسة القضائية في الدعوى المرفوعة بشأن إدارته بعد وضعه تحت الحراسة القضائية[١] ، وكما أن الفقه العراقي لم يتناول الحراسة إلا بإعتبارها جهة مناطة بها حفظ وصيانة المال موضوع الحراسة و طيلة فترة الحراسة[٢] .

فالمشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية اشار فيه إلى الحراسة ولكنه لم يذكر فيها الطبيعة القانونية لها ، فالمشرع لم يذكرها في القانون ولكن يتم التوصل للطبيعة القانونية من الفقه من خلال الأطلاع على النصوص القانونية وتحليلها و سنقسم المطلب من خلال فروعٍ ثلاثة على النحو التالي،الفرع الأول : الحراسة القضائية هي وديعة والفرع الثاني : الحراسة القضائية هي وكالة والفرع الثالث أن الحراسة القضائية هي نيابة قانونية قضائية.

الفرع الأول

الحراسة القضائية على المصارف هي وديعة

تم ذكر كلمة (وديعة) في قانون المصارف العراقي النافذ لكن ليس ضمن باب الإفلاس وضمن الحراسة القضائية على المصارف ، بل ذكر كلمة (وديعة) إشارة منه إلى الأموال الموضوعة كودائع من قبل العملاء في المصرف كوديعة ، إذ ذكرت في قانون المصارف العراقي النافذ في الباب الأول أحكام عامة ضمن المادة (١) عرفت بأنها (مبلغاً نقدياً يدفع لشخص سواء أكان مثبتاً بقيد في سجل ام لا للشخص المستلم للمبلغ بشروط تقتضي سداد الوديعة أو تحويلها إلى حساب اخر بفائدة أو بعلاوة أو بدون فائدة أو علاوة ، أما عند الطلب أو في وقت أو ظروف يتفق عليها المودع وذلك الشخص أو يتفق عليها نيابة عنهما.) .

و من ثم سنتناول البحث في قانون المرافعات المدنية النافذ والأحكام المتعلقة بالمحافظة على المال الموضوع تحت الحراسة وسبل إدارته وبوجود نص صريح وسيطبق على المال الذي تم وضعه تحت

---

[١] ديمن يوسف غفور ، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكاليتها في القانون العراقي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير في القانون ، مقدمة إلى المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية ، جمهورية مصر العربية ، القاهرة ، ٢٠١٨ ، ص ٣١ .

[٢] ضياء شيت خطاب ، مصدر سابق ، ص ١٦٣ .

الحراسة أحكام الوكالة والوديعة الموضوعة تحت يد الحارس القضائي ومن أحكام الوديعة والمودع عنده المال عليه حفظه فقط ، بينما الحارس عليه يحفظ المال والإدارة له وتقديم الحسابات المتعلقة بها ضمن هذه الإدارة خلال فترة الحراسة ويتم تطبيق أحكام الوكالة على الإدارة[١] ، بينما المشرع المصري في القانون المدني المصري نص على أن (تطبق على الحراسة أحكام الوديعة والوكالة) ضمن المادة (٧٣٣) وأن بعض الفقهاء القانونين بينوا أن الحراسة هي صورة من صور الوديعة[٢].

وقد ميزبعض فقهاء القانون الفرنسي بين الحراسة والوديعة حيث إنّ الحراسة أكثر شمولية من الوديعة ، والحراسة تكون أما عقدية أو إجبارية (إي تفرض بقوة القانون والقضاء) ، حيث أن الوديعة تكون إتفاقية بينما الحراسة وسيلة لحفظ الحقوق والأشياء ، بينما الوديعة فتهدف إلى حفظ الشيء نفسه[٣] .

كما أن بعض فقهاء القانون أوضحوا إباحة تطبيق أحكام الوديعة بحيث لا يتعارض وطبيعة الحراسة ، و حيث بينوا أوجه الشبه إذ كان هناك توجه للفقه بأن الحراسة القضائية هي وديعة يعهد بها لشخص بمال لكي يقوم بحفظه و يرده عند إنتهاء العقد ولكنها وديعة حيث تتميز بالعديد من الخصائص وهي صورة خاصة لصور الوديعة ، تفرض بأمر القضاء أي أنها إيداع شيء متنازع عليه بأمر القضاء عند شخص معين حتى ينتهي النزاع ، جانب من الفقه بين أنها إيداع للشيء بوضعه تحت يد القضاء لدى شخص تم تعيينه بقرار من المحكمة حيث إنّ المصلحة أقتضت به ، ومن ثم فإنّ هذه الآراء تخرج الشيء غير المتنازع عليه وخارج يد القضاء من صفة الحراسة ، ويدل ذلك أنهم يعتبرون الحراسة نوع للوديعة ، ولكن حيث أن القضاء هو من يتولى سلطة تحديد الحارس القضائي و ماله من حقوق و ما عليه من التزامات[٤].

لهذا لم يعتبرالقضاء المصري الحراسة هي صورة من صور الوديعة برغم كل الأسباب السابقة ، فقد بيّنت محكمة النقض المصرية ضمن قرارها (إن الحراسة وان كانت تشبه الوديعة في بعض

---

[١] د.محمد عزمي البكري ، الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ ، ص ١٢ .

[٢] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الطبعة الثانية ،ج٧ ، مصدر سابق ، ص ٧٨٢ .

[٣] أشار له الفقيه : د رضا محمد عبدالسلام عيسى ، الحراسة القضائية على الأموال (دراسة مقارنة) ، ط١ ، مكتبة القانون والاقتصاد ، السعودية ، ٢٠١٣، ص (٦٧).

[٤] عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٥٢، ص ٤٦.

صورها في حالة وضع الحراسة على منقول فقط ، فإنّ هذا لا يجعلها وديعة في طبيعتها وفي كل أحكامها)[١]. وما يجب تأكيده في هذا المضمار، إن جانب من الفقه توجه إلى أن لا تغلب صفة الوكالة على الحراسة بل صفة المودع[٢] ، حيث يواجه هذا التكييف نقداً من جانب آخر يرى بعدم إعتبار الحراسة كصورة للوديعة وذلك نظراً بأختلاف صورة الحراسة عن صورة الوديعة لعدة جوانب ، أولها المحل في كل من الوديعة والحراسة ، حيث إن المحل الأصلي في عقد الوديعة هو الشيء المودع ، بينما تطبق على الحراسة في الأصل أحكام الوديعة والوكالة . فالمال الموضوع تحت الحراسة هو في يد الحارس وديعة عنده ، ومن ثم تطبق أحكام الوديعة ، لكن الحارس لا يقتصر دوره على حفظ المال ، كما يقتصر المودع عنده ، بل يجب عليه أيضًا أن يديره وأن يقدم حسابًا عن إدارته ، ومن ثم تطبق أحكام الوكالة . والذي يغلب على الحارس هو صفة المودع عنده لا صفة الوكيل ، فهو في الأصل مكلف بحفظ المال ، وعليه أن يديره في أثناء ذلك ، و كذلك الأجر و قد يشترط أجر للوديعة فيصبح الأجر محلا أخر، ولكنه محل عرضي قد يوجد وقد لا يوجد ، وإلتزام المودع لديه والحارس ، حيث إنّ مهمة المودع هي الحفظ والصيانة ومهمة الحارس تشمل أعمال الإدارة[٣].

و أما الأختلاف بين الحراسة عن الوديعة في عدة أوجه أهمها الآتي[٤] :

أولاً- إنّ الوديعة ترد على المنقول غير المتنازع عليه أي من حيث المحل أو على العقار، لكن أن الحراسة القضائية يمكن أن يكون محلها عقاراً أو منقولا وغالبا ما يكون متنازعا عليه).

ثانياً- إنّ الحراسة تكون بأجر ، إلاّ إذا كان هناك شرط يجيز أن تكون الحراسة بدون أجر، أما الوديعة فالأصل أنها تكون من غير أجر، إلا إذا اتفق على غير ذلك ، كأن تكون بأجر زهيد.

ثالثاً- إنّ الوديعة لا يكلف المودع لديه المال باستثمار المال واستغلاله وأنما فقط بحفظه من حيث استثمار واستغلال المال الموجود تحت يد الحارس ، أما في الحراسة القضائية فإن الفقه والقضاء استقر على وجوب تكليف الحارس بحفظ المال وإدارته وأستغلاله ورده مع منافعه إلى صاحب الحق فيه الذي تحكم المحكمة لصالحه .

---

[١] انظر : قرار نقض مدني جلسة ٢٢ / ٤ / ١٩٤٨ طعن رقم ١٤ ، لسنة ١٢ ، ق .المحاماة ، س ٣٩ رقم ٢٠٨ ، ص ٣٨٩.

[٢] عبد الحكيم عبد الحميد فراج بك ، مصدر سابق ، ص ٤٦ و ٤٧ .

[٣] د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ٢٣ .

[٤] د . رضا محمد عبدالسلام عيسى ، مصدر سابق ، ص ٦٨ .

رابعاً- يستطيع المودع أن ينهي مهمته برد الوديعة إلى صاحبها ما لم يكن هناك موعد معين لردها من حيث الإنتهاء ، أما الحارس فمهمته تنتهي بإنتهاء النزاع سواء بالإتفاق أم بحكم من القضاء ما لم تكن هناك ظروف تبرر إعفائه من الحراسة .

خامساً- إنّ الوديعة هي عقد يقوم بالإتفاق بين أطرافه من حيث المصدر ، شخصين أو أكثرفي عقد الوديعة ، في حين أن الحراسة القضائية ، فهي سلطة يتلقاها الحارس من القضاء أو القانون أو الإتفاق بين أطراف النزاع[١] .

ونستنتج من النصوص القانونية وآراء الفقهاء أعلاه أن الحراسة القضائية على المصارف لا تعتبر وديعة ولا يوجد شبه بينهما الا في حفظ الشيء المودع من الاموال المنقولة والعقار وارجاعه بعد انتهاء العقد والسبب هو الفرق الواضح بين الأثنين ، من حيث المصدر الذي تكون الوديعة هي عبارة عن إتفاق بين أطراف ، أما الحراسة القضائية على المصارف تفرض بأمر قضائي ، و كما أن التفرقة موجودة من خلال استغلال للمال ورده مع الفائدة لمن يثبت له الحق فيه ، حيث أن الوديعة لا تعطي المودع صلاحية استثمار واستغلال للمال عكس الحارس القضائي على المصارف المكلف على المحافظة على المال الموجود تحت الحراسة وإدارته و استغلاله ، ومن حيث الأجر فإن الحراسة القضائية على المصارف تكون بأجر واما الوديعة تكون بدون أجر، والحراسة القضائية على المصارف ترد على منقول أو عقار متنازع عليه بينما الوديعة لا ترد على منقول متنازع عليه أو عقار و تلك الفروقات بين الوديعة والحراسة القضائية من حيث الشبه و الأختلاف جعلت هناك رأي فقهي مخالف للرأي الذي يعتبرالحراسة القضائية هي وديعة.

الفرع الثاني

الحراسة القضائية على المصارف هي وكالة

ذهب جانب من الفقه في الرأي إلى أن مهام الحارس القضائي التي تم توكليها له والوكيل متشابهات حيث أن كل واحد منهم ينوب عن الغير بحفظ المال وإداراته وتكون الحراسة كالوكالة ولكن هناك فروقات أساسية حيث تتميز الحراسة عن الوكالة بالآتي :

[١] د . محمد علي عرفه مصدر سابق ، ص٥٠٣ .

أولاً- المصدر : مصدر الحراسة القضائية هو القضاء إذْ يصدر أمر لفرض الحراسة القضائية ، بينما الوكالة فأن مصدرها الأتفاق فتكون نيابة إتفاقية أو مصدرها القانون فتكون نيابة قانونية أو تكون مصدرها القضاء فتكون نيابة قضائية ولهذا فأن الحراسة القضائية هي ليست وكالة .

ثانياً- التعيين : القضاء هو من يعيين الحارس القضائي وهو من يحدد نطاق سلطته بأمر قضائي ، بينما الوكيل فأن اختياره يعود إلى الإتفاق المبرم بينه وبين الموكل[١].

ثالثاً- المهام الموكلة : أن مهمة حفظ المال و إدارته يقوم بها الحارس ، فليس من حق الحارس التصرف في المال بدون إذن قضائي أو تكون هناك ضرورة قصوى يخاف منها على الغلة أوتعرضها للهلاك ، بينما مهام الوكيل عكس الحارس فيقوم بإدارة المال وحفظه يكون تبعاً للإدارة ، و للوكيل أن يتصرف كافة التصرفات القانونية [٢] ، حيث نوع الوكالة سواء أكانت عامة أو خاصة أي في حدود الوكالة فالمادة(٩٣٣) من القانون المدني العراقي النافذ نصت (على الوكيل تنفيذ الوكالة دون مجاوزة حدودها المرسومة ...) .

رابعاً- الأجر وتعديله : الأصل أن يفرض أجراً معيناً للحارس القضائي لأن الحراسة من عقود المضاربة[٣] ، أما الوكيل في القانون التجاري دائماً تكون بأجر لذا فهي من الأعمال التجارية التي يقصد منها التربح والمضاربة المادة (٤/٥) تجاري عن عمله ذلك ، لأن عقد الوكالة ليس من عقود المعاوضة و مع ذلك يمكن أن يتقاضى أجراً معيناً إذا تم الإتفاق عليه ويكون قابلا للزيادة والنقصان خلال فترة الوكالة على العكس من الحراسة التي لا يمكن زيادة أو نقصان الأجر المحدد للحارس القضائي فيها .

خامساً- رد المال : عند نشوء عقد الوكالة يكون الوكيل على علم من سيقوم برد المال ، بينما أن الحارس القضائي ليس لديه علم بالجهة التي سيقوم برد المال إليها لأنه ملزم برد المال إلى من تحكم

---

[١] عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، مصدر سابق ، ص ٥٠ .

[٢] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، ط٢ ، ج ٧ ، مصدر سابق ، ص ٧٨٣.

[٣] يقصد بمفهوم المضاربة وفقا لأصحاب نظرية المضاربة ، هو السعي نحو تحقيق الربح باعتباره هو المعيار الحاسم في تمييز العمل التجاري عن العمل المدني . و من ثم فمتى ما تحقق الربح من وراء عمل معين فإنه يعتبر عملاً تجارياً ، أي تلك المفارقة بين سعر الشراء و سعر البيع . في حين أن العمل المدني لا يقوم على تحقيق الربح، كما هو الحال بالنسبة للجمعيات الرياضية أو الثقافية أو الإجتماعية ، فهي تعتبر عملاً مدنياً صرفاً ، و من ثم فالعمل التجاري قوامه قصد الربح لأن الربح قد يتحقق أو لا يتحقق ، أما العمل المدني فقد يكون بالمجان أو دون عوض ، ينظر : د إسماعيل غانم ، مصدر سابق ، ص٤٥٠ .

المحكمة له و يكون بإنتهاء النزاع عن طريق القضاء أو الإتفاق ، و الوكيل عكس ذلك على علم لمن يرد المال ، حيث مرده إلى الموكل.

سادساً- الإنتهاء : حيث نصت المادة (٩٤٦) قانون مدني عراقي نافذ على (تنتهي الوكالة بموت الوكيل أو الموكل او بخروج أحدهما عن الأهلية أو بإتمام العمل الموكل فيه أو بإنتهاء الأجل المعين للوكالة.) ، أما الحراسة وبحسب نص المادة (٥/٨٠) من قانون المصارف العراقي النافذ (تقوم المحكمة بأحلال شخص أخر محل الحارس القضائي فوراً أو بناءاً على طلب البنك المركزي العراقي :أ – لدى أستقالة الحارس القضائي أو وفاته أو عجزه عن التصرف.

ب – في حالة عدم اداء الحارس القضائي لمهامه بعناية.

ج – اذا لم يعد الحارس القضائي شخصا مناسبا أو لائقا.

د– اذا اصبح الحارس القضائي لاي سبب اخر غير مؤهلا للعمل.).

أما في القوانين المدنية فالحراسة لا تنتهي بموت صاحب الحق بل تنتقل إلى ورثته وحسب القوانين المدنية حيث أن شخصية الحارس ليست محل أعتبار[١].

سابعاً – أن الحارس القضائي لا يتم تعيينه من قبل مساهمي المصرف بل من قبل القضاء ، بينما الوكيل يتم تعيينه من قبل الموكل .

وبناءً على ما تقدم من الفروقات أعلاه بين الحراسة والوكالة حيث نستنتج بعدم وجود أراء فقهية وتشريعات قانونية وقرارات قضائية أو احكام قضائية تعتبر بأن الحراسة القضائية ليست بوكالة ، رغم التشابه بينها إذْ إنّ كل واحد منهم ينوب عن الغير بحفظ المال والإدارة ، حيث إنّ هناك فروقات مهمة تمييز الحراسة القضائية عن صور الوكالة ولهذا نستنتج بأن هناك تشابه للقليل من المهام الموكلة لكل من الوكيل والحارس ولنفس الفروقات التي أوردت عند الوديعة والحراسة القضائية ، فأن سلطة الحارس القضائي يحددها القضاء بقرار حكم يصدرمن المحكمة أو قرار من قاضي الأمور المستعجلة[٢] ، أما الوكيل تحدد سلطته بالاتفاق وهذه تسمى النيابة الأتفاقية وهي أحد صور النيابة أو الوكالة .

---

[١] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ،الوسيط في شرح القانون المدني ، ط٢ ، ج ٧، مصدر سابق، ص ٧٨٣ .

[٢] * الحكم : هو كل قرار صادر من هيئة قضائية في دعوى رفعت إليها طبقاً لأصول المحاكمات الجزائية ، أي أنه يفصل في النزاع أو الدعوى .

*القرار : هو كل ما تصدر المحكمة من لحظة قبول أجراءات الدعوى إلى حين الفصل بها بناءاً على طلب أحد طرفي النزاع ، ولا يكون فاصلاً بموضوع الدعوى كما في قرارات محكمة الأستئناف والتمييز .

أما المشرع المصري رد الحراسة إلى عقد الوديعة والوكالة ضمن أحكامها وبدون أن يتعارض مع أحكام الحراسة في حالة صدور حكم للحراسة ، لكن في حالة كون القاضي لم يحدد فقرات الحكم القضائي وأصدر الحكم بفرض الحراسة فقط يجب هنا الرجوع لأحكام الوكالة ، دائما الحراسة القضائية من طرف القضاء ، اما الوكالة الأتفاقية فإنّ مصدرها الإتفاق حيث تعتبر عقداً[١].

وكما إنّ الحارس القضائي يقوم بتصرفات وأعمال ناتجة عن إرادته ولا تمثل أرادة المتخاصمين لكن الآثار التي تنتج عنها تضاف للمتخاصمين ، حيث إنّ الحارس القضائي يعمل لمصلحة المتنازعين وبأمر القضاء وهذا يحدث عندما يقوم بالتصرفات كنائب عن الغير ، حيث الحارس القضائي يعتبر مركزه هو نفسه مركز النائب ، والآثار ناتجة عن إرادة الحارس تضاف للموكل الأصيل[٢] ، حيث وصفها المشرع المصري ضمن المادة (٧٢٩) مدني بأنها (عقد) ويكون بذلك قد حصرها ضمن صورة الحراسة الإتفاقية وترك صورتيها الحراسة القضائية والحراسة القانونية ليتم ذكرها في نص المادة (٧٣٠) من القانون نفسه على (يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة : ١- في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة إذا لم يتفق ذوي الشأن على الحراسة .٢- إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه . ٣ – فى الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون.) ، وبما أن الحراسة وردت ضمن حالة إن القضاء هو من يأمر بفرضها للضرورة و من ثم هو من يصدر القرار لفرضها على المتنازع عليه من المال وحسب الضرورة القصوى ، و يقرر وضع المال الذي تم التنازع عليه تحت حراسة الحارس الذي يحل محل الخصوم ، والذي يتم تعيينه بوساطة القضاء إذا لم يتفق الأطراف على حارس معين ، ويقوم الأخير بالأعمال التي من شأنها الحفاظ على ذلك المال وصيانته والقيام بالأعمال بكافة التصرفات القانونية وتكون ناتجة عن إرادته وليس عن إرادة الخصوم[٣] .

أن معظم التعريفات المذكورة سابقاً للحراسة القضائية من قبل الفقه ذهبوا لاعتبار أن الحراسة القضائية هي نيابة قانونية قضائية ، ومن ثم فإن المركز القانوني للحارس القضائي هو المركز القانوني

---

[١] د.محمد عزمي البكري ، القانون المدني الجديد(عقد الوكالة – عقد الوديعة – عقد الحراسة – عقود الغرر المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) ، المجلد التاسع ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٨ ، ص ١٩ .

[٢] ينظر المادة (٩٤٢) من القانون المدني العراقي النافذ.

[٣] د.أنور طلبة ، العقود الصغيرة (الحراسة والعمل) ، المجلد١، ط١ المكتب الجامعي الحديث، مصر، ٢٠٠٤ ، ص ٨.

للنائب ، و الأسباب أن القانون هو من يحدد النطاق لها ويوضح حالاتها ، وان هذا الرأي مستمد من أحكام المادة (٧٣٣) مدني مصري[١].

فالحراسة هي نيابة قانونية لأن القانون هو الذي يحدد نطاقها ويبين حالاتها ويوضح أركانها ويعين آثارها وهي نيابة قضائية أيضاً لأن القضاء هو الذي يضفي على الحارس صفته ، فلا تؤول إليه صفة الحراسة إلا بمقتضى حكم منه ولو أتفق على شخصه ذوو الشأن ، و يمثل الحارس القضائي نيابة عن صاحب الحق للمال تحت الحراسة إذا كان معروف من البداية حيث توضع الحراسة على مال المدين إذ يعتبر هو الأصيل ويكون الحارس القضائي هو النائب له ، لكن عندما لا يكون معروف في البداية مثال إذا وضعت الحراسة على مال متنازع عليه بين شخصين على ملكية المال المتنازع عليه ، كان الحارس القضائي نائباً عن أي من الشخصين يظهر بعد حسم النزاع أنه صاحب المال فيكون نائباً عن شخص غير معين ولكنه قابل للتعيين[٢] .

وتعرف النيابة هي إحلال إرادة النائب محل إرادة الأصيل سواء كان عمل قانوني أو تصرف ويضاف إلى الأصيل ولا تعتبر من تصرفات النائب إلا لوقام به بإرادته ، حيث تحل محل إرادة الأصيل الخصم إرادة الحارس القضائي للقيام بكافة التصرفات والأعمال القانونية للحفاظ على المال الموضوع تحت يد الحارس لإدارته واستغلاله.

ونحن مع الإتجاه الذي يقول بأن الحراسة القضائية هي نيابة قانونية قضائية لأن القانون يحدد أحكامها والقضاء يفرضها و يحدد الحارس .

---

[١] نص المادة (يحدد الإتفاق أو الحكم القاضي بالحراسة ما على الحارس من إلتزامات وما له من حقوق وسلطة ، وإلا تطبق أحكام الوديعة واحكام الوكالة ...) .

[٢] قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (١٨١٦/ ٩٨) المنشور على الصفحة (٣٧٢٧) سنة ١٩٩٩ ، مجلة نقابة المحامين ، والذي ينص على (إذا لم يحدد قرار المحكمة المتضمن فرض الحراسة القضائية على الباخرة حقوق مؤسسة الموانئ كحارس قضائي فتطبق على أجورها أحكام الوديعة والوكالة بالقدر الذي لا يتعارض فيه مع طبيعة الحراسة عملا بالمادة (٩٠٠) من القانون المدني ، كما تحدد حقوق مؤسسة الموانئ كحارس قضائي وفقاً للمادتين (٩٠٤) و (٩٠٥) من القانون المدني باحتساب المبالغ التي صرفتها المؤسسة وبأجر المثل) .

المطلب الثاني

تمييز الحراسة القضائية على المصارف عن الحراسة الاتفاقية والقانونية

تعدد الخلافات الفقهية لأنواع الحراسة ، سواء تعلق هذا الخلاف في التسمية ، أو من خلال الطبيعة والآثار التي يرتبها ، ألا أنها يمكن أن تتلاقى في المضمون ، سواء أكان استنبطت من شروح القانون الوضعي ، أو تفسيراً من التشريعات العراقية والمصرية والفرنسية والأمريكية ، نجدها بعد الأطلاع على القوانين محل المقارنة هي أنواعاً عدة ، وهي أما ذات تداخل أو متميزة ، من خلال تسميتها أو ماهيتها ، ومن خلال المحل أو المصدر، و تاريخ النشوء أو مشروعيتها ، و الطبيعة أو الضمان ، أو من حيث أصحاب الشأن أو من يخضع لها[1] ، وعند البحث و التركيز على الأنواع التي تصدر من السلطات القضائية أو التنفيذية ، والمتعلق منه بحفظ الحقوق ولمصلحة أشخاص الدعوى أو الصالح العام لحفظ الأمن والنظام[2] نجد أبرزها هو الحراسة القضائية و الحراسة الاتفاقية وكذلك القانونية .

وحيث قد ذكرنا سابقاً أن موضوع الحراسة القضائية هو إجراء تحفظي مؤقت ، يأمر به القضاء كلما رأى ضرورة ومنفعة لمن يطلب منه فرضها ، فهي تحقق الحماية المؤقتة للأموال المتنازع عليها ، لحين البت في النزاع ، و من ثم فأن الحراسة القضائية قد تشتبه بغيرها من الإجراءات القانونية لتشابه الغاية من هذه الإجراءات ، والغاية من الحراسة ، أي للتشابه بين الغايتين أو للتشابه في التسمية ، أو المعنى أحياناً اخرى ، لذلك تبرز أهمية تمييز الحراسة القضائية عما يشتبه بها من إجراءات قانونية لتحديد موضوع البحث بشكل دقيق ، ولأجل بيان هذه التفاصيل فأننا سنقسم هذا المطلب على فرعين ، سنعقد الفرع الأول لبيان التمييز بين الحراسة القضائية و الحراسة الاتفاقية ، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى التمييز بين الحراسة القضائية والحراسة القانونية.

---

[1] د. محمد سعيد احمد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الاشياء غير الحية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ ، ص٥٣- ٥٧ .

[2] د. حامد عكاز ود. عز الدين الديانصوري ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ، ج١ ، ط١ ، دار الكتب والدراسات العربية للطباعة والنشر والتوزيع، الأسكندرية ، ٢٠١٧ ، ص ٥٥١ .

الفرع الأول

التمييز بين الحراسة القضائية والحراسة الاتفاقية

أنّ المقصود بالحراسة الإتفاقية هي التي يكون تعيين الحارس فيها بإتفاق ذوي الشأن[١] ، ولم يوضح المشرع العراقي المقصود بالحراسة الإتفاقية كانت أم قضائية ، بل وإنما ترك الأمر للفقه الذي اعتبر بعضهم أن ما يميز الحراسة القضائية عن الحراسة الإتفاقية يتعلق بمن فرض الحراسة ذاتها ، فإن كانت الحراسة تعيين من قبل القاضي أو المحكمة كانت الحراسة قضائية ولو أتفق الخصوم على تحديد شخص الحارس ، أما إذا كان من فرض الحراسة هو الخصوم كانت الحراسة اتفاقية ولو تم تعيين الحارس من قبل القضاء ، حيث يتم تحديد نوع الحراسة من خلال تحديد شخص الحارس وليس من خلال من يقوم بتعيين الحارس [٢] ، بينما المشرع المصري أوضح في المادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري الحراسة الاتفاقية هي (الحراسة عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت. فيتكفل هذا الشخص بحفظه وبإدارته وبرده مع غلته المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه.) وحيث نصت نص المادة (٧٣٠) من القانون نفسه على (يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة : ١- في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة إذا لم يتفق ذوي الشأن على الحراسة .٢- إذا كان صاحب المصلحة في منقول أو عقار قد تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطرا عاجلا من بقاء المال تحت يد حائزه. ٣- في الأحوال الأخرى المنصوص عليها فى القانون.) ، حيث يتبين من هذا أن الحراسة الاتفاقية تتم بإتفاق شخصين على الأقل على وضع مال متنازع عليه بين يدي شخص آخر لحفظه و إدارته ، و يرده عند إنتهاء النزاع إلى من يثبت له الحق فيه ، حيث أن الحراسة هي عقد يتم بمقتضاه ايداع أما عقار أو منقول لدى شخص آخر بسبب نزاع قائم على مال صاحب الحق فيه غير ثابت ، حيث يقوم الحارس بكفالته و حفظه وإداراته وقبضه ورده مع الغلة التي يتم قبضها إلى من ثبت الحق له في الشيء موضوع النزاع ، و بين الفقه أن الحراسة الإتفاقية عقد يتفق فيه الطرفان على وضع المال أو الحق المتنازع عليه تحت الحراسة واختيار حارس لإدارته

---

[١] د. حسن محمد أحمد جودة ، سلطة الدولة في فرض الحراسة وضوابطها القانونية والدستورية في النظام القانوني المصري (قانون الملكية) ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص ٢٨.

[٢] د .عباس العبودي ، مصدر سابق ، ص ٢٤٨ .

بالنيابة عنهما سواء تم هذا الإتفاق قبل قيام النزاع أم بعده[١] ، والرايء الآخر أشار لها أنها وضع مال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت في يد أمين يتكفل بحفظه وإدارته لحساب جميع أصحاب الشأن ، ورده مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه ، سواء أكان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة أم لا[٢] ، و يفهم من خلال كلمة العقد الواردة في النص المصري أن الحراسة الإتفاقية هي المقصودة في النص المذكور لأنها تتم عن إرادة الطرفين وباتفاقهما.

وأن أهم ما يميز هذا النوع من الحراسة عن باقي الحراسات هوأن الخصوم يتفقون فيما بينهم على وضع المال تحت الحراسة وهم من يتولون تعيين الحارس الإتفاقي من دون اللجوء إلى القضاء ، وفي حالة أن الأطراف أتفقوا على الحراسة وأختلفوا في شخص الحارس وتعيينه فإنهم يلجؤون إلى القضاء لتعيين الحارس الإتفاقي ويكون بنفس الطريقة التي يتم تعيين الحارس القضائي فيها ، أما في الحراسة القضائية فإن مصدرها هو القضاء وهو من يقوم بفرضها ، فمن الواضح أن الحراسة الإتفاقية ، مصدرها العقد حيث إن هناك إتفاق بين الطرفين على الحراسة ، أما الحراسة القضائية فمصدرها القضاء وهو من يأمر بها ويقوم بفرضها، والحراسة الإتفاقية رغم إنها تتم بالإتفاق فهي بمجرد العقد تسري عليها شروط وآثار الحراسة القضائية فتظل إجراء مؤقتاً على سبيل التحفظ ولا يمس أصل الحق وترتب نفس حقوق وإلتزامات الحارس المعين بمعرفة القضاء وتنتهي بإنتهاء الظروف والملابسات التي أدت إليها ، وبما أن الحراسة الإتفاقية هي عقد فلا بد أن يتوفر فيها العناصر الواجب توافرها في كل عقد وهي الرضا ، المحل و السبب ، الخصوم من جهة والحارس من جهة أخرى[٣] .

ونستنتج أن المسائل التي تفرق بين الحراسة الإتفاقية والحراسة القضائية هو شرط توافر الخطر العاجل في الحراسة الإتفاقية يمكن الاستغناء عنها والأطراف في الحراسة الإتفاقية ، عكس الحراسة القضائية الذي يعتبر فيها شرط الخطر العاجل شرط أساسي لكي يمكن قيام تلك الحراسة ، فالحراسة الإتفاقية يكفي فيها إتفاق الخصوم بينهم على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة فوضع المال المتنازع عليه تحت يد حارس.

---

[١] د. علي عوض حسن ، دعوى الحراسة ، مجلد١، ط١، دارالكتب القانونية ، مصر، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٥، ص٢٢ .

[٢] د.عبد الحميد الشواربي، مصدر سابق ، ص١٣ .

[٣] د. رضا محمد عبد السلام عيسى ، مصدر سابق ، ص٢٧

أما الفرق بين الحراستين الإتفاقية والقضائية من حيث تعيين الأجر للحارس فإن الحارس في الحراسة القضائية الأصل فيه أنه يتقاضى أجراً معّينا ما لم يتم التنازل عنه صراحة ، أما في الحراسة الإتفاقية فالأصل أن تكون مجانا ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك .

حيث تتشابه الحراسة القضائية من الحراسة الاتفاقية في كثير من الأمور كونها تفرض على الاموال المنقولة وغير المنقولة وخصائص فرضها متشابه كونها أجراء تحفظي وقتي ولا يمس أصل الحق أن يكون هناك شرط نزاع وعند انتهاء الحراسة يتم أرجاع الحق مع فوائده إلى صاحب الحق فيه[١] ، وعلى الرغم من أن المشرع المصري تناول الحراسة الاتفاقية في نفس الفصل الذي تناول فيه موضوع الحراسة القضائية إذ أنهما تتشابهان في ان كليهما إجراء تحفظي ومؤقت وانهما يخضعان لنفس الآثار ولأسباب الانتهاء نفسها المادة (٧٢٩) قانون مدني مصري عرفت الحراسة الاتفاقية فقط[٢] ، كالمبرر الذي هو وجود نزاع على عين ، والغرض الذي هو الحفظ والصيانة والإدارة ، والطبيعة التي هي وقتية ، وغير ذلك ، بل إن كثيراً من مؤلفين كتب القانون وهي المصادر التي تم اعتمادها للبحث في هذا الفرع يجعلون كلاً منهما مرادفاً للآخر نتيجة للتقارب الكبير بينهما ، حيث يتم ذكر لفظ الحراسة فقط دون تحديد نوعها ، ومن ثم يتم التفصيل في نفس العناصر، والتي تنسب في النهاية لأحدهما ، بينما أوجه الأختلاف بين الحراسة القضائية والحراسة الإتفاقية هي :

أولاً- الحراسة القضائية يأمر بها القضاء الذي يترك لذوي الشأن أو المتنازعين حق أختيار الحارس ، فإذا لم يتفقوا عليه تولى القاضي تعينه ، أي أن الحراسة القضائية مصدرها القانون والحكم القضائي ، أما الحراسة الإتفاقية فمصدرها إتفاق ذوي الشأن ، أي وجود إتفاق حتى و لو لم يتوافر شرط الخطر العاجل الواجب توافره في الحراسة القضائية فيمكن أن يكون الخصوم قد اتفقوا على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة حتى يفترض أن يكون هناك خطر عاجل يستدعي وضع المال تحت الحراسة ، وأنه بذلك قد قامت إحدى حالات الحراسة فوجهها الخصوم بالإتفاق ، الأصل في الحراسة أنها إتفاقية[٣] .

ثانياً - إنّ القرار القضائي يحدد طبيعة ومسؤولية وبداية ونهاية الحراسة القضائية ، بينما الحراسة الإتفاقية تقوم بإتفاق المتنازعين من خلال عقد إتفاقي ، أو بموجب شرط متضمن في عقد مبرم[٤]

---

[١] د.أنور طلبة ، مصدر سابق ، ص٥ .

[٢] ينظرالمادة (٧٢٩) من القانون المدني المصري .

[٣] د.علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص ٢٢ .

[٤] د.مصطفى مجدي هرجة ، مصدر سابق ، ص٩٥ .

، فهنا نجد أن الحراسة الإتفاقية تقوم بشكل تلقائي وبإتفاق مسبق في حال لم يتم الوفاء بأحد بنود العقد الذي بين المتنازعين ، لتسلم العين لمن يقوم بإدارتها حتى تتم التسوية بينهم ، أو يخشى عليها من التلف أو الضياع ولم تكن هناك دعوى قضائية مقدمة في المحاكم ، بل يكتفى بإجماع المتنازعين على إقامتها[١] ، بخلاف الحراسة القضائية التي تقوم لوجود نزاع ويخشى على العين من خطر عاجل ، بسبب الخشية عليها من التلف أو الضياع والإتلاف ممن هي في حيازته ، ومن ثم ترد العين لمن يستحقها[٢] ، لذا سميت الحراسة الاتفاقية بالحراسة الاختيارية والرضائية ، بالإضافة إلى أن الحراسة الاتفاقية يمكن أن تقام قبل نشوب الخلاف أو بعده[٣] ، من خلال ما يمكن تشبيهه بعقد[٤] ، بخلاف الحراسة القضائية التي تقوم بعد نشوب خلاف ، وفي الحراسة الاتفاقية يختار الشركاء أحدهم أو شخصاً أجنبياً ليقوم بحفظ المال أو العين للمشتركين فيها أو توابعها عند حدوث النزاع ، و إن لم يتفقوا يقوم القاضي باختيار الحارس[٥] ولا يشترط في الحراسة الاتفاقية أن تكون العين المتنازع عليها في حال الخطر العاجل.

ثالثاً - إنّ الحراسة القضائية لا تكون إلا بعد نشوب النزاع أو الخوف من نشوبه ، حيث وجود مال سواء كان منقولاً ، أو عقاراً ، أو مجموع من المال : كالمحل التجاري ، والشركة و التركة ، و لكن المجموع من المال لا يجوز أن يكون مجموع ما يملكه الشخص ، لأنه لا يجوز غل يد الشخص عن مجموع امواله إلا في حالات معينة كالحجر والإفلاس أما الحراسة الاتفاقية تكون قبل العقد أو بعده ، مثال لما قبل العقد : وضع السيارة التي سيتم بيعها في يد شخص ثالث[٦] ، حيث وجود نزاع بين الخصوم على المال فيتفقون على وضع المال الذي قام بشأنه نزاع تحت حراسة شخص يتم تعيينه بالإتفاق فيما بينهم ، وسواءً كان النزاع منصباً على الملكية أو وضع اليد أو على الإدارة أو أستغلاله أو أن الحق المدعى به غير ثابت الوجود لشرط واقف أو فاسخ ، ولا يشترط لاعتبار المال متنازع

---

[١] د.عبد الفتاح مراد ، المشكلات العلمية في القضاء المستعجل ، المجلد ١ ، ط١، دار الفكر الجامعي ،الإسكندرية ، ١٩٨٩ ، ص٩٥ .

[٢] د. مبروك عبد العظيم احمد مصري ، عهدة الحُراس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مطبعة كلية الشريعة والقانون ، القاهرة ، ١٩٩٩ ، ص٢٠ .

[٣] د . رضا محمد عبدالسلام عيسى ، مصدر سابق، ص ١٨ .

[٤] د .علي عوض حسن ، مصدر سابق ، ص٢٢.

[٥] أحمد هاني مختار ، الحراسة القضائية ، مكتبة كوميت ، القاهرة ، ٢٠٠٢ ، ص٧ .

[٦] د. محمد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص٢٠ .

علـيه قيـام دعوى أمام القضاء بشأنه ، بل مجرد الخلاف بين أصحاب المصلحة فيه يكفي لوضع المال تحت الحراسة الإتفاقية : كالخلاف بين المالكين على الشيوع[١] .

رابعاً – إنّ الحراسة القضائية نيابة قانونية قضائية حيث لا بد لقيام الحراسة الاتفاقية من وجود طرفين : الطرف الأول الخصمان المتنازعان أو الخصوم المتنازعون على المال، فهؤلاء كلهم الطرف الأول في العقد ، إذ أوجبت لقيامها أن يعهد الفريقان المتنازعان إلى شخص آخر و هو الطرف الثاني : الحارس بالمال موضوع الحراسة ، وإذا أقتصر التعاقد على أحد الفريقين المتنازعين دون الفريق المتنازع الأخر لم يكن العقد حراسة اتفاقية ، بل هو وديعة عادية ، توجب رد المال إلى الفريق المتعاقد دون الفريق الآخر ، وفقاً للأحكام العامة في الوديعة الأصل في الحراسة الإتفاقية أن يكون مجاناً بدون أجر، ما لم يحصل الإتفاق على تقدير أجر الحارس لأنها وديعة ، أما الحراسة القضائية فالأصل أن تكون بأجر ما لم يتنازل عنه صراحة[٢] .

كما أنه يجب على الحارس رد المال إلى من يثبت له الحق فيه ، و يجوز أيضاً رده لمن يتفق عليه الخصوم من بينهم أو من غيرهم ، ولا يجوز للحارس رد المال قبل أن يعرف من هو صاحب الحق فيه لرده عن طريق البت بالنزاع أو بإتفاق الخصوم ، كما أن الحراسة القضائية هي نيابة قضائية ، إذْ إنّ حكم القضاء هو مصدرها الذي يحدد نطاقها ، أما الحراسة الإتفاقية فهي عقد يتم بمقتضاه إتفاق الأطراف المعينة على إيداع المال المتنازع عليه لدى حارس يتفقون عليه فيما بينهم[٣] .

و لبيان أن الحراسة في الواقع إنابة وتولية من القضاء للحارس ، و أن سلطة الحارس فرع عن سلطة أخرى و ليست سلطة مستقلة ، فلا يجوز له التجاوز والزيادة على ما أنيب فيه، و هذا تماشيا مع ما تنص و ما يقابلها من نصا المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري ، و تترتب على ذلك أمور ثلاثة الأولى: محاسبة الحارس في حدود سلطاته التي أنيب فيها من جهتين: الأولى ، عدم تجاوز هذه السلطات، والثانية ، القيام بها كما يجب و عدم الإخلال بها. الثاني: أن على المنيب تحديد سلطات النائب بالتعميم أو التخصيص ولا يجوز الإطلاق لأنه نوع من التجهيل. الثالث: في صفة الحارس القضائي والشروط

---

[١] د.عبد الرزاق أحمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد ، ط١ ، الجزء السابع ، مصدر سابق ، ص ٧٨٧ – ٧٩٠ .

[٢] ينظر المادة (٧٣٣) من القانون المدني المصري النافذ و جاء فيها (يحدد الاتفاق أو الحكم الصادر بفرض الحراسة حقوق الحارس والتزاماته و ما له من سلطة ، و إلا طبقت أحكام الوديعة و الوكالة بالقدر الي لا تتعارض فيه مع طبيعة الحراسة والأحكام المنصوص عليها في هذا الفصل) .

[٣] د. باسل النوايسة ، مصدر سابق ، ص١١٦ .

الواجب توافرها فيه ، فإن مقتضى كونه نائباً بأمر من القضاء يترتب عليه شروط معينة كالأمانة والخبرة و العدالة .

والقضاء بين مصدر نيابة للحراسة هو القضاء، سواء كان ذلك باتفاق أصحاب الشأن أو بدونه ، و بهذا تمييز الحراسة القضائية عن الحراسة الأتفاقية التي مصدرها هو اتفاق الأطراف ، و الحراسة القانونية الذي مصدر نيابته هو القانون وما يصح أن وضعها للحراسة يشمل الأموال على اخلاف أنواعها ، سواء كانت عقارا أو عقارات ، منقول أو منقولات ، مال أم مجموعة من الأموال، حقوقاً ماديةً أو معنويةً ، شرط أن تكون إدارتها من قبل الغير ممكنة[٣] ، حيث المشرع الفرنسي حصر محل الحراسة القضائية هي : المنقولات المحجوز عليها ، و العقار أو المنقول المتنازع على ملكيته أو وضع اليد عليه ، و الأشياء التي يعرضها المدين عرضا قانونيا إبراء ذمته ، حيث نص في المادة ١٩٦١ من القانون المدني الفرنسي .

وما يصح وضعه تحت يد الحراسة يشمل الأموال على إختلاف أنواعها ، سواء كانت عقارات ، منقولات ، مال أم مجموعة من الأموال ، حقوقاً ماديةً أو معنويةً ، شرط أن تكون أداراتها من قبل الغير ممكنة[١].

الفرع الثاني

التمييز بين الحراسة القضائية على المصارف والحراسة القانونية

إنّ الحراسة القانونية هي التي تكون حيث يقضي القانون بتعيين حارس[٢] و كما أن الحراسة القانونية هي الحراسة التي يقررها القانون بنص خاص ، دون حاجة إلى حكم من القضاء بمعنى أن القضاء لا يتحرى شروط قيام هذه الحراسة بل يكفي تحقق الحالة المنصوص عليها قانوناً لقيام أي نوع من انواع الحراسات القانونية ، إذ يخول القانون أحد الموظفين مهمة تعيين الحارس حيث يثم تعيين الحارس و تحديد سلطاته بنص القانون كما في حالة تحديد ولي الصغير في النيابة القانونية [٣] ، و ذلك

---

[١] إبراهيم سيد أحمد ، الحراسة الاتفاقية- القضائية- القانونية - الإدارية: فقها وقضاء ، ط٤ ، دار الفكر الجامعي ، اسكندرية، مصر،٨٨٢ .

[٢] د. معوض عبد التواب ، مصدر سابق ، ص ٢٥ .

[٣] د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، القاهرة ، المطبعة العمالية ،١٩٥٣ ، ص ٦٧٦ .

لأن الـدولة بـما لها من سـلطان و سـيادة ان تفرض الحراسة على أموال معينة ، إذا كانت هناك مصلحة يجب مراعاتها ، أو على مرفق من المرافق العامة ساء استعماله ، ويكون الحارس القانوني في جميع الأحوال مسؤولاً أمام السلطات المختصة كمسؤولية الحارس القضائي ، و يجوز للسلطة أو الجهة المختصة بتعيينه استبداله إن أساء الإدارة ، و تنتهي الحراسة في هذه الحالة كما بدأت بقرار من السلطة أو الجهة المختصة التي حددها نص القانون[١] .

ولهذا فأن أهم ما يميز الحراسة القانونية عن الحراسة القضائية هي أن الأولى مصدرها القانون والنصوص التشريعية ، أما الحراسة القضائية فإن القضاء هو الذي يصدر حكمه فيها ويفرضها لوجود خطر عاجل يحيط بالمال المتنازع عليه ، فنجد أن الحراسة القانونية تفرض بناًء على نص في القانون ، وثمة فرق آخر هو أن الحراسة القضائية يتم تحديدها وتحديد ما يتعلق بها من صلاحيات وسلطات ممنوحة عن طريق حكم القاضي في حين أن الحراسة القانونية تعطي للحارس الحق في استعمال العين التي هي محل الحراسة والرقابة عليها وذلك وفق النص القانوني الذي يمنحه هذه السلطة إنّ الحراسة القانونية و لا تخضع لإتفاق الخصوم أو الأطراف ، فهي تقوم بالشكل الذي حدده القانون سواء أتفق ذوو الشأن على ذلك أو لم يتفقوا[٢].

هناك أمثلة الحراسة القانونية المادة (٢٤١) من قانون المرافعات المدنية العراقية التي تنص على (إذا أقر الشخص الثالث المحجوز تحت يده أن الأموال المحجوزة لديه تعود إلى المدين فلا يلزم حضوره في جلسة المرافعة التي تجري بين الدائن والمدين وإنما يجب عليه أن يحتفظ بها ولا يسلمها للمدين إلى أن يطالب بتسليمها من قبل المحكمة أو دائرة التنفيذ أو يودعها في المحكمة المختصة ، وإذا رغب الشخص الثالث في أن يسلم الأموال المحجوزة عنده فعلى المحكمة أن تقوم بتسلمها والمحافظة عليها ، أو تأمر بتسليمها إلى حارس قضائي).

كما أن الحراسة القانونية في القانون المصري هي أنه يمكن فرضها بأمر من المدعي العام بناءً على النصوص القانونية ، فهذه الحراسة لا يوجد فيها إتفاق ولا تحتاج إلى حكم قضائي[٣] .

وعليه فإنّ الحراسة القانونية لا تحتاج إلى إتفاق الأطراف فهي تلزم قاضي الأمور المستعجلة وغالبا ما يكون هو قاضي الأمور المستعجلة بفرضها لطالبها فلا توجد لديه سلطة تقديرية كما

---

[١] مراد محمود حيدر ، الحراسة القضائية مدلولها وخصائصها وأحكامها ، مجلد١ ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠١٠ ، ص ١٤٩.

[٢] د.محمد سعيد أحمد الرحو ، مصدر سابق ، ص ٥٣ .

[٣] د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص ١٨ .

هو الحال في الحراسة القضائية ويكفي في فرض هذه الحـراسة هو تحقق حـالة منصوص عليها في القانون ، ولقد عرف جانب من الفقه الحراسة القانونية بأنها (هي التي يقررها القانون بغير حاجة إلى حكم من القاضي أو إتفـاق بين الأطراف)[١] كما أنها قد عرفت أيضاً بأنها (وضع مال معين بقوة القانون تحت يد أمين يتولى إدارته وحفظه إلى إنتهاء العلة من التحفظ عليه)[٢] وقد عرفها أحد الفقهاء بأنها (هي التي يقررها القانون بغير حاجة إلى حكم القضاء أو إتـفاق الأطـراف ومن أهـم تطبيقاتها مـا يتعـلق بخـصوص تعيـين حـارس على أمـوال المحجوز عليه حفاظا على مصلحة الدائن الحاجز)[٣] .

ومن خلال هذه التعريفات المتقدم ذكرها يظهر أن الاختلاف جاء في صياغة هذه التعاريف فقط ، أما المعنى والدلالة فكانت متوافقة بين أغلب هذه التعريفات ولا خلاف حول إن الطبيعة القانونية للحراسة القانونية التي يكون مصدرها القانون وبناءً على نصوص قانونية محددة في القانون، وعلى القاضي تلبيتها لطالبها فهي لا تحتاج إلى إتفاق أطراف ولا إلى شروط معينة كما في الحراسة القضائية وانما يكفي تحقق الحالة المنصوص عليها في القانون ، ومن خلال البحث وجدنا أن الشخص الثالث الذي تكون تحت يده أموال المدين يعتبر بمثابة حارسا قانونياً على هذا المال إلى حين تسليمها إلى المحكمة أو إلى أي شخص تأمر المحكمة بتسليمها إليـه ، والشخـص الثالث الـذي يعـتبر بمثابة حارس قانوني عين بموجب نص قانوني وليس بناء على حكم من القضاء أو على إتفاق الأطراف ، فيستمد سلطته من القانون ، فيكفي أن يكون منصوص عليها في القانون لكي تكون ملزمة للقاضي وهو ما لا يـتوافر في الحراسة القضائية التي بينت شروطها وهي شرط الاستعجال والخطر وعدم المساس بأصـل الحق والأسباب الخاصة بالحراسة القضائية وهي وجود النزاع الجدي والخطر العاجل وقابلية المال للتعامل فيه وعدم المساس بأصل الحق و كذلك بيان الحالات التي لا يمكن فرض الحراسة القضائية فيها .

---

[١] د.محمد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص ١٠ .

[٢] محمود سلامة ، الوجيز في دعاوى واختصاص القضاء المستعجل ، ط١، الناشرون المتحدون ، مصر ، بدون سنة طبع ، ص٢٤ .

[٣] ثامر محمد عبد الله سلطان ، المسؤولية عن فعل الاشياء التي تتطلب عناية خاصة والالات الميكانيكية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥ ، ص ٧٨ .

وأن جانب من الفقه اوجد الشبه بين الحراسة القانونية والحراسة القضائية حيث نجد أن بعضاً من كتب القانون تجمع بين الحراسة القانونية والحراسة القضائية على اعتبار أن القضاء قانون[١] في حين لا يوجد تشابه بين الصورتين للحراسة ، حيث أن الحراسة القضائية تقوم بأمر من القضاء لوجود نزاع على عين يحدق بها خطر عاجل ، فإن الحراسة القانونية تقوم بناءً على نصوص قانونية [٢] ، أوبند موضح في لائحة تصرح به ، هذا بالإضافة إلى أن الحراسة القضائية يتم تحديدها و تحديد كل ما يتعلق بها عن طريق القضاء ، بخلاف الحال في الحراسة القانونية التي تعطي الحارس الحق في استعمال العين محل الحراسة و توجيهها و رقابتها بناءً على نص قانوني ، هذا بالإضافة إلى أن الحراسة القانونية يمكن أن يتم إقرارها وقيامها بأمر من ألمدعي العام في التشريع المصري بناءً على نصوص قانونية ، فهي بذلك لا تحتاج لأن يتم الاتفاق عليها ، ولا تحتاج إلى أمرٍ قضائي[٣] .

كما أن أوجه الاختلاف بين الحراسة القضائية والحراسة القانونية هي :

أولاً- الحراسة القضائية مصدرها حكم القضائي ، وأما الحراسة القانونية فقد نص عليها القانون ، أن الحراسة القضائية يأمر بها القضاء أما الحراسة القانونية فلا دخل لسلطة القضاء في تقديرها ، بل القانون هو الذي يقررها ، إذ يكفي لتقريرها تحقق حالة من الحلات المنصوص عليها و المحددة قانوناً.

ثانياً- يشترط وجود النزاع والخطر العاجل في الحراسة القضائية ، ولا يشترط ذلك في الحراسة القانونية ، بل تكون في الحالات التي ينص عليها القانون ، الحراسة القضائية تقتضي توافر شروط معينة للأمر بها ، كشرط قيام نزاع جدي ، وشرط وجود خطر عاجل ، و تقرير وجود هذه الشروط يدخل في السلطة التقديرية لقاضي الأمور المستعجلة ، اما الحراسة القانونية فيكفي لقيامها تحقق حالة من الحالات المنصوص عليها والمحددة قانوناً ، دون البحث عما إذا توافرت الشروط التي يلزم توافرها لقيام الحراسة القانونية[٤] .

---

[١] إبراهيم الشربيني ، حراسات الطوارئ ، مجلد ١ ، طبعة ١، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٤ ، ص ٣١ .

[٢] د . مبروك عبد العظيم احمد مصري ، مصدر سابق ، ص ٢٠ .

[٣] د.عبد اللطيف هداية الله ، الحراسة القضائية في التشريع المغربي ، ط١، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ١٩٨٨. ، ص ٥١.

[٤] عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق ، ص٦٥.

ثالثاً- الحراسة القضائية تكون في الأشياء المتنازع عليها ، أو يخاف النزاع فيها ، وأما الحراسة القانونية فالقانون هو الذي ينص على قيامها ، و على القاضي الأمر بها متى طلب إليه أحد الخصوم ذلك في الدعوى[١] .

رابعاً- يتم تعيين الحارس القضائي في الحراسة القضائية من قبل القضاء سواءً تم الاتفاق عليه من قبل الأطراف في النزاع ، أو قامت المحكمة بذلك من تلقاء نفسها ، اما الحارس في الحراسة القانونية يعين

خامساً- يتم تعيين الحارس القضائي في الحراسة القضائية من قبل القضاء إ قامت المحكمة بذلك من تلقاء نفسها ، اما الحارس في الحراسة القانونية فيعين من قبل القانون نفسه ، ذلك أن القرارات و التدابير التي تتخذ عند قيام الحراسة القانونية على أموال الخاضعين لها تتسم بطابع السيادة لدواعي المحافظة على أمن الدولة ، و سلامتها ، وحماية اقتصادها من جهة ، و بغية تحقيق النفع العام من جهة اخرى[٢].

[١] مراد محمود حيدر ، مصدر سابق ، ص ١٤٩ .

[٢] صلاح الدين بيومي ، إسكندر سعد زغلول ، المجمع الحديث في قضاء الأمور المستعجلة ، مصر ، القاهرة ، دار الجيل للطباعة ، ١٩٦٧ ، ص ٢٧ .

الفصل الثاني

إجراءات فرض الحراسة القضائية على المصارف

إنّ فرض الحراسة القضائية بحد ذاتها يعد إجراء يهدف إلى حماية طرفين لهم مصالح متضاربة في آن واحد ، و هما الدائن والمدين ، ولهذا فأن آلية فرضه تتطلب إتباع إجراءات معينة توضح ذلك ، من خلال إيجاد شخص محايد عن كلا الطرفين يهدف من خلال مزاولته للحراسة على المال أو الشيء الموضوع تحت حراسته ، لتحقيق أكبر نفع ممكن لمالك المال و لدائنيه ، هذا من جهة و من جهة أخرى ، وحيث إنّ قانون المصارف لم يجعل من هذه الحراسة مفروضة من خلال دعوى ترفع من قبل طالب فرضها تسمى بدعوى الحراسة القضائية ، بل هي إجراء لاحق يتم فرضه بمجرد قبول المحكمة المختصة لدعوى الإفلاس التي ترفع على المصرف ، و لهذا فأن أولى الإجراءات اللازمة لفرض الحراسة القضائية على المصارف ، هي أن تكون هناك دعوى إفلاس مرفوعة على المصرف و قبلتها المحكمة متى ما رأت من وجود واحد أو أكثر من الأسس الممكن بموجبها رفع دعوى الإفلاس ، كما أن الحراسة القضائية عند فرضها يستوجب تعين الشخص الذي يتولى ذلك .

ولهذا فأن أمر بيان الإجراءات التي يجب إتباعها لإمكانية فرض الحراسة القضائية على المصارف يستوجب علينا تقسيم هذا الفصل على مبحثين ، سنخصص المبحث الأول لإقامة دعوى الإفلاس المصرفي ، في حين سنعقد المبحث الثاني لتعين حارس قضائي على المصرف .

المبحث الأول

إقامة دعوى الإفلاس المصرفي

إنّ القواعد والإجراءات في نظام شهر الإفلاس خاص بالتجار فقط يترتب عليه غل يد المدين التاجر عن إدارة أمواله ، لا يكفي لشهر إفلاس المصرف المدين المفلس تحقق شرطي الصفة التجارية والتوقف عن الدفع بل يجب أن يصدر بشأنه حكم من المحكمة المختصة يسمى الحكم المقرر للإفلاس .

إنّ العمل المصرفي يتمتع بالاستقلالية ومنع التدخل بالشأن الإداري للمصارف ومنع التدخلات الخارجية إلا عند حصول حالات إفلاس للمصارف تفرض الحراسة القضائية بالتالي قد حدد المشرع الحالات ألاستثنائية حيث منع تجاوز التوسع عنها وهي حالات إشهار الإفلاس للمصرف المدين المفلس تتضمن إقامة الدعوى الخاصة بالإفلاس ضد المصرف والتي يقوم بها البنك المركزي بتعيين

الوصي بينما الحارس القضائي يتم تعيينه من قبل المحكمة إستناداً إلى لأحكام المادة (١/٨٠) من قانون المصارف العراقي النافذ (١- يكون الحارس القضائي المعين بقرار من المحكمة .....) ، وتبقى دعوى الإفلاس مستمرة ضمن التسلسلات القانونية المعتمدة على القانون لكل دولة لضمان الحفاظ على حقوق الدائنين .

إن أستيضاح المقصود بالمبحث الأول إقامة دعوى الإفلاس المصرفي ، يوجب علينا تقسيم هذا المبحث على مطلبين ، سنخصص المطلب الأول منهما لتحديد التعريف بالإفلاس المصرفي ، وسنبين في المطلب الثاني المحكمة التي تقام أمامها دعوى الإفلاس .

المطلب الأول

التعريف بالإفلاس المصرفي

من أجل توضيح الإفلاس المصرفي فلا بد من التطرق إلى التعريف من خلال تحديد تعريفه أولاً وبيان الخصائص التي يمتاز بها ثانياً ، وسيكون ذلك على فرعين سنتطرق في الفرع الأول إلى تعريف الإفلاس المصرفي ، في حين سنتناول خصائص هذا الإفلاس في الفرع الثاني .

الفرع الأول

تعريف الإفلاس المصرفي

إنّ الإفلاس بمعناه العام هو نظام ينطبق على كافة التجار عند تعسرهم عن أداء ديونهم ، و لكن للخصوصية التي يمتاز بها هذا النظام عند فرضه على المصارف ، خاصة بعد النص صراحة من قبل المشرع العراقي في قانون المصارف على عدم إنطباق أحكام الإفلاس العامة على المصارف و تنظيمه لإحكام خاصة بشأنه ، لهذا فعلى الرغم من أن المشرع العراقي خصص للأحكام القانونية الخاصة (بافلاس التاجر) وكما ذكرنا سابقا ، (الباب الخامس) من قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ في المواد من (٧١٥ - ٧٢٩) منه ، و رغم الغاء القانون المذكور ، إلا أنه استناداً لحكم المادة (٣٣١ - أولاً) من قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ المفعول فقد أبقت على العمل بهذا الباب .

إلا أنها لم تتضمن تحديداً لمعنى الإفلاس أو مفهومه ، بل اقتصر الأمر ، في الفقرة (١) من المادة (٥٦٦) من قانون التجارة لسنة ١٩٧٠ ، على أنه (كل تاجر توقف عن دفع دينه التجاري يعتبر في

حالة افلاس ويشهر افلاسه بحكم يصدر بذلك) ، أما المادة (٧١٥) من نفس القانون فقد أشارت إلى انه (فيما عدا شركات المحاصة يجوز إشهارإفلاس كل شركة تجارية إذا وقفت عن دفع ديونها التجارية أثر اضطراب أعمالها المالية ...) وهو الحكم الذي جاء به تعديل هذا الباب بموجب أمر سلطة الإئتلاف بالعدد (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ والمتضمن الإبقاء على هذا الباب .

أما المشرع الأمريكي فقانون الإفلاس الأمريكي العام (U.S Code 11- Bankruptcy) تتعلق بإحكام الشركات والإفراد و عند البحث في قانون الإفلاس الأمريكي لم نجد تعريفاً للإفلاس لكن ما تم ذكره هي كلمة (Bankruptcy) والتي تترجم بالإفلاس[١] .

وفي ظل هذا الواقع وبسبب عدم ورود تعريف للافلاس في التشريع العراقي ، شأنه في ذلك شأن بقية التشريعات التجارية الأخرى ، كالتشريع المصري ، فقد جرت عدة محاولات من قبل بعض الفقهاء والشراح بشأن وضع مفهوم أو تعريف للافلاس ، فمنهم من يرى :-

١- بانه عبارة عن (نظام لا يسري الا على من يحترف النشاط التجاري أي التاجر ، وأنه وسيلة خاصة للتنفيذ في الديون التجارية إذ يمكن من خلاله تصفية أموال التاجر المتوقف عن أداء ديونه التجارية تصفية جماعية لغرض توزيع المبالغ المترتبة عن هذه التصفية على الدائنيين بصورة متسأوية كي لا يتزاحم بعضهم مع بعض في التنفيذ على أموال المدين واستيفاء حقوقهم كاملة على حساب الاخرين)[٢] .

٢- أما جانب من الفقه فيعرف الإفلاس على أنه (عبارة عن نظام خاص بالتجارة وضع لدعم الائتمان التجاري لأنّه يعتبر بمثابة جزاء شديد يوقع على التاجر المدين الذي يتوقف عن وفاء ديونه التجارية ، نظراً لخطورة توقف التاجرعن الوفاء بالتزاماته في الأجل المحدد له ، وما يترتب على ذلك من ضياع الثقة)[٣] .

٣- أوأنه كما يرى أخر(نظام من صلب موضوعات القانون التجاري ويطبق على التاجر سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً بسببب توقفه عن أداء دين تجاري حال ولو كانت أمواله أكثرمن ديونه ،

---

(1) Patrick A.Murphy , Representing the Secured Chaper 11 Code Case ,Practising Law Instite,1992,p324 .

(٢) د . باسم محمد صالح ، القانون التجاري (النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع الإشتراكي)، القسم الاول، ط١ ، المكتبة القانونية، منشورات دار الحكمة، مطبعة جامعة بغداد ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٠ .

(٣) د . نوري طالباني ، القانون التجاري العراقي (النظرية العامة) ، ج ١ ، ط١، دار الطبع والنشر الأهلية، بغداد ، ١٩٧٢ ، ص ٧٠ .

والحكمة من هذا النظام هو دعم الائتمان التجاري والحفاظ على الأموال المتبقية للمفلس بغية توزيعها وقسمتها قسمة غرماء على دائنيه)[١].

٤- كما عرفه أخر بأنه (الحالة التي يكون فيها التاجر متوقفاً عن دفع ديونه التجارية ، وخضوعه لنظام خاص مقتضاه تصفية أمواله تصفية جماعية وتوزيع ثمنها على الدائنين وفقا لقسمة الغرماء)[٢]

٥- وتم تعريفه فقهياً أنه هو (النظام القانوني لتقصي أموال المدين التاجر الذي توقف عن دفع ديونه المستحقة في مواعيد الاستحقاق)[٣] .

٦- و عرف من فقيه أخر عبارة عن (نظام جماعي القصد منه الإئتمان التجاري و تحقيق المساواة بين الدائنين في توزيع أموال موجودات مدينهم التي اصيبت أعماله وماليته التجارية بالارتباك والإضطراب ، بحيث أدى ذلك إلى توقفه عن وفاء ديونه الحالة المستحقة)[٤] .

٧- بينما الفقه الأمريكي عرف الإفلاس على أنه (هو عملية قانونية اتحادية تهدف إلى مساعدة الإفراد والإزواج والشركات في الحصول على بداية مالية جديدة من خلال التخلي عن إتخاذ ترتيبات لسداد الديون التي لا يمكن السيطرة عليها)[٥] .

٨- وكما عرف بأنه (يكون وسيلة للشركات لإنهاء الأعمال و تصفية الأصول بطريقة منظمة)[٦] ،

٩- وعرف فقيهاً أنه (إجراء مصرح به إتحادياً يعفى بموجبه المدين فرداً أو شركة أو بلدية - من إجمالي المسؤولية عن ديونه عن طريق إتخاذ ترتيبات معتمدة من المحكمة لسدادها جزئياً)[٧] .

---

[١] د . طالب حسن موسى ، مبادئ القانون التجاري ، ط ١ ، بدون أسم مطبعة ، بغداد ، ١٩٧٤ ، ص٥٢ .

[٢] د . عبد الحميد الشواربي ، الإفلاس في ضوء القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، منشأة المعارف للنشر ، الإسكندرية ، مصر ،٢٠١٣ ، ص ١١ .

[٣] د. حسين المصري ، الإفلاس ، ط١ ، مطبعة حسان ، القاهرة ، ١٩٨٨ ، ص ٣ .

[٤] د .الياس نصيف ، الكامل في قانون التجارة (الإفلاس) ، الجزء الرابع ، الكتاب الإول ، منشورات عويدات، بيروت ، ١٩٨٦ ، ص١٤

[5] Louis Edward Leventhal,The Early History of Bankruptcy Law ,University of Pennsylvania Pennsylvania Law Review and AAmerican Law Register, vol 66, no 5/6,1981,PP225.

[6] Elizabeth Warrant,Bankruptcy policy, The university of Chicago Law Review, Volume 54 Number 3 Summer,1987,PP786-788.

[7] Max Radin, The Nature of Bankruptcy, University of Pennsylvania Law Review,Vol 89 November,1940,No.1 P1 .

من مجمل هذه التعاريف والاراء التي أوردها بعض الفقهاء بهذا الشأن يتضح لنا بأن نظام الإفلاس بمعناه العام يقوم على أسس ومبادى قانونية متعددة ، فهو نظام خاص لا يسري إلاّ على التجار الذين يحترفون العمل التجاري ومستمرين به دون توقف نشاطهم ، ووسيلة من وسائل التنفيذ على الديون التجارية فقط دون المدنية ، وأنه جزاء يتم إيقاعه على التاجر الذي يتوقف عن الوفاء بديونه عند حلول آجالها ، أما تحديد تعريف الإفلاس المصرفي فقد بينه البعض بأنه (توقف المصرف عن دفع ديونه لعجزه حقيقياً عن الوفاء بها حالا)[١] في حين عرف البعض الآخر الإفلاس المصرفي (على أنه حالة تعثر مالي أو إداري في داخل المنظومة المصرفية ناتجة عن التوقف عن دفع الديون المستحقة في موعدها للمودعين أو العملاء أو الغير و يؤدي إلى تقليل نسبة رأس المال المصرح به أو تكون موجودات المصرف أقل من مطلوباته بحيث لا يستطيع ممارسة نشاطه)[٢] .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن هذا الإفلاس لا يتم الإ إذا تحققت شروط تحقق الإفلاس المصرفي أو أسس إقامة دعوى الإفلاس (إستناداً لنص المادة (٧٢) من قانون المصارف العراقي النافذ ، و هي بحسب تحديد قانون المصارف الحالات الآتية :-

أولاً- عدم وفاء المصرف بإلتزاماته المالية عند أستحقاقها : -

تمثل هذه الحالة سبباً موجباً أوجده المشرع العراقي لأمكانية رفع دعوى الإفلاس المصرفي على أعتبار تحقق حالة الإفلاس للمصرف ، ويلاحظ إن المشرع قد أستخدم عبارة (عدم وفاء) ، وهي عبارة مرنة في معناها ، وذلك لأن عدم الوفاء يعني عدم الدفع ، والسؤال هنا هو هل أن مجرد عدم الدفع أو الوفاء يكون سبباً كافياً أو موجباً لإفتراض تحقق إفلاس المصرف ؟ فقد يمتنع المصرف عن الدفع مع أنه يملك القدرة عليها ، لهذا فأننا نرى أن الأدق إن الإفلاس يتحقق في حالة عدم القدرة على الوفاء و ليس مجرد (عدم الوفاء) بالالتزامات المفروضة .

هذا من جهة ومن جهة أخرى نجد أن المشرع العراقي قد حدد نطاق ما لا يتم الوفاء به من الإلتزامات المالية وهي تشمل بمفهومها العام كل ما يترتب بذمة المصرف عليه وليس له[٣] ، ولكنه أردف معه عبارة (بما فيها الودائع عند استحقاقها) ، وهي إضافة نعتقد أنها زائدة ولا حاجة لها ،

---

[١] أسار فخري ، التعثر المالي للمصرف و أساليب المعالجة ، بحث منشور في مجلة الدراسات الاقتصادية الصادرة عن البنك المركزي العراقي العدد (٢) ، ٢٠١٧ ، ص ٥ .

[٢] علاء حسين هزاع ، النظام القانوني للإفلاس المصرفي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة ذي قار ، ٢٠٢٠ ، ص ١٣

[٣] د . زينة غانم الصفار ، مصدر سابق ، ص ٨٣ .

وذلك لأن الودائع هي (مبلغاً نقدياً يدفع لشخص سواء أكان مثبتاً بقيد في سجل أم لا للشخص المستلم للمبلغ بشروط تقتضي سداد الوديعة أو تحويلها إلى حساب أخر بفائدة أو بعلاوة أو بدون فائدة أو علاوة ، أما عند الطلب أو في ظروف يتفق عليها المودع وذلك الشخص أو يتفق عليها نيابة عنهما)[١] ، إلا أنه وأشتقاقاً من ذلك يعني أن الودائع هي أصلاً ديون مترتبة بذمة المصرف لأصحابها ، وهو ملتزم بردها ، ومن ثم فأن إدراجها مع النص هو زيادة حتى و أن حددها أكثر بأنها الودائع المستحقة ، لأن من المنطقي بأن الودائع قبل تاريخ استحقاقها لا تعد ديناً واجب لسداد يترتب على عدم الوفاء به ثبوت إفلاس صاحبه .

ثانياً- إذا حدد البنك المركزي إن رأس مال المصرف يقل عن ١٠% من رأس المال المطلوب [٢] :-

يقصد برأس المال (المقدار الذي يملكه المصرف والذي يتناسب مع حجم المخاطر والعائد المطلوب في ضوء طبيعة النشاط المصرفي ، و حجم الودائع و نوعها لتحقيق الإمان والثقة لجمهور المتعاملين مع المصرف من خلال قدرة رأس المال على سحب مخاطر الإنشطة المصرفية ، فضلاً عن السماح للمصرف بالأستمرارية في عمله)[٣] ، و تتجلى أهمية رأس المال هنا بأنه الوسيلة التي يستطيع من خلالها المصرف أن يزاول أنشطته أو أعماله المصرفية التي تأسس من أجلها و ذلك من خلال تأمينه لأمرين ، الأول أن رأس المال يعد الضمان العام لدائني المصارف ، و لهذا كلما كان هذا الضمان موجوداً و قوياً كان عاملاً مؤثراً في زيادة قوة هذا المصرف في التعامل مع العملاء من خلال ثقتهم به و زيادة إيداعاتهم لديه ، على أعتبار أنها مضمونة تماماً ، أو أقرب إلى ذلك ، أستناداً إلى رأس المال الكبير الذي لدى المصرف ، اما الأمر الثاني فأن كبر حجم رأس المال يساعد المصرف في التوسع في أنشطته الأساسية وهي الأقراض للجمهور مما يترتب عليه زيادة الأرباح المتأتية بسبب الفوائد الناتجة عن هذا الإقراض[٤] .

---

[١] ينظر المادة (١) من قانون المصارف العراقي النافذ .

[٢] تم تعديل النسبة المنصوص عليها في المادة (٧١ / ب) من قانون المصارف من ٢٥ % الى نسبة أقل هي ١٠ % من رأس المال ، و لكن هذا التعديل شمل النسبة للمصارف العراقية فقط دون المصارف الأجنبية ، ينظر كتاب البنك المركزي / قسم مراقبة المصارف التجارية ، العدد ٩ / ٢ / ٤٢٠ في ١٣ / ١١ / ٢٠١٨ .

[٣] د . عبد الحسين جليل الغالبي و د . كاظم سعد الإعرجي، أساسيات النقود و البنوك ، ط١ ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٦، ص ١٦٤ .

[٤] أحمد علي يوسف قوقزة ، شهر الإفلاس و أثرها على المدين المفلس ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الإسلامية في لبنان ، كلية الحقوق ،٢٠٠٨ ، ص ١٣٠ .

ولهذا فأننا نجد أن المشرع قد تدخل في تحديد المعيار الذي ينبغي أن يتوافر حده الأدنى في مقدار رأس مال أي مصرف ، إذْ نجد أن المشرع العراقي قد ذكر في المادة (١/١٦) من قانون المصارف و التي نصت على أنه (يحتفظ كل مصرف في جميع الأوقات برأس مال يشمل رأس ماله السليم وإحتياطياته السليمة في العراق لا تقل قيمته عن ما يعادل ١٢ % من القيمة الاجمالية لموجوداته المحددة على اساس مراعاة عنصر المخاطرة أو أي نسبة مئوية أعلى من ذلك أنظمة صادرة عن البنك المركزي العراقي بحيث يتكون ما لا يقل عن نصف رأس المال هذا من رأس مال أساسي ، ولأغراض تطبيق هذا الشرط يعرف البنك المركزي العراقي معنى رأس المال ورأس المال الأساسي والإحتياطيات وفئات موجودات المخاطر في انظمته ، ويكون تعريف وتحديد رأس المال الاساسي والإحتياطيات والموجودات متفقاً مع المعايير الدولية)[١] ، على اعتبار أن هذا المبلغ يمثل الحد الأدنى من ضمان دائني المصرف .

ولهذا فأن من المنطقي أن هبوط هذا المبلغ إلى هكذا نسبة هو امر يهدد ضمان الدائنين ويجعل مسألة محاولتهم الحفاظ على حقوقهم ذات أولوية لديهم[٢] ، لهذا نجد ان المشرع قد اجاز أن يقدم ألتماس برفع دعوى الإفلاس أما البنك المركزي أو (٣) من الدائنين و أن على محكمة الخدمات المالية أن تقبله و تقرر تبعاً له فرض الحراسة القضائية متى ما أنخفض رأس مال المصرف إلى أقل من ١٠% منه .

٣- إذا حدد البنك المركزي أن قيمة موجودات المصرف تقل عن قيمة مطلوباته : -

في البدء لا بد من الإشارة إلى أن المقصود بموجودات المصرف هي (الموارد المالية المتاحة لدى المصرف و التي تتمثل بالعمليات المالية داخل و خارج ميزانية المصرف و تتمثل بما لديه من أموال و ما له من حقوق على الغير من أفراد و مؤسسات)[٣] ، أما المطلوبات فهي (أية ديون و إلتزامات على المصرف في لحظة زمنية معينة تجاه الغير من أفراد و مؤسسات بوصفة شخصية معنوية مستقلة عن مالكيه و عملائه)[٤] ، والمطلوبات بهذا المعنى هي غير الخصوم المالية على المصرف ،

---

[١] حددت المادة (١٤/ ١) من قانون المصارف الحد الأدنى لرأس مال المصارف بميلغ ١٠ مليار دينار، الإ أن هذا المبلغ قد تم تعديله من قبل البنك المركزي بموجب الصلاحيات المخولة له والذي رفعه لمبلغ (٢٥٠) مليار بموجب القرار الصادر منه بالعدد ٩/ ١٤٤٥ في ٢٢ / ٢ / ٢٠١١ .

[٢] د . زكريا يونس أحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٢٠ .

[٣] د . عبد الحسين جليل الغالبي و د . كاظم سعد الأعرجي ، مصدر سابق ، ص ٨٩

[٤] د . فادي حسن جبر ، إدارة المؤسسات المالية ، ط١ ، دار الرياحين للنشر و التوزيع ، ٢٠١٨ ، ص٩١.

لأن الخصوم هنا هي أوسع من المطلوبات وذلك لأن المطلوبات هي الديون و الإلتزامات المستحقة و المطلوب تنفيذها[١] ، أما الخصوم فهي تشمل تلك الديون بالأضافة إلى الديون غير المستحقة بعد [٢] . و كما يلاحظ أن المشرع العراقي في هذه الحالة لم يحدد النسبة التي ينبغي أن تقل فيها الموجودات على المطلوبات ، و هو ما كان ينبغي عليه ملاحظته و تحديده ، لأن أطلاق النص هنا يمكن أن يفهم منه أن أي فارق بينهما يعد كافياً لفرض الإفلاس على المصرف ، مع العلم أنه لا يمكن أن يكون مجرد وجود فارق بحد ذاته سبباً موجباً لإعتبار المصرف متعثراً في سداد ديونه ، للقول بإمكانية فرض الحراسة عليه بسبب كونه مفلساً .

هذا من جهة و من جهة أخرى نعتقد أنه كان يمكن للمشرع أن يكتفي بالحالة التي أوردها في الفقرة الأولى من المادة (٧١) من قانون المصارف والتي حددت أمكانية قبول دعوى الإفلاس المصرفي بحالة عدم وفاء المصرف بإلتزاماته المالية ، لأن هذه الحالة يمكن أن تنضوي تحتها الحالة التي نحن بصدد شرحها على أعتبار أن كون موجودات المصرف أقل من مطلوباته ستجعله غير قادر على الوفاء بإلتزاماته المالية المستحقة .

٤- إذا قرر البنك المركزي توافر أساس من أسس فرض الوصاية على المصرف :-

إنّ المقصود بالوصاية في نطاق المصارف ، لم نجد في القانون العراقي تنظيماً لها ، الإ حين صدور قانون المصارف لسنة ٢٠٠٤ من قبل سلطة الإئتلاف المؤقتة في العراق(المنحلة) بموجب أمرها المرقم (٩٤) الصادر في ٧ / ٦ / ٢٠٠٤ ، فبعد صدور قانون المصارف ، أصبحت للوصاية على المصارف أحكام خاصة بها ، نظم خلالها المشرع المسائل المتعلقة بالوصاية ، كتحديد الحالات التي تفرض فيها الوصاية والمدة التي تستغرقها، وتحديد الجهة التي تفرضها ، وحق المصرف في مواجهة قرار فرض الوصاية قضائياً ، وبيان السلطات التي يتمتع بها كل من الوصي والبنك المركزي العراقي في إدارة المصرف في فترة الوصاية ،ووضع الضوابط القانونية لعملية إعادة تنظيم المصرف ، وتحديد الحالات التي تنتهي فيها الوصاية ،وغيرها من المسائل ، ومع وجود تلك الأحكام التفصيلية بخصوص الوصاية في قانون المصارف، إلا أنه جاء خاليا من وضع تعريف لها وبهذا الصدد ، حاول البعض بيان مفهوم الوصاية في نطاق المصارف ، حيث وصفها بأنها (إجراء

---

[١] د. عوض فاضل إسماعيل ، النقود والبنوك ، دار السيسبان للطباعة ، بدون مكان طبع ، بدون سنة طبع ، ص٣١٢.

[٢] د. عبد الحسين جليل الغالبي و د.كاظم سعد الإعرجي ، مصدر سابق ، ص٩٠ .

مؤقت لتحقيق غاية معينة)[١] ، في حين وصفها فقيه آخر بأنها (إجراء إداري ، الغاية منها التعرف على طبيعة المشاكل التي يعاني منها المصرف وإيجاد الحلول اللازمة بأسرع وقت)[٢] ، كما أن العلاقة بين الوصاية على المصارف والإفلاس علاقة وثيقة و ذلك من حيث السبب القانوني فرض الوصاية على المصرف من جهة ، حيث للإفلاس أثر يترتب على فرض الوصاية من جهة أخرى[٣] ، و يتبين لنا أن المشرع أوجب فرض الوصاية على كل مصرف تقدم دعوى لإشهار إفلاسه أمام محكمة الخدمات المالية ، وهذا الأمر يكتنفه الغموض وعدم الدقة ، و ذلك لما تثيره معالجة المشرع لها من تساؤلات يمكن أن يكون أبرزها هو ، إذا كان فرض الوصاية سبباً كافياً لقبول دعوى إفلاس المصرف و فرض حراسة قضائية عليه ، فهل هذا الأمر يشمل حالات فرض الوصاية الجوازية والوجوبية على حد سواء ؟ ، كما إننا نلاحظ أن هناك تداخل في النصوص التي تطرقت للوصاية و للإفلاس المصرفي ، إذْ إنّ المادة (٦٦/ج) من قانون المصارف قد نصت على أنه تنتهي الوصاية عند تعيين حارس قضائي ، في حين أن المادة (٧٣) من القانون ذاته قد بينت أنه عند قبول دعوى الإفلاس يتم تعيين وصي على المصرف بمجرد تحقق ذلك ، مع أنه بمجرد قبول دعوى الإفلاس يتم تعين حارس قضائي بموجب المادة (٧٨) من القانون ذاته أيضاً ، وهي تداخلات كان ينبغي على المشرع ملاحظتها لرفعها و توضيح تسلسلية الإجراءات القانونية ، و تحديد أيهما سبباً للآخر أو نتيجة عنه .

الفرع الثاني

خصوصية إحكام الإفلاس المصرفي

بعدما ما تطرقنا إليه من تعريف للإفلاس المصرفي ، تبين لنا أنه يماثل الإفلاس بمعناها العام من حيث المفهوم إلاّ أن المدين الذي يفرض عليه هو مصرف ، وأشتقاقاً من الطبيعة الخاصة للمصارف

---

(1) Ernesto Aguirre, Legal, Institutional and Regulatory Framework to Deal with Banking Resolution and Insolvency - A Review of the CZECH Case, 2005, p. 24.

(2) Edward R. Morrison, Is The Bankruptcy Code an Adequate Mechanism for Resolving the Distress of Systemically Important Institutions?, Columbia Law and Economics Working Paper, Volume 82, No. 362, December 2009, p. 457.

(٣) د.حمزة فائق وهيب الزبيدي ، محمد هاشم محسن الحسني ، دور السلطات الإشرافية في حماية النظام المالي- الوصاية أنموذجاً ، المجلد العاشر ، العدد ٣٠ ، الفصل الأول ، بحث منشور في مجلة الدراسات المحاسبية والمالية تصدر عن المعهد العالي للدراسات المالية والمحاسبية ، ٢٠١٥ ، ص ٣٨ .

ولأنشطتها المصرفية ، لهذا وجدنا أن المشرع قد أستثنى هذا النظام من تطبيق الأحكام العامة المطبقة على الإفلاس عموماً ، مما يقتضي معه القول بأنه يمتاز بخصائص معينة تميزه عن الإفلاس عموماً ، و هي التي سيتم بيناها في أدناه : -

أولاً- الإفلاس المصرفي نظام خاص يطبق على المصارف الخاصة[١] **:-** بعد أن أصبحت الحاجة ملحة لإنشاء مؤسسات تهتم بممارسة النشاط المصرفي فقد سعت التشريعات إلى ضرورة حماية مصالح

تلك المؤسسات من جهة ويضمن حقوق المتعاملين معها من جهة أخرى[٢] .

فحرص النظام الاقتصادي لكثير من الدول إلى وضع نظام قانوني خاص بتلك المصارف وأن كانت تلك المصارف تتمثل بكونها احد اشكال الشركات التجارية ، إلاّ أن نطاقها التجاري في ممارسة النشاط المصرفي أوسع من نطاق الشركات التجارية بل يتعداها ليكون مؤسسة مصرفية[٣] .

فوضعت خصوصية إلى إحكام تلك الشركات ، ووضعت سلطة رقابة عليا غالباً ما تكون مستقلة لمراقبة عمل تلك المصارف كالبنوك المركزية و المصارف الخاصة ، إلا أنه وعلى الرغم من هذا التنظيم القانوني ، إلا أن بعض القوانين ابقت على القواعد العامة المفهوم التوقف عن الدفع وقواعد الإفلاس المنصوص عليها بقوانين التجارة سارية على المصارف الخاصة[٤] . و البعض الأخر افرد نصوصاً لإفلاس المصارف الخاصة حرصاً منه للحيلولة دون وقوع حالة إشهار المصرف و أنقاذ تعثراته الإدارية والمالية فلا يمكن طلب إفلاس المصرف إذا ما توقف عن دفع ديونه المستحقة ويمكن طلب إفلاس المصرف في حالة توقفه عن دفع ديوناً السلطة الرقابية العليا المتمثلة بالبنك

---

[١] المصرف : وحسب المادة (١) من قانون المصارف العراقي النافذ هو (شخصاً يحمل ترخيص او تصريح بمقتضى القانون لمباشرة الأعمال المصرفية بما في ذلك شركة حكومية منشأة وفق أحكام قانون الشركات الحكومية رقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧.) .

[٢] د. فؤاد مرسي ، النقود والبنوك ، ط١ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٥، ص١٤٣.

[٣] د. مصطفى كمال طه ، عمليات البنوك ، دار الفكر الجامعي ، إلاسكندرية ، ٢٠٠٥، ص٨.

[٤] د. ئالان بهاء الدين عبد الله ، التنظيم القانوني للتأسيس المصارف الخاصة ، مصدر سابق ، ص ١٩.

المركزي[١] .

أما المشرع العراقي في تعامله مع موضوع افلاس المصارف فقد أنتهج منهج المشرع الأمريكي ، وهذا المنهج الجديد في تنظيمه فصل بين افلاس المصارف عن تنظيم افلاس الشركات الأخرى ، وبعبارة اخرى فأن قانون المصارف العراقي تضمن أحكاماً قانونية لمعالجة المؤسسات المصرفية بشكل مغاير عن تلك التي نظمها الباب الخامس من قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠، المعني بتنظيم احكام افلاس التاجر الشخص الطبيعي والمعنوي ، عندما استثنى في المادة (٥٦٤) افلاس المصارف منه[٢] ، وكذلك ما جاء في نص المادة (٧٠) من قانون المصارف حينما نصت لا ينطبق على المصارف قانون الإفلاس ولا أي أحكام تعدل قانون الإفلاس أو تحل محله كليا أو جزائياً) ، وكذلك الحال في المادة (١٠٧)[٣] ، وعلى هذا الأساس لا يمكن أن ينطبق نظام الإفلاس المصرفي إلا على المصارف .

أن الإفلاس المصرفي يطبق على من حصل على ترخيص من السلطة المختصة ، لقد اتفقت جميع التشريعات على أن الشركات التجارية تحتاج إلى أذن لممارسة اعمالها ولابد من تسجيلها لدى مسجل الشركات ، وأن الشخصية المعنوية للشركة تكتسبها من تاريخ صدور شهادة تأسيسها[٤] . إلا

---

[١] من القوانين التي ابقت على القواعد العامة للإفلاس التي تحكم الشركات وتطبق كذلك على المصارف الخاصة القانون المصري في قانون التجارة رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ المعدلة بقانون الهيكلة والتنظيم والصلح الواقي والإفلاس رقم ١١ لسنة ٢٠١٨، والقانون الكويتي في قانون رقم ٦٨ لسنة ١٩٨٠ والقانون الأردني في قانون التجارة رقم ١٢ لسنة ١٩٦٦المعدل لسنة ٢٠١٨، أما القوانين التي افردت نصوص خاصة للإفلاس المصرفي القانون اللبناني بالقانون رقم ٢/٦٧ المعدل بقانون ٩١/٠١١ وقانون المصارف العراقية رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ .

[٢] نصت المادة (٥٦٤) من الباب الخامس من قانون التجارة لسنة ١٩٧٠ على أن (يستثنى من احكام هذا الباب التجار الحاصلين على ترخيص واذن للممارسة النشاط المصرفي أو أي اعمال مصرفية اخرى).

[٣] نصت المادة (٢/١٠٧) من قانون المصارف النافذ على (يسرى هذا القانون في حال وجود تعارض بينه وبين أي حكم من أحكام أي قانون عراقي اخر).

[٤] وعليه فأن الشخصية المعنوية للشركة المساهمة تبدأ من تاريخ صدور شهادة تأسيس الشركة من المسجل، فالمادة (٢٢) من قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل النافذ نص على أن ((تكتسب الشركة الشخصية المعنوية من تاريخ صدور شهادة تأسيسها))، لأن هذه الشركات بحاجة إلى الإجازة لبدء نشاطها ، ذكره : د. اكرم ياملكي، الشركات التجارية (دراسة مقارنة) ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، ط١، اربيل ،٢٠١٢، ص٧٧ وينظر د. اسامة نائل ، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس ، دار الثقافة للنشر، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٣، ص ٢٤٣ .

أن هذا الأجراء لا يكفي في النظام المصرفي فلا بد من حصول الشركة على ترخيص لممارسة هذا النشاط لذا فالترخيص المصرفي (عبارة عن موافقة البنك المركزي على الطلب المقدم إليه من قبل الشركة لتأسيس مصرف و ممارسة نشاط مصرفي و حسب توفر شروط محددة في القانون وغالباً ما تنص عليها اللوائح و الأوامر الملحقة للبنك المركزي)[١] .

ومن هذا فأن المشرع العراقي منع أي شخص من ممارسة النشاط المصرفي سواء للمصارف الوطنية أو الأجنبية أو الفروع ، بدون الحصول على ترخيص من البنك المركزي العراقي و أعتبر ذلك مخالفة لا بد من ازالتها[٢] .

ثانياً- من حيث إدارة الإفلاس :- بدأت اغلب الدول تتعامل مع الإفلاس المصرفي على أنه إجراء إداري و ليس قضائياً ، من خلال إسناد سلطة قرار إعادة هيكلة المصرف أو إعادة تنظيمه و الإستمرار بنشاطه أو إعلان حالة افلاسه للسلطة العليا المشرفة والمراقبة على عمل هذه المصارف الخاصة ، فيتم تعين الوصي أو الحارس القضائي (امين التفليسة) من خلال تلك السلطات الرقابية ، وليس للجهة القضائية إلا دور الأشراف والتوجيه على تلك الإجراءات[٣] ، وهذا ما توجه إليه المشرع الأمريكي والمشرع المصري في القوانين الخاصة بها والمتعلقة بالمصارف الخاصة[٤] . فالمشرع العراقي جعل تلك السلطة إلى البنك المركزي العراقي كما هو الحال في مؤسسة تامين الودائع الفدرالية الأمريكية التي خول لها سلطة ابطال ميثاق المصرف وإنهاء سيطرة المساهمين ، وازالة الإدارة العليا لذلك المصرف من خلال تعين الوصي أو الحارس القضائي دون تدخل قضائي ، فللبنك المركزي العراقي وحده سلطة اعادة تنظيم المصرف أو تصفيته أو إشهار افلاسه من

---

[١] لقد عرفت المادة (١) من تعليمات رقم (٤) لسنة ٢٠١١ لتسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ الترخيص بأنه (وثيقة ترخيص صادرة من البنك المركزي العراقي للمصارف والمؤسسات غير المصرفية وفقًا لأحكام المادة (٤) من هذا القانون) ، إلا أن ما يؤخذ على نصوص هذه التعليمات أنها قد أطلقت تسمية ترخيص للمصارف المحلية في حين اشارت الى عبارة اجازة للمصارف الأجنبية ، فحبذا لو تم توحيد العبارة في تلك النصوص .

[٢] ينظر الفقرة (أ) من المادة (٣) و ينظر الفقرة (١،٢) من المادة (٣/٥٧) من قانون المصارف العراقي النافذ.

[٣] ينظر في ذلك علي طابع عبد الغني ، الوسائل القانونية لإعادة هيكلة المصارف ، اطروحة دكتوارة مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد، ٢٠١٦، ص٧٦.

[٤] ينظر المادة (٣١-٣٥) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ والمادة (١٢) من قانون النقد والتسليف و إنشاء المصرف المركزي اللبناني بالمرسوم الإشتراعي رقم (١٣٥١٥) لسنة ١٩٦٣ و **(e)Insurance Fundse &1821 12U.S Code**) من قانون الإفلاس العام الأمريكي .

جانب واحد ، فليس للدائنين أو المساهمين أو الإدارة في المشاركة في ذلك القرار إلا بقدر محدود لا يرتقي إلى القرار الذي يتخذه البنك المركزي[١] .

ثالثاً- حجية أحكام الإفلاس المصرفي :- فنفاذ قرار الإفلاس المصرفي يطال الغير من خلال ابطال التصرفات القانونية التي اجراها المصرف وكذلك الغاء العقود أو اجزاء من تلك العقود المستمرة التي اجراها المصرف مع الغير وغيرها من قبل الحارس القضائي ، فالمتعاقد الأخر مع المصرف لم يكن طرفاً أو سبباً في الإفلاس إلا أن نفاذ الإفلاس يؤثر على حقوقه مع حق المطالبة بالتعويض[٢] .

حيث وفقاً القواعد العامة أن الأحكام القضائية بصورة عام تمتع بحجية نسبية ، فلا يمتد أثرها إلاّ لمن كان طرفاً في الخصومة ، كما لا تتعلق إلا بالشيء موضوع النزاع ، أما الإفلاس فيتميز بحجيته المطلقة بحيث يتجاوز اطراف النزاع فلا يشمل المدين أو الشركة المفلسة أو الدائن طالب الحق ، بل أن الحكم بالإفلاس يشمل جميع الدائنين حتى من لم يكن طرفاً بالدعوى سواء كان دائن أو من الغير[٣] ، يعتبر الغير في القانون التجاري ذلك الدائن أو المتعامل أو المتعاقد مع المدين ، ولم يعتبر المشرع الغير ذلك الطرف الأجنبي عن الاتفاق[٤].

خامساً- أحكام الإفلاس المصرفي من النظام العام :- أن قواعد الإفلاس هدفها زيادة الثقة والائتمان من افلاس المصارف و هو تحقيق العدالة والتوازن بين المصالح المتعارضة المتمثلة بمصالح الدائنين والمصرف بصورة خاصة ومصالح المجتمع بصورة عامة . لذا نجد أن احكام الإفلاس المصرفي هي قواعد أمرة لا يمكن مخالفتها أو الإتفاق على مخالفتها من خلال النصوص التشريعية التي افردها المشرع العراقي في قانون المصارف النافذ وقانون البنك المركزي ، فالمشرع أوكل

---

[١] د.زينة غانم الصفار ، افلاس المصرف في ضوء القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الموصل ، المجلد٩ ، العدد٣٣ ، ٢٠١٧.
، ص١٥٩.

[٢] د. زكريا يونس احمد ، الأحكام الجديدة إفلاس المصارف ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة تكريت ، مجلد ٧ ، ٢٠١٥ ، ص٤٣٣.

[٣] د. محمد علي سويلم ، المنازعات العملية للإفلاس دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، الطبعة الأولى ، الإسكندرية ، ٢٠١٣ ، ص١١٧.

[٤] د . مبروك بن موسى ، حماية الغير في مجلة الشركات التجارية ، مركز الدراسات القانونية والقضائية بالاشتراك مع كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة تونس ٢٠٠١ ، ص ٣٠.

نظام رقابي مزدوج متمثل بالبنك المركزي الجهة المشرفة على ممارسة النشاط والجهة القضائية متمثلة على أساسهما يقوم النشاط التجاري والذي يعتبر الركيزة الأساسية للاقتصاد الوطني[١].

فيلاحظ أن أحكام قانون المصارف وقانون البنك المركزي نصوص خاصة قد قيدت جميع القوانين الأخرى التي تتعارض معها وهذا ما أكده القسم الثالث من قانون المصارف النافذ ، و القسم الخامس من قانون البنك المركزي العراقي النافذ[٢] .

يتبين لنا مما تقدم أن القوانين تسعى لهذا الغرض هو تحديث النظام المصرفي و تأسيسها بشكل يتسم بالأمان والسلامة ، ويقوم على المنافسة ويكون متاحاً للجميع من أجل توفير أساس للنمو الإقتصادي وتطوير الاقتصاد الوطني لجذب المخاطر التي تواجه النظام المصرفي ، لذا فأن أحكام الإفلاس المنصوص عليها بقانون المصارف لا تنسجم إلاّ وفق نظام قانوني قد خط اساسه مسبقاً من بل الجهات المسيطرة على ذلك العمل ، وهذا لا نلمسه مع النشاطات الأخرى فالمصارف غير المرخصة لا يمكن أن يطبق عليها نظام الإفلاس المصرفي بل يمكن أن يطبق الإفلاس العام ، أوقد تتعرض إلى عقوبات جزائية إذا ما مارست العمل المصرفي بدون ترخيص.

المطلب الثاني

دعوى الإفلاس المصرفي

إن إقامة دعوى الإفلاس هي إجراء من قبل محكمة الخدمات المالية بناءً على طلب الدائنين حيث يجوز إقامة دعوى الإفلاس من قبل (٣) دائنين أو أكثر للمصرف وفق المادة (٧٢) من قانون المصارف العراقي النافذ أو الجهة المختصة بتنظيم ورقابة النشاط الذي يمارسه المدين ، في حال اضطراب أوضاع المدين المالية أو تعثره أو إفلاسه ، ويمكنه من العمل على تسوية أوضاعه مع

---

[١] د. ابراهيم الشلبي ، التنظيم القانوني للإفلاس في التشريع والقضاء وفق احكام قانون التجارة الجديد رقم (١٧) ١٩٩٩، الجزء الأول ، عين الشمس للنشر، مصر ، ٢٠٠٠، ص١٦.

[٢] نصت الفقرة (٢) من القسم الثالث من قانون المصارف العراقي النافذ على (أي نص في القانون العراقي لا ينسجم مع هذا الأمر أو قانون المصارف لسنة ٢٠٠٤ وملحقة (أ) يعلق هنا للمدى الذي لا ينسجم فيه مع هذا الأمر) ، كما نص القسم الخامس من قانون البنك المركزي العراقي النافذ على (يتم بموجب هذا الأمر تعليق أي نص في القانون العراقي لا يتماشى مع الأحكام الواردة في هذا الأمر والملحق(أ) المرفق به وذلك بقدر تماشيه مع الأحكام المذكورة).

دائنيه بناء على مقترح تسوية يعتمد وفق آلية حددتها قوانين المصارف . ويستمر المدين خلال فترة الإجراء في إدارة أعماله ونشاطه ولا تغل يده ، وذلك دون الإخلال بمقترح تسوية الديون.

ويتسم هذا الإجراء بإمكانية إلزام بعض الدائنين بمقترح التسوية وإن لم يوافقوا عليه ، وذلك عند تحقق الشروط الواردة في قوانين المصارف ، كما يتيح هذا الإجراء تعليق مطالبات الدائن تجاه المدين بناء على قرار يصدر من المحكمة المختصة ، وذلك لتمكين المدين من تصحيح أوضاعه وفق مقترح التسوية ، ويجوز للمحكمة رفض طلب المدين بهذا الإجراء إذا ظهر لها عدم مناسبته للمدين أو عدم صحة الطلب أو سوء نية المدين ، و يختلف عن إجراء التسوية الوقائية في كونه يمنح دوراً أكبر للدائن والمحكمة خلال الفترة التي يخضع فيها المدين للإجراء ، و من ذلك غل يد المدين عن إدارة أعماله خلال هذه الفترة من خلال تعيين وصي أو حارس قضائي حيث لكل واحد دوره الخاص في مرحلة معينة ، إذ يبدأ دور الحارس القضائي عند انتهاء دور الوصي ، إذْ يتولى الإدارة خلالها لإعادة التنظيم المالي للمصرف أو تصفيته قسرياً في الحالات التي يصعب على المصرف الوفاء بالتزاماته مع العملاء أو الغير و من أجل بيان كيفية أقامة دعوى الإفلاس المصرفي فلا بد علينا من تقسيم هذا المطلب على فرعين ، حيث سنتناول في هذا المطلب الفرع الأول ، المحكمة المختصة بنظر دعوى الإفلاس المصرفي و في الفرع الثاني إجراءات إقامة دعوى الإفلاس المصرفي .

الفرع الأول

المحكمة المختصة بنظر دعوى الإفلاس المصرفي

إنّ المحاكم المختصة بقضايا الإفلاس ، كانت تخضع جميع المسائل المتعلقة بالأعمال التجارية ومنها الإفلاس إلى محكمة البداءة ذات الاختصاص المدني على اعتبار وحدة الاختصاص النوعي للنظر في جميع المسائل المدنية والتجارية على حد سواء ، حيث تنص المادة (١/٥٧٣) من باب الإفلاس النافذ في قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠ على : (تختص محكمة البداءة التي يقع ضمن دائرتها مركز اعمال المدين الرئيسي بإشهار الإفلاس . وفي الأحوال التي يكون فيها المدين ..... شركة مساهمة.... يتم نظر الدعوى من قبل قاضي البداءة المحدد للنظر في دعاوى الإفلاس...) ، هذه المادة جاءت مؤكدة لما أورده المشرع في قانون المرافعات رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ المعدل في المادة (٣٢) بأنه تختص محكمة البداءة بالنظر فيما يأتي: ٢- دعاوى الإفلاس وما ينشأ عن التفليسة وفق الاحكام المقررة في قانون التجارة. ٣- دعاوى تصفية الشركات وما ينشا عن التصفية وفق

الأحكام المقررة في قانون الشركات)[١]. إلاّ أن أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ قد ألزم السلطة القضائية ومن أجل تطوير الإجراءات القضائية المتعلقة بمنازعات الدين بتخصيص قاضي بداءة واحد أو أكثر في كل محافظة للنظر في الدعاوى الناشئة عن طلبات شهر الإفلاس والصلح الواقي[٢]

وأعلاه هو ما يتعلق بإفلاس الشركات والمحكمة المختصة بالنظر في دعاوى إفلاسها ، حيث إنّ المشرع قد عالج المسائل المتعلقة بإفلاس المصارف في تنظيم قانوني مختلف من حيث المحكمة المختصة ومن حيث الاحكام المنظمة التي أوردها قانون المصارف حيث نصت المادة (٦٣) من قانون البنك المركزى العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ على إقامة محكمة يطلق عليها محكمة الخدمات المالية و يكون من اختصاصها مراجعة القرارات والأوامر التي يصدرها البنك المركزي العراقي[٣] ، وهي تختلف من حيث تشكيلها وأختصاصها القيمي والنوعي والمكاني عن المحاكم المدنية المعروفة الأخرى ، إلاّ أنه لا يدرجه ضمن المحاكم الإدارية أو أي وصف اخر بل هي محاكم متخصصة ، ولازالت هذه المحكمة من المحاكم التي لم ينص عليها قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩المعدل من ضمن محاكمها[٤] .

وهناك مؤشرات إيجابية لبداية إنشاء قضاء تجاري متخصص في العراق تمثل بإنشاء محكمة متخصصة بنظر بالمنازعات المالية ، وذلك نظراً للحاجة الملحة التي تفرضها ضرورات التنمية الاقتصادية الحديثة والشاملة ، حيث نص قانون البنك المركزي العراقي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ على إنشاء محكمة الخدمات المالية، في القسم الثاني عشر من قانون البنك المركزي مبيناً هيكلية المحكمة

---

[١] تم تعديل المادة أعلاه في قانون المرافعات المدنية العراقي بموجب المادة الثانية من القانون رقم (١٠) لسنة ٢٠١٦ .

[٢] ينظر القسم الثاني من أمر سلطة الائتلاف المنحلة رقم (٧٨) لسنة ٢٠٠٤ .

[٣] لقد أشارت الفقرة (٤) من المادة (١) من قانون البنك المركزي النافذ الخاصة بالتعاريف على أنه يعني مصطلح (محكمة) محكمة الخدمات المالية المنصوص عليها بالمواد التالية من هذا القانون وقد بينت المواد من (٦٣-٧١) إختصاصات المحكمة وهيأة تشكليها و طرق الطعن بقراراتها ، وللمزيد من التفاصيل عن هذه المحكمة ينظر في ذلك د. أسعد فاضل منديل ، دراسة في محكمة الخدمات المالية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، العدد الأول ، لسنة ٢٠١١ ، ص ١٦١ – ١٦٥ .

[٤] ينظر المادة (٣) من قانون التنظيم القضائي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل .

وكيفية إدارتها وسندرس المحاكم حسب تنظيمها في التشريع العراقي و في التشريعات محل المقارنة على التفصيل الآتي :

أولاً- المحكمة العراقية المختصة بنظر دعوى الإفلاس المصرفي :-

أما بالنسبة للمشرع العراقي فأن محكمة الخدمات المالية في العراق تتألف من هيأة قضائية واحدة تضم خمس قضاة برئاسة رئيس المحكمة بحيث يحق لرئيس المحكمة تشكيل أكثر من هيأة قضائية حسب حاجة المحكمة لتلك الهيأة وعدد الدعاوى التي تنظرها المحكمة. وهؤلاء القضاة الخمسة يعين وزير العدل ثلاثة منهم من العاملين بالقانون ممن لديهم خبرة عملية في مجال القضاء أو المحاماة أو تدريس القانون بالجامعات العراقية أي أساتذة القانون[١] .

إما القاضيان الآخران فيعينهما وزير المالية على إن يكون احدهما ذو خبرة بالمحاسبة بحكم الممارسة العملية كأن يكون محاسب قانوني أو مدير مؤسسة مالية حاصل على شهادة أولية بالقانون وتكون للآخر خبرة عملية واسعة في مجال المعاملات كمن يعمل بالتجارة ولديه شهادة جامعية بالقانون ، ويتم تعيين القضاة للعمل في المحكمة لمدة عشر سنوات ويجوز إعادة تعيينهم كما يحق لأي قاضي إن يستقيل في أي وقت بعد تقديم إخطار كتابي بذلك إلى وزير العدل[٢] ويحق لوزير العدل إن يقيل أي قاضي من قضاة المحكمة إذا توفر سبب من الأسباب الآتية :

١- إنه شخص غير عراقي.

٢- إنه شخص غير مناسب.

٣- يعمل كمسؤول أو كموظف أو مستشار متفرغ أو غير متفرغ بمقابل أو بدون مقابل مادي في بنك أو هيأة تخضع لإشراف البنك المركزي العراقي.

٤- يعمل كعضو في المجلس أو كموظف متفرغ أو غير متفرغ أو مستشار للبنك المركزي العراقي.

٥- يعمل كعضو في السلطة التشريعية .

٦- يعمل كوزير أو نائب وزير أو يشغل منصب رسمي كبير في الدولة.

٧- عجز عن دفع الديون المتحققة عليه وأشهرت المحكمة إفلاسه .

٨- غير قادر على القيام بمهام منصبه بسبب عجز جسماني أو عقلي استمر لفترة تزيد على ستة أشهر.

---

[١] ينظر نص الفقرة الثانية من المادة (٦٤) من قانون البنك المركزي الصادر بالأمر الائتلافي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ .

[٢] ينظر نص الفقرة السادسة من المادة (٦٤) من قانون البنك المركزي العراقي .

٩- أخل إخلالاً جسيماً بالقانون أو أساء إساءة بالغة لوظيفته أو اشترك على نحو فعال في النشاط السياسي بما يحط من سمعة المحكمة ويقلل من أهميتها كمؤسسة قضائية مستقلة ومحايدة[١] .

ولا يقال أي قاضي من منصبه في المحكمة قبل إن يعقد وزير العدل له جلسة استماع تتاح فيها للقاضي صاحب الشأن أو لممثله القانوني فرصة معقولة لعرض وجهات نظرة في هذا الشأن[٢] ، وفي حالة نقصان عدد قضاة المحكمة وحاجتها لتعيين قضاة إضافيين من أجل البت في الدعاوى المعروضة إمامها ، يحق لرئيس المحكمة تقديم طلب لوزيري العدل والمالية بزيادة عدد قضاة المحكمة عن طريق تعيين قضاة جدد[٣] ، والذي يبدو أن واضعي القانون قد تجاهلوا أسس تعيين القضاة بالقانون العراقي والتي تقضي بتعيين المتخرجين من المعهد القضائي العراقي كقضاة بالمحاكم القضائية[٤] ، ولو تأملنا قليلاً بتشكيلة هذه المحكمة لوجدناها عبارة عن جهاز تنفيذي تابع للسلطة التنفيذية بالدولة وليس للسلطة القضائية لان تعيين قضاتها يتم من قبل وزيري العدل والمالية بخلاف تعيين قضاة المحاكم القضائية الأخرى[٥] ، لذا كان من الأجدر بواضعي القانون النص على انتداب قضاة هذه المحكمة من محاكم البداءة والاستئناف ممن يمتلك خبرة قضائية في مجال المعاملات المالية والمحاسبية . ومن حيث عدد القضاة فالواقع إن القضاة الخمسة الذين تشكل بهم المحكمة ابتداءً هو عدد مبالغ فيه بعض الشيء لاسيما وأن هذه المحكمة تعد من محاكم الدرجة الأولى التي يجوز الطعن بقراراتها إمام محكمة الاستئناف ، وعليه نرى من الأفضل تقليل عدد قضاة المحكمة إلى ثلاثة قضاة بدلاً من خمسة قضاة .

ويكون وزير العدل مسؤول عن تنظيم عمل المحكمة والإشراف على إدارتها ، ويعتبر رئيس المحكمة مسؤول مسؤولية مباشرة عن إدارة المحكمة ويساعده في ذلك مجموعة من الموظفين الإداريين مثل كاتب المحكمة وموظف الشؤون الإدارية والمحاسب ، الذين يعينهم وزير العدل ويحدد واجباتهم الوظيفية ومهامهم وغير ذلك من الأحكام والشروط التي قد يحددها وزير العدل [٦] كذلك يمتلك وزير العدل سلطة وضع القواعد المنظمة التي تحكم مكان أو أماكن انعقاد المحكمة والقواعد

---

[١] ينظر نص الفقرة الخامسة من المادة (٦٤) من قانون البنك المركزي .

[٢] ينظر نص الفقرة السابعة من المادة (٦٤) من قانون البنك المركزي العراقي .

[٣] ينظر نص الفقرة الرابعة من المادة (٦٤) من قانون البنك المركزي العراقي .

[٤] ينظر نص المادة السابعة من قانون المعهد القضائي العراقي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦.

[٥] ينظر نص الفقرة الأولى من المادة (٣٧) من قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩.

[٦] ينظر نص الفقرة الأولى والثانية من المادة (٦٥) من قانون البنك المركزي العراقي.

التي تحكم الإجراءات القضائية المتبعة في المحكمة والقواعد المنظمة التي تحكم التوجيهات التي يصدرها رئيس المحكمة لدوائر المحكمة فيما يتعلق بالإجراءات المتبعة في كل دعوى ويمتلك الوزير أيضا سلطة تحديد الحالات التي تكون فيها جلسات المحاكمة سرية وغير علنية لأسباب استثنائية[١] ويقوم وزير العدل بتحديد الرواتب والمزايا الأخرى لقضاة محكمة الخدمات المالية بموجب قواعد منظمة لهذا الشأن[٢] والواضح مما تقدم إن الإشراف العام على هذه المحكمة يكون للسلطة التنفيذية من خلال وزير العدل ولا يوجد هناك أي دور بالرقابة والإشراف للسلطة القضائية وهذا ما يؤثر سلباً على استقلالية المحكمة[٣] ويخل بمبدأ الفصل بين السلطات الثلاث التشريعية والتنفيذية والقضائية[٤] وعليه كان من الأولى إن يكون لمجلس القضاء الأعلى سلطة تنظيم عمل المحكمة والإشراف على إدارتها بدلاً من وزير العدل باعتبار أنّ الأخير يمثل السلطة التنفيذية ولا يجوز أن يتولى إدارة جهاز من أجهزة السلطة القضائية[٥].

ثانياً - المحكمة المصرية المختصة بنظر دعوى الإفلاس المصرفي:-

أما بالنسبة للمشرع المصري فنجد أنّ المحاكم الاقتصادية المصرية قد شكلت على أسس قانونية أفضل مما عليه الحال في تشكيله محكمة الخدمات المالية ، فمحكمة الاقتصادية المصرية هي محاكم متخصصة نوعياً ومكانياً بمسائل محددة وتشكل بدائرة اختصاص كل محاكم الاستئناف ، لذا يجب أن يكون رئيس المحكمة الاقتصادية هو رئيس محكمة الاستئناف أياً كان الاختصاص المكاني لهذه المحكمة وليس رئيس محكمة بذاته ، وينتدب لرئاستها رئيس محكمة الاستئناف لمدة سنة قابلة للتجديد بقرار من وزير العدل بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ويكون قضاتها من قضاة المحاكم الابتدائية ومحاكم الاستئناف يصدر بأختيارهم قرار من مجلس القضاء الاعلى ، وهذا يعني إن اختبار القضاة وتعينهم يكون من قبل مجلس القضاء الأعلى ولو كان انتداب رئيس المحكمة بقرار من وزير العدل

---

[١] ينظر المادة (٦٦) من قانون البنك المركزي العراقي.

[٢] ينظر نص الفقرة السادسة من المادة (٦٤) من قانون البنك المركزي العراقي .

[٣] ينظر نص الفقرة الأولى من المادة (١٩) من الدستور العراقي النافذ .

[٤] د.عدنان عاجل عبيد ، اثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون ، ط١، مؤسسة النبراس للطباعة ، النجف النجف الاشرف ، ٢٠٠٨ ، ص٢٩.

[٥] ينظر نص المادة (٩٠) من الدستور العراقي النافذ .

إلاّ أنه لا يصدر إلا بعد موافقة مجلس القضاء الأعلى ، كما إن القانون المصري نص على تشكيل محاكم اقتصادية وليس محكمة واحدة بهيأة قضائية أو أكثر[١].

يتضح من ذلك أن المحكمة المختصة هي المحكمة الابتدائية وليست الجزائية وهي المحكمة من الدرجة الأولى (أي محكمة البداية) سواء أكانت مختصة بالمسائل المدنية أو الجزائية أياً كانت قيمة الدعوى نظراً لأهمية دعاوى شهر الإفلاس وآثارها الاقتصادية ، فلا تخضع دعوى شهر الإفلاس لقواعد الاختصاص القيمي ، و ذلك إعمالاً لنص المادة (٤٢) من قانون المرافعات المدنية والتجارية المصري النافذ رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦ التي تنص على أن (تختص محكمة المواد ابتدائياً بالحكم الجزائي في الدعاوى المدنية والتجارية التي لا تجاوز قيمتها عشرة آلاف جنيه ويكون حكمها انتهائياً إذا كانت قيمة الدعوى لا تجاوز ألفي جنيه . وذلك مع عدم الإخلال بما للمحكمة الابتدائية من اختصاص شامل في الإفلاس والصلح الواقي وغير ذلك مما ينص عليه القانون) ، فالاختصاص بدعوى شهر الإفلاس يكون نوعياً للمحكمة الابتدائية ، والمحكمة المختصة محلياً بشهر الإفلاس هي المحكمة التي يقع في دائرتها موطن تجاري للمدين ، والمقصود بالموطن التجاري للمدين أي موطن تجاري له سواء كان مركز الإدارة الرئيسي للأعمال التجارية أو فرع من فروعه التجارية .

وإذا كان التاجر أجنبياً يمارس التجارة في مصر وله فرع أو وكالة تكون المحكمة المختصة بشهر إفلاسه هي التي يقع في دائرتها الفرع أو الوكالة وذلك مع عدم الإخلال بالإتفاقات الدولية الثنائية أو المتعددة الأطراف النافذة في مصر[٢] ، و تختص المحكمة بنظر كل الدعاوى الناشئة عن التفليسة وكافة ما يرتبط بها من منازعات ، وتعتبر الدعوى ناشئة عن التفليسة على وجه الخصوص إذا كانت متعلقة بإدارتها أو كان الفصل فيها يقضي تطبيق أحكام الإفلاس ، ولا يشتمل ذلك الدعاوى الناشئة عن الديون التي للتفليسة على الغير أو للغير عليها[٣] ، إذْ نجد أن المشرع المصري يأخذ بحالة رابعة وهي طلب الإفلاس من قبل النيابة العامة في المادة (٥٥٦) من قانون التجارة المصري ، ويكون ذلك بطلب يقدم إلى رئيس المحكمة المختصة فيحدد جلسة للنظر في الطلب مع الكاتب بأعلام المدين بيوم الجلسة.

---

[١] ينظر نص المادة الأولى من قانون المحاكم الاقتصادية المصري رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨ .

[٢] ينظر المادة ٢/٥٥٩ من قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

[٣] ينظرالمادة ٥٦٠ من قانون التجارة المصري النافذ رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

ثالثاً- المحكمة الفرنسية المختصة بنظر دعوى الإفلاس المصرفي:-

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فأنه قد حدد المحكمة المختصة بنظر دعاوى الإفلاس المصرفي ، فنجد أنّ المحاكم الاقتصادية المصرية يكون رئيس المحكمة يقوم بدور هام في الإشعار ببوادر صعوبات المشاريع المتعثرة ، بل أن المحاكم هي المفتاح الحقيقي لجسر الإجراءات الاستباقية[١] ، وطبقاً لنص المادة (L611-2.Al:1) من القانون التجاري الفرنسي ، فإنه من حق رئيس المحكمة التجارية استدعاء مدراء أو مشرفي أي مشروع وقع في مصاعب قد تؤدي إلى تعطيل استمراريته ، من أجل النظر في التدابير التي من شأنها تقويم الوضع ، كما يملك رئيس المحكمة في هذا الصدد صلاحيات إجراء تحري ، ويستطيع الحصول على معلومات من قبل محافظ (مراقب الحسابات) ومن قبل الأعضاء العاملين أو ممثليهم ، أو من قبل الإدارات العامة أو من قبل أجهزة الأمن ، أو من قبل الأجهزة المكلفة بتجميع المخاطر المصرفية ، وعوارض الدفع ، التي من شأنها أن تعطيه اطلاعاً صحيحاًعلى الوضع الاقتصادي والمالي للمدين[٢] .

كما أن المشرع الفرنسي أنشأ مجمع الاستباق المعتمد وهو مؤسسة تعرف باللغة الفرنسية بـ (Le groupement de prèvention agrèè) أسست بموجب القانون (L'article L. 611-1 du Code de commerce précise les modalités de constitution des groupements de prévention agrees) في مارس ١٩٨٤ ، وهو عبارة عن (شخص معنوي خاضع للقانون الخاص يختص حسب المادة (٣٣) من القانون نفسه المادة (١/٦١١) من القانون التجاري الحالي) ، حيث أنه يقوم بتزويد الشركات المنظمة إليه بكل التحليلات المالية لوضعيتها ، وهذا مقابل المعلومات التي تقدمها هذه الشركات للمجمع بصفة منتظمة ، وكل هذا يتم بطريقة سرية ففي حالة ملاحظته لأي اختلال يعيق استمرار الشركة ، يمكن أن يقترح عليها الاستعانة بخبير مالي ، كما أن للتجمع صلاحية عقد إتفاقيات مع هيئات الائتمان و شركات التأمين وذلك لصالح الشركات المنخرطة فيه ، وضع مجموعات الوقاية المعتمدة ككيان ساعد على اكتشاف الصعوبات التي يواجهونها المؤسسات المصرفية وتعاونها في الرد . وبالتالي إن هذا النهج مكملاً مع إنشاء حسابات مؤقتة والتي تؤثر فقط على الشركات ذات الحجم المعين تحدده المادة L.

---

[١] بالنسبة للأشخاص المعنوية الخاضعة للقانون الخاص يعود هذا الاختصاص لرئيس محكمة القضايا الكبرى (T G I) طبقاً للمادة (L611-5) .

[2] Art L - 611-2 al 2. Code Commercial.

(611-1) من القانون التجاري ، إجراءات إنشاء مجموعات الوقاية المعتمدة و تحديد مهامها ، بالإضافة إلى ذلك يمكن مرافقة مديري المؤسسات عند استدعائهم من طرف رئيس المحكمة [١] .

يظهر من كل ما سبق أن دور هذه الهيئات الكشف المبكر عن الصعوبات التي تعاني منها المؤسسة ووقايتها داخلياً وخارجياً من الوقوع في الإفلاس ، وهو الدور الذي تؤديه أيضاً إجراءات التسوية الودية والوكالة الخاصة إلى جانب الإجراءات الاستباقية سالفة الذكر والتي تقوم على مبدأ الإنذار المبكر ، تعرف قوانين الإفلاس الحالية إجراءات التسوية الودية ، ونظام الوكالة الخاصة ، بهدف واحد هو المحافظة على المشروعات التي تواجه صعوبات اقتصادية ، والأصل أنّه لا يجوز للمحاكم أن تقضي فيما لم يطلب منها القضاء فيه ، غير أن المشرع خرج عن هذا الأصل و أجاز للمحكمة المختصة أن تشهر الإفلاس و لو لم يقدم إليها طلب شهر من المدين أو الدائنين ، و برر هذا الأمر بأن أحكام الإفلاس تتعلق بالنظام العام يجب أن يكون للمحكمة تطبيقها من تلقاء نفسها ، أي من واجب المحكمة أن تراعي مصلحة الدائنين الغائبين فيجب أن يكون للمحكمة حق الرقابة[٢] .

رابعاً - المحاكم الأمريكية المختصة بنظر دعوى الإفلاس المصرفي:-

إنّ نظام محاكم الإفلاس في القانون الأمريكي يعتبر نظاماً متطوراً قياساً بباقي الأنظمة ، فالنظام القضائي يفرد محاكم متخصصة لمعالجة حالات الإفلاس من جهة وحالات التعثر المالي التي يمكن معالجتها باللجوء إلى احكام الفصل الحادي عشر من جهة أخرى ، ومن أجل بيان تقسيم المحاكم المتخصصة في مواضيع الإفلاس ، فالإفلاس هو عملية يحكمها القانون الإتحادي تعمل على وقف جميع أنشطة التحصيل من جانب الدائنين ، وبالتأكيد فان هذه الحماية للشركات المتعثرة بحاجة إلى إجراءات قضائية صادرة من محاكم مختصة وهي ما تعرف في الولايات المتحدة بمحاكم الإفلاس. وحسب النظام القضائي الأمريكي فأنّ الاستماع إلى قضايا الإفلاس يكون فقط في المحاكم الفيدرالية[٣] ، تأسست محاكم الإفلاس الأمريكية وفق قانون الإفلاس الأمريكي النافذ على قانون البنوك العام الأمريكي (U.S. Code Title 11- Bankruptcy) لسنة ١٩٧٨ والتي ينقسم

---

(1) F. Pèrochon , R. Bonhomme , op cit p 27 , 28 , G. Ripert.., R. Roblot ., par. M. Germain , Ph . Delebec - que , Op.cit . , Nº 2830 , 2831 .

(٢) د . عبد العزيز بو خرص ، التوجهات الجديدة في قوانين الإفلاس الحديثة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ملحق خاص ، العدد ٤ ، الجزء الأول ، ٢٠٠٩ ، ص ٤٤٣ .

(3) Brian A. Blum, Bankruptcy and Debtor/creditor: Examples and Explanations, Aspen Publishers, United States,2006, pp. 127-130.

نظامها إلى مستويات تمثل : المحاكم الابتدائية محاكم المقاطعات[١] ، محاكم الاستئناف والمحكمة العليا ، أي أن محاكم الإفلاس وهي المحاكم المسؤولة عن الحراسة القضائية جوهرها تعتبر قسم من محاكم المقاطعات. نتيجة لذلك ، هناك محكمة إفلاس في كل مقاطعة فيدرالية داخل الولايات المتحدة الأمريكية ، ومن ثم قد يكون هناك العديد من المحاكم في مدن مختلفة كما هو عليه الحال الآن حيث توجد أكثرمن (٩٤) محكمة افلاس موزعة على جميع انحاء الولايات المتحدة ، و حيث إنّ محاكم الإفلاس هي محاكم متخصصة لذلك يمكن أن تنظر في جميع المسائل التي تدخل في نطاق اختصاصها ومنها قضايا الإفلاس[٢].

اما فيما يتعلق بالجوانب الإجرائية لعملية الإفلاس فهي تخضع للقواعد الفيدرالية لإجراءات الإفلاس The Federal Rules of Bankruptcy Procedure و(غالباً ما تسمىBankruptcy Rules قواعد الإفلاس) بالإضافة إلى القواعد المحلية لكل محكمة إفلاس[٣]. و يمكن تقديم الطعون إلى لجنة الاستئناف الخاصة بالإفلاس (Bankruptcy Appellate BAP Panel)[٤] ،ويحدد قانون الإفلاس وقواعد الإفلاس (والقواعد المحلية) الإجراءات القانونية الرسمية للتعامل مع مشاكل الديون للأفراد والشركات ، وتعكس قواعد إجراءات الإفلاس ، إلى حد كبير، القواعد الاتحادية للإجراءات المدنية، والتي تحكم التقاضي في المحاكم الفيدرالية الأخرى ، ومن ثم فإنّ التقاضي في محاكم الإفلاس يشبه إلى حد كبير من حيث الإجراءات التقاضي في محاكم المقاطعات الفيدرالية[٥].

(1) 28 U.S. Code § 152.Appointment of bankruptcy judges (a)(2).

(2) 28 U.S. Code § 1334: Bankruptcy cases and proceedings

(3) https://www.law.cornell.edu/rules/frbp

(4) Brian A. Blum, op. cit, p.149. See also, https://www.ca9.uscourts.gov/bap/

(5) Craig A. Gargotta, Who Are Bankruptcy Judges and How Did They Become Federal Judges?, THE FEDERAL LAWYER, 2018, p. 11. See also, https://www.fedbar.org/blog/magazine/april-2018/ .

الفرع الثاني

إجراءات دعوى الإفلاس المصرفي

ذهبت بعض القوانين إلى اعطاء الحق لمحكمة الخدمات المالية أن تطلب إشهار افلاس الشركات ماعدا شركة المحاصة. إلا أنه في النظام المصرفي كان الوضع القانوني مختلف فقد قيد هذا الحق وذلك لخطورة افلاس المصرف وتأثيره الواضح على القطاع إلاقتصادي والمالي للدولة ، لذا حاولت القوانين المقارنة الحد من هذه السلطة في طلب افلاس المصرف.

فقد أنتهج المشرع العراقي منهج المشرع الأمريكي في من له حق طلب إشهار الإفلاس ، فالمؤسسة الفيدرالية لتامين الودائع (FDIC) والتي تعمل بموجب قانون تامين الودائع الفيدرالي (FDIAct) هي صاحبة الحق الأصيل في طلب افلاس المصرف فهي الدائن الوحيد لأي مصرف متعثر أو مفلس ، ولا يوجد دور للدائنين والمطالبين والمصرف إلا بمستوى محدود وحالات محددة[1].

إنّ المشرع العراقي اكثر تشديداً فقد ضيق حق طلب افلاس المصرف بجهتين هما للبنك المركزي بصورة صريحة ، مع التشديد على حق الدائنين في طلب افلاس المصرف ، فقد حصرت المادة (٢/٧٢) من قانون المصارف العراقي النافذ الحق في تقديم إلتماس لإقام دعوى إفلاس ضد المصرف من قبل الأشخاص التالية :-

أولاً - إذا كان الإلتماس مقدم من البنك المركزي العراقي ومشفوع ببيانات مالية للمصرف مصدقة من البنك المركزي العراقي ، إذْ منح القانون سلطة واسعة للبنك المركزي على تقديم طلب إفلاس مصرف إذا ما تحققت واحدة من الحالات المنصوص عليها في المادة (٧١) على خلاف الفقرة الخاصة بالدائنين التي أعطت الحق لثلاثة دائنين بطلب الإفلاس إذا تحققت الفقرة (أ) فقط من المادة

(1) PETER P,SWIREts , Bank Insolvency Law Now Thar It Matters Again, Duke Law Journa ,Vol.42,1992 NUMBER3,PP461 .

(٧١)[١] والخاصة بالتوقف عن الدفع في موعد الإستحقاق .

مما يعني إن المشرع العراقي كان أكثر دقة في رقابة البنك على عمل المصارف من بعض القوانين المقارنة ، إذ أنه لم يسمح للمصرف نفسه من تقديم طلب إشهار افلاسه و ذلك لمنع المصرف المدين المفلس من التهرب تجاه التزاماته المتعلقة بالدائنين من المودعين و المستثمرين ، و لم يسمح لتدخل جهة حكومية أخرى بسلطة البنك المركزي الواسعة لتقرير مصير المصرف المتعثر ، وهذا موقف إيجابي يحسب للمشرع العراقي ويعني ذلك إن سلطة البنك المركزي مطلقة لطلب شهر الإفلاس للمصارف المتعثرة وذلك لمنحه مساحة واسعة وسلطة تقديرية عالية في تدارك تعثر المصارف .

ثانياً- إذا كان الإلتماس مقدم إلى المحكمة و إلى البنك المركزي العراقي من جانب ثلاثة أو أكثر من دائني المصرف الذي تبلغ التزاماته المالية مستحقة غير مدفوعة (٤) مليارات دينار عراقي معززة بأدلة مستندية تبين أن المصرف لا يفي بألتزاماته المالية عند أستحقاقها بمقتضى الفقرة (أ) من المادة (٧١) ، وقد أتجه المشرع العراقي منهجاً جديداً يختلف عما هو في الإفلاس العام ، فقد قيد الدائن ببعض الشروط كي يستطيع إن يطلب إشهار إفلاس المصرف فلم يعد توقف المصرف عن تسديد الديون المستحقة هو الشرط الوحيد للدائنين كي يطالبوا بافلاسه ومن هذه الشروط :-

١ - أن يتم الطلب من ثلاثة أو أكثر من دائني المصرف فلا يسمح القانون للدائنين أو لأن الطلب لا يقدم من دائن واحد يقدم هذا الطلب حتى لو كانت ديونه المستحقة الحالة لوحده أكثرمن (٤ مليار دينار عراقي) .

٢- أن يبلغ مجموع هذه الديون المستحقة أكثر من (٤ مليار دينار عراقي) فلو كان مجموع الدائنين عشرة أشخاص على سبيل المثال لكن لا تبلغ مجموع ديونهم (٤ مليار دينار عراقي) لا يستطيعون أن يتقدموا بالطلب . ٣ - أن تتحق الحالة ضمن الفقرة (أ) فقط من المادة (٧١) و هي الخاصة بتوقف

---

[١] حال استلام التماساً اصولياً بمقتضى المادة(٧٢) وتعيين وصي بمقتضى المادة (٧٣) من قبل البنك المركزي العراقي تقوم محكمة الخدمات المالية بمنح الالتماس واقامة دعوى افلاس ضد المصرف استنادا إلى واحد أو اكثر من الاسس التالية- :

ا – عدم وفاء المصرف بالتزاماته المالية بما فيها مطلوبات الودائع عند استحقاقها.

ب – اذا حدد البنك المركزي العراقي ان راسمال المصرف يقل عن ٢٥% من رأس المال المطلوب عملا بالفقرة (١) من المادة (١٦) أو

ج– اذا حدد البنك المركزي العراقي ان قيمة موجودات المصرف تقل عن قيمة مطلوباته.

د – اذا قرر البنك المركزي العراقي بوجود الاسس الواردة في المادة (٥٩) والتي على اثرها تم تعيين الوصي.

المصرف عن دفع الديون المستحقة و من ضمنها الودائع في موعد أستحقاقها ولا يمكن أن يقدم الطلب إذا ما توفرت الحالات الأخرى المنصوص عليها بالمادة (٧١)[١].

وبعد ذلك ، يقوم كاتب المحكمة بعد استيفاء الرسوم القضائية بأرسال نسخة من عريضة الدعوى إلى البنك المركزي العراقي والأطراف المعنية و هم (الدائنون و الغير) ، ويحدد موعدا لهم لحضور جلسات المرافعة ، وفي اليوم المعين للنظر بالدعوى ، وبعد حضور الخصوم ، تستمع المحكمة لأقوال وادعاءات كلا من الطرفين، ويجوز للمحكمة أن تستدعي أي شخص وتلزمه بالمثول أمامها في الزمان ، والمكان ، الذي يحدده طلب الاستدعاء ، لكي يقوم الشخص بالإدلاء بشهادة أو لتقديم مستندات تكون في حيازته أو تحت سيطرته ، وترى المحكمة ضرورة الاطلاع عليها لفرض حسم النزاع ، علما أن قرارات وأوامر البنك المركزي ، المرفوع بشأنها الدعوى ، تبقى سارية المفعول ونافذة حتى تصدر المحكمة حكما قضائياً بها.

وحيث نصت المادة (٧٤) من قانون المصارف العراقي النافذ على تحديد سير جلسات المحكمة حيث نصت على أنه (١- تقوم محكمة الخدمات المالية عندما يقدم اليها التماس لاقامة دعوى افلاس ضد مصرف باستدعاء البنك المركزي العراقي وأي ملتمس أخر و الوصي المعين للمصرف ، واحد أو اكثر من المسؤولين الاداريين للمصرف لحضور جلسة علنية للنظر في الالتماس و يجوز لمحكمة الخدمات المالية وفي الحالات الاستثنائية ان تقرر عقد جلسة غير علنية وتبدا الجلسة في غضون يومي عمل من تاريخ تقديم الالتماس .

٢- اذا كان الالتماس مقدماً من البنك المركزي العراقي وفقا للفقرة (٢) والفقرة الفرعية (أ) من المادة (٧٢) تختتم الجلسة في غضون اسبوع واحد . واذا كان الالتماس مقدماً من دائني المصرف وفقاً للفقرة (٢) والفقرة الفرعية (ب) من المادة (٧٢) تختتم الجلسة في غضون اسبوعين ، وعند اختتام الجلسة إما أن ترفض المحكمة الالتماس أو توافق عليه.)[٢].

و نصت المادة (٧٥) من قانون المصارف العراقي النافذ على (١- ترفض المحكمة التماس دعوى افلاس ضد مصرف إذا :-

---

[١] د. هادي حسين الكعبي ، رغد فوزي عبد ، الإختصاص المدني لمحكمة الخدمات المالية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون جامعة بابل ،العدد(٢) السنة الحادية عشرة ، ٢٠١٩ ، ص١٩٧ .

[٢] ينظر المادة (٧٢) من قانون المصارف العراقي النافذ ، رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤.

أ- إذا لم يكن الالتماس معززاً بالمستندات المطلوبة وفق الفقرة (٢) من المادة (٧٢) أوانه لا يفي بمتطلبات القانون أو

ب - كان البنك المركزي العراقي يعترض على الالتماس بمقتضى الفقرة (٢) من هذه المادة .

٢- إذا كان الإلتماس مقدماً من دائني المصرف لا يجوز للبنك المركزي العراقي ان يعترض على الإلتماس الا إذا :-

أ- كان البنك المركزي العراقي قد قرر عدم انطباق اي اساس قانوني محدد في الفقرات (أ) و (ب) و (و) و (ج) من المادة (٧١) لإقامة دعوى افلاس ضد المصرف ، ويجوز للمحكمة ان تطلب من البنك المركزي العراقي ان يقدم ادلة تؤيد قراره بما في ذلك بيانات المصرف المالية المعتمدة من قبل البنك المركزي العراقي .

ب- قدم البنك المركزي العراقي إلى المحكمة قرار وزير المالية اتخذ وفقاً للمادة (٦٧) ويقضي بان استقرار النظام المصرفي في العراق يتطلب اعادة تأهيل المصرف.

يمنح البنك المركزي العراقي بناءً على طلبه أسبوعين ليقدم فيهما أدلة أو قرار من هذا القبيل قبل أن تبت المحكمة في الإلتماس.) .

أما الإلتماسات التافهة المقدمة من دائني المصرف ، فيمكن رفضها و ذلك حسب المادة (٧٦) حيث نصت على أنه :

(١- يجوز للمحكمة في أي وقت تقديم الإلتماس لإقامة دعوى إفلاس ضد مصرف من دائني ذلك المصرف أن ترفض الإلتماس رفضاً خطياً سواء نظرت فيه أم لا على أساس أن الالتماس تافه وفي هذه الحالة قد يلزم مقدمو الإلتماس بالاضرار النقدية بما فيها التكاليف والنفقات الناجمة عن تقديم مثل هذا الالتماس ويجوز للمحكمة أن تقرر منح تعويض للمصرف وللبنك المركزي العراقي.

٢- في ظروف استثنائية قد يشكل تقديم التماس تافه لإقامة دعوى إفلاس ضد مصرف جريمة يجوز المعاقبة عليها لدى الادانة في محكمة الجزاء بالسجن لمدة لا تتجاوز (٦) أشهر أو بدفع غرامة لا تتجاوز مليار دينار عراقي أو بكلتا العقوبتين .

٣- يجوز أن يخضع كل من تقرر المحكمة انه قدم التماسا تافها لإقامة دعوى افلاس ضد مصرف لتقديم دعوى قضائية ضده في محاكم الجزاء في دعوى يقيمها المدعي العام استنادا إلى طلب المحكمة) وأن الالتماسات التافهة يقصد بها طلبات الالتماس التي لا يوجد بها نص في قانون المصارف العراقي النافذ أو تكون خالية من الأدلة والمستندات الثبوتية للحق لدائني المصرف أو الغير، و من خلال بحثنا توصلنا إلى أن محكمة الخدمات المالية تتبع في سماع الدعوى ونظام الجلسة

وإجراءات التقاضي القواعد المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية النافذ رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩ باعتبار أن هذا القانون هو المرجع العام لكل قوانين الإجراءات القضائية ما لم يكن فيها نص يتعارض معه صراحة ، يجوز للمحكمة أن تستدعي أي شخص ، وتلزمه بالمثول أمامها في الوقت والمكان الذي تحدده من أجل الإدلاء بشهادته أو لتقديم مستندات تكون في حيازته أو تحت سيطرته ترى المحكمة ضرورة الاطلاع عليها ، وللمحكمة سلطة تقديرية في دعوة أي شخص للاستيضاح منه عما يلزم لحسم موضوع الدعوى .

وتصدر محكمة الخدمات المالية قراراتها وأحكامها القضائية بأغلبية أصوات القضاة في الهيأة حيث إن المادة (٧٨) نصت على أنه (بناء على قرار المحكمة الموافقة على التماس اقامة دعوى افلاس ضد مصرف يعلن افلاس المصرف وتبدا اقامة دعوى ضد المصرف ويعين حارس قضائي من قبل المحكمة بمقتضى المادة (٨٠).) ، اما المادة (٧٩) نصت على أنه (فور اصدار المحكمة قرارا بإقامة أو قرارا برفض التماس اقامة دعوى افلاس ضد مصرف تخطر البنك المركزي العراقي وتخطر المصرف بالقرار وتتخذ المحكمة الترتيبات اللازمة بنشر القرار في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين على الاقل من الصحف ذات التداول العام.) ، ويجب تسجيل هذه الأحكام في وثيقة تذكر فيها أسباب صدور حكم الإفلاس ، ويذيل منطوق الحكم بتوقيع رئيس الهيأة التي تنظر الدعوى التي صدر بشأنها الحكم ، وعلى المحكمة أن تقوم بإعلام أطراف الدعوى بحكمها في أسرع وقت ممكن ، وذلك عن طريق إعطاء نسخة من حكمها لكل منهما.

ولقد نص القانون العراقي بالمادة (٨٢) من قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ على أنه (١- يبدأ نفاذ قرار المحكمة بإقامة دعوى إفلاس ضد المصرف من وقت اتخاذ هذا القرار.) ، بمعنى أنه يكون قرار المحكمة بناءً على ما سبق منشأ لحالة الإفلاس لا كاشفاً لها ، إذْ إنّه من المعلوم لدينا أن كل القرارات التي تصدر من المحاكم بصفة عامة هي غير منشئة للحقوق المتنازع عليها، بل أنها تكشف وتعلن عنها ، إلاّ أن القرار الصادر في دعوى الإفلاس يخرج من هذا المفهوم ، فلا يكشف حالة الإفلاس أي (توقف المصرف عن الدفع) ، وأنما لينشئ هذا الوضع ، بمعنى آخر، أن المصرف المدين لا يكون مفلساً إلا إذا صدر حكم بشهر إفلاسه.

المبحث الثاني

تعيين الحارس القضائي على المصارف

تقتضي المنازعات المتعلقة بالمصرف المفلس اتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة هو ما دفع المشرع لفرض هذه الحراسة بتعيين الحارس القضائي على الأموال فهذا الموضوع من المواضيع العملية الهامة في التطبيق العملي نظراً لما يوفره من حماية ، وأن ازدياد عدد طلبات تعيين الحراس القضائيين أمام المحاكم المختصة ، بسبب التطور الاقتصادي و ما ينشأ عنه من نزاعات و تضارب مصالح الأطراف المتنازعة على المال المطلوب وضعه تحت الحراسة .

وهذا ما يدفعنا إلى طرح إشكالية تتمثل فحواها في:هل وفق المشرع العراقي والمصري والفرنسي والأمريكي هنالك نظام قانوني فعال للحارس القضائي في قانون المصارف ؟. خاصة إذا ما لاحظنا أن الحارس القضائي يعد ركنا من أركان الحراسة التي لا تقوم بدونها ، وكثيراً ما يعرف أنه الشخص الأمين وهو نفس المبدأ المطبق في تعيينه بغض النظر عن نوع الحراسة المعتمد عليه لحراسة الأموال المتنازع فيها سواء كانت قضائية ، إتفاقية ، أو قانونية ، مع إلزامية توفر حالة من حالات فرض الحراسة فلا يمكن تصور تعيينه دون سبق فرضها من قبل القاضي طبعا فيما يخص الحراسة القضائية منها ، إذ لا يؤخذ بتعيين الحارس القضائي كمعيار لتحديد نوع الحراسة ، فالعبرة في ذلك هو فرض الحراسة ، فإن فرضها القاضي فالحراسة قضائية حتى وأن أتفقت الأطراف المتنازعة على تعيين الحارس ، الذي قد يكون واحدا منهم أو أجنبيا عنهم ، وتعتبر الحراسة إتفاقية إذا كان الخصوم قد اتفقوا عليها، ولو كان الحارس يعين من طرف القاضي ، إذ يمكن تعيينه من قاضي الموضوع ، أو الأمور المستعجلة ، وبناءً على طلب أو من قبل محكمة الخدمات المالية فور موافقتها على التماس أقامة دعوى إفلاس المصرف ، ولهذا ومن أجل بيان مضمون هذا المبحث فأننا سنقسمه على مطلبين سنتطرق في المطلب الأول للتعريف بالحارس القضائي على المصارف ، في حين سنتناول في المطلب الثاني إجراءات تعيينه .

المطلب الأول

التعريف بالحارس القضائي على المصارف

أن الحراسة القضائية التي تُفرض على أي مصرف متعثر أو في حالة إفلاس لا يتحدد إطارها بين طرفين فقط و هي المصرف المدين والدائنين له ، و إنما تتم من خلال أختيار طرف ثالث محايد

تكون مهمته حماية الأموال التي تعود ملكيتها إلى المصرف المدين وإدارتها بأفضل طريقة ممكنة بما يتيح تحقيق أفضل النتائج التي يمكن أن تقلل من الخسائر الناجمة عن سوء إدارة ذلك المصرف ، بالإضافة إلى ضمان دائني المصرف حصول دائني المصرف على حقوقهم بأكبر نسبة ممكنة من خلال هذا الطرف .

و لقد أختلفت التسميات التي سُميّ بها الشخص الذي يتولى حراسة أموال المدين المفلس ، و تحديداً هنا المصرف المدين ، و أختلف نطاق الشروط الواجب توافرها فيه لإمكانية تعيينه حارساً على المصرف ، ولكنها رغم هذه الاختلافات قد اتفقت في كونه شخص مستقل ومحايد وامين على أموال أحد الأطراف ضماناً لمصلحة الطرفين معاً (الدائن والمدين) .

ومن أجل بيان التعريف بالحارس القضائي على المصارف فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتطرق في الفرع الأول لتعريف الحارس القضائي على المصارف ، في حين سيكون الفرع الثاني معقوداً لبيان أهم الشروط الواجب توفرها فيه و على التفصيل الآتي :

الفرع الأول

تعريف الحارس القضائي على المصارف

الحارس في اللغة [١] .

أما تعريف الحارس اصطلاحاً فقد عُرف بتعريفات منها أنه (الشخص الأمين الذي يوضع بين يديه مال متنازع فيه ، أو يكون الحق فيه غير ثابت ، و يتهدده خطر داهم ، ليتكفل بحفظه و إدارته لحساب جميع ذوي الشأن ، ورده مع غلته و تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه)[٢] ، أو هو (شخص من الغير ، أي شخص ثالث غير المتنازعين ، يودع لديه مال متنازع فيه ليقوم بالمحافظة عليه ، إلى حين إنتهاء المنازعة القائمة حوله ، فيرده إلى من له الحق في تسلمه)[٣] .

والملاحظ على هذا المصطلح بمعناه العام انه يتعلق بشخص تكون جل مهمته هي حماية وحفظ أموال لغيره لمصلحة ذلك الغير أو لمصلحة دائني الأخير ، وأن يده على هذه الأموال تكون يد أمانة

---

[١] أسم فاعل مشتق من الفعل الثلاثي حَرَسَ ، بمعنى الحفظ ، فيقال حَرَسَ الشيء يَحْرِسهُ حَرْساً أي حَفِظَهُ ، و تحرّست من فلان و احْتَرَست منه أي تَحفّظت منه و مَنعته من التصرف في ماله ذكره : جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، لبنان، ١٩٩٦ ، ص ٤٨ .

[٢] د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص ١٣ .

[٣] د . عمار سعدون المشهداني ، القضاء المستعجل ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢ ، ص ١٢٠ .

(أي هذا يعني إذا هلكت الأموال في يد الحارس لا يلزم بضمانها إذا كان الهلاك بدون تعد و تقصير منه) ، كما يلاحظ من جهة أخرى إن أصل مهمته المتمثلة بالحفظ لهذه الأموال والتي أوكلت إليه استناداً إلى أمانته ، بالإضافة إلى تحديد الحالة التي توكل هذه المهمة إليه و هي كون المدين مفلساً، كان سبباً في إطلاق تسمية مرادفة للحارس ، هي أمين التفليسة[1] .

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أننا لم نجد تعريفاً للحارس القضائي على المصارف في القوانين محل المقارنة أو في القانون العراقي ، إذْ إنّ المشرع العراقي في قانون المصارف ذكر أنه في حالة قبول التماس إقامة دعوى إفلاس مصرف من قبل محكمة الخدمات المالية يتم تعيين حارس قضائي و ذلك في المادة (٨٠) من هذا القانون حيث نصت على (١- يكون الحارس القضائي المعين بقرار من المحكمة يقضي باقامة دعوى افلاس ضد مصرف أو وفقا للفقرة (٥) من هذه المادة فيما يتعلق باستبدال الحارس القضائي يتم اختياره من قبل المحكمة ضمن قائمة من المرشحين تقدم إلى المحكمة من قبل البنك المركزي العراقي ويعين فقط الشخص الصالح واللائق بصفة حارس قضائي أو حارس قضائي بديل للمصرف ويحدد قرار الافلاس مكافاة الحارس القضائي والاحكام والشروط الاخرى لتو يفه . وتدفع قيمة اجر الحارس القضائي وقيمة التكاليف اخرى المحتملة بسبب من موجودات المصرف الذي يعين الحارس القضائي.

٢- يعوض البنك المركزي العراقي الحارس القضائي لمصرف عن جميع المطلوبات وجميع التكاليف والمصروفات المعقولة التي يتحملها الحارس القضائي بسبب الحراسة القضائية بقدر تجاوزها لموجودات المصرف المتاحة للوفاء بهذه المطلوبات أو التكاليف أو المصروفات.

٣- يقوم الحراس القضائيون بانشطتهم تحت توجيه واشراف البنك المركزي العراقي ويزود البنك المركزي عند تعيين الحارس القضائي بتوجيهات قضائية خطية تتضمن قائمة بالأنشطة التي يجوز له الاضطلاع بها دون الحاجة إلى تدخل البنك المركزي العراقي.

---

[1] وهي تسمية ترتكز في مدلولها على الغاية والسبب في أختيار هذا الشخص حارساً على تلك الأموال ، في حين تسمية الحارس القضائي ترتكز في مدلولها على الغاية و آلية الأختيار في ذلك ، و نعتقد أنها و ان أختلف الآراء في مدى دقة أحدى التسميات على الأخرى ، الإ أن التسميتين تدلان بشكل واضح على ماهية و مضمون الفكرة التي من أجلها اختير هذا الشخص و اهم الأسس التي ترتكز عليها ، الإ و هي حماية أموال الغير بأمانة ، ينظر في الآراء الفقهية التي أشارت إلى هذه التسمية لدى د.محمد جاسم محمد ، علاء حسين هزاع ، دعوى الافلاس المصرفي امام محكمة الخدمات المالية (دراسة تحليلية مقارنة) ، بحث منشور في مجلة أداب ذي قار العلمية تصدر عن كلية الآداب في جامعة ذي قار، العدد ٢٣ ،٢٠٢٠ ، ص ١٢٨ .

وتشمل تلك التوجيهات تسليم السلطة إلى الحارس القضائي للدخول في معاملات فردية لا تتجاوز المبالغ المحددة لكل معاملة ويشمل ذلك ركن لا يقتصر على بيع الموجودات اما بشكل مفرد أو بالجمع . ومع انه يجوز للحارس القضائي ان يتقدم في اي وقت بطلب إلى البنك المركزي العراقي للحصول على توجيهات منه يكون الحارس القضائي ملزما بان يتقدم بطلب إلى البنك المركزي العراقي للحصول على توجيهات منه الا عندما يطلب منه ذلك تحديد حكم من احكام القانون.

٤- يجوز للحارس القضائي ان يوظف على حساب المصرف الذي عين له ما يوافق على البنك المركزي العراقي من محامين ومحاسبين ومستشارين اخرين مستقلين بالأحكام والشروط التي توافق عليها البنك.

٥- تقوم المحكمة بإحلال شخص اخر محل الحارس القضائي فورا أو بناءاً على طلب البنك المركزي العراقي :أ – لدى استقالة الحارس القضائي أو وفاته أو عجزه عن التصرف.

ب - في حالة عدم اداء الحارس القضائي لمهامه بعناية.

ج - اذا لم يعد الحارس القضائي شخصا مناسبا أو لائقا.

د -اذا اصبح الحارس القضائي لأي سبب اخر غير مؤهلا للعمل.

٦- كلما حل شخص محل حارس قضائي فان الشخص البديل الذي يخلف ذلك الحارس القضائي في صلاحياته وتنتقل الدفاتر والسجلات والموجودات المتبقية للمصرف والتي كانت في عهدة الحارس القضائي وكذلك الدفاتر والسجلات المتعلقة بالحراسة القضائية إلى عهدة ذلك الشخص فوراً.

٧- يقوم الحارس القضائي وخلال تأدية مهامه بإدارة عمليات الحراسة القضائية بأسلوب من شأنه ان يرفع وإلى الحد الاقصى من قيمة العوائد الناجمة عن بيع أو التصرف بموجودات المصرف ويقلل وإلى الحد الادنى من مقدار الخسائر ويضمن معالجة عادلة ومتناسقة للمطالبات وفقا للمادة (٩٢).) . ، من دون إعطاء أي مفهوم أو تعريف له ، تاركاً أمر ذلك إلى القاضي المختص الذي يعين الحارس بعد أختيار البنك المركزي له ، هذا من جهة و من جهة أخرى و عند الرجوع إلى نص قانون المصارف باللغة الإنكليزية وجدناه قد نص على عبارة (Receiver) في المادة التي تقابلها عند ترجمة هذا القانون بنسخته العربية المنشورة في الوقائع العراقية بكلمة (حارس قضائي) ، في حين أن الترجمة الحرفية لهذه الكلمة هي (وكيل التفليسة)[١] ، و لكن يبدو أن المشرع العراقي أراد توحيد

[١] د . رمزي منير البعلبكي و منير البعلبكي ، المورد الحديث ، قاموس إنكليزي – عربي ، دار العلم للملايين ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٣ ، ص ٩٦٥ .

المصطلحات مع المصطلحات المعتمدة في المسائل الإجرائية التي تتم أمام المحاكم والتي نظمها في قانون المرافعات المدنية . ورجوعاً على ذي بدء نجد أنه رغم خلو تلك التشريعات من إيراد تعريف للحارس القضائي ، الإ أن البعض من الفقه والباحثين قد حاول إيراد تعريف له ، فذهب الفقه لتعريف الحارس القضائي على أنه (الشخص الذي ينيبه القضاء بموجب إجراء تحفظي مؤقت لحفظ و إدارة مال يقوم في شأنه نزاع ، يتهدده خطر عاجل ، و ذلك لحساب صاحب الحق المفترض فيه ، مع التزامه برده و تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه)[١] ، أو هو (الشخص الذي يباشر سلطاته التي خولها له القانون نتيجة أسباغ تلك الصفة عليه بموجب حكم إشهار الإفلاس)[٢] .

أما الحارس القضائي على المصرف فهو (الشخص الذي تختاره المحكمة لإدارة شؤون المصرف بناءاً على توجيهات و تعليمات وإشراف البنك المركزي العراقي تحدد له الصلاحيات ابتداءاً وأجاز القانون الاستعانة بمحامين و خبراء كمستشارين)[٣] ، والملاحظ على هذا التعريف أنه قد حدد نطاق الجهات التي يمارس الحارس القضائي عمله تبعاً لها بالبنك المركزي فقط دون المحكمة وهي الجهة التي تعيينه والتي يكون تعامله معها مباشرةً عند تنفيذه للالتزامات المترتبة عليها بموجب هذه الحراسة ، كما أنه قدر دمج صلاحية المحكمة في أختيار المستشارين لها في مسألة الحراسة القضائية عند تعريف الحارس القضائي ، و أخيراً قد ذكر التعريف أن المحكمة تحدد صلاحيات الحارس ، مع أنها تحدد أيضاً مهامه وحقوقه .

في حين عرف أخر الحارس القضائي على المصارف بأنه (الشخص الذي يعين بقرار من محكمة الخدمات المالية بعد صدور قرار إفلاس المصرف ، و يتم أختياره من قائمة مرشحين تصدر من البنك المركزي العراقي)[٤] ، والملاحظ على هذا التعريف أنه تعريف عام لم يحدد سوى الجهة التي يمكن أن تعيين الحارس ووقت هذا التعيين .

وأشتقاقاً مما تقدم نعتقد أن الحارس القضائي على المصرف هو (شخص لائق و أمين تعينه المحكمة المختصة بعد ترشيح البنك المركزي له ، و يتولى مهمة حراسة و إدارة أموال المصرف

---

[١] حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي ، الجزائر ، ٢٠١٩ ، ص ٣٤ ، منشورة على الموقع الإلكتروني :

http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/handle/123456789/9157

[٢] د. حسين المياحي ، الإفلاس ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ ، ص ١٩٩

[٣] د . زينة غانم الصفار ، مصدر سابق ، ص١٧٧ .

[٤] د . زكريا يونس أحمد ، مصدر سابق ، ص٤٣١ .

المُعلن إفلاسه لحين حسم دعوى الإفلاس و إتمام التصفية ، مقابل أجرة أو مكافأة تدفع إليه يتم تحديدها في قرار التعيين) .

وتبعاً لذلك فأنه لا يمكن القول بأن أي شخص ممكن أن يكون حارساً قضائياً على مصرف ، وإنما يجب أن تتوافر فيه شروط معينة يمكن استناداً لترشيح البنك المركزي له كحارس قضائي على مصرف ، و يمكن استنتاج هذه الشروط من نص المادة (٨٠) من قانون المصارف التي نصت على إنه (.....ويعين فقط الشخص الصالح واللائق بصفة حارس قضائي أو حارس قضائي بديل للمصرف.....) ، إذْ نجد إن هذه المادة قد ذكرت بشكل خاص (شرط الصلاحية واللائقية) في من يمكن أن يكون حارساً على مصرف بحكم المحكمة .

ولهذا فالسؤال هنا ينصب على شقين الأول ، المقصود بهذا الشرط ؟ و متى يعد متحققاً وفق أحكام قانون المصارف ؟ و الشق الثاني هو هل تشترط الشروط العامة التي أشترطها قانون المرافعات المدنية في الحارس القضائي عموماً على الحارس الذي يتم تعيينه على مصرف ؟

للإجابة عن هذا السؤال اعلاه ، لا بد لنا من توضيح تفصيل ذلك في الفرع التالي :

الفرع الثاني

الشروط الواجب توافرها في الحارس القضائي على المصارف

بعد قبول المحكمة المختصة لطلب إقامة دعوى إفلاس المصرف المقدم إليها ، عليها أن تتخذ قراراً بتعيين حارس قضائي على المصرف ، و يكون ذلك من خلال أختيارها لأحد الأشخاص المثبت اسمه في القائمة معدة من قبل البنك المركزي العراقي ، والذين ينبغي أن تتوافر فيهم شروط معينة لإمكانية إدراجهم في هذه القائمة ، و بالرجوع إلى أحكام قانون المصارف العراقي والقوانين المقارنة نجد إن المادة (٨٠) من قانون المصارف العراقي النافذ قد ذكرت شرطاً واحداً بشكل صريح و محدد ، إلاّ وهو شرط إن يكون الشخص المراد تعيينه كحارس قضائي شخصاً صالحاً لائقاً ،الإ أن المادة ذاتها قد أتاحت من خلال صياغتها بإمكانية إضافة شروط أخرى ، و بمعيار مطاط يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ، عند نصها على أن (..... و يحدد قرار الإفلاس مكافأة الحارس القضائي و الأحكام و الشروط الأخرى لتوظيفه .....) ، بمعنى أن المشرع لم يورد هذه الشروط على سبيل الحصر ، و أنما ذكر نصاً صريحاً واحداً و بيّن إمكانية إضافة شروط أخرى بحسب ما تراه المحكمة المختصة ، و لهذا فأننا نعتقد أن أبرز هذه الشروط تتمثل بالآتي :

أولاً – أن يكون شخص صالح ولائق : -

أبتداءً لا بد من الإشارة إن المشرع العراقي قد حدد في المادة الأولى من قانون المصارف النافذ المقصود بالشخص الصالح و اللائق بالنص على أنه (تعني عبارة "شخص صالح ولائق" شخصاً يعتبر أميناً وجديراً بالثقة ولا تجعله مؤهلاته المهنية وخلفيته وخبرته أو مركزه المالي أو مصالحه في قطاع الاعمال غير مؤهلاً في راي البنك المركزي العراقي لأن يكون مالكاً أو ادارياً وصياً أو حارساً قضائياً لمصرف) .

ومما يلاحظ على هذا النص انه جاء بصياغة غريبة وبعيدة عن الصياغة المتبعة للنصوص القانونية في العراق ، هذا فضلاً عن غموض عباراته و ركاكته إلى درجة يصعب معها في بعض الأحيان تحديد منهوم النص بشكل دقيق ، بالإضافة إلى الإخطاء اللغوية والطباعية الكثيرة التي لا تتناسب ووضع القوانين التي يجب أن تتسم بالدقة و بلغة سليمة خالية من الإخطاء ، و كذلك أستخدام بعض المصطلحات مثل (صالح) و(لائق) والجمل الطويلة التي قد يتولد عنها الإرباك عند تطبيق القانون[١] .

وأياً ما كان الأمر يلاحظ أن أول معيار لتحديد كون الشخص صالحاً و لائقاً ليكون حارساً قضائياً هو الأمانة والثقة ، و ذلك بأن يكون حريصاً على أداء واجباته كاملة ، و نزيهاً و ذو سمعة حسنة ، و إشتقاقاً من ذلك فقد حددت المادة ذاتها الحالات التي لا يعد فيها الشخص صالحاً ولائقاً وذلك إذا كان[٢] :

١ - قد أدانته محكمة جنائية بجريمة حكم أو كان يمكن ان يحكم عليه بالسجن لمدة سنة واحدة أو اكثر دون خيار بدفع غرامة ما لم يكن الدافع لمثل هذا الحكم أو كان من الممكن ان يكون نتيجة اراءه أو انشطته أو اراءها الدينية أو السياسية.

٢- تم إعلان افلاسه من قبل هيأة قضائية خلال السبع السنوات الماضية.

٣- قد جردته سلطة مختصة من أهلية ممارسة مهنة أو أوقفته عن ممارسة مهنة على أساس سوء السوك الشخصي وليس له علاقة بارائه أوأرائها أوانشطته أو انشطتها السياسية أو.

---

[١] د.ئالان بهاء الدينّ عبد الله المدرس ، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ .، ص ٦٥ .

[٢] ينظرالباب الأول - احكام عامة – المادة (١) - تعريف المصطلحات من قانون المصارف العراقي النافذ رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ .

٤- قد أعلنت هيأة قضائية أنه لا يصلح لإدارة شركة أو اصدرت هيأة مختصة امراً يقضي بأنه لا يصلح لإدارة شركة.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يشترط في الحارس القضائي أن يكون أمينا وذو سمعة حسنة بما أنه نائب عن القضاء فهو الذي يحدد له مهامه ، نجد جانب من الفقه قد أطلقوا على الحارس اسم (أمين القاضي ، أو دليل القاضي ، أو عدل أو ثقة) وغيرها من المصطلحات . فتعيين الحارس يقوم على اعتبارات جوهرية تتعلق بالشخصية وما هو مشهود عليه بالنزاهة والاستقامة التي بدونها لا يرضى به الأطراف حارساً على حقوقهم[١] .

ويقصد بالأمانة حرص المرء على أداء واجبه كاملاً في العمل المخول له، ويبذل مجهوده للقيام به على تمام الإحسان ونظافة يد دون غش واستعمال الحيلة ، فإن لم يكن أمينا سوف يعرض المال للتلف أو يبدد الأموال التي تمثل ضمانة للأطراف .أمّا حسن السمعة يعني الاستقامة والسيرة الطيبة التي يعرف بها ليكون أهلا لحراسة الحقوق ، و يؤخذ بعين الاعتبار نزاهة ضمير الحارس في مراقبة الشيء والعناية به حتى وقت الضرورة ، لأن الحارس يقتضي في الأصل أن تعهد المحكمة بالعين المتنازع عليه إلى شخص ثالث تتوفر فيه الكفاءة و الأمانة للقيام بالحراسة ، وإلاّ تخرج الحراسة من معناها فـإذا توفـرت في الحـارس هذه الصـفة ثم أثيرت ضـدّه بعض المـطاعن يـقع عبء إثباتها على مدّعيها[٢] .

وهنا يطرح السؤال ما حكم لو أصبح الحارس بعد تعيينه شخصاً غير صالح أو غير لائق ؟ حيث نجد أجابة هذا السؤال في نص المادة (٥/٨٠ - ج) حيث نصت (تقوم المحكمة بإحلال شخص آخر محل الحارس القضائي فوراً بناءاً على طلب البنك المركزي العراقي .) .

ثانيا: الكفاءة والمقدرة على القيام بالحراسة :-

يجب أن يتوفر في الحارس القضائي إضافة إلى الشـرط الـسابق شـرط الكفاءة والمقدرة على القـيام بالحراسة نظراً لما تتطلبه بعض الأموال المحروسة من كفاءات خاصة في بعض المجالات كالحراسة على الصيدليات والمدارس الخاصة لما يشترط فيه أن يحوز على خبرة فنية معينة، إذا اتفق الأطراف على شخص يملك هذه المؤهلات يتم تعيينه حارسا والاّ تولت المحكمة تعيينه إذ قد

---

[١] عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، مصدر سابق ، ص١٤ .

[٢] باشي الحاج ، الحراسة القضائية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٠ – ٢٣ .

يكون أحد الأطراف إذا توفر فيه الكفاءة و المقدرة على القيام بالحراسة و يكون أمينا ويشهد له بحسن السمعة، أو قد يكون من الغير يتوفر فيه الخبرة التي تتطلبها إدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة إذا كانت حراستها تستوجب كفاءة أدارية وفنية خاصة[١] ، ويقصد بالكفاءة (الخبرة العلمية والذهنية والبدنية التي تمكن الحارس من القيام بأعمال مختلفة من إدارة و صيانة ومتابعة)، فهو يتطلب خبرة خاصة في حفظ و التعامل مع الأموال كون مجال فرض الحراسة مجال واسع يتعين على القائم بها امتلاكه خبرة فنية معيّنة ، ويكون الحارس ملمّا بكافة الأسباب التي تحقق مصالح المتنازعين ، وبذلك يتجنب الحارس كل الصعوبات التي قد تعترض الشخص العادي الذي يمتلك معلومات بسيطة لذا نجد القاضي يعين في بعض الحالات خبراء مختصين محلّفين وردوا في جداول الخبراء لدى المحكمة[٢] .

ثالثا:أن يكون الحارس كامل الأهلية : -

يقصد بكمال الأهلية (هو من أكمل الثامنة عشر من العمر و لم تعترضه أي عارض من عوارض الأهلية و هي السفه والجنون و العته والغفلة) وهذا ما تم ذكره في نص المادة (١٠٦) قانون مدني عراقي نافذ ، و يكون الشخص قد وصل إلى مرحلة بلوغ درجة الإدراك والتمييز وأن يكون الشخص غير محجور عليه لا لسفه ، ولا لغفلة ، ولا جنون ، ولا لعته ، فقد يكون الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد ولم يحجر عليه، لكنه رغم ذلك لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية لوجود مانع من موانع الأهلية الطبيعية أو المادية أو القانونية[٣] ، وتستلزم المهمة التي تعهد للحارس أن يكون كامل الأهلية دون عارض أو مانع .

ويعتبر الحارس نائباً عن أصحاب الشأن في إدارة المال تحت الحراسة والمحافظة عليه ، ولهذا فإن أحكام النيابة تقتضي أن يكون التصرف القانوني الذي يبرمه النائب إستناداً إلى إرادته فتنصرف آثاره إلى شخص الأصيل صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة و يترتب على ذلك ضرورة أن تكون أرادته خالية من العيوب ، حيث أن موانع أو عوارض الأهلية تختلف عن عيوب الإرادة فالأخيرة هي (الإكراه ، الغلط ، التعزير ، الاستغلال) ، وهذه العيوب إذا اعترضت الإرادة يصبح التصرف موقوفاً على إجازة من وقع في العيب .

---

[١] د.محمد أحمد عابدين ، مصدر سابق ، ص ٣١٨ .

[٢] د. محمد عزمي البكري ، مصدر سابق ، ص ٢٦٢.

[٣] الطبيعة هي العاهة المزدوجة - المادية هي الغيبة – القانونية هي الحكم بجناية أو عقوبة سالبة للحرية.

وتظهر أهمية هذا الشرط في شخص الحارس كونه بمجرّد توليه الحراسة يكون له سلطات الإدارة على المال ، والتصرّف في حدود القانون ، لذا نجد أنه من المعقول والبديهي ألاّ تعطى هذه السلطة لشخص لا يحسن استعمالها مما يعرض مصالح أصحاب الشأن للخطر ، ولا يصلح ناقص الأهلية المأذون له بالإدارة أن يكون حارساً رغم قيامه بإدارة أمواله الخاصة لأن ذلك لا يمتد إلى إدارة أموال الغير، وكذلك من يحجر عليه لسفه أو غفلة أو جنون[١] .

رابعاً : أن يكون الحارس القضائي مستقلاً :-

أن يكون الحارس القضائي مستقلاً عن كل طرف من أطراف الدعوى ولا تربطه بهم أي علاقة مالية أو تجارية أو أي علاقة قرابة لغاية الدرجة الرابعة، و ذلك ضماناً لحيادتيه و عدم ميله لأحدهم على حساب الأخر[٢] وهذا ما اكدته المادة (٩٥) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة و الصلح الواقي والإفلاس المصري رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ حيث نصت المادة على أنه (لا يجُوز أن يعيين أميناً للتفليسة من كان زوجا للمفلس أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة .....).

المطلب الثاني

إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف

لا يعني أن هذا الأمر يعد كافياً لاكتساب الشخص صفة الحارس القضائي على مصرف ، إذْ أنّ توافر هذه الشروط يعد قرينة كافية لإدراج اسمه ضمن القائمة التي تعدها الجهات المختصة ، وهي البنك المركزي العراقي ، وإستناداً لها تقرر المحكمة أختياره من ضمنهم ، و مع إن المشرع العراقي لم يذكر الإجراءات الواجب إتباعها لتعيين الحارس القضائي مكتفياً بوضع الأطر العامة لذلك ، تاركاً المسائل الإجرائية المحددة لذلك لسلطة المحكمة المختصة التقديرية .

و من خلال ما تقدم و لأجل بيان تلك الإجراءات فأننا قد أرتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنعتمد في الفرع الأول لبيان هذه الإجراءات وفق أحكام القانون العراقي ، في حين سيكون الفرع الثاني مخصص لبيانها وفق أحكام القوانين المقارنة .

---

[١] رضا محمد عبد السلام عيسى، مصدر سابق، ص١٩١- ١٩٣ .

[٢] د.زينة غانم الصفار ، مصدر سابق ، ص ١٨١ .

الفرع الأول

إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف وفق أحكام القانون العراقي

نصت المادة (٢/١٤٧) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (يكون تعيين الحارس بإتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فأن لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه ويتقاضى الحارس أجراً تقدره المحكمة) ، أي إذا لم يتفق أطراف النزاع على شخص الحارس تولت المحكمة تعيينه . يلاحظ أن النص السابق لم يحدد طريقة تعيين الحارس ، ويفهم من خلال التمعن به أن المشرع ترك الخيار لأصحاب الشأن في تعيين الحارس سواء كان في الحراسة الإتفاقية أم الحراسة القضائية ، و هذا هو الأصل بأن يختار الأطراف الحارس الذي يرونه مناسباً ويكون ذلك بالإتفاق فيما بينهم ، و لكن في حالة أن الأطراف لم يتفقوا على شخص الحارس الذي توضع الأموال المتنازع عليها تحت يده ، فإن المحكمة تتولى تعيينه وهذا هو الاستثناء على الأصل الذي يقوم على أساس اختيار الأطراف الحارس المناسب للمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تعيين شخص الحارس القضائي وبالذات عند عدم إتفاق أصحاب الشأن على حارس معين ، وللمحكمة أن تعين أحد طرفي الخصومة حارساً قضائياً ولو اعترض الطرف الآخر، إذا اطمأنت إلى أمانته وكفايته لاسيما إذا قبل الحراسة من دون أجر وكانت قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسة لا تتحمل تثقيلها بالأجر ، و كما لا يوجد نص قانوني يمنع أي طرف من أطراف النزاع أن يكون حارساً قضائياً[١] .

وهذا ما أخذت به محكمة التمييز العراقية بقرارها المتضمن (لدى التدقيق والمداولة تبين من أوراق القضية أن القرار المميز بتعيين الحارس القضائي لإدارة المشروع المتنازع عليه وتسليم الواردات إلى المحكمة إلى نتيجة الدعوى بالنظر لعدم إتفاق الطرفين على تعيين حارس قضائي جاء موافق لأحكام المادتين (١٤٧ و ١٤٨ مرافعات مدنية...)[٢] ، وجاء في قرار آخر وجوب أن يكون تعيين الحارس القضائي من خلال دعوة الطرفين للمرافعة فقضت بأنه (لا يجوز تعيين حارس قضائي دون دعوة الطرفين إلى المحكمة)[٣] ،ولكن يجوز عند تعارض مصالح ذوي الشأن أو عند انعدام الثقة بينهم أو عندما يبلغ الخلاف بينهم حدا لا يرجى معه إمكانية التوفيق بين الخصوم أن يعهد القاضي

---

[١] د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، مصدر سابق، ص٩٠٧ و ٩٠٨.

[٢] رقم القرار ٢٩٨٤ / مدنية ثالثة / ٧٥ بتاريخ ١٩٧٦/١/٨ ، ذكره : إبراهيم المشاهدي ، مصدر سابق ، ص٢١٦.

[٣] رقم الاضبارة ٥٩٨ مدنية ثانية ٧٣ تاريخ ١٢ / ١٢ / ١٩٧٢ ، ذكره : عبد الرحمن العلام ، مصدر سابق، ص ٧٦ ، ٧٧ .

بالحراسة إلى أحد الحراس المقيدين بجدول المحكمة حتى يتمكن من إدارة المال المتنازع عليه بشكل جيد بعيداً عن مواطن الخلاف القائم بين ذوي الشأن[١] . وللقاضي أيضاً أن يقوم بتعيين أكثر من حارس إذا كانت هناك ضرورة فيقوم بتكليفهم بأداء المأمورية على نحو ما هو موجود داخل حكم الحراسة ولا يجوز لأحدهم القيام بأي تصرف إلا بموافقة الآخرين[٢] .

وعلى هذا الأساس يمكن تعيين أحد طرفي الخصومة حارساً قضائياً في حال إتفاق الفريقين للتسوية على ذلك ، وإذا رأى القاضي أن في تعيينه مصلحة أكيدة وظاهرة و لمس عنده الخبرة وحسن الإدارة أو كانت قيمة المال موضوع النزاع لا تحتمل نفقات الحراسة.

وإذا عين أحد الفريقين حارساً قضائياً فيمكن أن يضاف إليه شخص آخر أجنبي عنهما ويلجأ إلى هذا الأجراء ، المؤسسات و الشركات التي تتطلب خبرة خاصة في إدارتها وتسيير أعمالها[٣] .

أما موقف المشرع العراقي في قانون المصارف فأنه أتخذ أحكاماً مختلفة ، فبعد أن تتخذ المحكمة قرارها بالموافقة على التماس إقامة دعوى إفلاس المصرف المتعثر فأن المحكمة تقرر إفلاس المصرف وتعين حارساً قضائياً بمقتضى المادة (٨٠) من القانون المذكور[٤] ، وعلى المحكمة اخطار البنك المركزي و الدائنين والمصرف بهذا القرار، و إن قانون المصارف جاء بأحكام مختلفة في إدارة التفليسة عما منصوص عليه بالقواعد العامة للإفلاس ، حيث أنه يتم تعيين الحارس القضائي من القائمة التي يرشحها البنك المركزي ، وهذا خلاف القواعد العامة كون تعيين أمين التفليسة لابد أن يكون من اختصاص وصلاحية المحكمة التي قضت بالإفلاس ويكون قرارها مستلاً من ظروف موضوعية وبناءً على شروط محددة قانوناً[٥] .

---

[١] رقم القرار ٢٩٨٤ /مدنية ثالثة/٧٥ بتاريخ ٨ / ١ / ١٩٧٦ ، ذكره : إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ص٢١٦.

[٢] أنور طلبة ، مصدر سابق ، ص ٦٣ .

[٣] د . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص ٨٧ .

[٤] نصت المادة (٧٨) من قانون المصارف على (بناء على قرار المحكمة الموافقة على التماس اقامة دعوى إفلاس ضد مصرف يعلن إفلاسه المصرف و تبدأ إقامة دعوى ضد المصرف ويعين حارس قضائي من قبل المحكمة بمقتضى المادة (٨٠)) .

[٥] فقد نص قانون التجارة رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ في الفقرة (١) من المادة (٥٨٧) من الباب الخامس النافذ (لا يجوز أن يعين أميناً للتفليسة من كان زوجاً للمفلس أو قريباً له إلى الدرجة الرابعة ، أو من كان خلال السنتين السابقتين على إشهار الإفلاس شريكاً له أو مستخدماً عنده أو محاسباً أو وكيلاً عنه.) .

ومما تجدر الإشارة إليه أن هناك ثمة عدد من الأسئلة يمكن أن تطرح هنا ، أولها هو كيف يمكن أن يتم أختيار شخص الحارس من بين مجموعة من الأشخاص المذكورين في تلك القائمة ، وهل يحق للمحكمة أن تطلب من البنك المركزي إضافة شخص من ضمن الأشخاص المسجلين في المحكمة كحارس قضائي ليمكن أختياره حارساً على المصرف ؟ وهل تستطيع المحكمة المختصة إن ترفض كل الأسماء التي يدرجها البنك المركزي في القائمة و تطلب استبدالها بقائمة جديدة تحمل إسماء جديدة ؟ وأن كانت معالجة هذه المسائل قد جاءت بصيغة مقتضبة غير واضحة الأطر ، وذلك لأنه قد بينها بشكل عام بأن هناك قائمة يعدها البنك المركزي وعلى المحكمة أختيار أحد أشخاصها حصراً ، من دون بيان التفاصيل الإجرائية لكل ما يمكن أن يتعارض أو يرتب إشكالية عند تطبيق تلك الأطر ، وهوما يدعونا إلى دعوة المشرع العراقي إلى ملاحظة تعديل ذلك وتحديد الإجابات على ما يمكن أن يعد من تلك الإشكاليات عند تعيين الحارس القضائي على المصارف .

ومما يجدر ذكره ، بعد أن تختار المحكمة شخصاً من تلك القائمة فعليها إبلاغ طرفي دعوى الإفلاس بالإضافة إلى البنك المركزي ، و بعدها تقوم بنشر ذلك القرار في الجريدة الرسمية وفي صحفتين يوميتين على الأقل من الصحف ذات التداول العام[1] وباكتمال ذلك يعد هذا الأمر بمثابة تعيين الحارس القضائي على المصرف بقرار قضائي يترتب عليه ثبوت سلطة ذلك الحارس بممارسة مهامه وواجباته المحددة بموجب تلك الحراسة .

الفرع الثاني

إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف وفق القوانين المقارنة

أستناداً لأحكام القانون المصري يجوز للأطراف الإتفاق على تحديد حارس قضائي في الحراسة بوجه عام ، سواء كانت إتفاقية أو قضائية فلا يقتصر أختيار الأطراف له على الحراسة الإتفاقية فقط ، بل يتعدّاها إلى القضائية ، ولا يقال أنه بالإتفاق على تعيين الحارس القضائي تتحول الحراسة من قضائية إلى إتفاقية أو العكس ، فالمعيار في تحديد نوع الحراسة هو في الجهة التي تفرضها ، ولا

[1] ينظر نص المادة (٧٩) من قانون المصارف العراقي النافذ رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ حيث نصت المادة (٧٩) على (فور اصدار المحكمة قرارا بإقامة أو قرارا برفض التماس اقامة دعوى افلاس ضد مصرف تخطر البنك المركزي العراقي وتخطر المصرف بالقرار وتتخذ المحكمة الترتيبات اللازمة بنشر القرار في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين على الاقل من الصحف ذات التداول العام) .

يعني كذلك أن يتبع في تحديد شخص الحارس القضائي مبدأ تحديد فرض الحراسة ، لأن التمييز في كون الحراسة إتفاقية أوقضائية تعتمد على الجهة التي فرضت الحراسة ، فهي أما تكون قد فرضت من قبل الإطراف بإتفاقهم عليها أو فرضت من قبل القضاء بالأمر بها ، وعليه إذا كانت الحراسة إتفاقية فإن طبيعتها لا تتغير حتى وأن تم تحديد الحارس من قبل القضاء وإذا كانت الحراسة قضائية فإن طبيعتها أيضاً لا تتغير وأن كان الأطراف هم الذين اتفقوا على تعيين الحارس ، فيترك أمر تحديد الحارس القضائي للأطراف[١]حسب المادة (٧٣٢) من القانون المدني المصري النافذ ، فإن أجمع الأطراف على تحديد شخص ما حارساً قضائياً وجب على القضاء تحديده ، أما إذا لم يجمع الأطراف على تحديد فتكون السلطة مطلقة للقضاء بتحديده ، فمتى ما أتفق أطراف النزاع على مبدأ الحراسة (الحراسة الإتفاقية أو الحراسة القضائية) ، فإن أمر تعيين الحارس يترك في كلتا الحالتين للمتنازعين إذا أمكنهم الإجماع على ذلك ، فإن لم يحصل الإتفاق تدخل القاضي لتعيينه[٢].

و أستناداً لذلك فأن أختيار الحارس القضائي قد يكون على وفق الاحتمالات الآتية :

١-أختيار أحد الأطراف حارساً قضائياً : -

لم تنص التشريعات المصرية على الية أختيار الحارس القضائي من أطراف النزاع ، فكان للفقه رأي في كيفية أختيار الحارس القضائي كونه أحد المتنازعين ، إذ يجوز تعيين أحد الأطراف المتنازعة حارسا قضائيا على المتنازع فيه ، كونه يكون عالماً بكل ما يحيط بذلك المال من مكان وديون وكيفية إدارته أو حفظه ، فالطرف صاحب نصيب من المال قد يملك الخبرة في تسييره أفضل من غيره الأجنبي، لكن شرط أن يجمع الأطراف على تعيينه ، أو أن لم يتفقوا فيمكن كذلك للقاضي أن يتدخل ويعين طرفاً منهم حارساً ،إذا التمس فيه توفر شروط الحارس القضائي ويقبل الحراسة دون أجر، أو قيمة المال المتنازع فيه قليلة ،وأن تعيينه فيه صالح للجميع وبذلك ترفض الطعون المقدمة ضده إذا لم تكن جدية[٣] .

---

[١] باشي الحاج ، مصدر سابق ، ص٤٣ .

[٢] نصت المادة (٧٣٢) من القانون المدني المصري على أنه (يكون تعيين الحارس سواء أكانت حراسة إتفاقية أم كانت قضائية ، بإتفاق ذوي الشأن ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه).

[٣] د .عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة ، الجزء السابع ،مصدر سابق ، ص ٩٠٧ – ٩٠٩ .

٢- أختيار أجنبي عن الأطراف حارساً قضائياً : -

يمكن أختيار أجنبي عن أطراف النزاع حارساً قضائيا وفق المادة (٩٤) من قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي و الإفلاس المصري رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ حيث نصت على (تعيين المحكمة في حكم الإفلاس من جدول خبراء إدارة الإفلاس ممثلا قانونياً لإدارة التفليسة يسُمى(أمينٌ التفليسُة) . و يجُوز في كل وقت لقاضي التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المفلس أو المراقب الأمر بإضافة أمينٌ أو أكثر بشرط ألا يزٌيدٌ عددهم على ثلاثة . و يصٌدر بتنظيمٌ مهنة أمناء التفليسٌات قرار من الوزيرٌ المختص.) ، وهذا ما أكده الفقه إذا تضاربت مصالح الأطراف ووجدت بينهم منازعات تثير شكاً في استقلاليتهم و نزاهتهم ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الحارس المختار أجنبياً عنهم ويكون عادة من بين الخبراء المسجلين بالجداول المشهود لهم بالنزاهة أو أي شخص آخر مشهود له بذلك ، ويفضل الأشخاص غير المسجلين والخبراء إذا قبلوا الحراسة بغير أجر، خاصة في حالة كون الأموال المحروسة مثقلة بديون ، حتى لا يؤثر ذلك في استيفاء هذه الديون ولا على المال المحروس ، فالحارس النزيه يضمن للأطراف حسن سير إدارة الأموال ، وحفظها من أي خطر يهددها سواء من الأطراف أو الغير الأجنبي عن الأطراف المتنازعة[١].

٣-أختيار أكثر من حارس : -

توجد حالات يتم تعين أكثر من حارس قضائي واحد للقيام بالمهمة المخولة له ، إذا اقتضت طبيعة و تنوع العمل ذلك نجد الأطراف يعينون أكثر من حارس للقيام بالمهمة التي يريدونها ، لما تفتضيه أيضاً ضرورة العمل الذي يوكل إليه فقط و إلاّ فلن يعينه ، كون ذلك يتسبب في حدوث أختلافات في العمل و تؤدي إلى عرقلته ، و أن كانت الحراسة بأجر فسيرتفع بسبب إعتماد حراس متعددين[٢].

وقد أشار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي و الإفلاس المصري رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ في المادة (٩٤) حيث نصت (تعين المحكمة في حكم الإفلاس من جدول خبراء إدارة الإفلاس ممثلاً قانونياً لإدارة التفليسة يسمى (أمين التفليسة) ، ويجوز في كل وقت لقاضي التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المفلس أو المراقب الأمر بإضافة أمين أو أكثر بشرط ألا يزيد عددهم على

---

[١] باشي الحاج ، مصدر سابق ، ص ٤٤ .

[٢] دعاس محمود ، الحراسة القضائية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، ٢٠٠٧ ، ص ٢١ .

ثلاثة ، ويصدر بتنظيم مهنة أمناء التفليسات قرار من الوزير المختص) ، و قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي و الإفلاس المصري رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ في المادة (٩٥) نصت على أن (لا يجوز أن يعين أميناً للتفليسة من كان زوجاً للمفلس أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة أو من كان خلال السنتين السابقتين على شهر الإفلاس شريكاً له أو مستخدماً عنده أو محاسباً له أو وكيلاً عنه ، وكذلك من سبق الحكم عليه بالإدانة في جناية أو في جنحة ماسة بالشرف والأمانة .

أما في القانون الفرنسي ، تكون المهمة مكفولة من قبل هيئات قضائية ثلاث و هي :

١-الوكيل القضائي[١] :-

وهو ممثل العدالة ، يوجد في كل مراحل الإجراءات الجماعية ، وتتمثل مهمته الأساسية في فحص الديون وتمثيل الدائنين ، سواء تعلق الأمر بإجراءات الحفاظ على المؤسسة أو إجراءات التسوية[٢] ، وفي هذا الإطار يضطلع الوكيل برفع الدعاوى القضائية باسم ولمصلحة الدائنين[٣] ، مثل الدعاوى المتخذة ضد المديرين ، أو تلك التي يكون الغرض منها حماية قيمة الممتلكات التي تشكل أصول المدين[٤] ، وأيضا استئناف القرارات المتعلقة بوقف أو رفض خطة الحفاظ أو خطة التسوية[٥] ، كما يلتزم في إطار حماية الدائنين باطلاعهم على سير الإجراءات[٦] ضمن قانون التجارة الفرنسي النافذ .

٢-المدير القضائي :-

والذي يعين أيضا في الحكم المتضمن فتح الإجراءات طبقاً لنص المادة (L.621-4) في قانون التجارة الفرنسي النافذ ، حيث تتمثل المهمة الرئيسية للمدير القضائي في مساعدة المدين في تسيير

---

[١] طبقاً نص المادة (L.621-4) من القانون التجاري الفرنسي ، يتم تعيينه في الحكم المتضمن فتح الإجراءات الجماعية ، وبناء على طلب الوزارة العامة يمكن تعيين اكثر من وكيل ، ويكون تعيينه اختيارياً في المؤسسات الصغيرة التي يقل عدد العمال فيها عن عشرين عاملاً ، ويقل رقم أعمالها عن ثلاثة ملايين أورو . المادة-R.626) (52 من القانون التجاري الفرنسي.

(2) Art L. 812-1 c . com.

(3) Art L.622 -20 c. com

(4) Sophie Stankiewicz Murphy , Thé préc . p. 97.

(5) Art L. 661-1 2° c. com.

(6) Art R.631-21 c. com .

وإدارة مؤسسته[١] ، وفي إعداد الخطة ، ومع ذلك يلعب المدير القضائي أيضاً دور المدافع عن مصالح الدائنين ، إذْ يسمح بمشاورة الدائنين ويدعم اللجان الدائنين[٢] .

٣-المشرف على تنفيذ الخطة :-

والذي يتم تعيينه في الحكم المتضمن الموافقة على الخطة ، ويكمن دوره في ضمان التنفيذ السليم للخطة ، و تقسيم الحقوق على الدائنين وفقاً لخطة الحفاظ أو التسوية[٣] ، كما يعود له أيضاً واجب الدفاع عن المصلحة الجماعية للدائنين[٤] ، وطبقاً للمادة (L.626-25) من القانون التجاري الفرنسي النافذ إمكانية أن يرفع بنفسه دعاوى دفاعاً عن المصلحة الجماعية للدائنين ، كما يجوز أيضاً للمشرف إستئناف قرارات تعديل خطة الحفاظ أو خطة التسوية ، وبالإضافة إلى ذلك يجوز للدائنين الذين لا تتاح لهم فرصة الطعن في قرار يأمر أو يعدل الخطة ، أو في حالة سوء تنفيذ الخطة من جانب المدين ، أن يتقدموا بطلب إلى المشرف ليرفع دعوى ضد المدين[٥].

إن دور أعضاء لجان الدائنين هذه واسع للغاية ، ينصحون الأمين أو المدين المالك (Debtor in Possession) من أجل ضمان التسيير والإدارة الجيدة للمشروع ، وقد يطلبون تعيين أمين ، وفي حالة عدم تعيين هذا الأخير يمكنهم طلب تعيين مدقق (Examiner) عند الشك في كفاءة أو حسن نية المدير ، كما يشاركون في تطوير الخطة ، وتمارس لجان الدائنين جميع الإجراءات من أجل حماية مصالح الدائنين الذين تمثلهم ، كما يحق للجنة الدائنين الاعتراض على عقد البيع أو استغلال عقار مملوك للمدين ، و الذي صادقت عليه المحكمة ، و في هذه الحالة على القاضي الرجوع إلى شروط الاستغلال أو البيع لضمان دقتها ، و قد توكل وظيفة الدفاع عن مصالح الدائنين الجماعية إلى المراقبين ، وهم دائنون يعينهم القاضي المنتدب ، في حدود خمسة مراقبين كحد

---

(1) Art L.811-1 c. com .

(2) A. Geniteau , (L'administrateur judiciaire et le nouveau livre VI du Code de commerces), Revue des Procédures Collectives , n°I , mars 2006 , p.3.

(٣) يعين لمدة محددة طبقاً لنص المادة (L.626.12) من القانون التجاري كما هو الحال بالنسبة للوكيل القضائي ، وتكون صلاحياته محدودة في ظل إجراءات المحافظة على المؤسسة على اعتبار بقاء الدين على رأس مؤسسته.

(4) Art L.626-25 al 3 co . com.

(5)Art L.626-1,3º co . com.

اقصى[١] ، غير أن إصلاحات ٢٠٠٥ أضافت إليهم مهمة جديدة تتمثل في الدفاع عن المصلحة الجماعية ، وفي هذا الإطار تسمح المادة (L. 622-20) من القانون التجاري للمراقبين في حالة تقاعس الوكيل القضائي ، (التصرف باسم المصلحة الجماعية للدائنين) ، وهي مهمة جديدة تضفي شفافية أكثر على الإجراءات الجماعية[٢] .

وأستناداً لما تقدم فقد نصت المادة (L 622 -1) من قانون التجارة الفرنسي النافذ على أن (إدارة المؤسسة تضمن من طرف مسيريها مديريها)[٣] ، وهذا يعني أنه عند فتح الإجراءات يحتفظ المدين بصلاحياته السابقة ، دون المساس بتلك الممنوحة للمدير القضائي المعين من طرف المحكمة ، أو تلك الممنوحة للأجهزة القضائية ، ودون أن يكون ذلك عائقاً أمام المدين في إدارة مشروعه ، فصلاحية المدير القضائي ، في إجراءات الحفاظ على المؤسسة وتحديداً في فترة المراقبة محددة في مراقبة ومساعدة المدين في إدارة مشروعه[٤] .

فالمدين إذن لا يمكن الاستغناء عنه في الحفاظ على المؤسسة ، فهو وحده من يعرف حقيقة نشاط المشروع ، فالمشرع الفرنسي أدرك أن مساعدة المدين هي نقطة البداية في الحفاظ على المشروع ، لذلك منحه مجموعة كبيرة من الصلاحيات وجعل العلاقة بينه وبين المدير القضائي قائمة على الثقة من أجل تحقيق الهدف المتمثل الحفاظ على المؤسسة ، لهذا سمح للمدين بان يقترح هو مديرة قضائية تسميه المحكمة[٥] .

ووفقاً لنص المادة (L 622 -1)من القانون التجاري الفرنسي يقوم المدير القضائي بمعية المدين وبمساعدة خبير أو أكثر بإعداد كشف إقتصادي وإجتماعي ، و بيئي ، يتضمن هذا الكشف العديد من المعلومات المتعلقة بالوضعية المالية للمدين ، و إستشراف الظروف الأجتماعية المأخوذة بعين

---

[١] وفي حالة التعدد ينبغي أن يكون اثنان منهم دائنين ممتازين ، وواحد دائنا عاديا ، المادة (L.621-10) من القانون التجاري الفرنسي.

[2] F. Macorig-Vinier et C. Saint-Alary-Houin, (La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises), Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier-février 2006 , p.60.

[3] Art. (L.622-1) l. c. com (l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant).

[4] Art. (L.622-1) II c. com.

[5] Art. (L.622-3) c. com; Art. L.622-7 co. com. Art. (L.622-10) co. com.

الأعتبار من أجل الحفاظ على المؤسسة،و يوضع هذا الكشف لدى كتابة ضبط المحكمة ، حيث يمكن لجميع الدائنين الأطلاع عليه ، مما يسمح للجنة الدائنين ولجمعية حاملي السندات بالتصويت على الخطة المقترحة[١] .

أما فيما يتعلق بالقانون الأمريكي فيلاحظ أنه لتحديد إدارة التفليسة المصرفية لا بد أن نشير في هذا الإطار لمنهج القانوني للمشرع الأمريكي لتنظيم الإفلاس المتعلق بالمصارف في الولايات المتحدة الأمريكية ، هو أن أسباب تعين الحارس القضائي بشكل عام هي نفسها المتبعة في تعين الوصي من حيث بداية الإجراءات و خضوع جميع المؤسسات المالية ومنها المصارف إلى سلطة وإشراف (مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية)، وهي من تملك القرار الإداري في اخضاعها للفصل السابع أو اخضاعها للفصل الحادي عشر ، بمعنى أن الحارس القضائي بموجب القانون الأمريكي هو مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية) (FDIC) كما هو الحال في الوصاية[٢].

فهو يملك قواعد فريدة فيما يتعلق بتوزيع أصول المصرف وخصومها ، و وتتمتع مؤسسة التأمين بسلطة فرض المسؤولية عن خسائر المصرف المتعثر بما في ذلك سلطة فسخ العقود التي يكون المصرف طرفاً فيها ، والتحلل من الإلتزامات والعقود بحق المصرف بحسب تقدير الوصي أو الحارس ، على أن يتم الفسخ أو التحلل من الإلتزامات والعقود التي يكون المصرف طرفاً فيها قبل فترة معقولة من صدور أمر الحراسة تحت اشراف مؤسسة التأمين[٣] .

وحيث إنّ أعمال التصفية تتطلب من مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية ، بصفتها حارساً قضائياً للمؤسسة المالية المتعثرة كالمصرف ، تسديد المودعين المؤمن عليهم والتخلص من الأصول لسداد ما تبقى من الديون ، وأما من حيث تمويل السيولة ، أنشا قانون (دود فرانك Dold - Frank Act) صندوق تصفية منظم (OLF Orderly Liquidation Fund) في وزارة الخزانة الأمريكية ، وهو صندوق يعمل على تقديم خدمة سيولة نقدية يمكن أن تعتمد عليها مؤسسة تأمين الودائع[٤].

وتقليل التأثير على الاقتصاد ، تسمح أحكام الإفلاس بالبقاء البنوك المتعثرة في العمل مؤقتاً من أجل إعادة تأهيلها من خلال المحافظة على الودائع الفيدرالية أو اعتماد طريقة المصرف الجسري كما

---

(1) Art (L.621-4, al.4) co.com.

(2) Tobias M.C. Asser , Legal Aspects of Regulatory Treatment of Banks in Distress , International Monetary Fund , 2001.p122 .

(3) U.S.C. & 1821 (e) (2).

(4) J. Deslandes , C. Dias and M. Magnus , op . cit , p . 12 .

نصت عليها المادة (USC 1821 12n) في قانون البنوك الأمريكي ، حيث المصرف الجسري هو بنك وطني مستأجر، تملكه وتشغله مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية (FDIC)[١].

إنّ استخدام الإدارة المؤقتة (الوصاية) من المرجح أن يؤدي إلى تفاقم حالة البنوك المعنية للأسباب أعلاه و زيادة التكاليف المرتبطة بقرارها التي ستتحملها الدولة و دائنيها ، لذلك يفضل في الغالب تعيين (حارس قضائي) الذي تتجاوز سلطاته سلطات الإدارة المؤقتة وعادة ما تشمل تلك التي يمتلكها أصحاب المصرف[٢] .

في إطار المنهج القانوني لتنظيم الإفلاس المتعلق بالمصارف في الولايات المتحدة ، فتكون إجراءات وأسباب تعيين الحارس القضائي بشكل عام هي نفسها المتبعة في تعيين الوصي عندما يتم تعيين (الحارس) لغرض التصفية ، فإنّ الحارس القضائي بموجب القانون الأمريكي هو مؤسسة التأمين العام الفيدرالية (FDIC) كما هو الحال في الوصاية ، ولذلك فان سلطات الحارس هي نفسها التي يتمتع بها الوصي[٣] .

أي أن المشرع الأمريكي قد استلهم الفكرة من تشريعات الإفلاس الحالية بهدف جعل الإجراءات الجماعية سهلة للمدين ، وتتجلى مظاهر هذه الفكرة في الصلاحيات الممنوحة للمدير في (إدارة المشروع) أثناء الإجراءات ، وفي صلاحياته خلال مرحلة إعداد خطة إعادة الهيكلة على التفصيل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي يبقى المدين في أغلب الحالات بمفرده على رأس مشروعه الذي يمر بصعوبات ، إذ ينظر هذا القانون إلى أن منع المدين سني الحظ من إدارة مشروعه غير عادل ، فالصعوبات المالية التي قد تعرفها المؤسسة لا يكون سببها في أغلب الأحيان عدم كفاءة المديرين ، ولكن قد تكون نتيجة عوامل خارجية مثل إفلاس ممول رئيسي ، أو عدد كبير من زبائن المشروع[٤] .

وبالرجوع إلى الفصل (١١) من قانون الإفلاس الأمريكي نجده يمنح المدين العديد من الصلاحيات في هذا الإطار، فهو يحتفظ بوظائفه السابقة ، يبرم العقود الإدارية ، يضمن السير العادي ، ويتم

---

[١] د . محمد جاسم محمد ، الإطار القانوني للمصرف الجسري وأثره في معالجة التعثر المصرفي : دراسة مقارنة بين القانون المصرفي العراقي والأمريكي ،بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة ذي قار ، العدد السابع عشر ، ٢٠١٩ ، ص ١٩٨ وما بعدها .

[2] Heidi Mandanis Schooner , op . cit , p . 388 .

[3] 12 U.S.C $ 1821 (c) (2) (A) Appointment : (i) Conservator .

[4] Sophie Stankiewicz Murphy ,op cit . p . 33 .

العقود الجارية ويقرر فسخها ، ويمكنه أيضاً التصرف بحرية في ممتلكات الشركة كما كان عليه الحال قبل فتح الإجراءات ، بالإضافة إلى هذه الصلاحيات يمكن للمدين القيام بالصلاحيات التي يفترض أن يقوم بها) وكيل التفليسة أو الأمين (Trustee) إذا تم تعيين هذا الأخير من طرف المحكمة ، مع ذلك فإن هذا لا يعني أن صلاحيات المدين بلا حدود ، فالعمليات التي لا تدخل في الإطار العادي للأعمال لا يمكنه القيام بها إلا بموافقة المحكمة بعد إعلام الدائنين[1] وفق قانون الإفلاس الأمريكي .

.

[1] 11 U.S.C. 1121 (d) (2) (A) .

الفصل الثالث

أحكام الحراسة القضائية على المصارف

يمكن تقديم التماس بإشهار إفلاس المصرف في حالة توافر حالة أو اكثر من الحالات التي يحددها القانون ، حيث إنّ البنك المركزي يقدم التماس إلى محكمة الخدمات المالية ، أو من قبل دائني المصرف ، يطالبون بها من رفع دعوى بإشهار إفلاس المصرف ، فإذا تبين للمحكمة أن الإلتماس مشروع و تتوافر فيه الشروط التي حددها القانون ، فإن محكمة الخدمات المالية سوف تصدر قرارها بقبول الإلتماس ، ومن ثم رفع دعوى الإفلاس وتعيين حارس قضائي ، فإذا تم رفع دعوى الإفلاس وتعيين الحارس القضائي لا يعني آن الفقرة اللاحقة لرفع الدعوى عبارة عن إجراءات متبادلة بين الحارس القضائي والبنك المركزي ، بل ستترتب على ذلك آثار تتعلق بعضها بالمصرف وأخرى تتعلق بدائني المصرف .

كما أن نظام الحراسة القضائية كما وضعه المشرع في قانون المصارف لا يمكن أن يصل إلى غايته المنشودة إلاّ من خلال مجموعة من الأحكام تعمل على جعل هناك نوع من التوازن بين المصالح المتعارضة لكي تمهد الوصول إلى الحل المقصود ، ومن هذه الأحكام الهامة في هذا الصدد ما يتعلق بالآثار المترتبة على تعيين حارس قضائي ، وما يترتب عليه من آثار من تاريخ الحكم حيث تترتب على موعد هذا التاريخ مجموعة من النتائج أهمها وقف كل الإجراءات القانونية للدعوى التي تقام ضد المصرف ، وفي الوقت ذاته أعتبر القانون كل التصرفات القانونية التي يقوم بها المصرف باطلة ، وحتى أثره على حقوق الدائنين ، من حيث قبول ورفض أو تسجيل المطالبات ، أو أولويات المدفوعات عند التصفية .

هذا من جهة ومن جهة أخرى فأن فرض الحراسة القضائية ليس قراراً مؤبد الأثر، إذْ لا بد من أن ينتهي ، وقد يكون هذا الإنتهاء تلقائياً عند أكمال الحارس القضائي لمهامه أو قد ينتهي قبل ذلك ، أو لأسباب أخرى سنبينها لاحقاً عند التطرق لموضوع إنتهاء الحراسة القضائية .

و من أجل بيان تفاصيل ما سبق ذكره ، سنقسم هذا الفصل على مبحثين سنبين في المبحث الأول : الآثار القانونية للحراسة القضائية على المصارف ، و سنتطرق في المبحث الثاني إلى إنتهاء الحراسة القضائية على المصارف .

المبحث الأول

الآثار القانونية للحراسة القضائية على المصارف

بعد قبول محكمة الخدمات المالية طلب الإلتماس من المدعين بإشهار إفلاس المصرف يعد قراراً فاصلاً في دعوى الإفلاس ببداية حالة قانونية تتمثل في إفلاس المصرف يترتب عليها إجراءات وآثار عديدة يكون الغرض منها المحافظة على أموال المصرف ، والعمل على تصفيتها وإيصالها إلى الدائنين من قبل الحارس القضائي وبإشراف مباشر من المحكمة والبنك المركزي ، إذْ إنّ آثار إعلان الإفلاس عندما تصدر محكمة الخدمات المالية قرارها بقبول طلب الإلتماس ورفع دعوى بإشهار إفلاس المصرف سيصبح هذا القرار نافذ من وقت إتخاذه ، و من ثم ستترتب على ذلك آثار عديدة ، تتعلق هذه الآثار في الحد من سلطات المصرف وغل يده في التصرف بأمواله ، وآثار أخرى تتعلق بحقوق دائني المصرف ، من حيث تقييد بعض حقوقهم من جانب واستيفاء ديونهم من جانب أخر، وعليه سنقسم هذا المبحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول الآثار القانونية المترتبة على الحراسة القضائية تجاه الحارس القضائي ، وفي المطلب الثاني الآثار المترتبة عليها تجاه المصرف.

المطلب الأول

الآثار القانونية للحراسة القضائية تجاه الحارس القضائي

إنّ البحث في ماهية الأثار القانونية التي تترتب على تفعيل قرار الحراسة القضائية و تعيين حارس قضائي بعد موافقة المحكمة على قرار إعلان إفلاس المصرف ، يوجب علينا أن نلاحظ أن هذه الأثار فيما يتعلق بالحارس القضائي ممكن أن تتحدد من خلال المهام أو السلطات التي تمنح له بمجرد نفاذ هذا القرار والتي تتمثل بانتقال السلطات الإدارية في المصرف له ، بالإضافة إلى التزاماته التي حددها القانون سواء كانت تجاه الجهة التي قامت بتعينه أو نحو المصرف ذاته .

ولهذا فمن أجل بيان هذه الآثار فأننا قد ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سيكون الفرع الأول مخصصاً لبيان أثر تعيين الحارس القضائي على الجهات الإدارية في المصرف ، أما الفرع الثاني فسيكون منعقداً لبيان أهم ما يترتب على الحارس القضائي من التزامات ، أما حقوقه فلن نتطرق لها في هذا المطلب و ذلك لأننا سنتطرق إلى إلتزامات المصرف المفروض عليه الحراسة في المطلب الثاني ، مما سيؤدي إلى تكرار الكلام عنها ، لهذا سنحيل البحث فيها إلى المطلب الثاني منعاً من للتكرار .

الفرع الأول

أثر تعيين الحارس القضائي على الجهات الإدارية في المصرف

يتكون الجهاز المصرفي باعتباره شركة ، من الهيأة العامة ، ومجلس إدارة المصرف ، ومديرها المفوض ولم يختلف هذا الشكل عن هيكلة تشكيل الشركات المنصوص عليه بقانون الشركات[١] ، فان المشرع العراقي في قانون المصارف النافذ قد أبطل كل تصرف يقوم به المصرف خلال فترة (٦٠) يوم السابقة لتاريخ فرض الحراسة القضائية إصدار قرار الإفلاس حيث نصت المادة (٥/٨٢) ضمن قانون المصارف العراقي النافذ على انه (بناءاً على طلب الحارس القضائي تصبح الاعمال القانونية التي تجري في غضون (٦٠) يوم عمل قبل تاريخ قرار البنك المركزي العراقي بتعيين وصي للمصرف لاغية وباطلة من قبل البنك المركزي العراقي اذا كان المصرف والطرف المقابل له في الاعمال على علم أو كان ينبغي اعلامهم في وقت تلك الاعمال انها سيلحق ضراً بمصالح دائني المصرف ويفترض ان تكون هذه المعرفة موجودة من كانت تلك الاعمال.) ، إلاّ أنه لم يفصل في دقة ووضوح الاثار التي يتركها هذا الأمر على الجهات الإدارية في المصرف ، مما استوجب أن نبحث عن تلك الآثار على النحو الآتي :

١-اثر قرار تعيين الحارس القضائي على الهيأة العامة للمصرف : الهيأة العامة أو (الجمعية العمومية)[٢] تعتبر أعلى سلطة في المصرف كونها تمثل مجموع مالكي رأس مال ذلك المصرف ، بغض النظر عن نسبة الاسهم التي يمتلكها المساهم فيه ، فلها السيادة التامة على شؤون وإدارة المصرف من خلال حق المساهمين في التصويت في اجتماعاتها العادية وغير العادية[٣] . لذا يمكن القول أن الهيأة العامة هي (عبارة عن جهاز إداري يتمتع بسلطات واسعة ومحددة قانوناً)[٤] .

---

[١] ينظر المواد (٨٥ -١٢٤) من قانون الشركات العراقي النافذ .

[٢] حيث الأمر رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤ الصادر عن سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة أستخدم مصطلح (الجمعية العمومية) ، حيث كانت هذه التسمية تطلق في قانون الشركات رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ ضمن تسمية (الهيأة العامة) ، إلا أن تسمية (الجمعية العمومية) تطلق على جميع المواد التي تم تعديلها فقط ولم تشمل المواد التي لم يتم تعديلها ضمن قانون الشركات العراقي النافذ ، لذا نأمل في توحيد هذا المصطلح .

[٣] ينظرالمادة (٨٥) من قانون الشركات (تتكون الهيئة العامة من جميع أعضاء الشركة)، و كما ينظر : د. لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية ، مجلد١ ، ط١ ، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية ، بغداد ، ٢٠١٥ ، ص ٢٢٢ .

[٤] د.الياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية في عمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص٩ .

ويلاحظ على قانون المصارف أنه لم ينظم أحكاماً للهيأة العامة داخل المنظومة المصرفية ، لذا يرجع في ذلك إلى الأحكام التي تتعلق بتكوينها ضمن قانون الشركات ، و إجراءات اجتماعاتها من حيث كيفية الدعوة إليها والنصاب المطلوب لانعقادها وحجية القرارات التي تصدرها ، وسلطاتها التي تتمتع بها[١] .

وهناك سؤال يطرح لدراسته هل آن الهيأة العامة للمصارف الخاصة ككيان تتأثر بقرار فرض الحراسة القضائية ومن ثم تعيين حارساً قضائياً على المصرف وعلى سلطاته ، أم أنها تبقى حتى إعلان التصفية للمصرف ؟

من الجدير بالذكرأن قانون المصارف النافذ لم يتطرق إلى أحكام خاصة تتعلق بهذا الموضوع على خلاف حالة فرض الوصاية فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٦١) على تعليق سلطات الهيأة العامة أثناء فترة الوصاية دون المساس بوجودها القانوني كجهاز إداري داخل المصرف[٢] ، فالهيأة العامة تحتفظ بوجودها القانوني لأنها من الأجهزة الإدارية التي تشكل بمجرد تأسيس الشركة (المصرف) كونها تتكون من جميع المساهمين مما يعني أن الهيأة العامة تنحل بحل المصرف[٣] .

ومن خلال هذا يمكن القول أثناء فترة الحراسة القضائية لا يمكن حل الهيأة العامة بل يتم تعليق أعمالها أثناء فترة الحراسة القضائية ، فمن خلال استعراض النصوص الخاصة بالحراسة القضائية وأعمال الحارس القضائي نجد أن هناك تداخلاً واضحاً بين السلطات الممنوحة للحارس القضائي والسلطات التي تتمتع بها الهيأة العامة بحيث يصعب على الحارس القضائي القيام بها بالتزامن مع سلطة الهيأة العامة ، مما يوجب على المشرع العراقي بمجرد نفاذ قرار الإفلاس تعليق عمل الهيأة العامة وحلول الحارس القضائي محلها لممارسة سلطتها ، وما يعزز هذا القول هو ما جاءت به المادة (٦١) من الفقرة (٢) حيث نصت (.....كما هو الحال في بيع والتصرف بالموجودات

---

[١] يلاحظ أن المادة (٦٣) من التعليمات رقم (٤) لسنة ٢٠١١ الخاصة بقانون المصارف قد تطرق الى بعض الأحكام الخاصة بالهيأة العامة ، إلا أنها في مجملها لم تأتي بشيء جديد على ما نص عليه قانون الشركات العراقي المعدل النافذ المتعلق بالهيأة العامة للشركات .

[٢] نصت الفقرة (٢) من المادة (٦١) من قانون المصارف النافذ على (يعلق قرار البنك المركزي العراقي الذي يقضي بتعين وصي لمصرف صلاحيات حملة الأسهم فيما يتعلق باتخاذ اجراء في الاجتماع العمومي لحملة اسهم المصرف.....) .

[٣] د. حسين توفيق فيض الله ، الشامل في الإفلاس - تحديث الإفلاس في التشريعات العربية (دراسة مقارنة) ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٢١ ، ص١٩١ .

وغيره من الإجراءات الضرورية لوضع المصرف في مركز سليم وذا ملاءة مالية عدا تلك المعاملات التي تتضمن مساهمة المصرف في رصيد رأس المال لمؤسسات مالية أخرى ، وكذلك المعاملات المشار إليها ضمن المادة (٨٤) والتي قد يشترك المصرف فيها فقط في ظروف وتحت شروط وأحكام تمت الموافقة عليها من المحكمة الخاصة بالخدمات المالية وبناء على طلب البنك المركزي العراقي).

وعليه أن بمجرد نفاذ قرار الحراسة القضائية على المصرف تنتقل صلاحيات الهيأة العامة إلى الحارس القضائي وبهذا تنتقل صلاحية تعين المراقبين والمحاسبين والمستشارين القانونين ومن يحتاجهم في ممارسة عمله وفق نص المادة (٨٠ /٤) من قانون المصارف العراقي النافذ حيث نصت (يجوز للحارس القضائي ان يوظف على حساب المصرف الذي عين له ما يوافق على البنك المركزي العراقي من محامين ومحاسبين ومستشارين اخرين مستقلين بالأحكام والشروط التي توافق عليها البنك.) ، وتحديد أجورهم ، وإقرار نسبة الارباح التي يمكن أن يحتفظ بها المصرف ونسبة الاحتياطي الإلزامي أو أي احتياطات اخرى يراه مناسبة لضمان حقوق الدائنين ، إلا إنّ الحارس القضائي لا يستطيع ممارسة هذه الأعمال دون موافقة البنك المركزي ، كون الأول خضع لتعليمات وتوجيهات البنك المركزي ، فضلاً عن أنه يعمل في اطار الخطة المرسومة له والتي لا يجوز الخروج منها إلا بحدود محددة[١] .

لذا كان من الأفضل أن ينص القانون على انتقال سلطات الهيأة العامة إلى البنك المركزي باعتباره نائباً قانونياً عن المصرف المتعثر ومن ثم يكون للبنك المركزي الحق في الاحتفاظ والتصرف بما يراه مناسباً باعتباره وكيلاً عنه يدير أمور المصرف المفلس اثناء فترة الحراسة القضائية للمحافظة

[١] ينظر: نص الفقرة (٣) من المادة (٨٠) من قانون المصارف نصت على (يقوم الحراس القضائيون بأنشطتهم تحت توجيه واشراف البنك المركزي العراقي ويزود البنك المركزي عند تعيين الحارس القضائي بتوجيهات قضائية خطية تتضمن قائمة بالأنشطة التي يجوز له الاضطلاع بها دون الحاجة إلى تدخل البنك المركزي العراقي وتشمل تلك التوجيهات تسليم السلطة إلى الحارس القضائي للدخول في معاملات فردية لا تتجاوز المبالغ المحددة لكل معاملة ويشمل ذلك ركن لا يقتصر على بيع الموجودات اما بشكل مفرد أو بالجمع . ومع انه يجوز للحارس القضائي ان يتقدم في اي وقت بطلب إلى البنك المركزي العراقي للحصول على توجيهات منه يكون الحارس القضائي ملزما بان يتقدم بطلب إلى البنك المركزي العراقي للحصول على توجيهات منه الا عندما يطلب منه ذلك تحديد حكم من احكام القانون .

على أموال الدائنين[١] . ويجدر الإشارة في هذا المقام إلى أنه يترتب على تجريد الهيأة العامة من سلطتها توقفها عن عقد اجتماعاتها العادية وغير العادية كون هذه الاجتماعات كانت تنعقد لمناقشة مواضيع معينة تتعلق بوضع المصرف[٢] . إذْ لا يعد جدوى من تلك الاجتماعات بعد قرار المحكمة بإفلاس ذلك المصرف ، بل أصبحت تلك القرارات من اختصاصات الحارس القضائي والبنك المركزي.

من هذا يتبين لنا أن نفاذ قرار الحراسة القضائية يعلق سلطة الهيأة العامة في عملها للحارس القضائي ولا ينهي وجودها القانوني إلاّ عند إنهاء حالة التصفية وأنهاء وجود المصرف بعد تمام تلك التصفية.

٢ - أثر تعيين الحارس القضائي على مجلس إدارة المصرف -:يمثل مجلس إدارة المصرف العصب الاساسي لإدارة المصرف ، و بالرغم من إنّ المرجع الأعلى في إتخاذ القرارات في المصارف هي الهيأة العامة إلا أنها لا يمكن لها إدارة الأعمال المصرفية بشكل يومي ومستمر ، كونها تتكون من عدد غير محدد من الأشخاص من جانب وأنها لا تنعقد إلا في فترات متباعدة من جانب آخر، لذا وجب على المصرف أناطة مهمة تنفيذ هذه القرارات إلى مجلس إدارة خاصة بها ، فمجلس إدارة المصرف هو الجهاز التنفيذي داخل الهيكل الاداري المصرف ، والذي يقع على عاتقه إدارة نشاطه ووضع السياسة الاستثمارية ومعايير إدارة المخاطر للمصرف ، وهو المسؤول عن تطبيق القرارات للهيأة العامة تحقيقاً للغاية التي تأسس المصرف من أجلها ، ويعد الممثل القانوني عنه أمام الغير فهو الجهة المختصة قانوناً بهذا العمل[٣]

---

[١] ينظر نص الفقرة (٥) من المادة (٦١) من قانون المصارف و نصت على (لا يخضع الوصي للمساءلة عن اداء واجباته وعن ممارسة صلاحيات كوصي الا امام البنك المركزي العراقي . ولا يخضع الوصي الا للواجبات والقواعد والتعليمات التي يعطيها له البنك المركزي العراقي.) .

[٢] ينظر نص الفقرة (ثانياً) من المادة (٩٢) من قانون الشركات ، أن ما يقصد بمصطلح الاجتماع العادي للهيأة العامة ونصت على أن (الاجتماع العام الذي يعقده المساهمون في نهاية كل سنة مالية للشركة للنظر في مختلف أمورها واتخاذ القرارات اللازمة بشأنها ، و بالإضافة الى الاجتماع العادي للهيأة العامة يجوز دعوتهم لعقد اجتماع غير عادي في أي وقت للنظر في أمور المصرف (الشركة) الخارجة عن صلاحية الهيأة العامة في اجتماعاتها العادية ، كدمج الشركة ، أو تحولها ، أو زيادة رأس مالها أو تصفيتها أو غيرها من الإجراءات الاخرى ، كبيع موجوداتها او غيرها .)، وللتفصيل اكثر ينظر د . أكرم ياملكي ، قانون الشركات ، مصدر سابق ، ص ٢٤٥-٢٤٧ .

[٣] ينظر المادة (١٧) من قانون المصارف.

وقد ورد في قانون المصارف أحكام خاصة بمجلس إدارة المصرف وتكمل تلك الأحكام بما ورد عن أحكام عامة بشأن مجلس إدارة الشركات المساهمة في قانون الشركات[١] .

ومن هنا يمكن القول أن مجلس إدارة المصارف الخاصة يتمتع بسلطات واسعة للقيام بالتصرفات اللازمة لتسيير المصارف وأنشطتها تحقيق لأهدافها ، ولا يحد من هذه السلطات إلا ما هو منصوص عليه في القانون أو النظام الداخلي للمصرف أو عقد تأسيسه ، أو قرارات الهيأة العامة ، وفي غياب هذه القيود يحق للمجلس أن يقوم بجميع الأعمال التي يقتضي تسيير المصرف وفقاً لأغراضه[٢] و من الطبيعي أن قرار الإفلاس سيؤثر على سلطة مجلس إدارة ذلك المصرف المعلن إفلاسه .

ومن هذا يمكن أن يطرح السؤال التالي هل يجرد مجلس إدارة المصرف المفلس من سلطاته بصورة كلية أو جزئية عد نفاذ قرار فرض الحراسة القضائية ؟ وهل يملك البنك المركزي سلطة حل ذلك المجلس ؟.

لم ينظم قانون المصارف النافذ أحكام و نصوص خاصة تعالج هذه الأمور عند إفلاس المصرف الخاص على خلاف حالة إعلان فرض الوصاية على المصارف الخاصة وعلى الرغم من ركاكة وابهام هذه النصوص وعدم فهمها وتعارضها إلا أنها اشارة على ما يفهم ضمناً أن سلطة مجلس إدارة المصرف الموضوع تحت الوصاية تعلق اثناء فترة الوصاية و تنتقل صلاحياته إلى الوصي[٣] .

إلا أنه عند دراسة النصوص الخاصة بالحراسة القضائية ونفاذ قرار الإفلاس فيلاحظ أن نص الفقرة (٨) من المادة (٨٢) قد نصت (بناء على طلب الحارس القضائي تصبح الأعمال القانونية التي تجري في غضون (٦٠) يوم عمل قبل تاريخ قرار البنك المركزي العراقي بتعيين وصي للمصرف لاغية وباطلة من قبل البنك المركزي العراقي ، إذا كان المصرف والطرف المقابل له في الأعمال على علم أو كان ينبغي إعلامهم في وقت تلك الأعمال ، أنها ستلحق ضرراً بمصالح دائني لمصرف) ومن خلال هذا النص يمكن أن نستنتج بعض الملاحظات التالية :-

١- إنّ الفقرة المشار إليها وأن كانت تتعلق بحالة نفاذ قرار الإفلاس وعلاقته بالحراسة القضائية إلا أن النص يشير إلى أن سلطة اداريي المصرف (اعضاء مجلس إدارة المصرف) تعلق اثناء فترة

---

[١] ينظر الفقرة (١) من المادة (٢٥) من قانون المصارف ، واحكام المواد (١٠٣-١٢٠) من قانون الشركات .

[٢] د. انطوان ناشف و خليل الهندي و نوال ثلج مسعود ، العمليات المصرفية والسوق المالية - النظام القانوني للنظام المصرفي في لبنان ، الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ١٩٩٨ ، ص١٢٣.

[٣] ينظر الفقرة (٣) من المادة (٦١) من قانون المصارف.

الحراسة القضائية ، وتنتقل تلك السلطات إلى الحارس القضائي بمجرد نفاذ قرار الإفلاس[١] ، ومن الواضح أن المجلس هو الذي يتمتع بالسلطات القانونية لإدارة المصرف دون أعضائه لأن القانون لم يمنح عضو مجلس الإدارة أية سلطة إلى شخصه لإدارة المصرف خارج نطاق المجلس ، فكان من الأفضل النص على انتقال سلطات المجلس الذي لا سلطة لأعضائه إلى الحارس القضائي لأن هدف فرض الحراسة القضائية هو حماية حقوق الدائنين من المصرف بصورة عامة دون طرف أو آخر.

٢- الظاهر من نص الفقرة (٨) من المادة (٨٢) أن التصرف الذي يقوم به مجلس إدارة المصرف بعد نفاذ قرار الإفلاس يعد باطلاً إلاّ إذا أجازه البنك المركزي أو كان التصرف لا يعلم به الطرف المقابل ، فإذا علم الأخير أن المصرف قد نفذ قرار الإفلاس بحقه فيعد التصرف باطل[٢]. والمعروف في مجال القانون المدني هو أن التصرفات الباطلة لا تلحقها الإجازة[٣]،ولكن يمكن أن تلحق الإجازة (التصرفات الموقوفة) إذا اجازها مالك الحق الأصيل ، فإذا ما تصرف مجلس إدارة المصرف باسم المصرف عند نفاذ قرار إفلاس المصرف فيعد تصرفه هذا في حكم الفضولي ويعد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك الذي هو المصرف المتعثر بطبيعة الحال ، فكان الأصح أن تكون تلك التصرفات التي يقوم بها مجلس إدارة المصرف موقوفة على الاجازة متصلة بالحارس القضائي .

٣- من خلال النصوص المتعلقة بالحراسة القضائية ومن خلال نصوص المادة (٨٢) من قانون المصارف نجد أن مجلس إدارة المصرف اثناء فترة الحراسة القضائية يجرد من معظم سلطاته لا جميعها ، مما يعني بقاء مجلس إدارة المصرف ككيان قانوني ولكن بسلطات محدودة ، فلا نجد سبب يبرر الإبقاء على بعض التصرفات التي يجيزها الحارس القضائي أو البنك المركزي المتمثلة بالتصرفات المنصوص عليها بالمادة (٨٣) ، وهذا خلاف القواعد العامة لإفلاس الشركات حيث يحل مجلس إدارة المصرف ويقوم (وكيل التفليسة) بإدارة التفليسة[٤] .

---

[١] يقصد بإداري المصرف بالنسبة للمصارف الخاصة العراقية أعضاء مجلس إدارة المصرف والمدير المفوض : ينظر في ذلك الباب الرابع إدارة المصارف – مجلس الإدارة من قانون البنك المركزي العراقي النافذ رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ .

[٢] ينظر الفقرة (٨) من المادة (٨٢) من قانون المصارف العراقي النافذ .

[٣] ينظر المادة (١٤١) من القانون المدني وللمزيد في ذلك ينظر د . عصمت عبد المجيد بكر ، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ١٤٥ .

[٤] د. الياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية ، الجزء الأول ، الأحكام العامة للشركة ، منشورات الحلبي ، لبنان ، ٢٠١١ ، ص ١٢ .

نستنتج مما سبق أن المشرع لم يكن دقيقاً وواضحاً في قانون المصارف فيما يخص سلطة مجلس إدارة المصرف اثناء الإفلاس وما هو الدور الذي يمارسه اثناء فترة الحراسة القضائية ، فكان الأجدر أن يجرد مجلس إدارة المصرف المعلن إفلاسه من جميع سلطته الإدارية ، أما المسائل المتعلقة بنفاذ أوعدم نفاذ التصرفات فيستحسن أن تترك للقواعد العامة في القانون المدني .

ج-أثر تعيين الحارس القضائي على المدير المفوض للمصرف:- أن وجود مجلس إدارة المصرف الذي يقوم بتسيير شؤون المصرف وتنفيذ وإدارة قرارات الهيأة العامة للمصرف وحده لا يكفي ، كونه كما بينا لا ينعقد بصورة دائمة ولم يشترط القانون تواجد أعضائه بشكل يومي في المصرف لإدارته وتسيير أموره اليومية ، لذا لابد من وجود شخص في المصرف يدير هذه الأعمال بشكل يومي ومستمر[١].

لذا وجب القانون أن تكون من صلاحية مجلس إدارة المصرف تفويض شخص معين لتنفيذ قرارات المجلس والقيام بكافة الأعمال اليومية لإدارة المصرف وممارسة نشاطه ضمن حدود السلطات الممنوحة له من قبل مجلس إدارة المصرف وتحت إشرافه ، و قد سمي هذا الشخص بالقانون العراقي بـ (المدير المفوض)[٢]. فالمدير المفوض هو الشخص الذي يعينه مجلس إدارة المصرف من ذوي الخبرة ويكون مسؤولاً عن تطبيق قرارات مجلس إدارة ، وعن إدارة العمليات اليومية للمصرف ضمن السلطات التي تحدد له من ذلك المجلس أومن النظام الداخلي للمصرف ، وهـو من يمثل المصرف ، أمام الغير فيما يتعلق بالمسائل الداخلة ضمن اختصاصه ولا سيما الأعمال اليومية ، وقد نص قانون المصارف على الشروط الواجب توفره في هذا الشخص ، والزام مجلس الإدارة ان يختار المدير المفوض من ضمن اعضائه[٣] .

إلاّ أن ما يؤخذ على هذا القانون أنه خلا من نصوص تبين أثر إفلاس المصرف على سلطة وصلاحيات هذا المدير بعد نفاذ قرار الحراسة القضائية ، إلا أنه بالعودة إلى نص الفقرة (٣) من

---

[١] نصت المادة (١٨) من قانون المصارف على (استناداً لأحكام الفقرة (٤) من هذه المادة يعين مجلس إدارة المصرف المحلي احد اعضائه كمدير مفوض للمصرف والذي يكون مسؤولاً عن تطبيق قرارات مجلس الادارة وإدارة العمليات اليومية المصرف) .

[٢] د . زالة سعيد يحيى ، النظام القانوني لبنوك الاستثمار (دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٣ ، ص ١٠٢ .

[٣] ينظر حول الشروط الواجب توفرها بالمدير المفوض ينظر الفقرة (٤) المادة (١٨) من قانون المصارف النافذ وحوله المدير المفوض للشركات المادة (١٢١) من قانون الشركات العراقي.

المادة (٦١) من القانون نفسه الخاص بالوصاية نلاحظ أنها تشير إلى (يعلق قرار البنك المركزي العراقي الذي يقوم بتعين وصي لمصرف صلاحيات إداريي المصرف ويترتب عليه نقل جميع صلاحيات المصرف إلى الوصي) ، وعلى فرض أن الوصاية هي إجراء سابق على قرار إشهار إفلاس المصرف بعد عجز وسائل اعادة التنظيم من ايجاد حلول تسعى الى إنقاذه ، ويترتب على ذلك تجريد المدير المفوض مسبقاً قبل نفاذ قرار فرض الحراسة القضائية من جميع سلطاته ، وعليه أن يـتوقف عـن مـمارسة ما كـان يتمـتع به من سلطات سابقة وتفويضها إلى الحارس القضائي ، وإلاّ أصبحت تصرفاته باطله بحكم القانون ويتحول المدير المفوض بعد نفاذ هذا القرار إلى الفضولي فيما لو تصرف باسم المصرف كونه تصرف في ملك غيره وتسري عليه أحكام الفضولي المنصوص عليها في القانون المدني[١] ، حيث إنّ تجريد المدير المفوض من سلطاته وتحويله إلى الحارس القضائي هي الغاية التي يرجو منها المشرع لتحقيق الحماية اللازمة لأموال المصرف حفاظاً على حقوق مساهمي المصرف والمتعاملين معه ، وذلك من خلال منعه من العبث بمصالحهم والأضرار بهم عن طريق اجراء تصرفات قد تؤدي إلى انقاص أموال المصرف ومن ثم اضعاف الائتمان العام له ، لذا كان من الواجب أن يبين المشرع ذلك عند إشهار إفلاس المصرف الخاص .

الفرع الثاني

التزامات الحارس القضائي على المصارف

إن البنك المركزي قد يعين وصياً لمصرف معين عندما لا يفي ذلك المصرف ببعض التزاماته المالية أو لأسباب أخرى نص عليها قانون المصارف ، وقد يقيم دائني أحد المصارف دعوى إشهار إفلاس ضد المصرف المدين لهم ، لتتولى محكمة الخدمات المالية تعيين حارساً قضائي على المصرف المدين من قائمة مرشحين يقدمها البنك المركزي للمحكمة[٢] ليقوم الحارس القضائي بعمله تحت إشراف وتوجيه البنك المركزي ويصبح الحارس القضائي الممثل الوحيد للمصرف وتؤول إليه جميع حقوق وصلاحيات حملة أسهم المصرف[٣] ، وعليه فان لكل من الوصي والحارس القضائي

---

[١] ينظر حول أحكام تصرفات الفضولي د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة ، الموصل، ١٩٨٠، ص٣٠٧- ٣١٥ .

[٢] ينظر نص المادة (١/٨٠) من قانون المصارف العراقي .

[٣] ينظر نص المادة (١/٨١) من قانون المصارف العراقي .

صلاحيات وسلطة معينة منحت لهما بموجب القانون المصرفي من أجل تحقيق غاية معينة ، فالغاية من تعيين الوصي هو إعادة تأهيل المصرف وبالتالي إذا تجاوز الوصي حدود صلاحياته الممنوحة له فمن حق أعضاء مجلس الإدارة مقاضاته إمام محكمة الخدمات المالية لتتولى تلك المحكمة مراجعة الإجراءات المتخذة من قبل الوصي المشكو منه ، وكذلك الحارس القضائي الذي عين من أجل إكمال عملية تصفية المصرف الذي أشهر إفلاسه وعليه فإذا تجاوز الحارس القضائي حدود السلطة الممنوحة له جاز لدائني المصرف أو حملة أسهمه مقاضاته إمام محكمة الخدمات المالية.

تناول قانون المصارف العراقي التزامات الحارس القضائي من خلال قيام البنك المركزي عند تعيين الحارس القضائي بإعطائه توجيهات قضائية خطية للعمل تحت توجيهه وإشرافه مع أمكانية حصوله بتقديم طلب له على توجيهات أخرى ، و ذلك لدخوله بمعاملات فردية لا تتجاوز المبالغ المحددة ، و أجاز القانون للحارس القضائي ان يوظف على حساب المصرف محامين ومحاسبين ومستشارين اخرين مستقلين بالأحكام والشروط التي توافق عليها البنك[1].

و يمكن أن تتمثل أهم هذه الالتزامات بالآتي :

أولاً- إلغاء التصرفات التي يجريها المصرف و التي تكون ضارة بدائنيه ، و مما يلاحظ أن المشرع قد حدد هذه التصرفات بالتصرفات التي تصدر قبل نفاذ قرار الإفلاس وتعيين الحارس القضائي ، إذ نصت المادة (٨/٨٢) من قانون المصارف العراقي على أنه (بناءاً على طلب الحارس القضائي تصبح الاعمال القانونية التي تجري في غضون٦٠ يوم عمل قبل تاريخ قرار البنك المركزي العراقي بتعيين وصي للمصرف لاغية وباطلة من قبل البنك المركزي العراقي إذا كان المصرف والطرف المقابل له في الاعمال على علم أو كان ينبغي اعلامهم في وقت تلك الأعمال أنها ستلحق ضرراً بمصالح دائني المصرف ويفترض أن تكون هذه المعرفة موجودة متى ما كانت تلك الأعمال. أ- هدية أو تحويل آخر دون الأخذ بنظر الاعتبار لأي شخص . ب - مدفوعات أو تحويلات إلى مالك المصرف أو إداري فيه أو أحد موظفيه إلاّ إذا اثبت ذلك المالك أو الإداري أو الموظف على نحو يقنع المحكمة بأن المدفوعات أو التحويلات التي كانت تتعلق بتوظيف المصرف لها أو تتعلق بحساب محتفظ به لدى المصرف ولم يكن يعلم بان تلك المدفوعات والتحويلات ستلحق ضرراً بمصالح دائني المصرف. ج- مدفوعات أو تحويلات قبل موعد استحقاقها أو تحويل ضمان لدين قبل موعد استحقاق الدين . د- إبرام أو اداء عقد يفرض التزامات على المصرف اكبر بكثير من الالتزامات المفروضة

[1] ينظر نص المادة (٤/٨٠) من قانون المصارف العراقي.

على الطرف الآخر أو الاطراف الأخرى في العقد .هـ - ترتيبات بين المصرف وطرف آخر أو اطراف اخرى بخلاف عقد مالي محدد في المادة (٨٨) يسمح بمقاصة بين حقوق المصرف والتزاماته كانت ستصبح غير مسموح بها لولا هذا الترتيب قبل وقت إتخاذ قرار الإفلاس . و - تحويلات ما بين المصارف بين الفرع المحلي لمصرف اجنبي أو بين هذا المصرف الاجنبي أو فروعه أو شركاته التابعة في الخارج .) ، وهذا أمر لا يحتاج لإصدار قرار قضائي خاص به ، إذ أنه يمكن أن يتم من خلال قيام الحارس القضائي بتقديم طلب بإيقاف جميع الأعمال التي قام بها المصرف قبل نفاذ قرار الإفلاس و تعين الحارس القضائي بمدة لا تزيد عن (٦٠) يوم من تاريخ تنصيب الوصي وفق المادة (٧٣) ، و يشترط في هذه الأعمال التي يتم إيقافها ، أن تكون ضرورية لذلك ، بمعنى إن إيقافها ممكن أن يزيد أو يعزز من إيرادات المصرف ، و يضاف لها وفقاً لذات المعيار التصرفات التي تصدر من المصرف باستخدام الغش أو الخداع ، ويكون هذا القرار بأثر رجعي من التأريخ الذي صدرت به هذه التصرفات التي يتم أبطالها .

ومما تجدر الإشارة إليه إن نطاق الأعمال التي تعد ضارة بالدائنين لم ترد في القانون على سبيل الحصر وإنما على سبيل المثال ، فهي تتمثل بكل الأعمال التي يقوم بها المصرف بدون مقابل ولأي شخص و سواء كانت قبل مواعيد استحقاق الديون المترتبة بذمة المصرف أو بعد تأريخ الاستحقاق ، مالم تكن تلك الأعمال متعلقة بحساب مصرفي محتفظ به لدى المصرف ، أو أثبت المصرف بأن تلك المدفوعات أو الأعمال لم يكن يعلم بأنها ستلحق ضرراً بمصالح دائنيه[١].

كما يجوز للحارس القضائي أن ينهي العقود التي أبرمها المصرف قبل صدور قرار بفرض الحراسة عليه ، متى ما كانت هذه العقود ضارة بالمصرف ذاته كما لو كانت ترتب التزامات مرهقة عليه أو تزيد من تلك الالتزامات ، و هو الأمر الذي أكدت عليه المادة (٨٩) من قانون المصارف بنصها على أنه (١- يجوز للحارس القضائي ان ينهي من جانب واحد جميع العقود الجارية أو اجزاء من العقود الجارية لمصرف مفلس في غضون فترة زمنية معقولة بعد الموافقة على التماس اقامة دعوى افلاس لا تتجاوز (٦٠) يوم عمل باستثناء ان الطرف المقابل للمصرف يجوز له ان يسجل مطالبة من اجل الحصول على تعويض فرق العقد وسيكون التعويض مقتصراً على تعويض مباشر عن الاضرار لغاية تاريخ انهاء مثل هذا العقد من قبل الحارس القضائي مع فائدة مستحقة لغاية تاريخ الدفع لكنها لن تتضمن اي اضرار أو عقوبات أو اضرار عن ألم ومعاناة أو أي ضرر ناجم عن

[١] علي طابع عبد الغني ، مصدر سابق، ص ١٨٥ .

خسارة في الأرباح أو فرص .٢- استناداً للمادة (٨٨) من هذا القانون يمكن للحارس القضائي تنفيذ أي عقد للمصرف بغض النظر عن اي احكام في العقد تجيز الانهاء أو النكول والتسريع أو ممارسة حقوق على أو فقط بسبب الاعسار وتعيين وصي أو حارس قضائي.).

ومما تجدر الإشارة إليه هنا أن هناك من ذهب إلى أن هذا الأمر و المتمثل بإتاحة الإمكانية للحارس القضائي أن يلغي العقود التي أبرمها المصرف من جانب واحد ، لا يعد خروجاً على القواعد العامة في تعديل العقد ، و ذلك لأن المشرع في هذا النص حاول إيجاد نوع من التوازن بين حماية حقوق المصرف وحقوق المتعاملين معه ، وذلك لأن الإبقاء عليها يؤثر على مقدار السيولة المالية التي يتمكن من خلالها تغطية جميع المخاطر الناتجة عن تقلبات السوق[١] ، وهو رأي وأن كنا نعتقد بدقته الإ إننا نفضل لو كان قد حدده بنطاق معين ، و ذلك من خلال تحديد المشرع لحالة كون الطرف المتعاقد سيء النية عند إبرامه لهذه العقود وأنه كان يعلم بالحالة المالية السيئة للمصرف ، لأنه لو كان حسن النية فهنا سيكون الضرر الذي يصيبه عند انهاء العقد يخل بالتوازن المنشود من إلغاء هذه العقود ، وهو الأمر الذي ندعو المشرع العراقي إلى الأخذ به و تعديل أحكام المادة التي أجازت إلغاء تلك العقود من قبل الحارس القضائي ، وإضافة فقرة لها تحدد أن يكون الإلغاء للعقود التي يكون طرفها الأخر سيء النية عند إبرامها مع المصرف .

هذا من جهة و من جهة أخرى فأن إنهاء العقود في هذه الحالة متى ما كان الطرف الأخر حسن النية ، فيجب هنا أن يتحمل المصرف تعويضاً منصفاً لذلك الطرف على أعتبار أنه غير ملزم بتحمل أخطاء المصرف الذي تعاقد معه [٢] .

ثانياً- قبول أو رفض المطالبات للدائنين وإعداد قوائم بتلك الديون والمطالبات حيث يسجل الحارس القضائي وفق نص المادة (٨٦) التي نصت على أنه (١- باستثناء ما هو منصوص عليه في الفقرات (١) و (٢) من المادة (٨٧) تسجل المطالبات على مصرف مفلس لدى الحارس القضائي خطيا وفي غضون ٦٠ يوم عمل من تاريخ نشر قرار المحكمة الذي يقضي بإقامة دعوى افلاس ضد المصرف في الجريدة الرسمية و بناءاً على طلب ثلاثة أو اكثر من الدائنين إلى المحكمة وخلال ١٠ ايام على الاقل قبل انتهاء الفترة المشار اليها في هذه الفقرة . يجوز للمحكمة ان تمدد مرة واحدة هذه الفترة لجميع الدائنين بمقدار٢٠ يوم عمل على اساس المسأواة. ٢- تسجل المطالبات مع الادلة المستندية

[١] د . فادي حسين جابر ، مصدر سابق ، ص ٩١ .

[٢] ينظر المادة (٨٩ /١) من قانون المصارف العراقي النافذ .

للمطالبات والمعاملات التالية :- أ- اسم وعنوان الدائن . ب- مبالغ الفائدة والرسوم الأخرى والجزاءات والضرائب المدرجة ضمن مبلم المطالبة الاصلي.ج - لتفاصيل المتعلقة باي رهن عقاري أو امتياز أو ضمان يكفل المطالبة بما في ذلك اسم وعنوان اي ضامن. ٣- يوقف اتخاذ قراراً بإقامة دعوى افلاس ضد مصرف سلطة المودعين فيما يتعلق بالوصول إلى ودائعهم المدونة في دفاتر أو سجلات المصرف. ٤- يمنح الدائنون وصل تسجيل من قبل الحارس القضائي عند تسجيل مطالباتهم حي يعتبر الوصل (الايصال) دليلا قاطعا على التسجيل.) ، فقد نصت المادة (٥/٨٧) من قانون المصارف على أنه (يدون الحارس القضائي بعد فحص المطالبات المسجلة المطالبات التي يقبلها في قائمة المطالبات المقبولة ويدون المطالبات التي يرفضها في قائمة المطالبات المرفوضة مع تحديد اسباب الاعتراض . وتدون المطالبات المسجلة المطعون فيها جزئيا في كلتا القائمتين في كل من الجزء المخصص للمطالبات المقبولة والجزء المخصص من المطالبات المطعونة فيها على التوالي . وتحدد كلتا القائمتين فيما يتعلق بكل صاحب مطالبة الاسم والعنوان ومبالغ المطالبات وما إذا كانت المطالبات مكفولة بضمان وتوضع معا المطالبات ذات المرتبة المتكافئة بحسب ترتيب أولوية دفعها.) ، ويتم التناقل للديون المطالب بها بين تلك القوائم وذلك بعد التشاور مع المحكمة[1] . **ثالثاً-** يجب على الحارس القضائي أن يقوم بعملية إجراءات التبليغ لجميع الدائنين الذين تم قبول مطالباتهم وإبلاغهم بمواعيد الجلسات التي تنظرها المحكمة المختصة بنظر دعوى إفلاس المصرف ، و يتم ذلك الإبلاغ عن طريق النشرة الرسمية و عن طريق البريد ، وهذا ما يمكن ملاحظته من خلال قراءة نص المادة (٧/٨٧) من قانون المصارف والتي جاء فيها (تحدد المحكمة تواريخ جلسات يقدم فيها الدائنون المطعون في مطالباتهم ادلة لإثبات مطالباتهم إلى الحارس القضائي والمحكمة بشرط ان تعقد هذه الجلسات في موعد لا يتجاوز ٤٠ يوم عمل من تاريخ تقديم قائمة المطالبات المطعون فيها إلى المحكمة و يخطر الدائنون بتاريخ كل جلسة بالبريد وبإشعار ينشره الحارس القضائي في الجريدة الرسمية ، ولا يلزم اخطار اي دائن بجلسة بالبريد أكثر من مرة واحدة فيما يتعلق بكل مطالبة . و في اعقاب الجلسة تقرر المحكمة ما إذا كانت ستوافق على المطالبات المطعون فيها أو سترفضها . و تعتبر المطالبات التي لا يحضر الدائن الخاص بها الجلسة التي يكون قد تم اخطاره بالبريد مطالبات مرفوضة ويخطر الحارس القضائي خطياً الدائنين الذين رفضت مطالباتهم.).

[1] د. حسين المياحي ، مصدر سابق ، ص ١٦٨ .

رابعاً- على الحارس القضائي بعد حصوله على موافقة من البنك المركزي أن يقوم بإجراء تسوية للديون بين المصرف والدائنين ، و هو ما نصت عليه المادة (٩٠) من قانون المصارف والتي جاء فيها (يجوز للحارس القضائي بموافقة مسبقة من قبل البنك المركزي العراقي الدخول في تسوية للمطالبات عن طريق التفاوض مع أي دائن أو مدين للمصرف وأن يقوم بتنفيذ تلك التسويات ولا تخضع اي تسوية من هذا القبيل للاعتراض أو للاستئناف.) ، وذلك تمهيداً لإتمام عملية تصفية تلك الديون التي تعد الغاية الأساسية التي تم تعيين الحارس لأجلها .

خامساً- على الحارس القضائي تصفية أموال المصرف بشكل نهائي و ذلك من خلال تصفية موجوداته و تحويل هذه الموجودات إلى أموال نقدية لكي يتم توزيعها على الدائنين كلاً بحسب دينه ، و يتم ذلك من خلال إعداد الحارس القضائي لتقرير يثبت فيه خطة التصفية وبيان أولويات المدفوعات و ذلك خلال أسبوعين من تأريخ إتخاذ المحكمة قراراً بإقامة دعوى الإفلاس ، ويتضمن هذا التقرير قائمة أوضحت مضمونها المادة (٨٥) من قانون المصارف والتي نصت على أنه (١- يقدم الحارس القضائي في غضون أسبوعين من تاريخ إتخاذ المحكمة قراراً بإقامة دعوى إفلاس ضد مصرف إلى البنك المركزي العراقي تقريراً عن الملكية يتضمن قائمة بما يلي :- أ - موجودات المصرف بما في ذلك مطالبات المصرف المتعلقة بالاكتتابات غير المدفوعة في رأسماله السهمي و إتفاقات القروض والضمانات وإتفاقات الشراء أو البيع وكذلك القيم الدفترية والقيم التقديرية لتصفية الموجودات. ب - العقود التي تحصل بموجبها أطراف أخرى على ملكية المصرف . بما في ذلك الإيجار والتأجير والضمان . ج - العقود التي يتلقى المصرف الخدمات بمقتضاها . د - المعاملات الهامة التي يدخل فيها المصرف اثناء فترة ٦٠ يوم عمل تسبق مباشرة تأريخ قرار الإفلاس .٢- تجري عملية تحديث للتقارير كل فصل وتتاح للمعاينة من قبل البنك المركزي العراقي لأغراض التدقيق ومن قبل دائني المصرف الذين ترد مطالباتهم في قائمة المطالبات التي تمت الموافقة عليها والتي اعدت وفقا للمادة (٨٧).) . ، ثم على الحارس القضائي أن يعد خطة التصفية و يقدمها إلى المحكمة خلال ٦٠ يوم من تأريخ إقامة دعوى الإفلاس وتتضمن هذه الخطة المسائل الأتية التي أوضحتها المادة (٩٣) من القانون ذاته و التي نصت على أنه (١- يقوم الحارس القضائي في غضون (٦٠) يوم عمل من تأريخ اتخاذ المحكمة قرار إقامة دعوى افلاس ضد مصرف بإعداد خطة تصفية مفصلة للمصرف ويقدمها إلى البنك المركزي العراقي لكي يوافق عليها ، وتتضمن الخطة - :

أ - ميزانية عمومية شكلية جارية بالموجودات والمطلوبات يبين موجودات ومطلوبات المصرف بالقيمة التقديرية لتصفيتها وميزانية عمومية شكلية بموجودات المصرف و مطلوباته المتوقعة بعد

حوالي ثلاثة أشهر وتبين الميزانيتين المطلوبات كمطالبات للدائنين معترف بها فضلا عن المطالبات للدائنين الموافق عليها ومطالبة الدائنين المطعون فيها. ب- بيانات ربع سنوية بدخل المصرف ومصروفاته السابقة والمتوقعة .ج- تقرير مرحلي عن بيع أو عن خطط بيع موجودات رئيسية لموجودات المصرف أو مجموعة من موجوداته. د - تقرير عن المتابعة القضائية أو خارج النظام القضائي لمطالبات المصرف بما في ذلك الإجراءات القضائية للحصول على ابطال للاتفاقات الاحتيالية وابطال للتحويلات التي جرت والحقوق التي نشأت نتيجة لها. هـ - تقرير عن الأنشطة غير القانونية لإداري المصرف وإجراءات الحصول على تعويض للمصرف. و- تقرير عن مواصلة أو انهاء العقود الجارية من قبيل عقود المصرف المتعلقة بالتامين والتوظيف والخدمات بما في ذلك تحليل مفصل للاعتمادات المالية لموظفي المصرف . ز – تقرير عن مطلوبات المصرف وجدول زمني بالمدفوعات المتوقعة لدائني المصرف اثناء ربع السنة التالي. ح – تقرير عن تكاليف ونفقات الحراسة القضائية ابتداءً من تاريخ خطة التصفية وتقدير التكاليف والنفقات المستقبلية. ٢- يجري تحديث خطة التصفية كل ربع سنة . وتتاح خطة التصفية بعد موافقة البنك المركزي العراقي عليها للمعاينة من قبل دائني المصرف الذي تدرج مطالباتهم في قائمة لمطالبات الموافق عليها والمعدة وفقا للمادة (٨٧)) .

د- من اهم التزامات الحارس القضائي هو ما نصت عليه المادة (٧/٨٠) من قانون المصارف العراقي النافذ حيث نصت على (يقوم الحارس القضائي وخلال تأدية مهامه بإدارة عمليات الحراسة القضائية بأسلوب من شأنه ان يرفع وإلى الحد الاقصى من قيمة العوائد الناجمة عن بيع أو التصرف بموجودات المصرف ويقلل وإلى الحد الادنى من مقدار الخسائر ويضمن معالجة عادلة ومتناسقة للمطالبات وفقا للمادة (٩٢)) .

المطلب الثاني

الآثار القانونية المترتبة على الحراسة القضائية تجاه المصرف

من أجل بيان الآثار القانونية التي يمكن أن تترتب في حالة فرض الحراسة القضائية على المصرف بالنسبة لهذا الأخير، فلا بد لنا أولاً من التعرف على مدى تأثير فرض هذه الحراسة على شخصية المصرف المعنوية بالإضافة إلى بيان ما يجب على المصرف القيام به في حالة فرضها ثانياً ، وسيكون ذلك على فرعين سنعقد الفرع الأول لبيان أثر الحراسة القضائية على الشخصية المعنوية

للمصرف ، وسنتطرق في الفرع الثاني إلى التزامات المصرف المفروضة عليه تلك الحراسة تجاه الغير .

الفرع الأول

أثر فرض الحراسة القضائية على الشخصية المعنوية للمصرف

يترتب على قرار نفاذ الإفلاس المصرفي أضرار اقتصادية وخيمة على القطاع المصرفي فهو يغل يد المصرف المفلس من إدارة أمواله وأعماله وتحويل ملكيتها إلى الدائنين والمودعين المستحقين لها بعد تصفيته وهو بطبيعة الحال ليس نقص لأهليته ، و أنما فقدان حيازته المادية لأمواله لتنتقل إلى يد القضاء متمثلة بالحارس القضائي المعين من قبل المحكمة ، فهذه التصرفات تلحق ضرر بالجهاز الإداري للمصرف وتوثر تأثيراً سلبياً على الشخصية المعنوية للمصرف ، وقد نص قانون المصارف في المادة (٨١) منه على (عند تعين حارس قضائي يصبح ذلك الحارس الممثل القانوني الوحيد للمصرف .....) وقد أشار قانون المصارف في الفقرة (هـ) من المادة (٩٣) على أن مهمة الحارس القضائي إعداد تقرير عن الأنشطة غير القانونية لأداريي المصرف وإجراءات الحصول على التعويض ، أما الأشخاص الذين لم يشملهم النص الخاص بمسؤولية إدارة المصرف فلا مسؤولية عليهم عن تعويض الأضرار التي أصابت المصرف وتسببت به ، إلا أن هذه النصوص جاءت مبهمة غير مفصلة عن أثر الإفلاس على الشخصية المعنوية لذلك المصرف كمنظومة اقتصادية متكاملة[١] .

ولم يبين قانون المصارف ذلك ، إلا أنه يفهم ضمناً أنه علينا أن نميز بين حالتين حالة إذا ما كان المصرف المراد إفلاسه تحت الحراسة القضائية ، وحالة إذا ما تم تصفيته و انتهت حالة الإفلاس ، ففي الحالة الأولى يبقى المصرف يتمتع بالشخصية المعنوية طيلة فترة الحراسة القضائية وبما أنه لا يوجد نص قانوني يبين إنتهاء الشخصية المعنوية للمصرف إذن يبقى محتفظاً بها حتى إنتهاء الحارسة القضائية .

وأن ما يبرر عدم أنهاء الشخصية المعنوية هو عدم وجود سبب انقضاءها بل يبقى المصرف محتفظاً بتلك الشخصية اثناء الحراسة القضائية ، فالأخيرة ما هي إلاّ إجراء قانوني يهدف إلى المحافظة على أموال المصرف المتعثر فليس للحراسة القضائية إزالة الشخصية المعنوية للمصرف من الوجود ، و أن الذي يتغير هو الجهاز الإداري للمصرف الذي كان يدير المصرف قبل نفاذ قرار

[١] د. اكرم ياملكي ، قانون الشركات (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص ٣١٧ .

الإفلاس وحلول الحارس القضائي محل ذلك الجهاز بأشراف من البنك المركزي[١] . وأن الواقع التطبيقي يفرض استمرار الشخصية المعنوية للمصرف اثناء الحراسة القضائية ، لأن الحارس القضائي المنصب من قبل المحكمة يفرض عليه أعمال يقوم بها من اجل المحافظة على أموال المصرف المتعثر فمن ظاهر النصوص أنه قد يكون للمصرف اثناء فترة الحراسة بعض الحقوق والالتزامات كالوفاء بالتزامات المصرف ، أو تحصيل ديونه وحقوقه ، أو الغاء بعض العقود أو ابطال بعض التصرفات ، فهنا يتوجب على الحارس القيام بها باسم المصرف فلا يمكن القيام بها دون أن يكون للمصرف الموضوع تحت الحراسة القضائية شخصية معنوية[٢] . ومن هذا يترتب على استمرار الشخصية المعنوية للمصارف الخاصة اثناء الحراسة القضائية عدة نتائج ، فيبقى محتفظاً باسمه التجاري ، وجنسيته ، وموطنه الأصلي ، وذمته المالية المستقلة ، وله أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات سواء ما كانت قبل الإفلاس أو ما يقوم بها الحارس القضائي اثناء الحراسة [٣] . نستنتج من ذلك أن الشخصية المعنوية للمصارف الخاصة العراقية لا تنتهي عند الإفلاس ونفاذ قرار لحراسة القضائية بل تبقى قائمة وتمثل المصرف المتعثر إلاّ أنها تزول بعد أن يتم تصفية المصرف وتوزيع الأموال المتحصلة من موجودات المصرف على الدائنين قسمة غرماء ، وما تبقى منها على المساهمين ، إلا أنه يتم إنهاء الشخصية المعنوية للمصرف بعد تصفيته من قبل مسجل الشركات ونشر القرار بالجريدة الرسمية اذا كان المصرف عبارة عن شركة مساهمة ، بمعنى أنه لا يمكن إنهاء الكيان القانوني للمصرف الموضوع اليد عليه ، وتبقى الشخصية المعنوية قائمة لغاية تصفيته ، إلاّ أن السؤال الذي يمكن أن يطرح هنا متى تنتهي الشخصية القانونية للمصرف ؟ إنّ الإجابة عن هذا التساؤل يستلزم منا التطرق إلى إنهاء دعوى الإفلاس التي نصت عليها المادة (١٠٢) من قانون المصارف ومن ثم يجيب على هذا التساؤل ، حيث نصت المادة الأخيرة على أنه (عند إنتهاء مهام الحارس القضائي يعفي الحارس القضائي من مهامه بقرار من المحكمة ، ولكن ليس قبل أن يكون الحارس القضائي قد أعد وقدم إلى المحكمة تقريراً عن الحراسة القضائية. ويحدد قرار المحكمة الذي يقضي بإعفاء الحارس القضائي من مهامه المكان الذي يجب أن تودع فيه

---

[١] د.ئالان بهاء الدين ، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة (دراسة مقارنة)، مصدر سابق ، ص ٣١٤ .

[٢] د. زينة غانم الصفار، مصدر سابق ، ص ١٩٣ .

[٣] د. موسى فاضل العبودي ، إفلاس المصارف بمخاطر الائتمان ، مطبعة دار الضياء للطباعة والتصميم ، النجف ، ٢٠١١ ، ص ١٨٩ .

دفاتر المصرف وسجلاته و دفاتر الحراسة القضائية وسجلاتها ، ٢ - تنهى دعوى الإفلاس المقامة ضد مصرف بقرار من المحكمة عندما تكون جميع موجودات المصرف قد تمت تصفيتها وتكون العوائد قد دفعت لدائني المصرف أو أودعت لدى البنك المركزي العراقي لتظل متاحة لدفعها لدائني المصرف وفقاً للفقرة (٣) من المادة (٩٨) ، ٣ - ينشر في الجريدة الرسمية قرار المحكمة الذي يقضي بإنهاء دعوى إفلاس المقامة ضد المصرف) .

يتبين من هذه المادة أن الحارس القضائي يقدم تقريراً مفصلاً عن الحراسة القضائية وعن موجودات المصرف المتبقية على أن تودع الموجودات المتبقية لدى البنك المركزي العراقي وفق المادة (٣/٩٨)[١] ، وبعدها يعفى بقرار من محكمة الخدمات المالية وبعد إنتهاء مهام عمله يصدر القرار من محكمة الخدمات المالية وينشر هذا القرار في الجريدة الرسمية لأنهاء دعوى اشهار الإفلاس المقامة ضد المصرف ، إلاّ أن المشرع لم يبين في هذا القرار انهاء الشخصية المعنوية للمصرف .

وفي هذا الصدد يذهب البعض من الشراح[٢] و من خلال بحثنا وجدنا أن المشرع العراقي يؤاخذ من جانبين : الأول أن المشرع لم يضع تاريخ معين يتم بموجبه انهاء الشخصية المعنوية للمصرف المفلس الذي تم تصفيته .

أما الجانب الثاني هو أن المشرع العراقي في قانون المصارف لم يطلب من الحارس القضائي حسابات ختامية ونهائية للمصرف بعد اكمال بيع الموجودات وتوزيع المطلوبات ، لذلك يذهبون إلى أنه كان الأجدر بالمشرع أن يلزم الحارس القضائي بتقديم الحسابات الختامية إلى محكمة الخدمات المالية ، وبعد المصادقة عليها تتخذ المحكمة قرارها بإنهاء الشخصية المعنوية للمصرف .

وفي هذا الصدد نعتقد أن المشرع صحيح أنه لم يبين بشكل صريح تاريخ إنتهاء الشخصية المعنوية للمصرف ، لكن في ذات الوقت لا يؤاخذ المشرع على أساس أنه لم يطلب من الحارس القضائي

---

[١] ينظر نص المادة (٣/٩٨) من قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ النافذ والتي نصت على انه (يدفع الحارس القضائي ، فور موافقة البنك المركزي العراقي على جدول زمني للتوزيع ، المبالغ المذكورة في ذلك الجدول . وتودع في حساب لدى البنك المركزي العراقي المبالغ التي يتضمنها جدول زمني للتوزيع لا يمكن دفعها بسبب عدم إمكانية التعرف على الدائنين أو عدم إمكانية الاتصال بهم ، وينشر الحارس الفضائي تنبيهاً في الجريدة الرسمية وفي صحيفتين من الصحف ذات التوزيع العام يدعو فيه هؤلاء الدائنين بالاسم إلى التقدم إليه ، وتبقى المبالغ المودعة على هذا النحو متاحة لدفعها أو لمن يخلفونهم إلى أن تنتهي المدة النهائية المحددة للمطالبات ، وفي هذه الحالة تحول المبالغ غير المدفوعة إلى الدولة).

[٢] د . زكريا يونس أحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٣٣ .

حسابات ختامية ، إنما يمكن أن نستنتج إلزام الحارس القضائي بتقديم الحسابات الختامية من خلال مضمون المادة (١/١٠٢) من قانون المصارف التي الزمت الحارس بان يقدم تقرير عن الحراسة القضائية ومن البديهي أن يتضمن هذا التقرير حسابات ختامية المصرف[١] .

أما في ما يتعلق بتاريخ إنتهاء الشخصية المعنوية للمصرف ، فلم يبين المشرع العراقي بنص صريح في قانون المصارف تاريخ انتهائها .

ونعتقد أنه على الرغم من أن المشرع لم ينص عليها صراحة إلاّ أنه يمكن أن نستنتجها أيضاً من خلال نص المادة (١٠٢) اعلاه ، فبعد تصفية المصرف ، أي بعد أن تم توزيع الأموال التي تم استحصالها من موجودات المصرف على دائني المصرف قسمة غرماء ، والمتبقي من هذه الأموال على المساهمين ، وبعد أن يقدم الحارس القضائي تقريره عن الحراسة إلى محكمة الخدمات المالية ، وإيداع دفاتر المصرف وسجلاته في المكان الذي تحدده المحكمة ، وبعد ان تنشر المحكمة قرار الحكم بإنهاء دعوى الإفلاس ، يتم انهاء الشخصية المعنوية للمصرف.

ومن خلال ما تقدم يبدو أن الشخصية المعنوية للمصرف تستمر إلى حين تصفية المصرف ، وهذا يعني أن الشخصية المعنوية للمصرف تنتهي بعد انهاء دعوى الإفلاس أي عند شطب أسم المصرف من سجل الشركات من قبل المسجل .

الفرع الثاني

إلتزامات المصرف المفروض عليه الحراسة القضائية تجاه الغير[٢]

تتمثل هذه الإلتزامات بالآتي : -

أولاً- يجب على المصرف المفلس أن يتوقف عن قبول الودائع من الجمهور[٣]، مع ملاحظة أن جميع التصرفات التي يقوم بها المصرف أو التي تؤدي باسمه بتاريخ لاحق على نفاذ قرارقبول التماس

---

[١] ينظر المادة (١٠٢) من قانون المصارف العراقي النافذ .

[٢] الغير (واعتبره كل دائن تربطه علاقة تجارية بالشركة، فيكون الغير هنا كل مورد وكل زبون وكل مؤجر أو مستأجر إلى جانب حملة السندات في شركة المساهمة، وغيرهم من المقرضين والمتعاملين مع الشركة سواء كانوا أشخاصا طبيعية أو معنوية شركات أو بنوك) ذكره فايز نعيم رضوان ، الشركات التجارية ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، مصر، ٢٠٠١ ، ص ٣٦٥ .

[٣] تنص المادة (٨٢) من قانون المصارف العراقي على انه (٢ - يتوقف المصرف عن قبول ودائع من الجمهور فور بدء نفاذ القرار المشار إليه في الفقرة (١) اعلاه).

دعوى إفلاس المصرف تصبح باطلة قانونا وغير قابلة للتنفيذ ، وباستثناء الأعمال التي يباشرها الحارس القضائي كاستيفاء حقوق المصرف وحصر ديونه لأن هذه الأعمال لا يخشى منها زيادة التزامات المصرف بل قد يكون من شأنها أن تعزز المصرف من الناحية المالية . كما تبطل تحويلات الأسهم للمصرف المفلس التي تجري بعد نفاذ قرار الإفلاس ، باستثناء التحويلات التي تتم بموافقة البنك المركزي[١].

وفي هذا الصدد كان المشرع موفقاً عندما جعل التصرفات اللاحقة لدعوى الإفلاس باطلة لآن اطلاق يد المدين المفلس سواء أكان فردا أم شركة بعد اشهار إفلاسه لا يتفق مع غاية المشرع في حماية الضمان العام للدائنين وتمكينهم من استيفاء ديونهم ، فأن منح المصرف حق التصرف بعد اقامة دعوى الإفلاس يمكنه من أن يقوم بتهريب أمواله وإساءة التصرف بها ومن ثم الإضرار بدائنيه[٢] .

ثانياً- ترفع جميع القيود التي ترد على التصرف بموجودات المصرف ، وتلغي الحجوزات على هذه الموجودات من أجل تسهيل التصرف بها ، ومن ثم توزيع عوائد الموجودات على الدائنين . مع ملاحظة أن أي حجز على موجودات المصرف أو بيعها بعد دعوى الإفلاس يعد باطلاً ، باستثناء بيع الأصول المثقلة برهن عقاري أو بامتياز بقدر ما يكون الدين مضمونا بهذا الإثقال فإنها تعد صحيحة على وفق أحكام المادة (٩١) من قانون المصارف[٣] .

٣- إيقاف سريان الفوائد المترتبة على المصرف ، وعدم استحقاق أي فائدة على مطلوباته ، أي أنه بمجرد إصدار قرار بإشهار الإفلاس و فرض الحراسة القضائية لا يستحق المصرف أي فائدة على الديون الخاصة بجماعة الدائنين فقط . وبما أن المشرع أورد حكم مطلق بإيقاف الفوائد فمعنى ذلك أن الفوائد يتم ايقافها بمجرد نفاذ قرار الإفلاس سواء كانت الفوائد مترتبة على ديون عادية أم ديون مضمونة[٤] .

---

[١] المادة (٧/٨٢) من قانون المصارف العراقي .

[٢] د.أحمد علي يوسف قوقزة ، مصدر سابق ، ص ٢٧٨ ود . زينة غانم ، مصدر سابق ، ص ١٨٤.

[٣] تنص المادة (٥/٨٢) من قانون المصارف على أنه (نتيجة لقرار الافلاس ترفع جميع القيود على التصرف في موجودات المصرف والحجوزات المساعدة للتنفيذ لصالح دائني المصرف وتصبح الحجوزات التي تفرض واعمال بيع الموجودات وفاءا للديون التي تحدث بعد نفاذ قرار الافلاس باطلة باستثناء بيع اصول مثقلة برهن عقاري أو بامتياز وفقا لأحكام المادة (٩١) بقدر ما يكون الدين مضمونا بهذا الاثقال) .

[٤] د. زكريا يونس أحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٣١ .

٤- لا يجوز للمصرف نقل ملكية الاسهم أثناء نفاذ قرار فرض الحراسة القضائية و ذلك إستناداً لما جاء في الفقرة (٧) من المادة (٨٢) والتي تتعلق بتحويل تلك الأسهم اثناء نفاذ القراروإعتبارها باطلة[١].ماعدا تلك التحويلات التي يوافق عليها البنك المركزي ، و كذلك ما بينته أحكام المادة (٨٤) الخاصة بنقل كل الأسهم أو جزء منها للمصرف أو نقل كل الموجودات أو جزء منها لذلك المصرف[٢] إلا أنه اشترط في ذلك أن يكون الطلب مقدم من البنك المركزي وموافقة المحكمة على تلك الطلبات ، والغاية من ذلك على حد تعبير المشرع هو الحفاظ على سلامة النظام المصرفي ولصالح تعظيم قيمة المصرف إلى اقصى درجة بالنسبة لدائن ، إلا أن هذه النصوص كانت غير دقيقة وينتابها نوع من الغموض والتعارض ، فيقصد بنقل ملكية الاسهم تنازل المساهم عن حقه في السهم للشخص آخر حل محله في المصرف وذلك بالطرق التي اقرها القانون التجاري ، كالمناولة ، أو التظهير، أو القيد في سجل المصرف دون الحاجة إلى إجراءات حوالة الحق المنصوص عليها بالقانون المدني[٣] .

وقد أكدت المادة (٦٤) من قانون الشركات النافذ على حق المساهم في نقل ملكية أسهمه[٤] . وقد اتضح من النصوص أن حق المساهم في نقل ملكية الأسهم هومن النظام العام ولا يجوز منع المساهم وحرمانه من نقل ملكيتها ، إلا أن المشرع قيد الحرية في نقل ملكية تلك الأسهم عند نفاذ قرار الإفلاس وفي فترة الحراسة القضائية كما يسميها المشرع في ذلك القانون بسلطة البنك المركزي ، إلا أنه لم يتطرق للتمييز ما بين نقل ملكية الأسهم للمصارف الخاصة غير مقيدة في سوق العراق للأوراق المالية وتحويل اسهم المصرف المقيدة بسوق العراق للأوراق المالية ، بل جاء النص مطلقاً

---

[١] نصت الفقرة (٧) من المادة (٨٢) من قانون المصارف العراقي النافذ على (تصبح تحويلات اسهم مصرف مفلس ، التي تكون قد جرت بعد نفاذ قرار الإفلاس ، باستثناء التحويلات التي تجري بموافقة مسبقة من البنك المركزي العراقي باطلة).

[٢] ينظر نص المادة (٨٤) من نفس القانون.

[٣] ينظر نص المادة (٨٣) من نفس القانون وينظر المادة (٣٦٣) من القانون المدني العراقي النافذ ، وللمزيد عن هذه الفروق ينظر د . فوزي محمد سامي ، مبادئ القانون التجاري وفق المنهاج الجديد لجامعة البلقاء التطبيقية (مبادئ القانون التجاري - الاعمال التجارية - الشركات التجارية - الاوراق التجارية - الاعمال المصرفية) ، ط١ ، دار الثقافة للنشر و التوزيع ، ٢٠٠٣ ، ص ٣٧١.

[٤] نصت المادة (٦٤) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ على (للمساهمين في الشركة نقل ملكية اسهمه الى مساهم أخر أو الغير ...) .

مع العلم أن لكل تحويل أحكامه الخاصة[1] .

المبحث الثاني

إنهاء الحراسة القضائية على المصارف

إنّ قرار فرض الحراسة القضائية على المصرف هو ليس قرار مؤبد لا ينتهي و أنما هو قرار مؤقت يصدر من المحكمة المختصة والغاية منه هو إيجاد شخص مؤتمن يكون مسؤولاً عن إدارة أعمال المصرف الموضوع تحت الحراسة و تصفية أمواله بما يضمن مصلحة المصرف و مصلحة دائنيه ، ولهذا فأن منطقي الكلام يقتضي بإنتهاء هذه الحراسة عند تتحقق هذه الغاية و إكتمال التصفية ، و كذلك تنتهي الحراسة عند إنتهاء الدعوى التي فُرضت إستناداً لها و هي دعوى الإفلاس .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المشرع العراقي لم يتطرق إلى هذه الحالات بشكل مباشر تاركاً أمر إنتهاءها إلى إنتهاء الأسباب التي فرضتها أو تحقق الغاية من فرضها ، و لقد تطرق المشرع إلى حالات إنتهاء عمل الحارس القضائي و حالات أستبداله و بّين من ضمن حالات إنتهاء عمله حالات إنتهاء الحراسة ذاتها .

ومن كل ما تقدم فأننا نعتقد أن بيان تفصيل موضوع إنتهاء الحراسة القضائية على المصارف لا بد أن يكون على مطلبين سنتناول فيها أهم الحالات التي تؤدي إلى إنتهاء هذه الحراسة ، إذْ سنعقد المطلب الأول للتطرق لحالة الصلح الواقي من الإفلاس ، أما المطلب الثاني فسنخصصه لبيان حالة إنتهاء دعوى الإفلاس .

---

[1] فأن نقل اسهم ملكية المصارف الخاصة للغير مقيدة بسوق العراق للأوراق المالية سواء كان منها بعوض او غير عوض فهي تخضع لأحكام المواد (٦٦- ٦٨) من قانون الشركات العراقي المعدل النافذ ، اما نقل ملكية الاسهم المقيدة بسوق العراق للأوراق المالية يسري عليها أحكام المادة (٦٦) من القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي لسنة ٢٠٠٤ والتعليمات التي صدرت بموجبه من سلطة الائتلاف المؤقت المنحلة رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ المنشور بالوقائع العراقية العدد (٣٩٨٣) في حزيران لسنة ٢٠٠٤ .

المطلب الأول

الصلح الواقي من الإفلاس

إنّ غياب فرص التسوية خارج إطارعملية إصلاح هيكلية شاملة للنظام المصرفي برمته ، و التي أصبحت أمراً ضرورياً لأجل تنظّيم مرحلة الانهيارات المحدقة والإفلاسات المقبلة ، انطلاقاً من تحديد المسؤوليات الناتجة عن سوء الإدارة والإهمال في إدارة المال العام والودائع المصرفية وصولاً إلى تدابير حماية وتحصيل ما يمكن حمايته وتحصيله ومسؤولية أعضاء مجلس إدارة المصرف المتوقّف عن الدفع، وجهازه التنفيذي.

وكما يعتبر فتح إجراءات طلب الصلح الواقي من الإفلاس كونها أول مرحلة لبداية الطلب المقدم من المدين طوق نجاة له ، وفرصة واقعية نحو النهوض بأعماله التجارية ، كما أن الآثار المترتبة على موافقة المحكمة على افتتاح إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس تتحقق لغايتين أولهما حماية الدائنين خشية تصرف المدين في أمواله وإبقاء أموال المدين تحت رقابة حريصة على استيفاء الدائنين لأموالهم التي تحت ذمة المدين وكذلك منع المدين من القيام بأي تصرف قد يشكل إساءة أو سوء في إدارة أمواله أو أعمال التجارية بغية الأضرار بالدائنين و من ثم فتح إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس بمنع من تصرف المدين بأمواله إلاّ بإذن خاص ، أما بالنسبة للأثر الثاني فأن إجراءات سير الصلح الواقي من الإفلاس تُسهم في حماية المدين نفسه من تعنت بعض الدائنين مع المدين دون إعطاءه الفرصة نحو عملية تحسين مركزه المالي و من ثم لا يجيز القانون التصرف أو إحداث أثر قانوني في التصرفات أو الأعمال التي يقوم بها المدين.

لا ينتهي الصلح الواقي من الإفلاس عند حد إجراءات التصديق على خطة الصلح بل أنه يمتد ذلك الأمر إلى إجراء نهائي يتمثل بقفل إجراءات الصلح إذْ قد يكون ذلك بشكل طبيعي من خلال التزام المدين بتنفيذ كافة الشروط المتفق عليها، وفيها تبرأ ذمة المدين من الديون المستحقة الدفع، أو أن تنتهي إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس بصورة غير طبيعية ويترتب عليها السير في إجراءات بطلان الصلح أو فسخه وبالتالي تظل ذمة المدين مشغولة بالديون المستحقة الدفع للدائنين[1]. ومن ذلك المنطلق سيتمحور هذا المطلب على فرعين ، في الفرع الأول سيتم التطرق إلى التعريف بالصلح

[1] محمد مصطفى عبد الصادق ، الأوراق التجارية و الإفلاس في التشريعات العربية ، دار الفكر و القانون المنصورة ، مصر ، ٢٠١١ ، ص ٣٩٩ .

الواقي من الإفلاس ، أما بالنسبة للفرع الثاني سيتم يتم التطرق إلى إنتهاء الصلح الواقي من الإفلاس .

الفرع الأول

التعريف بالصلح الواقي من الإفلاس المصرفي[١]

إذا ما أصدرت المحكمة قرار بافتتاح إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس فعلى أمين الصلح[٢] نشر ملخص ذلك القرار لتحقيق مصلحة المدين بأن يكون كل دائنيه على علم بما تم في أمواله ، وتكمن مصلحة الدائنين في ان النشر يحقق أكبر انتشار فعلي للقرار فيما بين الأفراد وخاصة التجار فيصل إلى علم من لم يكن لديه دراية بذلك القرار ولا يفوت فرصة الاشتراك في مناقشة شروط الصلح ، قد حافظ المشرع أيضاً بنشر قرار المحكمة بقبول الصلح الواقي من الإفلاس على مصلحة الغير الذين قد يتعاملون بحسن نية في أموال التاجر أو ديونه ، وهناك غاية أخرى من إجراء النشر وهو وضع حد زماني يترتب عليه التزامات ومسؤوليات للأطراف جميعاً تمهيداً لإعداد قائمة الديون والتي على أساسها يحدد طبيعة الصلح[٣].

ولم يشأ القانون المصري حرمان المدين الذي تقدم بطلب الصلح الواقي من الإفلاس من الاستمرارية في ممارسة نشاطه التجاري، حيث أن المدين خلال فترة تقديم طلب الصلح الواقي لا يترتب معه غل يده عن إدارة أمواله ، بل أنه في أثناء إجراءات الصلح الواقي، وحتى تصدر المحكمة قرارها بقبول الطلب أو رفضه، يبقى قائما بإدارة أمواله، إذْ إنّه بإمكانه أن يقوم بجميع

---

[١] تنظر المادة (١) من قانون تنظيمٌ إعادة الهيكٌلة والصلح الواقي والإفلاس المصري رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ ، نصت على أنه (طلب يتٌوقى به المدينٌ سيء الحظ إشهار إفلاسه.) .

[٢] تنظر المادة (١) من قانون تنظيمٌ إعادة الهيكٌلة والصلح الواقي والإفلاس المصري رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ ، نصت على أن (أمين الصلح : المسئول عن مباشرة إجراءات الصلح بينٌ طالب الصلح الواقي من الإفلاس والدائنينٌ ومتابعتها.) .

[٣] د. علي البارودي و محمد فريد العريني ، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية ، ٢٠٠٠ ، ص ٢٣٨

الأعمال العادية المتعلقة بتجارته، وإدارة أمواله حيث أنه يكون قائماً على استمرارية أعماله التي بدأها قبل تقديم طلب الصلح الواقي وكذلك مباشرة الأعمال الجديدة منها[١] .

فقد اجاز قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس المصري النافذ ، رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ بالمادة (٤٦)[٢] منه على أن للمدين القرار بافتتاح إجراءات الصلح قائما على إدارة أمواله بإشراف أمين الصلح ، وله أن يقوم بجميع التصرفات العادية التي تفتضيها أعماله التجارية ، فلا تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها ومن ثم تظل تصرفات المدين التي يجريها خلال تلك الفترة صحيحه يحتج بها قبل الدائنين[٣] ، فضلاً عن ذلك لا يجوز للمدين بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح أن يعقد صلحاً أو رهناً من أي نوع أو أن يجرى بتصرف ناقلاً للملكية لا تستلزمه أعمال التجارية العادية إلا بعد الحصول على إذن من قاضي الصلح[٤] ، ومع عدم الأخلال بحقوق المتصرف إليه بحسن النية ، لا يحتج على الدائنين بكل تصرف يتم على خلاف ذلك . ومن ثم إذا باشر المدين أية من التصرفات المحظور القيام بها دون إذن قاضي الصلح فلا يحتج بها على الدائنين ، من الأمثلة على ذلك بيع أصل من أصوله التجارية أو أمواله الشخصية ، عقارية كانت أو منقولة ، و ذلك على خلاف ما يتعلق بنشاطه التجاري العادي[٥] .

---

[١] رفعت فضل الراعي ، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى أكاديمية شرطة دبي - كلية الدراسات العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠١٧، ص١٦١ ، منشورة على الموقع الإلكتروني :

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=private_law_dissertations.

[٢] تنص المادة (٤٦) على أنه (يستمر المدين بعد صدور الحكم بافتتاح إجراءات الصلح قائما على إدارة أمواله بإشراف أمين الصلح، وله أن يقوم بجميع التصرفات العادية التي تفتضيها أعماله التجارية ، ومع ذلك لا يجوز الاحتجاج على الدائنين بالتبرعات التي يجريها المدين بعد صدور الحكم المذكور).

[٣] د. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء الإفلاس طبقاً للقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩، ص٣٥٠ .

[٤] تنظر المادة (١) من قانون تنظيمٌ إعادة الهيكُلة والصلح الواقي والإفلاس المصري رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ ، نصت على أن (قاضى الصلح : القاض المع نٌ لمباشرة إجراءات الصلح الواق من الإفلاس .) .

[٥] أسيل حامد الفضالة، الصلح الواقي من الإفلاس ، الصلح الواقي من الإفلاس (دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري) ، مطبعة كلية الحقوق ، القاهرة ، ٢٠٠٦ ، ص٢٢٦ .

ولقد قرر المشرع المصري عدم غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها خوفا من ضياع حقوق الدائنين من خلال إساءة إدارة أمواله وتبديدها أو نقلها إلى الغير بدون مقابل أو مقابل لا يتناسب مع قيمتها ، فيلحق بالدائنين أشد الأضرار.

بينما في القانون التجاري المصري النافذ قد يقوم المدين بمحاباة دائن عن آخر وإهدار مبدأ المساواة بينهم ، لذلك نصت المادة (١/٥٨٩) من قانون التجارة المصري على أن (تغل يد المفلس بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس عن إدارة أمواله والتصرف فيها ، وتعتبر التصرفات التي يجريها المفلس في يوم صدور حكم الإفلاس حاصلة بعد صدوره).

يتضح من ذلك أن غل يد المدين المفلس عن إدارة أمواله والتصرف فيها تقرر بقوة القانون فور صدور الحكم بالإفلاس حتى ولو لم يرد في منطوقه ، إذْ بمجرد صدور حكم شهر الإفلاس تغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها وتنتقل إدارة الأموال والتصرف فيها إلى أمين التفليسة لكي يقوم بتصفيتها وبيعها وتوزيع ثمنها على الدائنين.

و يقصد بغل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها رفع يده عن أمواله ، حيث يتولى ذلك أمين التفليسة ، ولا يعد غل يد المدين من قبيل نزع ملكيته عن أمواله إذْ يظل مالكاً لها ، كما لا يعد غل يد المدين نوعاً من نقص الأهلية بحيث يصير المفلس قاصراً مثلاً أو محجوراً عليه. ومما تجدر الإشارة إليه هنا أنه لا يترتب على الحكم بافتتاح إجراءات الصلح حلول آجال الديون التي على المدين ، ولا يترتب عليه وقف سريان الفوائد هذا بالنسبة لنظام الصلح الواقي من الإفلاس فقط وليس باعتبار أن طبيعة نظام الصلح الواقي من الإفلاس تهدف إلى تمكين المدين بوصفه طالب الصلح إلى استعادة نشاط ممارسته التجارية دون غل يده عن إدارة أموال والتصرف فيها ويكون قائما عليها إما بالنسبة لطبيعة نظام شهر الإفلاس فهو يهدف إلى غل يد المدين عن إدارة أمواله وسقوط الأجل ، ووقف سريان الفوائد باعتبار أن الهدف من نظام الإفلاس هو تصفية ذمة المفلس وتوزيع الثمن المتحصل منها على الدائنين[١] .

ويجوز للمحكمة بناءً على طلب أمين الصلح أن تأمر بفسخ أي عقد نافذ يكون المدين طرفاً فيها شريطة أن يكون فسخ العقد ضرورياً لتمكين المدين من ممارسة أعماله التجارية وكذلك إلا يترتب

[١] د. مصطفى كمال طه و د. شريف مصطفى طه ، أصول الإفلاس ، دار الفكر الجامعي ، مصر ، ٢٠٠٩ ، ص ٢٩٠ .

على فسخ العقد أضرار جسيمة ملحقة بالطرف المتعاقد مع المدين ومن ثم فإنها تعد من السلطة التقديرية التي تقدرها المحكمة بناءً على ما يراه في طلب الأمين[١] .

ينتج الصلح أثره إذا صادقت المحكمة عليه ، إذْ إنّ المدين يكون في مأمن من إشهار إفلاسه من قيمة الديون التي يسرى عليها خطة الصلح إلاّ أنه بإمكان إشهار إفلاس المدين في حالة إذا فسخ المدين خطة الصلح لعدم استيفاء اشتراطاته أو في حالة بطلان خطة الصلح الواقي من الإفلاس أو إذا توقف المدين عن دفع ديونه التي لا تسري عليها خطة الصلح.

ويستفاد المدين من خطة الصلح الواقي من الإفلاس في استمراريته في أعماله التجارية دون وجود أشخاص الصلح الواقي المعينين بالقانون(ذهب المشرع المصري كذلك في نص المادة (٣٠) من قانون رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ بشأن تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي من الإفلاس بأنه يشترط على مقدم الصلح الواقي من الإفلاس أن يكون تاجراً)[٢] ومن ثم تزول عن المدين القيود التي نشأت عن افتتاح إجراءات الصلح الواقي من الإفلاس .وللمدين أن يعقد صلحاً أو رهناً تأمينياً أو أن يرهن محله التجاري وأن يتصرف تصرفاً ناقلاً للملكية .

الفرع الثاني

إنهاء الصلح الواقي من الإفلاس المصرفي

إنّ إنتهاء الصلح الواقي من الإفلاس يعتبر أثراً من الآثار المترتبة على طلب فسخ الصلح ، وبطبيعة الحال يعود الحال إلى ما كان عليه قبل إجراءات الصلح ، ومنها يعود الدائن نحو مطالبة المدين بديونه الأصلية كاملاً ، وإذا كان هناك تخفيض بقيمة الديون الممنوحة للمدين خلال فترة الصلح فتلغى تلك التخفيضات على قيمة المطالبات المالية وكذلك تلغى معه الآجال الممنوحة للمدين وتعود الآجال أو المواعيد المقررة قبل الصلح ، وأما عن المبالغ المالية التي حصلوا عليها الدائنين من قبل المدين خلال فترة الصلح فإنها تعود ملكيتها إلى الدائنين ولا يتسلمها المدين بعد فسخ الصلح فضلاً بأن فسخ الصلح يترتب معه الحكم بإشهار إفلاس المدين والذي يفقد معه إعادة مطالبة المدين

---

[١] رفعت فضل الراعي، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص ١٧١ .

[٢] نصت المادة (٣٠) على أنه (كل تاجر يجوز شهر إفلاسه من يرتكب غشا أو خطا لا يصدر عن التاجر العادي أن يطلب الصلح الواقي من الإفلاس إذا اضطربت أعماله المالية اضطرابا من شأنه أن يؤدي إلى توقف عن الدفع.) .

بمنحه طلب صلح جديد ، ويترتب معه اعتبار الصلح كأن لم يكن فيسترد الدائن حريته في اشهار إفلاس المدين[١] .

ويترتب على ابطال الصلح الواقي من الإفلاس أمور منها تبرأ ذمة الكفلاء الذين يضمنون تنفيذ شروط الصلح، وقد نجد أيضا أن جميع الرهون العقارية تسقط بقوة القانون ، وكما ذكرنا أيضا بأن ابطال الصلح الواقي يعتبر إحدى الوسائل التي تؤدي إلى انقضاء الصلح وإنهائه[٢] .

أولاً- إبراء ذمة الكفلاء:-

يترتب على ابطال الصلح الواقي من الإفلاس، إبراء ذمة الكفلاء الذين لم يشتركوا في الاحتيال ، من الالتزامات التي التزموا بها في عقد الصلح وبالتالي فإنه في حالة ثبوت اشتراك أحد الكفلاء في إحدى الأعمال التي ينطوي عليها الاحتيال أو الغش فإنه لا تبرأ ذمته من مجموعة التزامات الواردة في عقد الصلح، ويمكن للدائنين مطالبته بتنفيذ تلك الالتزامات الموجبة للتنفيذ عملاً بنص المادة (٧١) من القانون المصري حيث تنص على أنه (.....ويترتب على ابطال الصلح براءة ذمة الكفيل الذي يضمن تنفيذ شروط الصلح.....).

ثانيا- سقوط الرهون العقارية :-

بمجرد إبطال الصلح الواقي من الإفلاس يترتب معه سقوط الرهون العقارية وغيرها من التأمينات الواردة في عقد الصلح ويعتبر سقوط تلك الرهون العقارية بما فيها التأمينات[٣] . بمعنى إن إبطال الصلح الواقي من الإفلاس يترتب معه إنهاء الصلح وانقضائه بين كل من الدائن والمدين ، ومن ثم يستطيع كل دائن مطالبة المدين ما في ذمته من ديون مستحقة وواجبة الدفع وتكون المطالبة بالديون الأصلية دون أن يتقيد ما ترتب عليه من إتفاق في عقد الصلح ، إلاّ أنه يأخذ بعين الاعتبار المبالغ المالية التي تم دفعها من قبل المدين خلال فترة ما قبل ابطال الصلح . و بأبطال الصلح الواقي من الإفلاس ، فإنه فقد أثره من إنقاذ المدين من الوقوع من الإفلاس ، ويجوز للمحكمة أن تقضي مع الحكم أبطال الصلح ،

---

[١] أسيل حامد الفضالة ، مصدر سابق ، ص ٤٠٩ .

[٢] د. نشأت الأخرس ، الصلح الواقي من الإفلاس (دراسة مقارنة في القوانين الأردنية و المصرية واللبنانية و التونسية و القانون البريطاني) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، عمان ، ص٥٣٢.

[٣] أسيل حامد الفضالة، مصدر سابق ، ص ٤١٠ .

إعلان إفلاس المدين شريطة أن تتوافر شروطه ، حيث إنه بمجرد ثبوت التدليس من قبل المدين مع دائنيه فإنّه لا يحق معه المطالبة مرة أخرى في إعطائه الفرصة في طلب الصلح للمرة الثانية نظراً إلى أنه يفقد معه عنصر حسن النية باعتباره عنصر أساسي في طلب الصلح الواقي من الإفلاس[1] .

المطلب الثاني

إنتهاء دعوى الإفلاس المصرفي

من أجل بيان حالة إنتهاء دعوى الإفلاس المصرفي والتي يترتب عليها إنتهاء الحراسة القضائية على المصرف لا بد من التطرق إلى المقصود بهذا الإنتهاء في فرعٍ أول ، و تصفية المصرف في فرعٍ ثانٍ .

الفرع الأول

تصفية المصرف

لم يكن إفلاس المصرف الغاية المتوخاة من تشريع أحكام الإفلاس الواردة في قانون المصارف فالإفلاس كواقعة ممكن أن يكون سبباً لزوال الشخصية القانونية للمصرف أحياناً وليس دائماً ، نظم المشرع العديد من الأحكام بغية تقويمها وتأهيلها عند مرورها بظروف مالية تمنع ممارسة مهامها باعتبارها تقدم خدمات ذات مردود ايجابي للفرد والمجتمع ، إلاّ أن الوسائل التي ينظمها المشرع قد لا تستطيع في إعادة نشاط المصرف ، بل يعد إستمرار وجوده ككيان اقتصادي ذات تأثير سلبي على الأفراد والمجتمع ، أن يوهم الأفراد بملاءته المالية ويبرموا معه تصرفات قانونية يكون فيها المصرف مدينا وعجزه عن أداء الالتزامات الملقاة على عاتقه ، وعليه فإعلان الإفلاس تكمن الغاية الاهم منه هو تصفية أموال المصرف وإعادة توزيعها على الدائنين وفق آلية ينظمها المشرع .

والملاحظ على نصوص قانون المصارف المتعلقة بالتصفية أنها مربكة تارة و غامضة تارة أخرى ، فالقانون لم يبين بشكل تفصيلي إجراءات التصفية الطوعية واكتفي بمادة واحدة هي المادة (٦٨) ثم أردفها بالمادة (٦٩) حول التصفية القسرية ومن ثم تحول المشرع إلى الحراسة القضائية في المادة (٧٠) في حين كان من المفترض أن يكون المشرع أكثر دقة في رسم هذه المناهج المصرفية الجديدة

[1] د. نشأت الأخرس ، مصدر سابق ، ص ٢٥٤ وما بعدها.

التي لم تعهدها منظومة التشريعات المصرفية العراقية. و على الرغم من صدور تعليمات تنفيذ قانون المصارف وتناولت بشيء من التفصيل إجراءات التصفية الطوعية إلاّ أنها جاءت خلو من احكام التصفية القسرية وهذا أيضا يعتبر فراغا يجب تغطيته لاسيما وأن أكثر الحالات هي داخلة ضمن نطاق التصفية القسرية ويمكن القول أن من أهم أسباب هذا الارباك كما تم بيانه سابقا هو الترجمة غير الدقيقة لنصوص قانون المصارف الذي صدر باللغة الانكليزية الأمر الذي أدى إلى خلل في صياغة النصوص وسوء في الفهم وصعوبة في التطبيق[١].

والتصفية هي إجراء ضروري التي تعمل على تسوية موجودات المصرف وتحويل هذه الموجودات إلى أموال نقدية لكي يتم توزيعها على الدائنين والمساهمين كلا حسب أنصبتهم أو دينهم[٢] ، إلاّ أن التصفية التي نقصد بها هنا هي التصفية القسرية التي جاءت بها نص المادة (٣/٦٩) والتي نصت على أنه (يقوم المصرف بالتصفية وفقا للإجراءات التي يصدرها البنك المركزي العراقي وتتفق مع الإجراءات المبينة في المادة (٨٥) و لغاية المادة (٩٨) بضمنها شرط أن لا تندمج مع المادتين (٨٩) و (٩٦))[٣] .

و من خلال نصوص قانون المصارف المتفرقة نعتقد أن المستحقين لموجودات المصرف ينقسمون على ثلاثة مجموعات المجموعة الأولى يمكن أن يطلق عليهم تسمية دائني المصرف أصحاب حقوق الامتياز المضمونة ، أما المجموعة الثانية فهم الدائنين العاديين .

---

[١] د. ئالان بهاء الدينٌ عبد الله المدرس ، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة (دراسة مقارنة) ، مصدر سابق ، ص ١٨

[٢] علاء حسين هزاع ، مصدر سابق ، ص ١٦٢ .

[٣] نصت المادة (٦٨) من قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ النافذ على انه (يجور تصفية مصرف بقرار من ملاكه بعد موافقة البنك المركزي العراقي على إنهاء عملياته طوعا ، بناء على طلبهم ، عملا بالمادة (١٢) ، وبعد إلغاء ترخيصه . ويقوم المصرف بعملية التصفية امتثالاً للإجراءات الصادرة عن البنك المركزي العراقي وتحت إشرافه ، ١- يقدم المصرف إلى البنك المركزي العراقي ما يطلبه من مستندات ومعلومات ويتيح لموظفي البنك المركزي العراقي ، أو لأي شخص آخر أو أشخاص آخرين يعينهم البنك المركزي العراقي لهذا العرض ، إمكانية الوصول إلى مباني المصرف والاطلاع على دفاتره وسجلاته كلما قرر البنك المركزي العراقي أن هذا الوصول وهذا الاطلاع لأزمان لأداء مسؤولياته الإشرافية . ٢ - إذا قرر البنك المركزي العراقي أن المصرف لا يكفل التصفية بشكل منظم أو إذا لم يمثل المصرف لأحكام الفقرة (٢) ، يعين البنك المركزي العراقي مراقبا بمقتضى الفقرة(١) من المادة (٦٩) ليقوم بتصفية المصرف أو يكملها) ، وللمزيد من التفاصيل ينظر د. زينة غانم الصفار ، مصدر سابق ، ص ١٨٨ .

بينما المجموعة الثالثة فهم المساهمين فإذا كانت موجودات المصرف غير كافية بالوفاء للمستحقين عندئذ يجب مراعاة الترتيب في الوفاء ، فيبدأ الحارس القضائي الوفاء لدائني المصرف ، أما المتبقي فيدفع للمساهمين وكالآتي :

أولاً- الدائنين أصحاب حقوق الامتياز المضمونة ، فقد بين المشرع العراقي في قانون المصارف ، بأولوية استحقاقهم لديونهم قبل غيرهم من دائني المصرف ، وذلك باستيفائها مقدمة من الأموال الناجمة عن حصيلة بيع أموال المصرف المفلس، وبعد الوفاء بهذه الديون إذا حصلت زيادة على القيمة التي تمت الموافقة عليها عند المطالبة ، أي حصلت زيادة في الأموال بعد الوفاء بالديون المضمونة ، فإنّ الزيادة تحول إلى الحارس القضائي لكي يدرجها ضمن موجودات المصرف ، ومن ثم توزيعها بحسب التسلسل الذي بينته المادة (٩٢) من قانون المصارف[١].

٢- الدائنين العاديين : وفي ضوء أحكام قانون المصارف العراقي لا يتم الوفاء بديون المصرف لدائنيه اعتباطا ، ولا يتم اعتماد القواعد العامة بالوفاء عن طريق قسمة الغرماء ، إنما قيد الحارس القضائي بمراعاة الترتيب الذي أورده المشرع في المادة (٩٢) من قانون المصارف ، وبموجب هذه المادة يجب أن يراعي التسلسل الآتي :

أ - الوفاء بالديون التي تتعلق بالودائع بحد اقصى قدره (٥) مليون دينار عراقي لكل مودع :

فعلى وفق المادة (١/٩٢) من قانون المصارف يتم الوفاء بهذه الديون قبل حقوق باقي الدائنين ، ومعنى ذلك أنه يتم الوفاء بديون الودائع قبل جميع الديون حتى قبل ديون الدولة التي لها

---

[١] نصت المادة (٩٢) على (١- توزع موجودات المصرف المفلس فيما بين دائنيه بحسب ترتيب الأولويات التالية:-

أ - المطالبات المتعلقة بالودائع التي لا تكون في شكل أوراق مالية لدين بحد اقصى قدره (٥) مليون دينار عراقي لكل مودع) .

ب - جميع التكاليف و المصروفات المتعلقة بعملية ادارة الافلاس أو الوصاية , بما في ذلك التكاليف الاضافية أو تمويل جديد وسلع وخدمات تم توريدها بعد وضع المصرف تحت سيطرة الوصي أو الحارس القضائي.

ج - مطلوبات المصرف المتعلقة بالوصاية وبإعادة التأهيل.

د - الضرائب الحكومية والمحلية واقساط الضمان الاجتماعي الحكومية المستحقة على مدى فترة تتجاوز سنة واحدة قبل تاريخ اتخاذ قرار الافلاس.

هـ - اي مطالبات لمودعين لم تدفع قيمتها بموجب الفقرة الفرعية (أ) مع المطالبات لدائنين غير مكفولين

و - اي مطالبات تتعلق بدين ثانوي.

٢- تحول الموجودات المتبقية إلى مالكي المصرف بحسب حصة اسهم ملكية كل منهم.).

امتياز خاص . ويستثنى من ذلك أصحاب الحقوق التأمينية وأصحاب حقوق الامتـياز الخاصة ، فهذه الحقوق يتم الوفاء بها وفق أحكام المادة (٩٢) من قانون المصارف .

وإذا كان الوفاء بالديون التي تتعلق بالودائع محدد بحد أقصى قدره (٥) مليون دينار عراقي ، فإن هذه النسبة تم تعديلها بالنظام القانوني رقم (١٣) لسنة ٢٠١٦ من نظام ضمان الودائع المصرفية ، وبموجب المادة (١٣) منه تلزم شركة ضمان الودائع المصرفية بدفع تعويضات بنسبة (٥١%) عن الودائع لدى المصرف المفلس إذا كانت قيمة الودائع مئة مليون أو اقل ، وتلزم بدفع نسبة (٢٥%) إذا كانت قيمة الودائع تزيد على مئة مليون.

ب- وبعد الوفاء بالديون المتعلقة بالودائع يتم الوفاء بالديون الناتجة عن التكاليف والمصروفات التي نشأت من جراء عملية إدارة الإفلاس أو الوصاية . والتكاليف الإضافية والسلع والخدمات الجديدة التي تم توريدها بعد وضع المصرف تحت إدارة الوصي ، أو الحارس القضائي .

ج- مطلوبات المصرف المتعلقة بالوصاية وإعادة التأهيل .

د- الضرائب الحكومية والمحلية وأقساط الضمان الاجتماعي الحكومي المستحقة على مدى فترة لا تتجاوز سنة واحدة قبل تاريخ إتخاذ قرار إشهار الإفلاس.

هـ - أي مطالبات المودعين لم تدفع قيمتها بموجب الفقرة (أ) مع المطالبات لدائنين غير مكفولين ، مدفوعات المرتبات لموظفي المصرف ، باستثناء مكافاة لأعضاء مجلس الإدارة ، مستحقة حتى تاريخ إتخاذ قرار إقامة دعوى إشهار الإفلاس .

و- أي مطالبات تتعلق بدين ثانوي .

ثالثاً- فإذا تم الوفاء بجميع ديون الفئة أعلاه عندئذ يتحول المتبقي من أصول المصرف إلى مساهمي المصرف ، مع مراعاة التناسب مع عدد أسهم كل منهم المادة (٢/٩٢) من قانون المصارف العراقي النافذ .

وفي هذا الصدد يذهب جانب من الشراح[١] ، إلى أنه وعلى الرغم مما ذكر من نصوص قانونية وردت في قانون المصارف العراقي ، إلاّ أنه لم يوفق في صياغة النصوص صياغة القانونية ، بحيث أن القراءة الأولى لهذه النصوص تسمح بالقول بانه كان الأجدر بمشرع القانون أما إسناد آثار الإفلاس إلى نصوص قانون التجارة العراقي الملغي . أو تنظيمها في قانون المصارف تنظيماً قانونياً دقيقاً خالياً من العيوب في الصياغة والمضمون أيضاً.

[١] د . زينة غانم الصفار ، مصدر سابق ، ص ١٩٠.

أما موقف قانون التجارة العراقي الملغي لسنة ١٩٧٠ فقد عالج الموضوع جوانبه المختلفة وتنبه المشرع العراقي انذاك إلاّ ان الدائنين قد يتزاحمون في التنفيذ على أموال المدين المفلس فيسعى كل منه إلى تحصيل دينه حتى لو أدى الأمر إلى الحاق الضرر بغيره ، فوضع المشرع نصوصاً قانونية عالجت الأشكال الذي قد يثار على تحصيل الديون من أموال التفليسة ، هادفاً إلى تحقيق المساواة بين الدائنين وعدم التزاحم فيما بينهم ، لكن المركز القانوني للدائنين لم يكن بمرتبة واحدة ، فالأمر يختلف إذا كان الدائن عادياً أو دائناً صاحب أمتياز عام أو دائن صاحب أمتياز خاص . وفي هذا الصدد نرى أن المشرع العراقي في قانون المصارف لا يؤاخذ في انه لم يعالج مسألة تزاحم الدائنين ، بل أخذ بنظر الحسبان تزاحم الدائنين في استيفاء ديونهم ، ولذلك نلاحظ أنه على وفق أحكام المادة (٩١) والمادة (٩٢) من القانون قد أورد ترتيباً للوفاء بالتزامات المصرف .

يتبين لنا مما تقدم أن الحارس القضائي خلال فترة التصفية لا تنتهي حراسته بل هو من يقوم بإتمام عمليات التصفية و تسديد الديون للدائنين و إيداع المتبقي لدى البنك المركزي العراقي .

الفرع الثاني

إنهاء دعوى الإفلاس المصرفي

بعد إقامة دعوى الإفلاس المصرفي لا يمكن أن تستمر هذه الدعوى إلى ما لا نهاية ، أنها لابد أن يتم إنهاء الدعوى بقرار من محكمة الخدمات المالية عند تحقق الغرض الذي من أجله تم رفع دعوى الإفلاس .

فعلى وفق أحكام المادة (١٠٢) من قانون المصارف العراقي ، تصدر محكمة الخدمات المالية قرارها بإنهاء دعوى الإفلاس عند تحقق الشروط الآتية :

أولاً- عند إنتهاء مهام الحارس القضائي يعفى الحارس القضائي من مهامه بقرار من المحكمة ، ولكن ليس قبل أن يكون الحارس القضائي قد أعد وقدم إلى المحكمة تقريرا عن الحراسة القضائية ويحدد قرار المحكمة حيث إعفاء الحارس القضائي من مهامه المكان الذي يجب أن تودع فيه دفاتر لمصرف و سجلاته ودفاتر الحراسة القضائية وسجلاتها . وتنهى دعوى إشهار الإفلاس المقامة على مصرف بقرار من المحكمة هذا يعني أن إنتهاء دعوى الإفلاس أثر يترتب على تصفية المصرف ، عندما تكون جميع موجودات المصرف قد تمت تصفيتها وتكون العوائد قد دفعت لدائني المصرف أو أودعت لدى البنك المركزي العراقي لتظل متاحة لدفعها لدائني المصرف وفقا للفقرة (٣) من المادة

(٩٨) وينشر في الجريدة الرسمية قرار المحكمة الذي يقضي إنهاء دعوى إشهار الإفلاس المقامة ضد المصرف .

ثانياً- يشترط لأنهاء دعوى الإفلاس بقرار من محكمة الخدمات المالية ، تصفية جميع موجودات المصرف ، وأن تكون عوائد المصرف قد دفعت لدائنيه ، أو يتم ايداعها إلى البنك المركزي العراقي لكي يتم دفعها إلى دائني المصرف على وفق أحكام المادة (٣/٩٨)من قانون المصارف .

فإذا تبين لمحكمة الخدمات المالية توافر الشروط المتقدم ذكرها فإن هذه المحكمة تصدر قرارها بإنهاء دعوى الإفلاس ، واشعار مسجل الشركات بتصفية المصرف ، وإلغاء ترخيص وأجازة ممارسة النشاط المصرفي ، لإصدار قرار بشطب المصرف من سجل الشركات وسجل المصارف ، وبالتالي ينشر القرارالإنهاء في الجريدة الرسمية في ضوء أحكام المادة (١٠٢) من قانون المصارف[١] .

ونعتقد أن الغرض من نشر قرار إنهاء الدعوى هو إعلام دائني المصرف الذين لم يستلموا ديونهم من الحارس القضائي ، بان الشخصية المعنوية للمصرف قد انتهت نتيجة إتمام إجراءات التصفية وصدور قرار بإنهاء دعوى الإفلاس ،لكي يراجع هؤلاء الدائنون البنك المركزي لاستلام ديونهم من عوائد المصرف التي تم ايداعها لدى البنك المركزي ، ونعتقد ايضا أن الغرض من نشر هذا القرار لا يقتصر على إعلام دائني المصرف على النحو المتقدم ، بل له غرض آخر هو حماية الغير حسن النية ، بمعنى آخر عندما ينشر هذا القرار فإن يكون وسيلة نسبية لإعلام الغير بأن هذا المصرف قد أشهر إفلاسه ، و من ثم تحذير الغير من التعامل مع مصرف وهمي ليس له وجود قانوني لإنتهاء شخصيته المعنوية .

ومن المؤاخذات التي يمكن أن يثيرها جانب من الشراح[٢] على المشرع العراقي أنه لم يبين الوقت الذي عند حلوله تنتهي بموجبة دعوى الإفلاس ، في ما إذا كان وقت صدور قرار محكمة الخدمات المالية بإنهاء دعوى الإفلاس ، أم وقت نشر قرار إنهاء دعوى الإفلاس في الجريدة الرسمية . ونعتقد أن دعوى افلاس المصرف تنتهي فور صدور قرار محكمة الخدمات المالية بإنهاء هذه الدعوى ، وما نشر قرار المحكمة هذا إلاّ وسيلة كاشفة لقرارها لأعلام دائني المصرف والغير بتصفية المصرف وزوال الوجود القانوني له .

---

[١] اسراء منقذ هاشم ، نظام الإفلاس المصرفي في قانون التجارة العراقي واللبناني (دراسة مقارنة) ، رسالة مقدمة الى كلية الحقوق ، الجامعة الإسلامية في لبنان ، ٢٠١٥ م ، ص ١٥٣ .

[٢] د. زكريا يونس أحمد ، مصدر سابق ، ص ٤٣٣.

كما لم يبين المشرع العراقي اثر عدم نشر قرار انهاء دعوى الإفلاس بالجريدة الرسمية في ما إذا كان لهذا القرار اثر في مواجهة دائني المصرف والغير ، ونعتقد بما أن نص المادة (٣/١٠٢) من قانون المصارف جاء مطلق لم يبين اثر عدم نشر قرار انهاء دعوى الإفلاس ، والمعروف أن المطلق يجري على اطلاقه ، إذن أن عدم نشر القرار لا يؤدي إلى بطلانه ، بل يترتب على ذلك مسؤولية الجهة الملزمة بنشر القرار بعدم تنفيذها لواجبات وظيفتها . ثم أن المشرع يرتب على مجرد قبول طلب الإلتماس بعض الآثار منها غل يد المدين عن إدارة أمواله والتصرف فيها من دون أن يتوقف ذلك على استيفاء إجراءات النشر[١] ، وهذا يعني من باب أولى ان عدم نشر قرار إنهاء الدعوى لا يؤدي إلى بطلان هذا القرار ، ومع ذلك إذا ترتب على عدم النشر القرار ضرراً بالغير حسن النية نتيجة تعاقده مع المصرف المصفي اعتقادا منه بأنه موسر ، فأصابه ضرر من جراء ذلك ، فعندئذ ستتحرك مسؤولية المتسبب عن عدم النشر في مواجهة الغير حسني النية .

وتنتهي مهمة الحارس القضائي بعد القيام بكافة الأعمال المكلف بها استنادا للصلاحيات الممنوحة له من قبل البنك المركزي ، ويكون انهاء الحراسة بقرار من المحكمة التي عينته بعد أن يقدم تقريراً مفصلا عن الحراسة ، ومن ثم تنتهي بذلك عدوى الإفلاس بعد استكمال الحارس القضائي لجميع إجراءات تصفية المصرف المفلس ، وتقوم المحكمة بعد ذلك بنشر قرارها بالجريدة الرسمية وذلك استناداً لأحكام المادة (١٠٢) من قانون المصارف . كما قد تنتهي مهمة الحارس القضائي قبل استكمال الحراسة بقرار من المحكمة واحلال شخص آخر محل الحارس القضائي أو بناءً على طلب البنك المركزي وذلك في الحالات الآتية [١] :-

١- استقالة الحارس القضائي أو وفاته أو عجزه عن التصرف واداء واجباته .

٢- عدم بذل العناية المطلوبة من قبل الحارس القضائي في أداء وظيفة الحراسة .

٣- انتفاء شروط تعيين الحارس بكونه مناسبا ولائقة لأداء مهمة الحراسة ، أو أصبح غير مؤهل للعمل ، علما أن مجرد انتفاء شروط تعيين الحارس يصبح غير مؤهل لأداء الحراسة .

فبعد أن ينتهي الحارس القضائي من مهامه التي أوكلت اليه من قبل محكمة الخدمات المالية وبأشراف ورقابة البنك المركزي العراقي يقدم تقريره تفصيليا إلى المحكمة عن قيمة الموجودات وقيمة المطلوبات ويحدد قيمة الودائع التي على المصرف وقيمة الدائنين الثابتة وغير الثابتة و غيرها

[١] د. إبراهيم اسماعيل ابراهيم ، حسنين عبد الزهرة ، المسؤولية المدنية للبنك عن العميل المفلس (دراسة مقارنة) ، مجلد ٧ ، العدد ٤ ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، ٢٠١٤ ، ص ١٤٩ .

من المهام الأخرى التي بيناها ، تنتهي مهنة الحارس القضائي إلاّ أن إنتهاء مهمة الحارس القضائي لابد أن يكون بقرار من المحكمة[١]. وتحدد المحكمة المكان المناسب لإيداع دفاتر وسجلات المصرف و دفاتر وسجلات الحارس القضائي التي أجراها اثناء عمله وعلى المحكمة أن تتأكد ان جميع موجودات المصرف قد تمت تصفيتها وأن العوائد قد دفعت للدائنين أو أودعت لدى البنك المركزي العراقي لتظل متاحه لدفعها لدائني المصرف[٢] تقرر المحكمة إنهاء حالة الإفلاس وينشر قرار دعوى إنهاء الإفلاس ضد المصرف في الجريدة الرسمية .

[١] ينظر المادة (٨٠/٥/ أ، ب ، ج ، د) من قانون المصارف العراقي النافذ .

[٢] وقد الزم قانون المصارف العراقي الحارس القضائي في الفقرة (٣) من المادة (٩٨) أن يقدم الى البنك المركزي العراقي جدول زمني لتوزيع تلك المبالغ وجدول بقيمة المبالغ التي لا يمكن دفعها بسبب عدم امكانية التعرف على الدائنين او عدم امكانية الاتصال بهم على شكل وديعة لدى البنك المركزي ، على أن يقوم الحارس القضائي تنبيهاً في الجريدة الرسمية أو في صحيفتين يومية ذات تداول عام يدعوا بها الدائنين لاستلام أموالهم ويذكر اسم الدائن والمبلغ المستحق ولا تصادر هذه الأموال الى الدولة إلا حين انتهاء مدة المطالبة .

الخاتمة

في نهاية بحثنا الموسوم النظام القانوني للحراسة القضائية على المصارف ، ثبتنا بعض النتائج التي توصلنا لها ضمن الدراسة ، مع بعض المقترحات التي نتأمل أن يأخذ بها من قبل الجهات المعنية بالمستقبل:

أولاً: - النتائج :-

نعرض أهم الاستنتاجات التي تم التوصل إليها وكما يأتي:

١- خلو التشريعات المصرفية العراقية والمصرية والفرنسية والأمريكية من ذكر تعريف محدد للحراسة ، و بالرغم من ذلك فقد أجتهد الكثير من فقهاء القانون المختصين لتعريفها ، كما لم يعرف المشرع العراقي والتشريعات المقارنة مصطلح الحراسة بصورة مباشرة في النصوص التشريعية لقوانين المصارف ، ولكن تم تعريفها في قوانين أخرى ، تتعلق بالمرافعات أمام المحاكم .

٢- إنّ للحراسة القضائية على المصارف خصائص كونها ذات إجراء تحفظي مؤقت إحتياطي تفرض على مسائل الواقع وبوجود محكمة موضوع مستقلة لتقديرها ضمن القضاء المستعجل و لم تذكرهذه الخصائص بصورة مباشرة انما تم استنباطها من خلال القوانين ذات العلاقة.

٣- إنّ النصوص القانونية ورأي الفقهاء أن الحراسة القضائية على المصارف لا تعتبر وديعة والسبب الفرق الواضح بين الأثنين من حيث المصدرالذي تكون الوديعة هي إتفاق بينما الحراسة القضائية و تفرض بأمر قضائي ، و يكون التفرقة الموجودة من خلال استغلال للمال حيث الوديعة لا تعطي المودع صلاحية استثمار واستغلال للمال عكس الحارس القضائي المكلف على المحافظة على المال الموجود تحت الحراسة أدراته و استغلاله ، وتلك الفروقات بين الوديعة والحراسة القضائية من حيث التشابه و الأختلاف جعلت هناك رأيء فقهي مخالف للرأي الذي يعتبر أن الحراسة القضائية هي وديعة ، توجد آراء فقهية وتشريعات و قوانين وقرارات قضائية تعتبر بأن الحراسة القضائية على المصارف هي وكالة ، بينما الحقيقة أن الحراسة القضائية لم تكن وكالة رغم التشابه بينها إذْ إنّ كل واحد منهم يناب عن الغير حفظ المال و الإدارة ، حيث إنّ هناك فروقات مهمة تمييز الحراسة القضائية عن الوكالة رغم التشابه ولهذا نستنتج بأن الحراسة القضائية ليست وكالة برغم التشابه الحاصل للقليل من المهام الموكلة لكل من الوكيل والحارس ، ولنفس الفروقات التي أوردت عند الوديعة والحراسة القضائية ، فأن سلطة الحارس القضائي يحددها القضاء بقرار حكم يصدر من المحكمة أو قرار من قاضي الأمور المستعجلة ، أن الوكيل تحدد سلطته بالإتفاق ، يظهر من التكييف للحراسة القضائية على المصارف ، بمعنى أنها تدابير وتوقيف مؤقت لمحل

النزاع ، تستوجب غالباً تعيين حارسٍ عدلٍ بموجب حكم في غير موضوع الحق ، فهي نيابة قضائية وقانونية .

٤- إنّ المسائل التي تفرق بين الحراسة الإتفاقية والحراسة القضائية على المصارف هو شرط توافر الخطرالعاجل في الحراسة الإتفاقية يمكن الاستغناء عنها والأطراف في الحراسة الإتفاقية عكس الحراسة القضائية الذي يعتبر فيها شرط الخطر العاجل شرط أساسي لكي يمكن قيام تلك الحراسة ، فالحراسة الإتفاقية يكفي فيها إتفاق الخصوم بينهم على وضع المال المتنازع عليه تحت الحراسة فوضع المال المتنازع عليه تحت يد حارس يفترض أن هناك خطراً عاجلاً استدعى وضع المال تحت الحراسة ، أما الفرق بين الحراستين الإتفاقية والقضائية من حيث تعيين الأجر للحارس فإن الحارس في الحراسة القضائية الأصل فيه أنه يتقاضى أجراً معّينا ما لم يتم التنازل عنه صراحة ، أما في الحراسة الإتفاقية فالأصل أن تكون مجانا ما لم يتم الإتفاق على غير ذلك ، إنّ شروط الحراسة القضائية على المصارف هي أن يكون هناك خطر عاجل بسبب نزاع وأن تكون هناك مصلحة من الحراسة القضائية على المصارف أن يكون المدين مصرفاً .

٥- إن الطبيعة القانونية للحراسة القانونية على المصارف مصدرها القانون وبناءً على نصوص قانونية محددة في القانون، وعلى القاضي تلبيتها لطالبها فهي لا تحتاج إلى إتفاق أطراف ولا إلى شروط معينة كما في الحراسة القضائية وأنما يكفي تحقق الحالة المنصوص عليها في القانون . ومن خلال البحث وجدنا أن الشخص الثالث الذي تكون تحت يده أموال المدين يعتبر بمثابة حارسا قانونياً على هذا المال إلى حين تسليمها إلى المحكمة أوإلى أي شخص تأمر المحكمة بتسليمها إليه ، والشخص الثالث الذي يعتبر بمثابة حارس قانوني عين بموجب نص قانوني وليس بناء على حكم من القضاء أو على إتفاق الأطراف ، فيستمد سلطته من القانون ، فالحراسة القانونية فهي تفرض بقوة القانون ويكون منصوصاً عليها في القانون ولا توجد لدى القاضي سلطة تقديرية في فرضها أو في تحري الشروط الخاصة بها كما في الحراسة القضائية فيكفي أن يكون منصوص عليها في القانون لكي تكون ملزمة للقاضي وهو ما لا يتوافر في الحراسة القضائية التي بينت شروطها العامة وهي شرط الاستعجال والخطر وعدم المساس بأصل الحق كما نوضح الأسباب الخاصة بالحراسة القضائية وهي وجود النزاع الجدي والخطر العاجل وقابلة المال للتعامل فيه مع بيان الحالات التي لا يمكن وضع الحراسة فيها .

٦ - يتبين من الخصائص التي تم ذكرها أن الإفلاس المصرفي يشترك مع الإفلاس العام بأنه يطبق على كل مصرف أو شركة تعمل كمصرف تتمتع بالشخصية المعنوية وتمارس نشاطاً مصرفياً ، وهو إجراء جماعي يسعى لحماية الدائنين والمساهمين والغير من جهة ويحمي المصرف المدين من جهة اخرى، وهو من النظام العام كون المشرع أفرد له نصوصاً خاصة في قانون المصارف النافذ وقانون البنك المركزي النافذ التي لا يمكن مخالفتها أو الإتفاق على مخالفتها ، وأن حجية الإفلاس هي حجية مطلقة ، تتصف بالطابع الجزائي من خلال غل يد المصرف عن التصرف في موجوداته ، وأن دعوى الإفلاس هي دعوى

اجرائية وليست دعوى خصومة كون البنك المركزي العراقي يتمتع بسلطة عالية في إدارة التفليسة ، إلا أنه تبقى هناك خصائص تميز إشهار الإفلاس بالنظام المصرفي عن قواعد الإفلاس العام .

٧- يتبين لذا مما تقدم أن قوانين المصرفية تسعى لتحديث النظام المصرفي وتأسيسه بشكل يتسم بالأمان والسلامة ، ويقوم على المنافسة ويكون متاحاً للجميع من أجل توفير أساس للنمو الاقتصادي وتطوير الاقتصاد الوطني لتجذب المخاطر التي تواجه النظام المصرفي ، لذا فأن احكام الإفلاس المنصوص عليها بقانون المصارف لا تنسجم إلا وفق نظام قانوني قد خط أساسه مسبقاً من قبل الجهات المسيطرة على ذلك العمل ، وهذا لا نلمسه مع النشاطات الأخرى فالمصارف غير المرخصة لا يمكن أن يطبق عليها نظام الإفلاس المصرفي بل يمكن أن يطبق عليه الإفلاس العام، أوقد تتعرض إلى عقوبات جزائية إذا ما مارست العمل المصرفي بدون ترخيص.

٨- يعتبر الحارس القضائي على المصارف نائباً عن أصحاب الشأن في إدارة المال تحت الحراسة والمحافظة عليه ، فإنّ أحكام النيابة تقتضي أن يكون التصرف القانوني الذي يبرمه النائب إستناداً إلى إرادته فتنصرف آثاره إلى شخص الأصيل صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة و يترتب على ذلك ضرورة أن تكون إرادته خالية من العيوب.

٩- يطمئن المدين من قيمة الديون التي يسرى عليها خطة الصلح في حالة إشهار إفلاسه ، حيث ينتج أثر الصلح الواقي عند مصادقة المحكمة عليه ، لكن يمكن إشهار إفلاس المدين عند فسخ المدين لخطة الصلح في حالة عدم استيفاء شروطه و في حالة إبطال لخطة الصلح الواقي من الإفلاس و عند توقف المدين عن دفع الديون حيث لا تسري عليها خطة الصلح .

١٠- إن الفائدة من خطة الصلح الواقي من الإفلاس للاستمرار بالعمل التجاري من قبل المدين ومن ثم تزول عن المدين قيود فرض الصلح الواقي والتي تنشأ عن بداية الإجراءات الخاصة به حيث يسمح للمدين بالرهن التأميني ورهن محله التجاري والتصرف بنقل الملكية وعقد الصلح والسماح له بالارتباط بالإلتزامات التجارية .

١١- إن قانون المصارف العراقي يشوبه الإرباك و الغموض بالنصوص الخاصة بالتصفية ، إذْ لم يقم بتفصيل إجراءات التصفية الطوعية إلاّ ضمن نص المادة (٦٨) و تلاها بالتصفية القسرية بنص المادة (٦٩) وأنتقل بالنص إلى المادة (٧٠) الخاصة بالحراسة القضائية وكان الأولى أن يكون المشرع أكثر دقة بتشريع النصوص المصرفية الحديثة .

ثانياً: - المقترحات :–

في ضوء الاستنتاجات السابقة توصلنا إلى المقترحات الآتية:

١- ندعو المشرع العراقي بأن يذكر تعريف محدد لمصطلح الحراسة القضائية بصورة مباشرة في لنصوص التشريعية لقانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ المعدل يبين فيه الالتزامات المترتبة على الأطراف المتعاقدة .

٢- نوصي المشرع العراقي في قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ بوضع فصل مستقل يكون خاصاً بآثار الحراسة القضائية والإجراءات الخاصة بالحراسة القضائية ضمن قانون المصارف العراقي النافذ والشركات المساهمة بأنواعها النظامية كشخصية اعتبارية ، ويذكر به المساهمين وينتهي بالفروع التابعة للشركات والمصارف .

٣- نقترح على المشرع العراقي تأسيس محاكم القضاء التجاري تخصصية للنظر في الدعاوى القضائية التجارية وتشمل دعاوى إفلاس المصارف للقطاعين العام والخاص ، و إيجاد محاكم تجارية في كل محافظة عراقية تتكون الهيئة القضائية من ثلاث قضاة وليس خمس قضاة .

٤- ندعو المشرع العراقي لاستخدام المصطلحات القانونية الدارجة الخاصة بالحراسة القضائية على المصارف ضمن القوانين ويبتعد عن المصطلحات القانونية التي يحتويها الغموض والغير واقعية والبعيدة عن الحقيقة ، للحصول على تشريعات قانونية مختصرة حتى لا يضيع فيها روح النصوص القانونية ومن ثم تأويل وتفسير و بحسب وجهات النظر المتنوعة والمتعددة واعطاء للنصوص المرونة الكافية لتأثيرها على الاقتصاد الوطني العراقي ومتلائماً مع والواقع الاقتصادي العراقي ، إعادة صياغة النصوص قانونية و إعادة الترجمة لقانون البنك المركزي العراقي النافذ وقانون المصارف العراقي النافذ التي لا تتعارض معالتشكيلات القضائية وصياغة النصوص القانونية وأحكامها والقواعد القانونية الإجرائية التي نصت عليها قوانين التنظيم القضائي والمرافعات وبقية القوانين الإجرائية النافذة في العراق ، لمنع الغموض و الالتباس في التفسيرات الموجودة للأحكام القانونية.

٥- نوصي المشرع العراقي إلى تشريع نصوص قانونية شاملة لكل أحكام الحراسة القضائية مقارنة القواعد العامة للإفلاس الموجودة ضمن قانون التجارة العراقي حيث إنّ المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي لسنة ١٩٧٠ لم يترك جزئية للإفلاس إلاّ وتناولها بصورة تفصيلية وقد وضع الحلول القانونية المناسبة لها ونقترح على المشرع العراقي التركيز على النص الخاص بآثار الحراسة القضائية النسبة لقانون المصارف مقارنة بالقواعد العامة للإفلاس الواردة في قانون التجارة النافذ ، أو قانون المصارف النافذ والآثار الناتجة عن نظام الإفلاس .

المصادر

أولاً:- المعاجم اللغوية :-

١- بولس موترد ، لويس معلوف ، كرم البستاني ، عادل أنبوبا ، انطوان نعمة ، بولس براورز ، سليم ركاش ، لويس عجيل ، ميشال مراد ،المنجد في اللغة والأعلام ، مجلد ٢ ، ط ٤ ، دار المشرق ، بيروت ، ٢٠١٥.

٢- جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر، لبنان ، ١٩٩٦ .

٣- د. رمزي منير البعلبكي و منير البعلبكي ، المورد الحديث ، قاموس إنكليزي – عربي ، دار العلم للملايين ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٣.

٤- شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان البرمكي الإربلي (أبو العباس) ، وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان ،المحقق: إحسان عباس ، الجزء١، ط١ ، دار صادر ، بيروت، ١٩٧٢.

٥- محمد بن مكرم بن علي أبو الفضل جمال الدين ابن منظور الأنصاري الرويفعي الإفريقي، لسان العرب ، المجلد السادس، دار صادر، لبنان ، بيروت ، ٢٠١٠.

ثانياً:- الكتب العربية : -

١- د.ئالان بهاء الدينٌ عبد الله المدرس ، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠١٦ .

٢- إبراهيم الشربيني ، حراسات الطوارئ ، مجلد ١ ، ط ١، دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٤.

٣- ابراهيم الشلبي ، التنظيم القانوني للإفلاس في التشريع والقضاء وفق احكام قانون التجارة الجديد رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، الجزء الأول ، عين الشمس للنشر، مصر، ٢٠٠٠.

٤- إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، ١٩٨٨.

٥- إبراهيم سيد أحمد ، الحراسة الإتفاقية- القضائية- القانونية- الإدارية: فقها وقضاء ، ط٤ ، دار الفكر الجامعي ، اسكندرية ، مصر، ٢٠٠٣ .

٦- د.أحمد أبو الوفا ، المرافعات المدنية والتجارية ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٥٢.

٧- د. أحمد عوض هندي ، قانون المرافعات المدنية والتجارية (النظام القضائي والاختصاص والدعوى) ، ط١ ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ١٩٩٨.

٨- أحمد هاني مختار ، الحراسة القضائية ، مكتبة كوميت ، القاهرة ، ٢٠٠٢.

٩ - د .أسماعيل غانم ، محاضرات في النظرية العامة للحق ، ط١ ، مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٥٨.

١٠- أسيل حامد الفضالة ، الصلح الواقي من الإفلاس، الصلح الواقي من الإفلاس – دراسة مقارنة بين التشريعين الكويتي والمصري ، مطبعة كلية الحقوق ، القاهرة ، ٢٠٠٦.

١١- د.اكرم ياملكي ، الشركات التجارية (دراسة مقارنة) ، منشورات جامعة جيهان الخاصة ، ط١، اربيل ، ٢٠١٢، ص٧٧ وينظر د. اسامة نائل ، الوجيز في الشركات التجارية والإفلاس ، دار الثقافة للنشر، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٣.

١٢- د. الياس نصيف ، الكامل في قانون التجارة (الإفلاس) ، الجزء الرابع ، الكتاب الأول ، منشورات عويدات ، بيروت ، ١٩٨٦.

١٣- د. الياس ناصيف ، موسوعة الشركات التجارية ، الجزء الأول ، الأحكام العامة للشركة ، منشورات الحلبي ، لبنان ، ٢٠١١ .

١٤- د. انطوان ناشف وخليل الهندي و نوال ثلج مسعود ، العمليات المصرفية والسوق المالية - النظام القانوني للنظام المصرفي في لبنان ، الجزء الأول ، المؤسسة الحديثة للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ١٩٩٨ .

١٥ - د.أنور طلبة ، العقود الصغيرة (الحراسة والعمل) ، المجلد١، ط١ المكتب الجامعي الحديث ، مصر، ٢٠٠٤ .

١٦- د.باسم محمد صالح ، القانون التجاري (النظرية العامة - التاجر - العقود التجارية - العمليات المصرفية - القطاع الإشتراكي) ، القسم الاول، ط١ ، المكتبة القانونية ، منشورات دار الحكمة ، مطبعة جامعة بغداد ، ٢٠٠٩.

١٧- باشي الحاج ، الحراسة القضائية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، ٢٠٠٩.

١٨- ثامر محمد عبدالله سلطان ، المسؤولية عن فعل الاشياء التي تتطلب عناية خاصة والآلات الميكانيكية ، ط١ ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٥.

١٩- د. حامد عكاز و د.عز الدين الديانصوري ، القضاء المستعجل وقضاء التنفيذ ، ج١ ، ط١ ، دار الكتب والدراسات العربية للطباعة والنشر والتوزيع ، الأسكندرية ، ٢٠١٧ .

٢٠- حسن محمد أحمد جودة ، سلطة الدولة في فرض الحراسة وضوابطها القانونية والدستورية في النظام القانوني المصري (قانون الملكية) ، جامعة القاهرة ، القاهرة ، بدون سنة طبع .
٢١- د. حسين المصري ، الإفلاس ، ط١ ، مطبعة حسان ، القاهرة ، ١٩٨٨ .
٢٢- د. حسين المياحي ، الإفلاس ، ط٣ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ .
٢٣- حسين جميل البديري ، البنوك – مدخل محاسبي وإداري ، ط ١ ، دار الوراق للطباعة والنشر، عمان ، ٢٠٠٣ .
٢٤- د. حسين توفيق فيض الله ، الشامل في الإفلاس - تحديث الإفلاس في التشريعات العربية (دراسة مقارنة)، ط١، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٢١.
٢٥ – د. خالد أمين عبدالله ، العمليات المصرفية والطرق المحاسبية الحديثة ، ط ٢ ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٠ .
٢٦ - خيرت ضيف ، محاسبة المنشآت المالية ، مطبعة الإسكندرية للطباعة والنشر، القاهرة ،١٩٧٠.
٢٧- د. رضا محمد عبد السلام عيسى ، الحراسة القضائية على الأموال (دراسة مقارنة) ، ط١ ، مكتبة القانون والاقتصاد ، السعودية ، ٢٠١٣.
٢٨ - د. زالة سعيد يحيى ، النظام القانوني لبنوك الاستثمار(دراسة تحليلية مقارنة) ، دار الكتب القانونية ، مصر ، ٢٠١٣.
٢٩- د. سعدون ناجي القشطيني ، شرح قانون المرافعات (دراسة تحليلية في شرح قانون المرافعات المدنية العراقي) ، ج١ ، ط١ ، مطبعة المعارف ، بغداد ، ١٩٧٢.
٣٠ - د. سليمان أحمد اللوزي ، إدارة البنوك ، ط ١ ، دار الفكر للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ .
٣١ - د. صلاح الدين الناهي ، الوسيط في شرح القانون التجاري العراقي ، ج٤ ، ط ٢ ، بغداد ، ١٩٥٢ .
٣٢ - صلاح الدين بيومي ، إسكندر سعد زغلول ، المجمع الحديث في قضاء الأمور المستعجلة ، دار الجيل للطباعة ، القاهرة ، مصر ، ١٩٦٧ .
٣٣- د. عباس العبودي ، شرح أحكام قانون المرافعات المدنية ، دراسة مقارنة ومعززة بالتطبيقات القضائية ، ، ط١ ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، ٢٠١٥.
٣٤ - د. عبد الحسين جليل الغالبي و د. كاظم سعد الإعرجي ، أساسيات النقود و البنوك ، ط١ ، بدون مكان طبع ، ٢٠١٦.

٣٥- د. عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه ، مجلد١ ، ط١ ،منشأة المعارف ، مصر ، الإسكندرية ، ٢٠٠٤.

٣٦- د. عبد الحميد الشواربي ، الإفلاس في ضوء القانون رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩، منشأة المعارف للنشر ، الإسكندرية ، مصر ، ٢٠١٣ .

٣٧- عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج ٣ ، ط١ ، مطبعة بابل ، العراق ، بغداد ، ١٩٧٧.

٣٨- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، ج١ ، ط٣، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ، ١٩٥٢ .

٣٩- د. عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، الجزء السابع ط٢، دار أحياء التراث العربي ، لبنان ، بيروت ، ٢٠٠٤.

٤٠- د. عبد الفتاح مراد ، المشكلات العلمية في القضاء المستعجل ، المجلد ١ ، ط١، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، ١٩٨٩.

٤١- د.عبد اللطيف هداية الله ، الحراسة القضائية في التشريع المغربي ، ط١، مطبعة النجاح الجديدة ، الدار البيضاء ، ١٩٨٨.

٤٢- د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة ، الموصل ، ١٩٨٠ .

٤٣- د. عبد المنعم الشرقاوي ، الوجيز في المرافعات المدنية والتجارية ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، ١٩٥١.

٤٤- د.علي البارودي ومحمد فريد العريني ، الأوراق التجارية والإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ ، ط١ ، دار المطبوعات الجامعية ، الأسكندرية ، ٢٠٠٠.

٤٥- د. علي عبد العال العيساوي ، الوسيط في الحراسة القضائية (في ضوء أحكام القانون المدني وأحكام القضاء مع ملحق بصيغ دعاوي الحراسة) ، دار الفكر والقانون ، مصر ، المنصورة ، ٢٠٠٠ .

٤٦- د.علي عوض حسن ، دعوى الحراسة ، مجلد ١ ، ط١ ، دار الكتب القانونية ، مصر، القاهرة ، مصر ، ٢٠٠٥.

٤٧- ضياء شيت خطاب ، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية ، مطبعة العاني ، بغداد ، ١٩٧٣.

٤٨- د.طالب حسن موسى ، مبادئ القانون التجاري ، ط ١ ، بدون أسم مطبعة ، بغداد ، ١٩٧٤.

٤٩- د. عدنان عاجل عبيد ، اثر استقلال القضاء عن الحكومة في دولة القانون ، ط١ ، مؤسسة النبراس للطباعة ، النجف الاشرف ، ٢٠٠٨.

٥٠- د. عصمت عبد المجيد بكر، مصادر الالتزام في القانون المدني (دراسة مقارنة) ، ط١ ، المكتبة القانونية ، بغداد ، ٢٠٠٧ .

٥١- د. عمار سعدون المشهداني ، القضاء المستعجل ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، ٢٠١٢.

٥٢- د. عوض فاضل إسماعيل ، النقود والبنوك ، دار السيسبان للطباعة ، بدون مكان طبع .

٥٣- د . فادي حسين جابر ، إدارة المؤسسات المالية ، ط١ ، دار الرياحين للنشر و التوزيع ، ٢٠١٨ .

٥٤- د. فؤاد مرسي ، النقود والبنوك ، ط١ ، دار المعارف ، القاهرة ، ١٩٨٥.

٥٥- د. مبروك بن موسى ، حماية الغير في مجلة الشركات التجارية ، مركز الدراسات القانونية والقضائية بالاشتراك مع كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة تونس ٢٠٠١

٥٦- د. مبروك عبد العظيم احمد مصري ، عهدة الحُراس في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي ، مطبعة كلية الشريعة والقانون ، (القاهرة) ، ١٩٩٩.

٥٧- د. محمد أحمد عابدين ، أصول التقاضي في بعض الدعاوي ، مجلد١ ، ط١ ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، ٢٠٠٥.

٥٨- محمد حسن صوان ، أساسيات العمل المصرفي الإسلامي ، دار وائل ، عمان ، ٢٠٠٨ .

٥٩- د. محمد سعيد احمد الرحو ، فكرة الحراسة في المسؤولية المدنية عن الاشياء غير الحية (دراسة مقارنة) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠١ .

٦٠- محمد عبد اللطيف ، القضاء المستعجل ، ط١، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر، ١٩٥٥.

٦١- د. محمد عزمي البكري ، الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ، ١٩٩٧ .

٦٢- د. محمد عزمي البكري ، القانون المدني الجديد (عقد الوكالة – عقد الوديعة – عقد الحراسة – عقود الغرر المقامرة والرهان والمرتب مدى الحياة) ، المجلد التاسع ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، مصر، ٢٠١٨ .

٦٣- د. محمد عزمي البكري ، موسوعة الفقه والقضاء الإفلاس طبقاً للقانون رقم ١١ لسنة ٢٠١٨ ، دار محمود للنشر والتوزيع ، القاهرة ، ٢٠١٩.

٦٤- د. محمد علي سويلم ، المنازعات العملية للإفلاس (دراسة مقارنة) ، دار المطبوعات الجامعية ، ط١ ، الإسكندرية ، ٢٠١٣.

٦٥- محمد علي عرفه ، التقنين المدني الجديد ، شرح مقارن على النصوص ، ج١، ط٢ ، مكتبة النهضة المصرية ، مصر ، القاهرة ، ١٩٥٥.

٦٦- د. محمد كامل مرسي ، شرح القانون المدني الجديد ، العقود المسماة ، القاهرة ، المطبعة العمالية ، ١٩٥٣ .

٦٧- محمد مصطفى عبد الصادق ، الأوراق التجارية والإفلاس في التشريعات العربية ، دا الفكر و القانون المنصورة ، مصر ، ٢٠١١.

٦٨- محمود سلامة ، الوجيز في دعاوى واختصاص القضاء المستعجل ، ط١، الناشرون المتحدون ، مصر، بدون سنة طبع .

٦٩- مدحت المحمود ، شرح قانون المرافعات المدنية رقم ٨٣ لسنة ١٩٦٩وتطبيقاته العملية ، ج١، ط١، دار الرافدين للطباعة والنشر والتوزيع ، بيروت ، ٢٠١٩.

٧٠- مراد محمود حيدر، الحراسة القضائية مدلولها وخصائصها واحكامه ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ،٢٠١٠.

٧١- د. مصطفى كمال طه ، القانون التجاري الأوراق التجارية والإفلاس ، المجلد١ ، ط١، الدار الجامعية للطباعة والنشر، بيروت ، ٢٠٠١ .

٧٢-د. مصطفى كمال طه ، عمليات البنوك، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية ،٢٠٠٥ .

٧٣- د. مصطفى كمال طه وشريف مصطفى طه ، أصول الإفلاس ، دار الفكر الجامعي ، مصر، ٢٠٠٩.

٧٤- د. مصطفى مجدي هرجة ، الموسوعة القضائية الجديدة في القضاء المستعجل ، المجلد الإول ، ط١ ، المكتبة القانونية لدار المطبوعات الحديثة ، الإسكندرية ، ٢٠١٢.

٧٥- د. معوض عبد التواب ، الوسيط في قضاء الأمور المستعجلة ، الناشر منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، ١٩٨٧.

٧٦- د. لطيف جبر كوماني ، الشركات التجارية ، مجلد١ ، ط١ ، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية ، بغداد ، ٢٠١٥ .

٧٧- د. موسى فاضل العبودي ، إفلاس المصارف بمخاطر الائتمان ، مطبعة دار الضياء ، للطباعة والتصميم ، النجف ، ٢٠١١ .

٧٨- د. نزيه نعيم شلال ، دعوى الحراسة القضائية (دراسة مقارنة) من خلال اجتهاد المحاكم واراء الفقهاء ، المؤسسة الحديثة ، للكتاب ، طرابلس ، لبنان ، ٢٠٠١ .

٧٩- نشأت الأخرس ، الصلح الواقي من الإفلاس (دراسة مقارنة في القوانين الأردنية و المصرية واللبنانية و التونسية و القانون البريطاني) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الأردن ، عمان ، ٢٠١٨ .

٨٠- د.نوري طالباني ، القانون التجاري العراقي (النظرية العامة) ، ج ١ ، ط١، دار الطبع والنشر الأهلية ، بغداد ، ١٩٧٢.

٨١- هشام جبر، إدارة المصارف ، بدون أسم مطبعة ، مصر، القاهرة ، ٢٠٠٢.

ثالثاً :- الأطاريح والرسائل الجامعية : -

أ- الأطاريح :-

١- أحمد علي يوسف قوقزة ، شهر الإفلاس وأثرها على المدين المفلس ، أطروحة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الإسلامية في لبنان ، كلية الحقوق ، ٢٠٠٨ .

٢- حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي - أم البواقي ، الجزائر ، ٢٠١٩ ، منشورة على الموقع الإلكتروني :

http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/handle/123456789/9157

٣- رفعت فضل الراعي ، الصلح الواقي من الإفلاس في النظام القانوني الإماراتي (دراسة مقارنة) ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى أكاديمية شرطة دبي - كلية الدراسات العليا ، دولة الإمارات العربية المتحدة ، ٢٠١٧، منشورة على الموقع الإلكتروني :

https://scholarworks.uaeu.ac.ae/cgi/viewcontent.cgi?article=1000&context=private_law_dissertations.

٤- عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٥٢ ، منشورة على الموقع الإلكتروني :
http://repository.neelain.edu.sd:8080/xmlui/handle/123456789/11701
٥- علي طابع عبد الغني ، الوسائل القانونية لإعادة هيكلة المصارف ، اطروحة دكتوراه مقدمة الى كلية القانون في جامعة بغداد ، ٢٠١٦.

ب- الرسائل :-

١- اسراء منقذ هاشم ، نظام الإفلاس المصرفي في قانون التجارة العراقي واللبناني (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستيرمقدمة الى كلية الحقوق ، الجامعة الاسلامية في لبنان ، ٢٠١٥.
٢- ديمن يوسف غفور، الخصومة في الدعوى المدنية وإشكاليتها في القانون العراقي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير في القانون ، مقدمة إلى المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية ، جمهورية مصر العربية ، القاهرة ، ٢٠١٨ .
٣-علاء حسين هزاع ، النظام القانوني للإفلاس المصرفي (دراسة مقارنة) ، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون في جامعة ذي قار ، ٢٠٢٠.

رابعاً:- البحوث القانونية :-

١- د.إبراهيم اسماعيل ابراهيم ، حسنين عبد الزهرة ، المسؤولية المدنية للبنك عن العميل المفلس (دراسة مقارنة) ، مجلد ٧ ، العدد ٤ ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، ٢٠١٤.
٢- أسار فخري ، التعثر المالي للمصرف و أساليب المعالجة ، بحث منشور في مجلة الدراسات الاقتصادية الصادرة عن البنك المركزي العراقي العدد (٢) ، ٢٠١٧ .
٣- د أسعد فاضل منديل ، دراسة في محكمة الخدمات المالية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية ، تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ، العدد الأول ، لسنة ٢٠١١.
٤- د.باسل النوايسة ، المسؤولية المدنية للحارس القضائي (دراسة مقارنة بين القانونين الأردني والعراقي) ، بحث منشور في المجلة الأردنية في القانون والعلوم السياسية ، الناشر: جامعة مؤتة عمادة البحث العلمي ، مجلد ٥ ، العدد ١ ، الأردن ، ٢٠١٣ .
٥- د.حمزة فائق وهيب الزبيدي ، محمد هاشم محسن الحسني ، دور السلطات الإشرافية في حماية

النظام المالي- الوصاية أنموذجاً ، المجلد العاشر ، العدد ٣٠ ، الفصل الأول ، بحث منشور في مجلة الدراسات المحاسبية والمالية تصدر عن المعهد العالي للدراسات المالية والمحاسبية ، ٢٠١٥ .

٦ - دعاس محمود ، الحراسة القضائية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، ٢٠٠٧.

٧- د. زكريا يونس أحمد ، الأحكام الجديدة إفلاس المصارف ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق في جامعة تكريت ، مجلد ٧ ، ٢٠١٥ .

٨- د. زينة غانم الصفار ، افلاس المصرف في ضوء القانون رقم (٤٠) لسنة ٢٠٠٣ ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة عن كلية الحقوق في جامعة الموصل ، المجلد٩ ، العدد٣٣ ، ٢٠١٧.

٩- د. عبد العزيز بو خرص ، التوجهات الجديدة في قوانين الإفلاس الحديثة ، بحث منشور في مجلة كلية القانون الكويتية العالمية ، ملحق خاص ، العدد ٤ ، الجزء الأول ، ٢٠٠٩.

١٠- د. محمد جاسم محمد ، الإطار القانوني للمصرف الجسري وأثره في معالجة التعثر المصرفي : دراسة مقارنة بين القانون المصرفي العراقي والأمريكي ، بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، تصدرعن كلية القانون في جامعة ذي قار ، العدد السابع عشر ، ٢٠١٩.

١١- د. محمد جاسم محمد وعلاء حسين هزاع ، دعوى الافلاس المصرفي امام محكمة الخدمات المالية (دراسة تحليلية مقارنة) ، بحث منشور في مجلة أداب ذي قار العلمية تصدر عن كلية القانون في جامعة ذي قار ، العدد ٢٣ ،٢٠٢٠.

١٢- د. هادي حسين الكعبي ، رغد فوزي عبد ، الاختصاص المدني لمحكمة الخدمات المالية ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية تصدر عن كلية القانون في جامعة بابل ،العدد (٢) السنة الحادية عشرة ، ٢٠١٩ .

خامساً :- القوانين :-

أ- القوانين العراقية :-

١- القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل النافذ .

٢- قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (٨٣) لسنة ١٩٦٩النافذ .

٣- قانون التجارة العراقي الملغي رقم (١٤٩) لسنة ١٩٧٠ النافذ.

٤- قانون المعهد القضائي العراقي رقم (٣٣) لسنة ١٩٧٦.

٥- قانون التنظيم القضائي العراقي رقم (١٦٠) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٦- قانون الاثبات العراقي رقم (١٠٧) لسنة ١٩٧٩ المعدل.
٧- قانون الشركات العراقي رقم (٣٦) لسنة ١٩٨٣الملغي .
٨- قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ النافذ.
٩- قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧النافذ المعدل بالأمر رقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤ .
١٠- قانون الشركات العامة المرقم (٢٢) لسنة ١٩٩٧ المعدل.
١١- قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ المعدل النافذ.
١٢ - قانون البنك المركزي رقم (٥٦) لسنة ٢٠٠٤ النافذ.
١٣ - القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية العراقي الصادر بموجب الأمر رقم (٧٤) لسنة ٢٠٠٤ .

ب-القوانين المصرية :-

١- القانون المدني المصري رقم (١٣١) لسنة ١٩٤٨ .
٢- قانون المرافعات المدنية و التجارية المصري رقم (١٣) لسنة ١٩٨٦ المعدل النافذ.
٣- قانون التجارة المصري رقم (١٧) لسنة ١٩٩٩ .
٤- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ .
٥- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري والمعدل بالقانون رقم (١٦٢) لسنة ٢٠٠٤ و بالقانون رقم (٩٣) لسنة ٢٠٠٥.
٦- قانون المحاكم الاقتصادية رقم (١٢٠) لسنة ٢٠٠٨ .
٧- قانون اعادة الهيكلة والصلح الواقي والإفلاس رقم (١١) لسنة ٢٠١٨ .
٨- قانون المركزي المصري والجهاز المصرفي الجديد رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠.

سادساً : - المصادر الأجنبية : -

أ ــ المصادر الأجنبية

1- A. Geniteau , (L'administrateur judiciaire et le nouveau livre VI du Code de commerces), Revue des Procédures Collectives , n°l , mars 2006.

2-Brian A. Blum, op. cit,. See also, https://www.ca9.uscourts.gov/bap/ .

3- Brian A. Blum, Bankruptcy and Debtor/creditor: Examples and Explanations, Aspen Publishers, United States,2006.

4- Craig A. Gargotta, Who Are Bankruptcy Judges and How Did They Become Federal Judges?, THE FEDERAL LAWYER, 2018. See also, https://www.fedbar.org/blog/magazine/april-2018/ .

5- Edward R. Morrison, Is The Bankruptcy Code an Adequate Mechanism for Resolving the Distress of Systemically Important Institutions?, Columbia Law and Economics Working Paper, Volume 82, No. 362, December 2009.

6- Elizabeth Warrant , Bankruptcy policy, The university of Chicago Law Review, Volume 54 Number 3 Summer,1987.

7- Ernesto Aguirre, Legal, Institutional and Regulatory Framework to Deal with Banking Resolution and Insolvency - A Review of the CZECH Case, 2005.

8- F.Macorig-Vinier et C. Saint-Alary-Houin, (La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises), Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier-février 2006.

9- F. Pèrochon , R. Bonhomme , G. Ripert.., R. Roblot ., par. M. Germain , Ph . Delebec - que , Op.cit . , Nº 2830 , 2831 .

10- Heidi Mandanis Schooner , op . cit .

11 - J. Deslandes , C. Dias and M. Magnus , op . cit .

12- j.Issa. – Sayegh. j. cl.civ.1987. n. 161. P. 21. ((de l' utilisation = du se'questre comme un mesure de contrainte destinee a forer l' debiteur d' un abligation de faisasa executer .

13- Josaphe –Issa –Sayegh –J.cl.1997.fasc 10).= Sequestre et Droit In – tellectuels) .n.188.et.s .

14- Louis Edward Leventhal,The Early History of Bankruptcy Law ,University of Pennsylvania Pennsylvania Law Review and AAmerican Law Register, vol 66, no 5/6,1981.

15- Marie Bordonneau.((Le se'questre de valeurs mobili'eres)) Dorit et Partique .civil. janv 2001 .

16- Max Radin, The Nature of Bankruptcy, University of Pennsylvania Law Review,Vol 89 November,1940,No.1 .

17- Patrick A.Murphy , Representing the Secured Chaper 11 Code Case ,ractising Law Instite,1992 .

18- PETER P,SWIREts , Bank Insolvency Law Now Thar It Matters Again, Duke Law Journa ,Vol.42,1992 NUMBER3.

19- Philippe Belloir".Le 'sequestre"pet.aff.op.cit.n.3.p .4 K Alice Engal Creach – ((les contrats jurdiciarement form'es)). Ed economieA 2002 .n.124.

20- Philippe Delebecque et Francois Collart ." contrats civils et comm ".op. cit .n. 815,Claude Brenner . the'.op cit .n.242.p.172,Aubijoux Imard .((Droit des contrats)). Pet . aff -2001 .6.julot 2001.n.2..

21- Rose , Peter– Commercial Bank Management –McGraw –Hill – Irwin-2002.

22 - Sophie Stankiewicz Murphy , Thé préc .

23- Sophie Stankiewicz Murphy ,op cit .

24- Tobias M.C. Asser , Legal Aspects of Regulatory Treatment of Banks in Distress , International Monetary Fund , 2001.

ب - القوانين الأجنبية : -

١-القوانين الفرنسية

أ- قانون التجارة الفرنسي رقم (٧٧-٤) في ٣ يناير ١٩٧٧ المعدل بالقانون رقم (٦١٩) لسنة ٢٠١٣.

ب- قانون البنوك الفرنسي رقم (٨٤-٤٦) لسنة ١٩٨٤ .

ت- قانون المرافعات الفرنسي (١٢٣) لسنة ١٩٧٥ .

ث- قانون بادنتر الصادر عام ١٩٨٥ :

Article premier de la loi de 1985, dite loi Badinter.

ج - قانون الشركات الفرنسي لسنة ١٩٨٥ .

ح- قانون النقد والمال الفرنسي الصادر في ٤ / أب / ٢٠٠٣ .

خ- القانون المدني الفرنسي بالعربية ، مطبعة دالوز ، الثامنة بعد المئة ، ٢٠٠٩.

٢- القوانين الامريكية : -

أ- قانون البنوك العام الامريكي (U.S. Code Title 12-BANKS AND BANKING) لسنة ١٩٢٥.

ب- قانون تامين الودائع الفيدرالية (Federal Deposit Insurance Act FDI Act) - (12 U.S.C. 1813) لسنة ١٩٣٣.

ج قانون الافلاس العام الأمريكي (U.S. Code 11- Bankruptcy) لسنة ١٩٧٩ .

Abstract

The banking sector has witnessed a remarkable development during the past years, and the development included the legal and administrative sector in terms of banking activities and getting rid of the obstacles that stood in the way of the activities of banks, as modern mechanisms for banking work were created in the face of intense competition between local, regional and international banks, which are the private legal systems Bankruptcy and receivership.

Despite the development and modernity, there are risks surrounding the banking business, as banks have suffered from financial risks and stumbles as a result of the daily banking activity, and it is now necessary for the banks to realize these risks resulting from poor management and management and find solutions to them, and these banks may reach a state of inability to address these risks. Financial problems to repel those risks, which will have negative effects on the national economy, as the legislator was able to realize the danger of banking work amid the developments of the global economy, so it required the addition of new legal texts to define new procedures for banking to address the financial problems faced by banks when they fail to fulfill and stop supporting Its banking activities, and these procedures include imposing the guardianship system and the receivership system that the legislator mentioned to address the issue of bank bankruptcy and which has a role in treating this case, and it is a step to ensure the debtor's fulfillment of his debts within the due date by tying the hand of the bankrupt debtor bank and to prevent damage to creditor customers, as the Issuing a judicial receivership decision on the bank is to liquidate the bank's assets, end the bank's legal personality and guarantee the rights of creditors,

and this is through ,the appointment of a person entrusted with this task who is the judicial receiver, through the tasks and powers assigned to him by the court to complete the purpose of the receivership, which is a dual purpose represented in collecting the largest possible value from the bank's revenues on the one hand and paying the largest value of the debts owed by the bank From those proceeds, and completing the liquidation of the bank with the least possible loss for both parties, the bank and its creditors, which we have clarified in three chapters in which we touched on the nature of judicial receivership over banks and the procedures for imposing it and finally the legal provisions that result from that.

Republic of Iraq
Ministry of Higher Education
and Scientific Research
University of Babylon / College of Law

The Legal System For Judicial Custody Of Banks
-A Comparative Study-

A Thesis Submitted

To the Council of the College of the College of Law / Babylon University in Partial Fulfillment of the Requirement for Degree of a Master in Law / Private Law

By

(Nahla Ghazi Mohammed Salman)

Supervision

Prof.D.r. Dikra Mohammed Hussien Al- Yassin

Professor of Private Law

2021 A.D **1443 A.H**