بحوث مستقبلية (25، 26)
ص ص [127-218]
2009

وديعــة الأوراق الماليـــة
(دراسة قانونية مقارنة تتضمن في ثناياها دعوة المشرع العراقي إلى إعادة النص على أحكام وديعة الأوراق المالية الملغاة)

د. نــدى زهيــر الفيــل[1]

الملخص

يتناول هذا البحث احدى أهم العمليات المصرفية المهمة التي ترد على الأوراق المالية كالأسهم والسندات، آلا وهي عملية وديعة الأوراق المالية (وديعة الصكوك) التي عرفت بمزاياها العديدة التي تحققها بالنسبة للمصرف والعميل المودع. وكان الهدف الأساسي من اختيار هذا الموضوع ليكون محلاً للدراسة والبحث هو حثّ المشرع العراقي على اعادة النص والعمل بالأحكام القانونية المتعلقة بهذه العملية المصرفية وذلك بسبب التغيرات والتطورات التي شهدتها بيئة المال والاستثمار في العراق منذ عقد التسعينيات من القرن الماضي؛ والتي تمثلت بصدور قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997، فضلا عن إنشاء سوق العراق للاوراق المالية. فقد شكلت هذه التغيرات والتطورات عوامل فعلية شجعت افراد المجتمع على التعامل بالاوراق المالية وتوجيه مدخراتهم واستثماراتهم نحوها. وحيث ان النسبة الغالبة من هؤلاء الافراد تجهل الكيفية التي تدار بمقتضاها الاوراق المالية، لذلك كان لابد لها من اللجوء الى الاجهزة المصرفية التي تمتلك الخبرة الفنية في ادارة محافظ الاوراق المالية، وهذه الاجهزة لاتستطيع القيام بادارة هذه المحافظ إلا من خلال إبرام عقد وديعة الاوراق المالية الذي يشكّل الاطار القانوني لهذه العملية.

Abstract

The current study tackles one of the most important bank operations related to shares and securities which is the financial operation deposit which has offer real several advantages to the bank and the client. The main purpose of this subject is to urge the Iraqi legislator to reconsider the text and act according to the legal rules relevant to this bank operation due to the developments and changes that the Iraqi financial and investment environment witnessed since the nineties decades of the last century represented by the companies law No. 21 for the year 1997 as well as the establishment of the Iraqi Market for bills. All these changes and developments constituted actual elements which encouraged the individuals to deal with the financial bills directing their savings and investments towards this kind of operation. As the overwhelming majority of these individuals are ignorant of how these bills are managed, they had to resort to the banks which have the technical experience in managing the portfolio

(1) مدرس، كلية الحقوق، جامعة الموصل.

تاريخ الاستـــلام:
2009/04/26

and these banks can not manage these portfolios unless they hold contracts of the financial bills which constitute the legal framework of this operation.

المقدمة:

وديعة الأوراق المالية (وديعة الصكوك) عملية مصرفية ترد على الأوراق المالية كأسهم الشركات وسندات القرض، وعلى اية سندات اخرى منتجة لفوائد وارباح، وهي عملية منتشرة اليوم في المجتمعات الحديثة لمزاياها العديدة بالنسبة للمصرف والعميل المودع على السواء؛ فالمصرف تتحقق له مزايا مؤكدة من هذه العملية تتمثل في حصوله على العمولات المستحقة عن حفظ الأوراق المودعة لديه من قبل العميل واذا كان صحيحا ان هذه العمولات غير مجزية في حد ذاتها للمصارف، إلا ان الأخيرة ترى في قبول هذه الودائع ارباحا طائلة؛ اذ يلجأ اليها العملاء لخصم الأوراق التجارية والاقتراض وفتح الاعتمادات واصدار خطابات الضمان، فضلا عن ان المصارف تستفيد من وجود أوراق العميل تحت يدها، فما دامت الأوراق في حيازتها أمكنها بالاتفاق مع العميل على ترتيب رهن عليها لضمان العمليات الائتمانية التي تقع بينهما، كما يكون لها الحق في حبس هذه الأوراق لاستيفاء حقوقها من العميل. اما من جانب العميل، فتوفر له هذه العملية الامان الذي يريد تحقيقه بشأن أوراقه المالية ذات القيمة والمنافع الاقتصادية التي يخشى عليها من الضياع والسرقة والتلف الأمر الذي يدفعه للجوء إلى المصارف لإيداعها لديهم، وتبرز هذه المزية بالذات في حالة ما اذا كان العميل يمتلك اسهما لحاملها التي يمكن ان تتعرض بشكل أكبر لمخاطر الضياع والسرقة.

اسباب اختيار موضوع البحث

قد يكون من اسباب اختيار هذه العملية المصرفية لتكون موضوع البحث والدراسة انها كبقية العمليات المصرفية الاخرى لم تحظَ بالقدر الذي تستحقه من بحث وتحليل ودراسة القانونيين العرب عموما والقانونيين العراقيين بشكل خاص، فأغلب ما كتب عن هذه العملية المصرفية تناول الجوانب المحاسبية والمالية والإدارية فحسب، اما من الوجهة القانونية فقلما نجد له اهتماماً، إلا ان الدوافع الحقيقية وراء اختيار هذا الموضوع تتلخص بما يأتي:

- إننا اردنا من هذه الدراسة ان تعكس دعوة صادقة نتوجه بها إلى المشرع العراقي لإعادة النص على أحكام هذه العملية المصرفية التي كان لها تنظيم تشريعي ضمن الباب الثالث الخاص بالعمليات المصرفية في قانون التجارة العراقي الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970، فقد خصص الفصل الثاني لاحكام هذه العملية (المواد 344–350) وقد جاء في المذكرة التفسيرية لهذا القانون بصدد هذه العملية (...وهي بدورها من العمليات الذائعة لان ادارة المحافظ المالية تحتاج إلى دراية ومتابعة لا تتهيأن لكثير من الافراد فيستعينون بالمصارف لحفظ أوراقهم وقبض أرباحها أو فوائدها أو قيمتها أو استعمال الحقوق

المتصلة بها...) إلا أنه وبموجب المادة/331 –أولا– من قانون التجارة العراقي النافذ ذي الرقم30 لسنة 1984 تم الغاء قانون التجارة ذي الذي الرقم 149 لسنة1970 وتعديلاته باستثناء الباب الخامس منه المتضمن احكام الافلاس والصلح الواقي منه لحين تنظيم احكام الإعسار بقانون، ومما يلاحظ على موقف المشرع العراقي في هذا القانون –قانون التجارة ذي الرقم30 لسنة 1984– أيضاً انه قام بإعادة تنظيم عدد من العمليات المصرفية التي كانت منظمة ضمن قانون التجارة المذي الرقم 149 لسنة1970 الملغي كعملية وديعة النقود وإجارة الخزائن والنقل المصرفي والخصم وخطاب الضمان..الخ، ولم يكن من بين هذه العمليات عملية وديعة الأوراق المالية موضوع البحث، فما الذي حدا بالمشرع العراقي إلى عدم اعادة النص على أحكامها مجددا في قانون التجارة الحالي؟ اذا كان السبب هو رغبة المشرع في تحقيق الهدف الذي اراده قانون اصلاح النظام القانوني ذي الرقم 35 لسنة 1977 آنذاك -الذي بُني قانون التجارة النافذ ذي الرقم30 لسنة 1984 على اسسه– بخصوص العمليات المصرفية ومضمونه (وضع القواعد المنظمة للعمليات المصرفية والأوراق التجارية بما ينسجم مع متطلبات التحول الاشتراكي – وتنفيذ خطط التنمية القومية...)، وكذلك ما جاء في المادة الأولى، من قانون الشركات ذي الرقم 36 لسنة 1983 الملغي من انه (يهدف هذا القانون إلى تنظيم الشركات وتطوير نشاطاتها على وفق مقتضيات خطط التنمية القومية ومستلزمات مرحلة البناء الاشتراكي) فإن اهمية هذا السبب قد زالت الان بعد ما شهدته بيئة المال من الاستثمار في العراق من تطورات مهمة منذ عقد التسعينيات من القرن الماضي تمثلت بصدور قانون الشركات ذي الرقم 21 لسنة 1997 الذي يهدف إلى (منح القطاعين المختلط والخاص فرصة أفضل للقيام بدور اكثر فاعلية في عملية التنمية وتطوير النشاط الاقتصادي ضمن الاطار العام لخطط الدولة ولمعالجة الحالات التي أظهرتها تطبيقات قانون الشركات ذي الرقم 36 لسنة 1983 ولغرض تنظيم شركات الاستثمار المالي بأحكام خاصة...) والذي ادى حقيقة إلى تفعيل دور الشركات المساهمة والمختلطة واستحداث شركات الاستثمار المالي في المادة التاسعة منه والتي تقوم بتوجيه المدخرات نحو التوظيف والاستثمار في الأوراق المالية العراقية من اسهم وسندات وحوالات خزينة وفي ودائع ثابتة، فضلا عن إنشاء سوق بغداد للأوراق المالية[*] بموجب القانون ذي الرقم 24 لسنة 1991 الذي يهدف إلى مراقبة تداول الأوراق المالية والتعامل بها بما يكفل سلامة وصحة هذا التعامل وسهولته وسرعته ودقته لحماية الاقتصاد الوطني ومصلحة المتعاملين فضلا عن تنظيم الوساطة في التعامل بالأوراق المالية وتحديد حقوق الأطراف المعنية والتزاماتها والسبل الكفيلة بحماية مصالحها

(*) من الجدير بالذكر ان (أمر سلطة الائتلاف المؤقت 19 نيسان 2004 / 74) قد قرر في القسم/2 (النظام والاهداف) أنه 1- تقوم سوق بغداد للأوراق المالية بالتوقف عن عملياتها ويتم استحداث سوق أوراق مالية جديدة بموجب هذا القانون باسم سوق العراق للأوراق المالية ...).

المشروعة وتنمية الادخار وتطوير الوعي الاستثماري عن طريق تشجيعه الاستثمار في الأوراق المالية وتوجيه المدخرات لخدمة الاقتصاد الوطني.

وكذلك ما قرره المشرع العراقي في المادة/11-ف ثانيا من قانون الاستثمار ذي الرقم 13 لسنة 2000 من انه (يحق للمستثمر الاجنبي أ- التداول في سوق العراق للأوراق المالية بالاسهم والسندات المدرجة فيه. ب- تكوين المحافظ الاستثمارية في الاسهم والسندات).

ان ماتقدم يشكل عوامل فعلية ساعدت وشجعت أفراد المجتمع تجاراً كانوا أو غير تجار على التعامل بالأوراق المالية وتوجيه مدخراتهم واستثمارهم اموالهم في هذا الشأن وحيث ان النسبة الغالبة من هؤلاء المتعاملين بالأوراق المالية تجهل الكيفية التي تدار بمقتضاها الأوراق المالية هذه الادارة التي تحتاج إلى خبرة ومعرفة فنية قد لاتتوافر الا لدى الاجهزة المصرفية التي تستخدم الاساليب الفنية والتقنية الحديثة والتي تمتلك خبرة وكفاءة واسعة في تقديم الخدمات المصرفية لعملائها عموماً وادارة محافظ الأوراق المالية بشكل خاص(*)، وحيث ان هذه الاجهزة لاتستطيع ان تقوم بإدارة هذه المحافظ الا من خلال ابرام عقد وديعة الأوراق المالية لذا فإن اهمية هذا العقد تبدو واضحة من خلال انه يشكل الاطار القانوني لعملية ادارة المحافظ الخاصة بالعملاء واحساساً منا أن المصارف العراقية ستحتاج بالفعل إلى عقد وديعة الأوراق المالية في عملها المصرفي بسبب الظروف والمستجدات التي ذكرناها لذا فقد توجهت الرغبة نحو دراسة هذه العملية المصرفية والتفصيل في احكامها القانونية.

نطاق البحث

على الرغم من ان لدراسة وديعة الأوراق المالية وجهات متعددة محاسبية، مالية، ادارية، وقانونية، الا اننا سنحدد نطاق هذا البحث بالوجهة القانونية، فقط من من دون الوجهات الاخرى مع الاخذ بنظر الاعتبار أن هناك العديد من المصطلحات المحاسبية أو المالية التي لايمكن تجاوزها أو الاستغناء عنها خلال مسيرة البحث لذلك فقد آثرنا ايراد تعريف موجز لها على سبيل التوضيح لا أكثر.

صعوبات البحث

من الصعوبات التي تواجه أي باحث في مجال العمليات المصرفية هي ندرة المصادر العربية والاجنبية الحديثة التي تنصب على دراسة العمليات المصرفية، وان العدد

(*) احتل موضوع المحفظة ونظرية المحفظة اهتماماً معرفيا بالفكر المالي المعاصر وشغل حيزاً كبيرا بين المعنين في شؤون المال والاستثمار منذ الخمسينيات من القرن الماضي وسبب هذا الاهتمام يعود إلى كون موضوع المحفظة ونظرية المحفظة تعالج مظاهر مختلفة مثل المخاطرة، درجة التنويع، تأثير السوق، العلاقات التبادلية بين الأوراق المالية، مواقف المستثمرين، اتجاه المبادلة بين العائد والمخاطرة بطريقة تمكنهم من اختيار التركيبة المناسبة للمحفظة المثلى والمحافظ الكفوءة البديلة....انظر في تفصيل ذلك: (الجنابي، 2001، 23).

المحدود الذي يتهيأ للباحث من هذه المصادر لم يتناول الاحكام القانونية لهذه العملية المصرفية الا في اسطر قليلة ومن دون تعمق في التفصيلات التي تغطي تلك العملية من الجوانب جميعها ناهيك عن التكرار في اسلوب طرح الافكار القانونية المتعلقة بها من قبل اغلب الباحثين.

منهجية البحث

اعتمد البحث على اسلوب الدراسة التشريعية الفقهية المقارنة بين القانون العراقي والقانون المصري والقانون الأردني فقط مع الاشارة إلى القانون التونسي في بعض المواضيع، ولم يتناول البحث المنهج التطبيقي العملي لوديعة الأوراق المالية بسبب توقف العمل المصرفي العراقي في هذا المجال منذ ان تم في عام 1984 الغاء قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1979 الذي كان ينظم هذه العملية المصرفية، سوى ماسيتم عرضه بشأن الاسعار التي كان العرف المصرفي يحددها في الجداول الخاصة باسعار العمليات المصرفية.

هيكلية البحث

تم تقسيم هذا البحث إلى مبحثين فقط، المبحث الأول ويفصل فيه المفهوم القانوني لوديعة الأوراق المالية كعملية مصرفية وقد قسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول ونبين فيه تعريف وديعة الأوراق المالية والمطلب الثاني وخصص لتمييز وديعة الأوراق المالية من العمليات المصرفية المشابهة لها وقد قسم هذا المطلب إلى مقاصد ثلاثة، الأول وتم من خلاله تمييز هذه العملية عن وديعة النقود والمقصد الثاني وحدد فيه تمييزها عن اجارّه الخزائن، وتم التمييز بين العملية محل البحث وعملية رهن الأوراق المالية في المقصد الثالث، وتضمن المطلب الثالث بيان التكييف القانوني لعملية الأوراق المالية. اما المبحث الثاني فقد خصص لعقد وديعة الأوراق المالية وقسم بدوره إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول وبحث فيه خصائص هذا العقد، والمطلب الثاني، وأفرد لانشائه، اما الثالث والأخير فقد خصص للاثار القانونية التي يرتبها عقد وديعة الأوراق المالية، ثم ختم هذا البحث بخاتمة تضمنت نتائج وتوصيات.

المبحث الأول

المفهوم القانوني لوديعة الأوراق المالية (وديعة الصكوك)

على الرغم من ان وديعة الأوراق المالية أو وديعة الصكوك تعد من العمليات المصرفية المسماة لدى أغلب التشريعات العربية التي اهتمت بوضع نصوص تشريعية تبين الجوانب والآثار القانونية المتعلقة بهذه العملية إلا ان الملاحظ ان هذه التشريعات لم تقدم تعريفا محدداً لها، الأمر الذي دفع الفقه إلى تقديم تعاريف لهذه العملية من اجل سد النقص التشريعي الحاصل في هذا الصدد، كما أن هذه العملية كونها تبنى على الإيداع فقد تميزت بوجوهٍ عديدة من عمليات أخرى بُنيت على الأساس نفسه؛ آلا وهو الإيداع مثل عملية وديعة

النقود وإجارة الخزائن وتلتقي أيضاً مع عملية أخرى مشابهة لها من حيث ورودها على أوراق مالية إلا أنها تتميز منها بأمور عديدة، وهي عملية رهن الأوراق المالية.

وعملية وديعة الأوراق المالية شأنها في ذلك شأن كل العمليات المصرفية تعرضت إلى الاختلاف في تكييفها القانوني، لذلك كله حاولنا ان نقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، المطلب الأول ونتناول فيه تعريف وديعة الأوراق المالية أو وديعة الصكوك، والثاني ونتناول فيه تمييز هذه العملية من كل من وديعة النقود وإجارة الخزائن ورهن الأوراق المالية وفي مقاصد ثلاثة، اما المطلب الثالث والأخير فسوف نتناول فيه التكييف القانوني والاختلافات التي طرحت في هذا الشأن وصولا إلى التكييف المناسب لها قانوناً.

المطلب الأول

تعريف وديعة الأوراق المالية أو وديعة الصكوك

يتبين لنا من استقراء التشريعات العربية التي تم اختيارها لتكون موضوع المقارنة في هذا المبحث، انها لم تقدم تعريفا تشريعيا – كما ذكرنا – لهذه العملية، والأمر يكون طبيعياً جدا اذا قلنا أن مسألة تقديم تعاريف للأنظمة القانونية التي نظمها المشرع لا تعد من مهامه، وانما لابد من تركها إلى الفقه لكي يتم هذا التعريف في ضوء حاجات المجتمع وظروفه وأوضاعه ومن اجل ان لا يُسبغ عليه نوع من الجمود لكن الملاحظ ان هذه التشريعات قد تصدت في الوقت ذاته إلى وضع تعاريف لاغلب العمليات المصرفية ان لم نقل جميعها، فالمشرع المصري في قانون التجارة الجديد ذي الرقم 17 لسنة 1999 يعرف كل من وديعة النقود في المادة/301، وتأجير الخزائن في م/ 316 والنقل المصرفي في المادة/355، والاعتماد المستندي في م/ 341 وخطاب الضمان في المادة/ 355، والاعتماد المستندي في م/ 338 والحساب الجاري في م/ 361، والخصم في م/ 351، وكذلك الحال في قانون التجارة العراقي الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970، فقد قدم المشرع العراقي تعاريف أيضاً للعديد من العمليات المصرفية التي نظمها في هذا القانون كوديعة النقود في م/ 336، وإجارة الخزائن في م/ 351، والنقل المصرفي في م/ 368، والاعتماد المستندي في م/ 381 أو الاعتماد غير المستندي في م/ 378 والخصم في م/391، وخطاب الضمان في م/ 395 والحساب الجاري في م/ 401، اما التشريع الأردني فلا يلام على موقفه في هذا الشأن لانه لم يُفصل في احكام العمليات المصرفية باستثناء الحساب الجاري الذي قدم له تعريفا في م/ 106 من قانون التجارة الأردني ذي الرقم 12 لسنة 1966 بل انه اقتصر على معالجة هذه العمليات بصورة مقتضبة في المواد الثمانية من الباب المعنون (الحساب الجاري).

ان عدم تقديم تعريف لوديعة الأوراق المالية في التشريعين المصري والأردني على الرغم من تنظيم احكامها القانونية يعد قصوراً تشريعيا لابد من تلافيه، اما بالنسبة للمشرع العراقي فنقترح – اذا ما أعاد النص على أحكام هذه الوديعة من جديد ان يصغ تعريفا محدداً لهذه العملية المصرفية وعلى وفق الصيغة الاتية: (عقد وديعة الأوراق المالية عقد يخول

المصرف بموجبه حفظ الأوراق المالية لديه من قبل العميل وأدارتها وردها بذاتها مقابل أجرة يتقاضاها المصرف من هذا العميل).

اما الفقه فقد تقدم بعدة تعريفات لهذه العملية تشابهت في المعنى واتفقت في الغاية كما سنلاحظ، اذ ذهب جانب من الفقه المصري إلى ان وديعة الأوراق المالية أو وديعة الصكوك (عقد بمقتضاه يودع العميل صكوكه لدى البنك الذي يلتزم بحفظها وردها بذاتها في مقابل اجر يتقاضاه من العميل) (المصري، 1987: 21).

وجانب آخر عرفها بأنها (العقد الذي يلتزم بمقتضاه البنك بحفظ الأوراق المالية، أو الصكوك التي يتسلمها من المودع وبإدارتها لمصلحته في مقابل اجر على ان يقوم بردها عينا عند الطلب على وفق الشروط المتفق عليها) (فهيم، من دون سنة طبع: 264).

في حين يذهب جانب من الفقه اللبناني إلى القول أن وديعة الصكوك (عقد متبادل بمقتضاه يستلم المصرف من المودع صكوكاً مالية ويلتزم بحفظها، وبتحصيل الحقوق المتعلقة بها، وبردها مقابل اجرة تحدد اتفاقا أو عرفاً) (ناصيف، 1983: 399).

وأخيرا يذهب جانب من الفقه الأردني إلى القول أن وديعة الأوراق المالية هو ذلك العقد الذي بموجبه يستودع مصرف أوراقا مالية للمحافظة عليها وادارتها لقاء أجر(*) (ياملكي، 2001: 313).

يتضح من التعاريف المتقدمة انها متفقة في الأمور الآتية:

1- الصفة العقدية لوديعة الأوراق المالية.
2- ان طرفي هذا العقد هما كل من المصرف المودع لديه والعميل المودع.
3- ان حجر الأساس في هذه العملية هو الإيداع.
4- ان هذا العقد يرد بالضرورة على أوراق مالية اسهم وسندات قرض أو كما يسميها المشرع المصري بالصكوك – وسيتم مناقشة هذا الأمر لاحقا بشيء من التفصيل.
5- وحيث ان وديعة الأوراق المالية تعد من العمليات المصرفية التي تزاولها المصارف بصيغة المشروع التجاري وعلى وجه الاحتراف لذلك كان لابد ان تقترن بالأجر المتفق عليه والا فأنها تعد وديعة عادية تخضع لاحكام القانون المدني.
6- يلتزم المصرف بالتزامات اساسية هي حفظ الأوراق المالية المودعة لديه وردها عندما يطلب المودع ذلك أو عند انتهاء العقد، وكما يمكن ان يلتزم المصرف بالتزامات اخرى تبعية تلقي على عاتقه القيام بإدارة هذه الأوراق المالية وتحصيل الحقوق المتعلقة بها لمصلحة المودع – وسوف نقوم بتفصيل ذلك في المبحث الثاني من هذا المبحث.

المطلب الثاني

تمييز وديعة الاوراق المالية من الودائع والعمليات المصرفية الاخرى المشابهة لها

(*) من الجدير بالملاحظة ان الدكتور اكرم ياملكي قد استند في تعريفه هذا إلى ان وديعة الأوراق المالية لاتعدُ عن كونها نوعا من انواع عقد الإيداع الذي عرفته ف/1- م/ 868 مدني اردني وهذا ماترجمته ف/1- م/ 116 من قانون التجارة الأردني ذي الرقم 12 لسنة 1966.

من المعلوم ان الودائع التي تقوم بها المصارف متنوعة ومتعددة وأهمها الوديعة النقدية والايداع في الخزائن الحديدية ووديعة الاوراق المالية (وديعة الصكوك) محل دراستنا، ويطلق على هذه الودائع تسمية الودائع المصرفية؛ لان المصرف هو الطرف الاصلي فيها الا ان ذلك لايعني عدم وجود اختلاف بين هذه الانواع الثلاث من الودائع، فثمة فروقٍ جوهرية تظهر واضحة وجليّة بين وديعة الاوراق المالية والودائع الاخرى، كذلك قد تتشابه وديعة الاوراق المالية كعملية مصرفية مع عمليات مصرفية اخرى ترد على اوراق مالية أيضاً تلجأ اليها المصارف لضمان حقوقها قبل المتعاملين معها مثل رهن الاوراق المالية وغيرها من الصكوك التجارية وهذا التشابه بين هاتين العمليتين يتأتى من كون كلتا العمليتين تنصبّان على أوراق مالية. هذا ومن اجل الوصول الى التمييز الدقيق في هذا المجال فأننا سنعمد الى اظهار وديعة الاوراق المالية كوديعة مصرفية وكعملية مصرفية متميزة لنقارن بها الودائع والعمليات المصرفية التي تقدم ذكرها وذلك في مقصدين؛ المقصد الاول ونتناول فيه تمييز وديعة الاوراق المالية (وديعة الصكوك) من الودائع المصرفية والمقصد الثاني ونناقش فيه تمييز وديعة الاوراق المالية من رهن الاوراق المالية وعلى التوالي:

المقصد الاول

تمييز وديعة الاوراق المالية (وديعة الصكوك) من الودائع المصرفية الأخرى

نحاول في هذا المقصد ان نعقد مقارنة بين وديعة الاوراق المالية والودائع المصرفية الاخرى في فقرتين؛ الفقرة الأولى ويخصص لتمييز وديعة الاوراق المالية من الوديعة النقدية والثانية نبين فيها التمييز بين وديعة الاوراق المالية وإجارة الخزائن.

أولاً: تمييز وديعة الاوراق المالية من الوديعة النقدية(*)

يعرف المشرع العراقي وديعة النقود في م/239 من قانون التجارة النافذ بأنها (عقد يخول بمقتضاه المصرف تملك النقود المودعة لديه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه المهني مع التزامه برد مثلها للمودع) وكذلك المشرع المصري يعرف ايضا هذه الوديعة في م/ 301 من قانون التجارة الجديد بأنها (عقد يخول البنك ملكية النقود المودّعة لديه والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها للمودع طبقاً لشروط العقد) ويعرفها جانب من الفقه المصري بأنها (عقد بمقتضاه يسلم العميل مبلغاً نقدياً الى البنك الذي يلتزم برد هذا المبلغ بمجرد الطلب او عند حلول الاجل المتفق عليه) (المصري، 1987: 8).

(*) اطلقت تسميات عديدة على الوديعة النقدية فالمشرع العراقي في التشريعين النافذ حاليا والملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970 وكذلك المشرع المصري في قانون التجارة الجديد ذي الرقم 17 لسنة 1999 يطلقان عليها (وديعة النقود) اما المشرع الاردني فلم يحدد تسمية معينة وذلك لان العمليات المصرفية عموماً ماعدا الحساب الجاري لم تحظ في قانون التجارة الاردني ذي الرقم 12 لسنة 1966 باهتمام يذكر فهو قد ذكر لكل عملية مصرفية مادة قانونية واحدة ولم يخصص لها تسمية كما هو الحال في التشريعين العراقي والمصري، وقد اطلق جانب من الفقه المصري تسمية الايداع النقدي المصرفي...انظر: (عبيد، 1983: 461).

وعلى الرغم من ان الوديعة النقدية قريبة الشبه بوديعة الاوراق المالية من ناحية أن كلتاهما تمثلان نشاطاً يقوم به المصرف حصراً بصفته مودعا لديه بمعنى آخر ان الطرف الاصلي في كلتا العمليتين هو المصرف هذا من جهة ومن جهة اخرى فإن العمليتين تقتربان من بعضهما البعض من ناحية اشتمالهما على معنى الوديعة الذي يقتضي قيام شخص بتسليم منقول لشخص اخر ليتعهد بحفظه كما يحفظ اموال نفسه ويرده بعينه عند الطلب وقد تكون بعوض اذا أتفق على أجره يدفعها المودع الى الوديع وليست هذه الوديعة من عقود التراضي التي تنعقد بأيجاب وبقبولٍ للمتعاقدين بل يشترط لصحة انعقادها تسليم الوديعة (صالح بك، من دون سنة طبع: 157).

اذن الايداع يعد الاساس الذي بُني عليه كل من عملية وديعة النقود ووديعة الاوراق المالية (وديعة الصكوك) وأخيرا فإن وديعة النقود تتحد مع وديعة الأوراق المالية من حيث وحدة الغاية التي تدفع العملاء الى اللجوء اليهما وهي تجنب المخاطر التي يتعرضون لها بسبب تعرض النقود في وديعة النقود – او الصكوك والاوراق المالية في وديعة الاوراق المالية الى الضياع والسرقة والتلف (القليوبي، 1986: 33).

إلا أن هناك ثمة فروق بين العمليتين تتلخص بالآتي:

- الايداع في وديعة النقود يرد على النقود(*)، اذ يعد المبلغ النقدي هو محل العقد ويقصد بالمبلغ النقدي هنا المبلغ الذي يقوم المودِّع بأيداعه لدى المصرف، بحيث لو ان الوديعة لم تكن مبلغاً من النقود لانكون بصدد ايداع نقدي ويتم الايداع بالعملة الوطنية او العملة الاجنبية او بالأثنين معا ويشترط ان يكون المبلغ المودّع محدداً تحديداً نافيا للجهالة ويتم هذا التحديد عند الايداع بالأجراءات المصرفية المتعارف عليها كتسليم ايصال من المصرف الى العميل المودع يثبت به واقعة استلامه للمبلغ وتاريخ التسليم ومقدار المبلغ مذكوراً بالارقام الحسابية (عبيد، 1983: 465). اما الايداع في وديعة الاوراق المالية فأنه يرد على اوراق مالية كالاسهم والسندات وسيتم توضيح هذا المحل الذي ترد عليه هذه الوديعة لاحقا في انشاء الوديعة في المبحث الثاني من هذا البحث.
- الأثر المهم الذي يترتب على انعقاد عقد الوديعة النقدية هو انتقال ملكية النقود المودعة إلى المصرف فيجوز له ان يتصرف فيها وان يستخدمها في عملياته المختلفة ما لم تكن الوديعة مخصصة لغرض معين او ما لم يلتزم المصرف بردها بذاتها للعميل، فالأصل

(*) النقود مصطلح شائع الاستعمال في ميدان قانون التجارة بالرغم من ان هذا الاخير لم يورد تعريفا لها كما لم يرد تعريف للنقود في قانون البنك المركزي ذي الرقم 64 لسنة 1976 المعدّل وانما يعالج هذا الاخير تعريف العملة واحكامها، فقضي في (المادة/ 35-ف/ 1) بأن وحدة العملة في الجمهورية العراقية هي الدينار العراقي ويتألف من ألف جزء متساوٍ كل جزء منه (فلس)، انظر في تفصيل ذلك: (الشماع، من دون سنة طبع: 19).

ان المصرف لا يعد مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة إذا تصرف في النقود المودعة ولا يلتزم بالمحافظة عليها بذاتها او بمقدار معادل لها (المصري، 1987: 17).
بينما لاتنقل الى المصرف في وديعة الاوراق المالية ملكية الاسهم والسندات التي قام بإيداعها العميل بموجب العقد، لذلك لايجوز لهذا المصرف ان يبيعها او يرهنها او ان يجري أي تصرف آخر بشأنها الا بأذن من المودع بل ان مهمته هي المحافظة على هذه الاسهم والسندات من الناحية المادية وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد (ناصيف، 1983: 402) و (القليوبي، 1986: 37).

- لايلتزم المصرف في عقد الوديعة النقدية برد الوديعة بذاتها بل يلتزم برد مقدار مساوٍ لها من دون أي تأثير لارتفاع او انخفاض قيمة النقود في اليوم المعين للرد، وهذا تطبيق للقاعدة العامة في القانون المدني التي تلزم برد النقود محل الالتزام بقدر عددها من دون ان يكون لارتفاع قيمة النقود او انخفاضها وقت الوفاء أي اثر (عبيد، 1983: 476).

اما في وديعة الاوراق المالية فإن المصرف يلتزم عند انتهاء الوديعة برد الاوراق المالية (الصكوك) المودعة عيناً أي ان الالتزام بالرد ينصب على الصكوك والاوراق ذاتها، فلا يقبل من المصرف المودع لديه ان يرد للعميل ما يماثل الصكوك المودعة لان ذلك يعد وفاء بمقابل في حين أن مقتضى التزامه هو رد هذه الصكوك بعينها (فهيم، من دون سنة طبع: 269) و (المصري، 1987: 26-27). وسنقوم بإيراد احكام هذا الالتزام بشكل مفصل لاحقا عند مناقشة التزامات المصرف.

ولذلك توصف الوديعة النقدية بأنها وديعة ناقصة اذ تنقل ملكية النقود الى المصرف ويرد مثلها، اما وديعة الاوراق المالية فوديعة كاملة اذ تحتفظ بذاتيتها عند المصرف المودع لديه ولا تنتقل ملكيتها اليه فلا يجوز له التصرف بها ويجب عليه ردها عينا بذاتها وبالارقام نفسها الى المودع (السنهوري، 1964: 719).

- لايتقاضى المصرف في الوديعة النقدية مقابلاً من المودِّع، بل بالعكس قد يقوم المصرف بتقدير فائدة معينة ولو قليلة لأصحاب الودائع النقدية ويلتزم المصرف بصرف هذه الفوائد واضافتها الى المبالغ المودعة لديه واذا امتنع المصرف عن دفع الفوائد فأنه يعد مخلاً بتنفيذ التزامه كما يوجب عليه التعويض(*) (عبيد، 1983: 477). وفي الحقيقة ان عدم امكانية المصرف المودع لديه المطالبة بأي مقابل سواء أكان هذا المقابل اجره او عمولة – لقاء المحافظة على النقود المودعة - يأتي نتيجة طبيعة لتملكه لهذه النقود لكن

(*) نصت على هذا الالتزام المادة/ 115- ف3 من قانون التجارة الاردني ذي الرقم 12 لسنة 1966 بقولها (وتجب الفائدة عند الاقتضاء ابتداءً من اليوم الذي يلي كل ايداع ان لم يكن يوم عطلة ولغاية النهار الذي يسبق اعادة كل مبلغ ما لم يكن هناك اتفاق مخالف) في حين لم ينص قانون التجارة المصري ذي الرقم 17 لسنة 1999 وكذلك قانون التجارة العراقي النافذ على ذلك.

هذا لا يمنع من اشتراطه الحصول على عمولة عن الخدمات العرضية التي يؤديها للمودع بمثابة الوديعة النقدية (الشماع، من دون سنة طبع: 38).

اما في وديعة الاوراق المالية فإن المصرّف يحصل على العمولة المستحقة عن حفظ الصكوك وأدارتها واذا كانت هذه العمولة غير مجزية في حد ذاتها للمصرف إلاّ أن الاخير ربما يرى في قبول هذه الودائع ما يشجع العملاء على التعامل معه من خلال قيامه بعمليات مصرفية اخرى لمصلحتهم كخصم الاوراق التجارية وفتح الاعتمادات المستندية واصدار خطابات الضمان بما يدر عليه ارباحاً طائلة (المصري، 1987: 21). كما يستحق المصرف عن حفظه للاوراق المالية اوالصكوك اجرة وتسمى (أجرة الحفظ) فيتفق عليها بينه وبين العميل وتحدد هذه الاجرة عادة على اساس قيمة الاوراق المالية المودعة لديه، ويتقاضاها المصرف إما مقدمة مع بدء الوديعة او قد يتفق على تنزيلها من الايراد الناشيء عن إدارة الصكوك او من حساب للمودع لدى المصرف (فهيم، من دون سنة طبع: 267).

ثانياً: تمييز وديعة الاوراق المالية من اجارة الخزائن

يعرف المشرع العراقي اجارة الخزائن في م/ 248 من قانون التجارة العراقي النافذ بأنها (عقد يتعهد المصرف بمقتضاه مقابل اجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة معينة ويعرفها المشرع المصري مستخدما مصطلح تأجير الخزائن في المادة/ 316 من قانون التجارة المصري ذي الرقم 17 لسنة 1999 بأنها (عقد يتعهد بمقتضاه بنك مقابل اجرة بوضع خزانة معينة تحت تصرف المستأجر للانتفاع بها مدة محددة).

وكما هو بالنسبة لكل من وديعة النقود ووديعة الاوراق المالية فإن المشرع الاردني لم يخصص لهذه العملية المصرفية ايضا في قانون التجارة ذي الرقم 12 لسنة 1966 غير مادة واحدة هي المادة (117) منه التي عالج بها احكامها بصورة مختصرة جدا اذ نص فيها على انه (1- تسري قواعد اجارة الاشياء على الودائع في الصناديق الحديدية او في خانات فيها. 2- ويكون المصرف مسؤولاً عن سلامة الصناديق المأجورة).

ويعرف جانب من الفقه الأردني هذه العملية المصرفية فيقول (اجارة الصناديق الحديدية عقد يلتزم بمقتضاه المصرف لقاء اجر بوضع صندوق او خزانة تحت تصرف شخص يدعى المستأجر للانتفاع بها مدة معينة) (ياملكي، 2001: 319).

ويذهب جانب من الفقه اللبناني الى ان ايجار الخزائن الحديدية (عقد بمقتضاه يلتزم المصرف أن يضع تحت تصرف المودع في المكان الذي يشغله خزانة حديدية او صندوقاً حديدياً مقابل اجر يتناسب مع حجم الخزانة ومدة الانتفاع) (ناصيف، 1983: 411).

بينما يعرف جانب من الفقه المصري هذه العملية بأنها (عقد بمقتضاه يضع البنك خزانة حديدية قائمة في مبناه تحت تصرف العميل الذي يستأثر باستخدامها في حفظ اشيائه مقابل اجر يتناسب مع سعة الخزانة ونوعها ومدة استخدامها) (المصري، 1987: 31).

والملاحظ هو اختلاف الرأي حول الطبيعة القانونية لهذه العملية المصرفية فثمة رأي يعدها عقد وديعة على اساس ان الالتزام المهم الذي يقع على عاتق المصرف يتمثل في المحافظة على الخزانة الحديدية التي توجد في حيازته. وهناك رأي ثانٍ يقول بأنها عقد حراسة بوصف ان الالتزام الاساس المترتب على المصرف هو حراسة الخزانة الحديدية وبالتالي الاشياء الموجودة فيها، ورأي ثالث يذهب الى عدها عقد غير مسمىً وهدفهم في ذلك التأكيد على حرية التعاقد وليس تصنيف هذا العقد ورأي رابع يعدها عقد ايجار يلتزم بموجبه المصرف ان يمكن المستأجر من ان ينتفع بالخزانةأن يضع الاشياء الثمينة وبخاصة الصكوك المالية ويسلم اليه مفتاحاً ليطمئن على امواله بها ويجب على المصرف ان يحافظ على الخزانة ولا يلتزم برد الاشياء التي يضعها المستأجر فيها فقد لا يعلم المصرف بوجودها فالتزام المصرف قاصر على تمكين العميل من الانتفاع بالخزانة مقابل اجرة يتقاضاها (المصري، 1987: 31-35) و (ناصيف، 1983: 412-414) و (صالح بك، من دون سنة طبع: 158).

علما ان قانون التجارة اللبناني تبنى الرأي الرابع في م/ 309 اذ تنص على انه (ان الودائع التي تودع في الصناديق الحديدية او خانات منها تطبق عليها قواعد اجارة الاشياء ويكون المصرف مسؤولاً عن سلامة الصناديق المأجورة)...وهذا هو الغالب ايضا على موقف المشرع العراقي في هذا الصدد من خلال المواد/ 248–257 من قانون التجارة العراقي النافذ وكذلك المشرع المصري من خلال المواد/ 316–323 من قانون التجارة المصري النافذ وأيضاً المشرع الاردني من خلال نص م/ 117-ف1 و ف2 من قانون التجارة الاردني ذي الرقم 12 لسنة 1966 والتي تطابق نص م/ 959 تجارة لبناني.

وإجارة الخزائن الحديدية قريبة الشبه بوديعة الاوراق المالية(*) من نواحٍ عديدة تتحدد بالآتي:

- ان كلتيهما تمثلان عملاً يمارسه المصرف حصراً بصفته مودعاً لديه من ناحية اشتمالهما على معنى الايداع –كما ذكرنا ذلك سابقا بشأن التمييز بين وديعة الاوراق المالية ووديعة النقود– الذي يعد من المقومات الاساس التي تُبنى الودائع المصرفية عليها.
- ان كلتيهما تنطويان على التزام المصرف بالحفظ –وان كان هذا الالتزام بالحفظ يختلف مداه في العمليتين– فعلى المصرف في وديعة الاوراق المالية ان يقوم بحفظ وادارة الاسهم والمستندات التي يودعها لديه العميل ولا يقوم بالتصرف بها وكذلك في اجارة الخزائن

(*) من الجدير بالملاحظة ان الذي دفعنا الى التمييز بين هاتين العمليتين هو اتجاه جانب من الفقه الى تكييف عملية اجارة الخزائن بأنها عقد وديعة حتى ان البعض من هذا الفقه يطلق عليها وديعة البضائع (Location de Coppre – fonts) انظر في هذا الاتجاه: (ناصيف، 1983: 411–417)، وكذلك حسني المصري الذي ادرجها ضمن الودائع المصرفية واطلق عليها الايداع في الخزائن الحديدية، انظر: (المصري، 1987: 31-35).

الحديدية فإن المصرف يلتزم بحفظ الاشياء المودعّة وصيانتها، وليس له استعمالها او التصرف بها.

- المودع في العمليتين كلتيهما يلتزم بدفع الاجرة الى المصرف –وان اختلفت احكام تحديدها واداءها في العمليتين- كما سنوضح ذلك لاحقاً.
- وتقترب العمليتان من بعضهما البعض من حيث الغاية التي تدفع العملاء الى اللجوء اليهما الا وهي الحصول على الامان الذي يتحقق جراء إيداع الاوراق المالية والصكوك لدى المصرف في وديعة الاوراق المالية وايداع الاشياء الثمينة في خزائن المصرف والمحافظة عليها من السرقة في اجارة الخزائن الحديدية.
- واخيرا يستحق المصرف في وديعة الاوراق المالية واجارة الخزائن الحديدية الأجر الذي يحدده الاتفاق او العرف المصرفي (القليوبي، 1986: 36) و (فهيم، من دون سنة طبع: 267).

لكن على الرغم من اوجه الشبه المتقدم ذكرها بين وديعة الاوراق المالية واجارة الخزائن الحديدية فإنه توجد فروق جوهرية بينهما ويمكن ان نحددها بالشكل الاتي:

- ترد وديعة الاوراق المالية على اسهم وسندات كما سنوضح تفصيل ذلك لاحقا، اما اجارة الخزائن الحديدية فإنه يرد على الخزائن او الصناديق الحديدية او خاناتها التي يضعها المصرف تحت تصرف عميله والتي تعد لحفظ الاشياء الثمينة كالنقود والحلي والمجوهرات والاوراق التجارية والاوراق المالية او ذات القيمة القانونية من وثائق وشهادات واجازات براءات اختراع ومن وكالات وكفالات او القيمة المعنوية كما بالنسبة للمذكرات الشخصية والصور العائلية (ياملكي، 2001: 325) و (ناصيف، 1983: 411).

بما يعني ان هذه الخزائن غير معدة لوضع الاشياء الممنوعة او الخطرة فيها كالمخدرات والاموال المهربة او المسروقة او الممنوع حيازتها كالأسلحة والمتفجرات وهذا ما قضت به (م/252- ف1) من قانون التجارة العراقي وكذلك (م/318- ف2) من قانون التجارة المصري ذي الرقم 17 لسنة 1999(*).

- مدى التزام المصرف بالحفظ في إجارة الخزائن يختلف عن مداه في وديعة الاوراق المالية، فبينما ينصب التزام المصرف في الاوراق المالية على حفظ ذات الصكوك او الاوراق المالية المودعة لديه وبمجرد تسلمها من العميل وعدم استعمالها او رهنها او التصرف بها فأنه يلاحظ أن التزام المصرف بالحفظ في اجارة الخزائن الحديدية لاينصب على الاشياء المودعة في الخزائن وانما ينصب على الخزانة التي قام بتهيئتها للعميل طبقاً لشروط العقد؛ اذ يعد من الالتزامات الجوهرية الملقاة على عاتق المصرف

(*) تنص م/ 252 من قانون التجارة العراقي النافذ على انه (1- لايجوز للمستأجر ان يضع في الخزانة اشياء تهدد سلامتها او سلامة المكان الذي وجد فيه) اما نص ف2 من المادة/ 318 تجارة مصري فقد جاء مطابقاً لنص ف1- م/ 252 عراقي.

هو تسليم مفتاح الخزانة الى العميل ليتمكن من استخدامها في أي وقت يريد شريطة مراعاة المواعيد المتفق عليها.
والى هذا الالتزام اشارت المادة/ 249- ف/ اولا) من قانون التجارة العراقي النافذ بالقول (يسلم مفتاح الخزانة الى المستأجر ويحتفظ المصرف بنظيره) كما وقررت المادة/ 250 من القانون نفسه، بأنه (لايجوز للمصرف ان يأذن لغير المستأجر او من ينوب عنه في استعمال الخزانة)(**).

- وبناء على الاختلاف الجوهري المتقدم ذكره يمكن ان يترتب اختلافاً جوهريا آخر آلا وهو ان المصرف في وديعة الاوراق المالية يلتزم برد ذات الصكوك التي أودعت لديه من قبل العميل –كما قلنا سابقاً عند تمييز وديعة الاوراق المالية من وديعة النقود– اما في اجازة الخزائن الحديدية فإن المصرف لايلتزم برد الاشياء المودعة في الخزانة فهو لم يتسلم شيئاً من العميل حتى يلتزم برده، بل انه لايعلم عن محتويات الخزانة شيئاً اذ ان استخدام الخزانة يعد حقاً شخصياً للعميل (القليوبي، 1986: 37) و (ناصيف، 1983: 416-417) و (المصري، 1987: 37-39).

بل على العكس فثمة التزام بالرد قرره المشرعان العراقي والمصري على العميل المستأجر ومضمون هذا الالتزام بالرد هو رد المفتاح الذي تسلمه ابتداءً عند تأجيره الخزانة وذلك عند انتهاء مدة الاجارة(*).

ان المشرعين العراقي والمصري يلزمان برد المفتاح -الذي تسلمه ابتداءً عند تأجيره الخزانة– وذلك عند انتهاء مدة الاجارة الذي يبقى على الرغم من تسليمه للمستأجر ملكاً للمصرف فيجب رده اليه مع الصندوق او الخانة عند انتهاء الاجارة ولاتبرأ ذمة العميل من التزامه هذا إلا اذا رد الصندوق او الخانة والمفتاح بالحالة التي تسلمها بها لكون المأجور امانة في يد المستأجر يضمن ما يلحقه من نقص او تلف او فقدان ناشئ عن تقصيره او تعديه (يا ملكي، 2001: 326).

المقصد الثاني

تمييز وديعة الاوراق المالية من رهن الاوراق المالية

مثلما لم ينظم المشرع العراقي في قانون التجارة النافذ عملية وديعة الاوراق المالية فإنه لم ينظم ايضا عملية رهن الاوراق المالية فعلى الرغم من ان هاتين العمليتين كانتا من العمليات المصرفية التي نظمت احكامها في قانون التجارة العراقي الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970(**)، في حين ان المشرع المصري في قانون التجارة الجديد ذي الرقم 17 لسنة 1999 اورد تنظيماً تشريعياً لرهن الاوراق المالية في المواد (324-328) منه.

(**) وهذا ما قرره المشرع المصري في (المادة/ 317- ف1 و ف3) من قانون التجارة المصري ذي الرقم 17 لسنة 1999.
(*) لاحظ م/ 249- ف/ ثانيا من قانون التجارة العراقي النافذ وكذلك م/317- ف2 من قانون التجارة المصري النافذ ذي الرقم 17 لسنة 1999 .
(**) لاحظ المواد 362–367 من قانون التجارة العراقي الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970.

وفي الحقيقة ان رهن الاوراق المالية وغيرها من الصكوك التجارية الاخرى – كما سماها المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي وفي هذا يختلف عن التسمية التي اوردها المشرع المصري لهذه العملية إذ أنه استخدم مصطلح رهن الاوراق المالية – عملية مصرفية تلجأ اليها المصارف لضمان حقوقها قبل المتعاملين معها، فالمصارف لا تُقدِم على اعطاء تسهيلات مصرفية الى عملائها (كالقروض والكفالات والخصم...الخ) ما لم تحصل منهم على ضمانات كافية لاستيفاء حقوقها وافضل هذه الضمانات هو الرهن لانه يعطي للمصرف (المرتهن) سلطة تنصب على مال معين تمكنه من تتبع هذا المال للحجز عليه وبيعه واستيفاء دينه من ثمن البيع متقدماً على الدائنين الاخرين للمدين الراهن (العميل) وهذه العملية المصرفية تحقق فائدة كبرى لكل من المصرف والعميل، فالتسهيلات المصرفية الموثقة بهذا الرهن تمكن العميل الراهن من الانتفاع بالتسهيلات والحصول على القروض من دون اضطرار لبيع صكوكه كما تمكن المصرف من تلقي صكوك قابلة للتنفيذ السريع وذات قيمة معينة ومحددة ولاتقتضي من المصرف نفقات كثيرة للحفاظ عليها فضلا عن ان هذا الرهن بعيد عن الاجراءات المعقدة التي يجب مراعاتها عند رهن العقارات والمنقولات الاخرى كالبضائع (ياملكي والشماع، 1980: 327).

وعلى الرغم من تقارب عملية وديعة الاوراق المالية من عملية رهنها كونهما عمليتين مصرفيتين منتشرتين لدى المصارف وان اطارهما القانوني هو عقد لابد من توافر الرضا والمحل والسبب لنشوئه وان كلتيهما تردان على اوراق مالية كالاسهم والسندات(*). والتي يلزم ان تكون مملوكة للمودع في عملية وديعة الاوراق المالية ومملوكة للراهن في عملية رهن –الأوراق المالية– إلا أننا نجد أن فروقاً عدة تظهر بين هاتين العمليتين ويمكن ان نحددها بما يأتي:

- **من حيث السبب؛** إن سبب رهن الاوراق المالية بالنسبة للعميل هو الرغبة في الحصول على قرض او تسهيلات مصرفية اخرى؛ فالعميل لايلجأ الى رهن أوراقه المالية او

(*) الاسهم وهي تمثل الحصص التي يقدمها الشركاء في رأسمال الشركة وتمتاز هذه الاسهم بتساوي قيمتها وقابليتها للتداول وعدم قابليتها للتجزئة..انظر في تفصيل ذلك (طه، 1988: 406–409)، اما السندات (اسناد القرض) فإنها اوراق مالية ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول تصدرها الشركات المساهمة وتطرحها للاكتتاب العام او الخاص على وفق احكام القانون للحصول على قرض وتتعهد الشركة بموجب هذه السندات بسداد القرض وفوائده على وفق شروط الاسناد، وبالتالي يعد حامل هذه السندات دائنا للشركة وليس له التدخل في ادارتها وتنتهي علاقته بمجرد تسديد قيمة القرض وفوائده والسند لايقبل التجزئة وهو قابل للتداول..انظر في تفصيل ذلك: (الشريف والحلبي وشقير والباشا، 2000: 171-173). ولابد من الاشارة في هذا المجال ان رهن الاوراق المالية في القانون المصري وكما هو واضح من التسمية يقتصر على الاوراق المالية فقط اسهم وسندات اما في القانون العراقي فإن هذا الرهن ينصب على الاوراق المالية وغيرها من الصكوك التجارية الاخرى أي انه يشمل حتى الاوراق التجارية التي تحتوي على اجل مثل الحوالة التجارية والسند لامر، انظر المواد (324–328) من قانون التجارة المصري الجديد وكذلك المواد (362–367) قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1970 الملغي.

التجارية اعتباطا وانما توثيقاً لدين يطمع في الحصول عليه من المصرف، اما السبب بالنسبة للمصرف فإنه يكمن في جعل التسهيلات والقروض الممنوحة من قبله مضمونة بالرهن وإلا فمن حقه رفض تقديم هذه التسهيلات والقروض في حين أن السبب في وديعة الأوراق المالية يختلف تماماً وسوف نبينه لاحقاً في موضوع السبب.

- **من حيث الحيازة؛** المصرف في وديعة الاوراق المالية يحوز الاوراق المالية بصفة مودع لديه بموجب عقد الوديعة الذي ابرمه مع العميل المودع(*)، اما في رهن الاوراق المالية وغيرها من الصكوك التجارية فإن المصرف يحوز هذه السندات بصفته دائن مرتهن.

وعليه يلتزم المصرف المرتهن بالمحافظة على الاوراق المرهونة المسلمة اليه وصيانتها ويلتزم في ذلك ببذل عناية الرجل المعتاد أي ما يبذله أي مصرف في مثل ظروفه وبالتالي فهو مسؤول عن هلاكها ما لم يثبت ان ذلك يرجع الى سبب اخر لايد له فيه وعليه ان يقوم بكل ما يلزم لحفظ الاوراق المرهونة من الضياع والسرقة والتلف والا كان مسؤولا عن هلاكها والتزم بتعويض الراهن عما لحقه من ضرر وللمرتهن ان يقوم في سبيل هذه المحافظة بالنفقات اللازمة لهذا الغرض على ان يرجع بذلك على الراهن وهذا هو نفس الحكم الذي يترتب على المصرف في وديعة الاوراق المالية –والذي سنفصله لاحقاً– لكن الذي تختلف فيه عملية رهن الاوراق المالية من عملية وديعة الاوراق المالية هو ان المصرف في عملية الرهن يلتزم وكنتيجة لالتزامه بالمحافظة على الاوراق المرهونة بإدارة هذه الاوراق واستغلالها(**). اذ ينبغي عليه ان يبذل في ادارتها عناية الرجل المعتاد، فإذا كانت الاوراق المرهونة عبارة عن سندات قرض او أسهم فعليه ان يباشر الحقوق الناشئة عنها والحيلولة من دون سقوطها وهو يقوم بالدور نفسه عندما تكون الاوراق المرهونة عبارة عن أوراق تجارية فيلتزم المصرف أن يطالب المدين الصرفي بقيمتها ويحصل على ذلك عند حلول أجلها وفي حالة امتناع الاخير عن اداء قيمتها يجب على المصرف ان يتخذ كافة الاجراءات اللازمة للمحافظة على الحقوق الناشئة عن الورقة التجارية من تحرير احتجاج –ما لم تحتوِ الورقة على بيان المنع من عمل الاحتجاج- وعمل الاخطار تمهيدا للرجوع على الموقعين على الورقة واقامة الدعوى عليهم كما يتوجب على المصرف ان يقوم باستغلال الاوراق المرهونة اذا كانت هذه الاخيرة ذات طبيعة استثمارية كما لو كانت سندات قرض او أسهم تدر ربحاً سنوياً يوزع نقداً او في صورة اسهم وسندات اضافية.

اذن يعد التزام المصرف بالقيام بإدارة الاوراق المرهونة واستغلالها التزاماً اصلياً من جملة الالتزامات الاصلية المترتبة على عاتقه بمقتضى العقد، بينما في عقد وديعة الاوراق المالية نجد ان المصرف يلتزم اصلاً بالمحافظة على الأوراق المالية المودّعة

(*) ومع ذلك اذا اقرض المصرف العميل او فتح له اعتماداً برهن المستندات تغيرت صفة حيازة المصرف فأصبح حائزا بصفته مرتهنا بعد ان كان حائزاً بصفته وديعا او مودّعا لديه.. انظر في تفصيل ذلك: (عوض، 1982: 561).

(**) لاحظ نص م/125 من قانون التجارة المصري الجديد، وكذلك م/191 من قانون التجارة العراقي النافذ.

والحفاظ عليها من السرقة والضياع، ولايقوم بإدارة واستغلال هذه الاوراق الا بمقتضى اتفاق(*)، الا اذا كان المصرف وكيلا عن العميل في مباشرة هذه العمليات لذلك يقترن عقد وديعة الاوراق المالية بعقد الوكالة الصريحة او الضمنية ويكون لكل منهما استقلاله عن الآخر فتطبق قواعد الوديعة بشأن العملية الاساس وهي المحافظة على الصكوك المودعة بذاتها، بينما تنطبق قواعد الوكالة بشأن العمليات التبعية التي يقوم بها المصرف لغرض المحافظة على الحقوق الثابتة في الصكوك مثال ذلك تحصيل ارباح الاسهم وفوائد السندات، وقبض قيمة الصكوك المباعة او المستهلكة وشراء الصكوك او استبدالها ودفع رسوم الطابع المستحقة عنها (ياملكي والشماع، 1980: 339-343) و (المصري، 1987: 28-30).

- **من حيث الشكلية؛** ان رهن الاوراق المالية وغيرها من الصكوك التجارية الاخرى عقداً شكليا اذ لايتم إلا باتباع شكلية معينة(**) (ياملكي والشماع،1980: 334)، نص عليها المشرعان العراقي والمصري، اذ تقرر المادة/ 189 من قانون التجارة العراقي النافذ والمادة/121 من قانون التجارة المصري الجديد ما يأتي: ((اولاً- يتم رهن الحقوق الثابتة في السند الاسمي بحوالة يذكر فيها على انه على سبيل الرهن وتقيد في دفاتر الجهة التي اصدرت السند. ثانياً- يتم رهن الحق الثابت في السند لأمر بتظهير يذكر فيه (للرهن) او اية عبارة اخرى تفيد ذلك. ثالثاً- يكون الرهن المشار اليه في الفقرتين (اولاً) و(ثانياً) من هذه المادة نافذاً في حق المدين من دون حاجة الى اعلانه اليه او قبوله اياه)(*).

وعليه فإن رهن الاوراق المالية والتجارية لايتم الا باتباع الشكلية التي قررها المشرع والتي تتجسد بقيد الرهن فإذا كانت الاوراق المرهونة عبارة عن سندات اسمية، فرهن هذه الاخيرة يستوجب قيده في دفاتر الجهة التي اصدرت هذه السندات وهذا القيد يجب ان يتضمن عبارة تفيد أن السند المرهون قد تمت حوالته على سبيل الرهن، اما اذا كانت الاوراق المرهونة عبارة عن سندات اذنية (لأمر حاملها) فإن رهنها يتم عن طريق تظهيرها أي بقيد الرهن كتابة على الورقة المرهونة عن طريق ادراج عبارة تفيد ان السند المرهون قد تمت حوالته على سبيل الرهن أي باتباع اجراءات التظهير التوثيقي، وما تقدم

(*) لاحظ نص م/ 344 من قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1970 الملغي وكذلك م/ 310 من قانون التجارة المصري الجديد ذي الرقم 17 لسنة 1999.

(**) من الجدير بالذكر ان د. علي جمال الدين عوض يقول (ان رهن الاوراق المالية تخضع للقواعد العامة في الرهن التجاري لكون القروض التي تقدمها البنوك دائما تجارية حسبما ذهب اليه قضاء محكمة النقض، فتكون الرهون الضامنة لها تجارية دائما ومعنى ذلك ان هذا الرهن== ==عقد رضائي يلزم كلا طرفيه فور انعقاده بالتزامات معينة اهمها التزام الراهن بتسليم الاوراق المرهونة الى الدائن او الشخص المتفق على ان يحوزها لحساب الدائن اما الكتابة على الصك بما يفيد الرهن وقيد هذا الرهن في سجلات المؤسسة التي اصدرت الصك فهما اجراءان لابد من وجودهما فضلا عن الاتفاق). انظر (عوض، من دون سنة طبع: 105).

(*) المادتان متطابقتان في فحواهما ما عدا ان المشرع المصري يستخدم مصطلح الصك بدلا من مصطلح السند.

يعني ان رهن الاوراق المالية والتجارية يستلزم قيد الرهن كتابة فضلا عن انتقال حيازة الاوراق المرهونة وتوافر الاركان العامة لاي عقد من رضا ومحل وسبب(**).

اما عقد وديعة الأوراق المالية فهو عقد رضائي ينعقد عند توافق الايجاب والقبول، من دون الحاجة الى اتباع شكلية معينة، اما ما يقوم به العميل من تقديم قائمة مذيلة بتوقيعه الى المصرف بالاوراق المطلوب ايداعها مبيناً نوعها وارقامها وكافة البيانات المميزة لها وعددها والكوبونات المرهونة بها وذي الرقم حسابه في المصرف وتسليم المصرف المودع لديه ايصالاً بالاوراق المستلمة من قبله لغرض ايداعها فأنها تعد اجراءات لغرض اثبات العقد لاأكثر، اذ يعد هذا الايصال هو الدليل الوحيد للاثبات فيما بين الطرفين وهو قد يتضمن شروط الايداع، وقد تكون هذه الشروط مكتوبة في وثيقة اخرى لدى البنك ويكتفي الايصال بالاحالة اليها وقد لا تكون هناك شروط متفق عليها صراحة فيكون الايصال دليلا على استلام المصرف للأوراق ويرجع في تحديد شروط الوديعة الى العرف المصرفي، وعلى الرغم من ان هذا الايصال يعد الدليل الوحيد لاثبات العقد بين الطرفين إلا أنه لايعد لوحده دليلا كافيا من جهة انه لايثبت العمليات التي يجريها المصرف بطلب من العميل على الأوراق المودعة هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى فإن هذا الايصال تقف وظيفته عند اثبات استلام المصرف الأوراق المودعة بمعنى آخر انه لايحل محل الاوراق المودعة ولايمثل حيازتها فإذا تصرف المودع في الاوراق المودعة فلا يعد تسليم الايصال الى المتصرف اليه تسليما للوديعة ذاتها لان الايصال لايمثل إلا دينا على المصرف لشخص المودع (عوض، 1982: 553-557).

- يرتب عقد رهن الاوراق المالية للمصرف حق رهن على الاوراق المالية والصكوك الاخرى وسمات هذا الحق انه حق عيني يمنح المصرف سلطة مباشرة على هذه الاوراق تمكنه من حبسه ومن تتبعه في أي يد يكون ومن استيفاء حقه من ثمنه بالتقدم على باقي دائني الراهن وانه حق تبعي أي انه يتبع الدين المضمون (القرض او التسهيلات المصرفية) وجوداً وعدماً (البشير وطه، 1982: 487)، فينقضي بانقضاء الدين المضمون ويبطل ببطلانه. كما انه حق غير قابل للتجزئة أي ان كل المرهون (الاوراق المالية او التجارية) يعد ضماناً لكل الدين المضمون ويعبر عن هذا بمصطلح عدم تجزئة الرهن مع وجود استثناء على هذه القاعدة في مجال رهن الاوراق المالية والتجارية ومصدر هذا الاستثناء هو الاتفاق بين الراهن والمرتهن، اذ يجوز للراهن بمقتضى هذا الاتفاق كلما دفع

(**) لمزيد من التفصيل انظر (ياملكي والشماع، 1980: 334-335)، (يونس، من دون سنة طبع: 73–74)، (زكي، 1998: 105-106). ومن الجدير بالذكر ان التظهير التوثيقي هو تظهير الورقة التجارية بقصد رهنها أي تقديمها للمظهر اليه ضماناً لوفاء بدين له في ذمة المظهر ويسمى التظهير التأميني نسبة إلى ما يقرره من تأمينات عينية على أوراقه التجارية لمصلحة المظهر اليه. انظر: (سامي والشماع، 1992: 176).

جزء من الدين المضمون القرض او غيره من التسهيلات ان يسترد قدراً من الاوراق المرهونة بنسبة ما دفع من الدين (ياملكي والشماع، 1980: 337).

اما في وديعة الاوراق المالية فلا يترتب للمصرف مثل هذا الحق العيني التبعي على الاوراق المودعة لديه من قبل العميل المودع الا اذا نشأ للمصرف رهن على الصكوك المودعة ضماناً لدين له في ذمة العميل (عوض، 1982: 561).

- يكون للمصرف المرتهن بما له من حق عيني تبعي على الاوراق المرهونة ان يحبس هذه الاوراق في مواجهة كافة الناس، العميل الراهن و الاغيار لحين استيفاء دينه كله واذا خرجت هذه الاوراق من حيازته غصباً من دون إرادته او بغير علمه كان له ان يطالب باسترداد الحيازة(*). بينما لا يكون للمصرف المودع حق حبس الاوراق المالية المودعة لديه الا اذا امتنع العميل المودع عن دفع الاجرة والحقوق التي يرتبها العقد لمصلحة المصرف، ففي هذه الحالة يستطيع المصرف ان يمتنع عن رد الاوراق الى العميل متى ما طلبها من دون ان يُعد –أي المصرف– مخلاً بالتزامه بالرد، اما اذا قام المصرف بحبس الاوراق المالية من دون مسوغ فيستطيع العميل إجباره على ردها وله في هذا الشأن دعويين الدعوى الشخصية الناشئة عن عقد الوديعة، ودعوى الاسترداد التي يباشرها العميل باعتباره مالكاً لهذه الاوراق المالية (المصري، 1987: 27).

يتبين لنا من خلال التمييز بين وديعة الاوراق المالية والودائع الاخرى –الوديعة النقدية ووديعة البضائع او إجارة الخزائن الحديدية– وكذلك التمييز بين وديعة الاوراق المالية ورهنها انه على الرغم من الاختلاف القانوني بين هذه العمليات عن بعضها البعض في جوانب عدة إلا ان التداخل والتشابك الموجود بينها فعلياً لاينكر وهذا يتضح من خلال الافتراض الآتي:

لو أن عميلاً ما يمتلك مبلغا معينا من النقود قام بإيداعه في المصرف الذي يتعامل معه بموجب عقد وديعة نقدية وذلك بغية المحافظة على هذا المبلغ من السرقة او الضياع ومن اجل الحصول على الفوائد التي يقررها المصرف المودع لديه لاصحاب الودائع النقدية وجد هذا العميل وبعد فترة من الزمن ان تلك الوديعة النقدية لم تحقق له ما يبتغيه من الارباح فأنه يستطيع ان يوكل المصرف ذاته باستثمار ودائعه من خلال شراء اسهم وسندات لشركات معينة يودعها لديه بموجب عقد وديعة الاوراق المالية، ويلتزم هذا العميل بدفع اجرة المصرف عن ذلك، ولو أحسَّ هذا العميل المودع بعد فترة ايضا ان هذه الاسهم والسندات على قدر كبير من الاهمية ولابد من حفظها من الضياع والسرقة كان بإمكانه ان يطلب من المصرف ان يضع تحت تصرفه خزانة فيسلمه المصرف مفتاحها في حين تظل الخزانة تحت حراسة المصرف ورعايته ليوفر الامان، ويتجه العميل الى الخزانة لايداع هذه الصكوك او المستندات التي كانت تحت يد المصرف بموجب العقد السابق عقد وديعة

(*) لاحظ نص م/ 1342 مدني عراقي.

الاوراق المالية – لحفظها في الخزانة المستأجرة وذلك بموجب عقد اجارة الخزائن الحديدية واخيرا لو اراد هذا العميل ذاته ان يحصل على قروض وتسهيلات مصرفية لايوافق المصرف على تقديمها لعملائه الا بمقابل ضمانات تضمن له استيفاء دينه عند حلول اجله ولايملك هذا العميل اية ضمانات سوى ما اودعه من مستندات وصكوك في هذه الخزانة القائمة في مبنى هذا المصرف فيلجأ الى نقل حيازة هذه المستندات والصكوك الى المصرف مقابل الحصول على القروض والتسهيلات التي يريدها وذلك بمقتضى عقد رهن الاوراق المالية.

المطلب الثالث

التكييف القانوني لوديعة الاوراق المالية

بما ان وديعة الاوراق المالية عملية مصرفية فمن الطبيعي ان يثار خلافاً فقهياً حول التكييف القانوني الذي يلائمها، فهذا هو شأن كل العمليات المصرفية. والصعوبة في تكييف وديعة الاوراق المالية قانونا تكمن في خصوصية الالتزامات التي تترتب على عاتق المصرف المودع لديه تجاه العميل المودع، فقد يكون المصرف ملزماً بحفظ الاوراق المالية او الصكوك المودعة لديه وردها بعينها للعميل عند الطلب او في الميعاد المتفق عليه فقط، وقد لايتوقف التزامه عند هذا الحد بل يلتزم فضلا عن ذلك بالتزامات تبعية اخرى، فهل من الممكن ان يكون لعقد وديعة الاوراق المالية في تلك الحالتين طبيعة واحدة ام ان للعقد طبيعة قانونية خاصة.

للاجابة عن هذه التساؤلات كان لابد من عرض الآراء الفقهية التي طرحت في هذا الشأن وفي مقصدين، المقصد الاول ونبين فيه الرأي الاول الذي ذهب إلى اعتبار هذه الوديعة عقد إيداع عادي والمقصد الثاني ونوضح فيه الرأي الثاني الذي أتجه إلى عدّها عقدا مركباً.

المقصد الاول

عقد وديعة الاوراق المالية عقد ايداع عادي

يذهب اصحاب هذا الرأي الى ان عقد وديعة الاوراق المالية او الصكوك لايثير اية صعوبات في تكييفه القانوني؛ فهو لا يخرج عن كونه عقد ايداع من العقود العامة في القانون المدني، وفي هذا النوع من الايداع تبقى ملكية الصكوك للمودع، وعلى المودع لديه ان يردها له عيناً الا اذا تبين ان القصد كان خلاف ذلك، وعلى هذا فأنه لا يجوز للمودع لديه ان يستعمل الوديعة من دون ان يأخذ اذن المودع في ذلك ويستند جانب من اصحاب هذا الرأي الى قواعد الايداع المقررة في قانون التجارة كنص المادتين/ 403 من قانون التجارة السوري و م/116 بفقرتيها الاولى والثانية من قانون التجارة الاردني المتطابقة في فحواهما والتي جاء فيهما (اذا كان ما أودع في المصرف أوراقاً مالية فملكية هذه الاوراق تبقى للمودع ما لم يثبت ان القصد خلاف ذلك ويقدر وجود هذا القصد اذا كان المودع قد منح المصرف خطياً من دون قيد حق التصرف في تلك الاوراق واعترف له بحق ارجاع اوراق من نوعها)،

ويبني أصحاب هذا الرأي على هذه القواعد نتيجة مهمة في حالة افلاس المصرف فإذا كان المودع قد احتفظ بملكية الصكوك او الاوراق المالية وكانت معينة تعييناً تاماً يميزها من غيرها ورجعت كذلك في حوزة المصرف المودع لديه استطاع المودع استردادها، اما اذا اعطى المودع المصرف حق التصرف بهذه الاوراق واعادة غيرها من نوعها فإن الاسترداد لا يكون عندئذ ممكناً لان الاوراق او الصكوك المودعة لم تعد موجودة عينا بيد المصرف المفلس، واذا سلم المصرف اوراقاً اخرى من نوعها خلال فترة الريبة، فإن هذا الدفع يكون من نوع الوفاء بمقابل وهو يقع تحت طائلة البطلان (انطاكي والسباعي، 1964: 59-61).

أما الجانب الاخر من اصحاب هذا الرأي فيعدّون هذا العقد عقد وديعة بمعناها المنصوص عليه في القواعد العامة المقررة في القانون المدني، فيستند الى القواعد التي تقرر ان الايداع (وديعة الاوراق المالية) عقد يحيل به المالك (العميل المودع للصكوك او الاوراق المالية) او من يقوم مقامه حفظ ماله (الاوراق المالية) الى آخر (المصرف المودع اليه) ولايتم إلا بالقبض (أي تسلم المصرف هذه الاوراق من العميل) ويتوجب على الوديع (المصرف) ان يعتني بحفظ (الوديعة) الاوراق المالية كأعتنائه بحفظ ماله وان يضعها في حرز مثلها.

اذن تُعد وديعة الاوراق المالية عقد وديعة كاملة ولذلك فإن يد المصرف على الصكوك المودعة هي يد أمانة ويتأسس على هذا أن المصرف يلتزم بحفظ الصكوك بذاتها وهو مايعد ضرورياً لرد الصكوك (الاوراق المالية بعينها الى المودع بمجرد الطلب)(*) (المصري، 1987: 22-26).

المقصد الثاني
عقد وديعة الاوراق المالية عقد مركب

يذهب اصحاب هذا الرأي الى ان عقد وديعة الصكوك (الاوراق المالية) تتضمن التزاماً اساسياً هو حفظ هذه الاوراق، الا ان هذا الالتزام الاساس لم يكن هو الوحيد الذي يلتزم به المصرف بل ان هناك التزامات تبعية اخرى تقع على عاتقه يفرضها الغرض الاقتصادي لهذه العملية، اذ يتوجب على المصرف المودع لديه ان يقوم بكل ما تقتضيه عملية ادارة محفظة الأوراق المالية للعميل ومباشرة التصرفات اللازمة لها على وفق طبيعة الصكوك المودعة كأستيفاء الارباح او الفوائد او بدل الاستهلاك او التدقيق في السحوبات او الحصول على قسائم جديدة وغيرها فضلا عن تنفيذ أوامر العميل فيما يتعلق ببيع او شراء هذه الصكوك ذاتها ويستحق المصرف في مقابل ذلك -فضلا عن أجرته كمودّع لديه بأجر عن حفظ الاوراق المالية المودعة لديه- عمولة عن العمليات التي أجراها بشأنها لمصلحة المودع وما أنفقه من مصاريف عليها لحين ردها. اذن ومن هذا المنطلق يتجه اغلبية الفقه العربي الى ان وديعة الاوراق المالية (الصكوك) لا تُعد مجرد عمل بسيط بل هو عمل

(*) انظر: م/ 718–725 مدني مصري، كذلك المواد/ 951-952/ ف2 مدني عراقي.

مركب يعد مزيجاً من عقدين مختلفين هما؛ عقد الوديعة وعقد الوكالة، وعلى القاضي اذا ما أثير أمامه نزاع بهذا الخصوص ان يقوم بتحديد التزامات كل من الطرفين على وفق هذا التكييف، على ان هذا التكييف لا يمنع من ان يكون العقد الاساس بين المصرف المودع اليه والعميل المودع هو عقد وديعة مع عد الوكالة تابعاً لها او بالعكس، اذ قد يكون الهدف الاساس للعقد بين العميل والمصرف هو توكيل هذا الاخير في ادارة الصكوك المملوكة للعميل وهو يسمى بعقد ادارة الصكوك ويعد عقد الوديعة في هذه الحالة عقدا تابعا للعقد الاساس وهو الوكالة، انظر في هذا الصدد (القليوبي، 1986: 43-44)، (ناصيف، 1983: 400)، (العطير، 1998: 575)، (ياملكي، 2001: 316)(*).

ويذهب جانب من اصحاب هذا الاتجاه الى (...على ان دخول الاوراق او المستندات حيازة البنك لايكون دائما على سبيل الوديعة، فقد يكون العقد الاصلي المبرم بينه وبين العميل عقدا اخر، كما لو كان البنك موكلاً في شراء أوراق مالية لحساب العميل واشتراها وتسلمها، فهي تظل بحوزته فترة قبل تسليمها الى العميل وكذلك لو وكل العميل البنك في بيع أوراق مالية وسلمه اياها فالبنك يحوزها فترة الى وقت بيعها ويسمي الشراح حيازة البنك هذه الاوراق في هذه الظروف وديعة عابرة ومع ذلك فلا تستند هذه الحيازة –في علاقة البنك وعميله– الى عقد وديعة بل الى عقد آخر هو عقد الوكالة، وذلك لان الغرض الاساس من عقد الوديعة هو تسليم الشيء الى البنك المودّع لديه بقصد حفظه، فإذا كان الحائز ملزما بحفظ الشيء كنتيجة تبعية لعقد آخر وجب تطبيق أحكام هذا العقد لا أحكام الوديعة بينما يرى بعض الشراح الفرنسيين في هذه الصورة التي يحتفظ فيها البنك بالمستندات المشتراة تحت يده عقد وديعة ضمنياً يستخلص من سكوت العميل وتركه المستندات لدى البنك وهذا التكييف قد يكون صحيحا بشرط ان لانتساهل في استخلاص قصد الايداع لدى العميل.

اما اذا كان العقد الاصلي وديعة ثم طلب العميل من البنك ان يبيع السندات وان يشتري سندات اخرى فهذا لايرفع عن العقد الاصلي وصفه وان كان يضيف اليه عقدا اخر هو الوكالة) (عوض، 1982: 552).

المقصد الثالث

موقف المشرع العراقي من الطبيعة القانونية لوديعة الاوراق المالية

من خلال الرجوع الى المذكرة التفسيرية لقانون التجارة العراقي الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970 يتبين ان المشرع العراقي اعتبر وديعة الاوراق المالية من قبيل الوديعة

(*) ومن الجدير بالذكر ان الدكتور مراد منير فهيم يذهب الى القول: (....ومن هنا ولأهمية هذا الالتزام في ادارة الصكوك في وديعة الاوراق المالية فقد لا يتناولها البعض عند دراسة الودائع المصرفية بوجه عام بل في باب مستقل مع بعض العمليات المصرفية الاخرى التي تقدمها المصارف للعملاء تحت عنوان الخدمات المصرفية) انظر: (فهيم، من دون سنة طبع: 264).

الكاملة، وقد صرح بذلك بقوله (... ولما كانت الوديعة في هذا المقام من النوع الكامل، فقد استلزمت المادة/ 348 رد الاوراق المودعة بعينها وجعلت الرد واجباً بمجرد الطلب ولكنها استمهلت المصرف للمراجعة والمحاسبة وتجهيز الاوراق للرد...) وفي الحقيقة ان موقف المشرع العراقي المتقدم ذكره منتَقَد لأنه على ما يبدو قرر الطبيعة القانونية لوديعة الاوراق المالية من خلال التركيز على نص م/ 348 حصراً من دون الالتفات الى كل النصوص القانونية التي عالجت هذا النوع من الوديعة كنظام قانوني متكامل ويظهر من خلال الاستقراء الدقيق للنصوص القانونية المنظم لوديعة الاوراق المالية ومراجعة المذكرة التفسيرية لقانون التجارة الملغي ان تحديد المشرع لطبيعة هذه العملية المصرفية بدا وكأنه مبتور؛ لان المشرع العراقي صب جُل اهتمامه على التزام المصرف بحفظ الاوراق المالية والتزامه بردها عيناً فقط فما هو موقف المشرع العراقي من الالتزامات الاخرى التي تترتب على عاتق المصرف بمقتضى هذا العقد -الاطار القانوني لهذه العملية المصرفية- والتي قال بشأنها وفي المذكرة التفسيرية نفسها (... وقد ركز القانون عنايته في التزامات المصرف لانها الناحية البارزة في هذا النوع من الودائع، فأشارت المادة/ 344 الى وجوب استعمال الحقوق المتصلة بالورقة لمنفعة المودع الا اذا طلب من المصرف توجيه المنفعة لشخص آخر... والزمته المادة/ 346 بقبض المبالغ التي تتحقق بسبب الورقة ووضعها تحت تصرف المودع او قيدها في حسابه ان كان له حساب والقيام بكل عمل لازم للمحافظة على الحقوق المتصلة بالورقة وأوجبت المادة/ 347 اخطار المودع بكل حق يتطلب استعماله الحصول على موافقته، ولكنها الزمت المصرف بالتصرف في الحق اذا لم تصل تعليمات المودع في الوقت المناسب لكي يفوت عليه كسب او اضاعة حق....).

فلو كان عقد وديعة الاوراق المالية يرتب التزاماً على المصرف المودع لديه بحفظ الأوراق المالية وردها عينا فقط لقلنا أن موقف المشرع العراقي في عد هذا العقد عقد وديعة كاملة موقفا صائبا وسليما لكن الملاحظ ان عقد وديعة الاوراق المالية يرتب التزامات اخرى تبعية نظمها المشرع العراقي ذاته كما اوضحنا أدت الى تغيير الطبيعة القانونية لهذه العملية المصرفية بشكل جعل أغلبية الفقه العربي يتجه نحو عدها عقد مزدوج، عقد وديعة بالمعنى الدقيق وعقد الوكالة.

لذا نقترح على المشرع العراقي اذا ما قام مستقبلا بإعادة العمل بأحكام هذه العملية المصرفية أن يأخذ بنظر الاعتبار هذه المسألة أي تحديد الطبيعة القانونية لها بشكل أكثر دقة وشمولية وبشكل يستوعب كل الجوانب القانونية لها وبالذات التزام المصرف (المودع) الاساس والالتزامات الأخرى التي تأتي تبعاً له او أن يترك امر هذا التحديد او التكييف للفقه.

رأينا في الموضوع نرى وبكل تواضع أن الاتجاهين الفقهيين المتقدم ذكرهما لم يتوصلا الى تكييف عملية وديعة الاوراق المالية تكييفا قانونيا صحيحاً لانهما حاولا ان يقحما هذه العملية في أنظمة القانون المدني –عقد الايداع وعقد مركب من عقد ايداع وعقد وكالة-.

فالاتجاه الاول الذي عدّ وديعة الاوراق المالية عقد ايداع عادي او وديعة عادية لم يراع الفرق الجوهري بين الوديعة التي نحن بصددها وبين الوديعة العادية المقررة في القواعد العامة في القانون المدني آلا وهو أن الاصل في الوديعة العادية انها تبرعية وهذا ما تقرره المادة/ 968 مدني عراقي من (انه ليس للوديع ان يأخذ اجرة عن حفظ الوديعة ما لم يشترط ذلك في العقد) بينما وديعة الأوراق المالية او وديعة الصكوك يجب ان تكون مأجورة دائما اذ تعد هذه الوديعة من العمليات المصرفية التي قرر المشرع تجاريتها في ف-13 مادة/ 5 من قانون التجارة العراقي النافذ، لان المصرف عندما يقوم بها انما يتوسط في تداول الاموال ويهدف من وراء ذلك تحقيق مردود ايجابي – (ربح) وبالتالي فإن المصرف إذا مارسها بشكل مجاني ومن دون أجر فأنها تفقد صفتها التجارية.

اما الرأي الثاني الذي عد وديعة الاوراق المالية (الصكوك) عقدا مزدوجا او مركبا من عقدين، عقد وديعة وعقد وكالة فأنه لم يجانب الصواب لانه يقوم بتجزئة وفصل الالتزام الاساس للمصرف بحفظ الاوراق المالية وردها عينا الى العميل ليطبق عليها احكام عقد الوديعة العادية عن الالتزامات التبعية الاخرى ليطبق عليها احكام عقد الوكالة على الرغم ان كل هذه الالتزامات يفرزها عقد واحد هو عقد وديعة الاوراق المالية، لذلك لابد من النظر الى الالتزامات ككل واحد لايتجزأ لكي لا نضع العقبات امام القضاء عند الفصل في أي نزاع يثار أمامه بشأن العقد او الاخلال بها وتقرير المسؤولية، ومما يؤكد وجهة نظرنا المتواضعة هذه ان اصحاب هذا الرأي انفسهم طرحوا هذه المسألة عندما قرروا بأنه على القاضي اذا ما اثير نزاع بهذا الخصوص ان يقوم بتحديد التزامات كلا الطرفين بحسب مقاصدهما ولايخفى صعوبة الوصول الى القصد او النية فهي امر معنوي كامن في النفس البشرية، فقد يتغلب قصد الوكالة على قصد مجرد الحفظ والرد وقد يحصل العكس.

ولما تقدم يمكن القول أنه من الصعب ادراج عقد وديعة الاوراق المالية ضمن طائفة العقود المسماة او المعروفة في القانون المدني؛ لان القول بذلك فيه اغفال كبير لخضوع هذه العملية للآلية المصرفية او العرف الذي استقر عليه العمل المصرفي صحيح ان أي اتفاق يتم بين المصرف والعميل يتخذ من العقد اطاراً قانونياً له ولكن هذا لا يعني اخضاعه للعقود المقررة في القانون المدني لان للعرف المصرفي تأثير كبير على رسم حدود العد وآثاره بشكل لا يمكن تجاهله هذا من جهة ومن جهة اخرى ان كل عقد من العقود المسماة التي يراد تشبيه وديعة الاوراق المالية لها له ظروفه التاريخية التي ادى تطورها الى استقرار قواعده بالصورة التي نراها الآن لذلك لابد من عد هذه العملية عملية مصرفية متميزة في غايتها - تحقيق فوائد اقتصادية كبيرة للمصارف والعملاء على حد سواء– وفي ذاتيتها –كونها تشتمل على نوعين من الالتزامات التزامات اساسية واخرى تبعية كما بينا– ويجب ان يعطى لها طبيعة قانونية خاصة تستند الى واقع الانظمة المصرفية المتعارف عليها لكي يتحرر من قيود قواعد القانون المدني التي من شأنها ان تعرقل العمليات التجارية عموماً والعمليات المصرفية بوجه خاص.

المبحث الثاني
عقد وديعة الاوراق المالية (وديعة الصكوك)

لعقد وديعة الاوراق المالية او وديعة الصكوك خصائص عدة تميزه واركان موضوعية لابد من توافرها من اجل تكوينه وله احكام قانونية خاصة به، ومن اجل الاحاطة بكل هذه الامور كان لابد لنا من تقسيم هذا المبحث الى ثلاثة مطالب، المطلب الاول ونخصصه لخصائص هذا العقد والمطلب الثاني ونتناول فيه كيفية تكوينه ونشوءه وتنفيذه، بينما يضم المطلب الثالث الاحكام القانونية الخاصة به.

المطلب الاول

خصائص عقد وديعة الاوراق المالية (وديعة الصكوك)

عقد وديعة الاوراق المالية من العقود الرضائية الملزمة للجانبين وهو عقد تجاري كما أنه عقد دولي اما مسألة كونه عقد اذعان وعقداً عينياً ام لا؟ فهذه مسألة غير متفق عليها وبحاجة الى نقاش، وعلى ذلك فأننا سنتولى مناقشة هذه الخصائص في المقاصد الأربعة الآتية:

المقصد الاول: عقد وديعة الاوراق المالية عقد رضائي

فهو عقد يكفي لانعقاده مجرد التراضي أي مجرد اقتران الايجاب بالقبول فمجرد تبادل الطرفين التعبير عن ارادتيهما ينعقد عقد وديعة الاوراق المالية من دون حاجة الى ان يُصب تطابق ارادتي الطرفين في شكل او قالب خاص، ورضائية عقد وديعة الاوراق المالية تتضح من خلال النصوص القانونية المنظمة لهذا العقد اذ انها لا توحي بوجود شكلية معينه فرضتها التشريعات موضوع المقارنة(*).

فضلا عن ان الفقه يكاد يتفق على ان وديعة الاوراق المالية عقد رضائي ينعقد عند توافق الايجاب والقبول ويظهر هذا التوافق عملاً عندما يسلم العميل الاوراق المالية (الصكوك) الى المصرف ويعطيه الاخير ايصالاً بذلك، انظر ايضاً: (عوض، 1982: 554)، (ناصيف، 1983: 339)، (فهيم، من دون سنة طبع: 265)، (القليوبي، 1986: 33)، (المصري، 1987: 22)، (ياملكي، 2001: 314).

المقصد الثاني: عقد وديعة الاوراق المالية ملزم للجانبين

عقد وديعة الاوراق المالية يرتب التزامات متبادلة في ذمة طرفيه بحيث يكون كل منهما في ذات الوقت دائنا ومدينا، إذ يلتزم المصرف المودَّع لديه بحفظ الاوراق المالية او الصكوك المودعة لديه وردها عينا عندما يطلب ذلك العميل المودِّع، كما يلتزم الاخير بدفع الاجرة والعمولة المتفق عليها ويترتب على عد عقد وديعة الاوراق المالية عقدا ملزما للجانبين لوجود ترابط بين التزامات المصرف والعميل، فإذا لم يقم المصرف المودَّع لديه بحفظ الاوراق المالية وادارتها كان للعميل المودع ان يمتنع عن تنفيذ التزامه بدفع الاجرة والعمولة والمصاريف الاخرى.

(*) لاحظ المواد 344-350 من قانون التجارة العراقي الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970 وكذلك المواد من (310-315) من قانون التجارة المصري ذي الرقم 17 لسنة 1999 وكذلك المادة/116 من قانون التجارة الاردني ذي الرقم 12 لسنة 1966 التي لم تستلزم شكلية الكتابة الا في تقدير قصد المودع (العميل) في نقل ملكية الاوراق المالية المودعة الى المصرف المودع لديه وهذا ما قررته الفقرة /2 من هذه المادة.

المقصد الثالث: عقد وديعة الاوراق المالية عقد تجـاري

وديعة الاوراق المالية تعد عملا تجاريا بالنسبة للمصرف في الاحوال جميعها لدى التشريعات موضوع المقارنة(*)، ومنها المشرع العراقي إذْ قرر ذلك في المادة/ 4-ف 6 من قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1970 الملغي(**).

اما بالنسبة للعميل المودع فتعد ايضا عملا تجاريا في جميع الاحوال وذلك لان ايداعه للاوراق المالية او الصكوك يدخل ضمن نطاق نص م/ 5-ف 15 من قانون التجارة العراقي النافذ حاليا اذ تقرر تجارية التعامل في اسهم الشركات وسنداتها، ومصطلح التعامل واسع جدا يشمل الاعمال جميعها التي تتعلق بأسهم الشركات وسنداتها من بيع وشراء وايداع وغيرها(***). اما اذا كان هذا العميل قد أودع اسهمه وسنداته لدى المصرف من اجل المحافظة عليها من السرقة والضياع لغرض استثمارها لا اكثر، فإن العمل يعد مدنيا لعدم توفر شروط تجاريته ويرى استاذنا د. باسم محمد صالح في هذا الصدد ((ان الاستثمار لا يعدو ان يكون توظيفاً بسيطاً للمال تنتفي فيه شروط المضاربة) (صالح، 1992: 58).

وعقد وديعة الاوراق المالية بوصفه عقدا تجاريا يخضع للاحكام الخاصة بالعقود التجارية المستمدة من ماهية العمل التجاري الذي يتصف بالسرعة والثقة، وتبدو هذه الاحكام من خلال توافر الحرية الواسعة في اثبات هذا العقد فبالنسبة الى المصرف المودع لديه فأنه يستطيع ان يثبت العقد بكافة طرف الاثبات وفي مواجهة الكافة اما بالنسبة للعميل المودع فينظر ما اذا كان العقد يعد بالنسبة اليه تجاريا او مدنيا فمتى ما كان العقد بالنسبة اليه تجاريا امكن الاثبات في مواجهته بالطرق المدنية (فهيم، من دون سنة طبع: 266).

المقصد الرابع: عقد وديعة الاوراق المالية يمكن ان يكون ذا طبيعة دولية

يكون عقد وديعة الاوراق المالية عقدا دوليا اذا تضمن عنصراً اجنبيا وبشأنه يثور التنازع فقد يكون المصرف المودع لديه او العميل المودع أجنبياً أو يتم ايداع أوراق مالية صادرة عن شركة اجنبية فما هو القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة؟

(*) لاحظ نص م/ 5-ف (و) من قانون التجارة المصري الجديد، كذلك م/ 6- ف (1- د) من قانون التجارة الاردني ذي الرقم 12 لسنة 1966.

(**) لاحظ نص م/ 5-ف 13 من قانون التجارة العراقي النافذ حاليا اذ تعد جميع العمليات المصرفية وبشكل مطلق تجارية على وجه الأحتراف.

(***) من الجدير بالذكر ان المادة/3-ف 5 من قانون التجارة العراقي الملغي ذي الرقم 49 لسنة 1970 تختلف في منطوقها عن المادة/5-ف 15 اذ انها حصرت الصفة التجارية بتأسيس الشركات التجارية وبيع وشراء اسهمها وسندات استقراضها فقط فلو تم تطبيق هذا المنطوق حرفيا لتبين لنا ان ايداع الاسهم والسندات لايعد عملاً تجارياً لانها اقتصرت على ذكر البيع والشراء لهذه الاوراق حصراً فضلا عن تأسيس الشركات التجارية، لكن كان من الممكن اعتبار وديعة الاوراق المالية عملا تجاريا بالنسبة للعميل استناداً الى نص م/7 بفقرتيها الاولى والثانية من نفس القانون المذكور اذ جاء فيها (1- الاعمال التي يقوم بها التاجر لشؤون تتعلق بتجارته تعد اعمالاً تجارية 2- كل عمل يقوم به التاجر يعد متعلقا بتجارته مالم يثبت غير ذلك).

للاجابة عن هذا التساؤل لابد من التفرقة بين حالتين، الحالة التي يقتصر فيها دور المصرف المودع لديه على مجرد تلقي الأوراق المالية لفظها الى ان يردها الى العميل عند الطلب في الميعاد المتفق عليه، وفي هذه الحالة يتم تكييف العقد كما ذكرنا سابقا على انه عقد وديعة والوديعة يحكمها قانون المكان الذي يتم فيه الإيداع والذي هو قانون المصرف، فالالتزام المميز لهذه العملية هو قيام المصرف بحفظ الشيء المودع وصيانته ورده وهو يلتزم برد الصكوك ذاتها التي تسلمها والاصل ان يتم هذا الرد في المكان الذي تم فيه الايداع وهو المصرف المودع لديه، اما الحالة التي لايقتصر فيها دور المصرف المودع لديه على مجرد حفظ الأوراق المالية وردها وانما يلتزم بالتزامات اخرى مثل ادارة حافظة الاوراق المالية واتخاذ الاجراءات كافة التي من شأنها المحافظة على حقوق العميل فيكون العقد هنا مركب وديعة ووكالة وهنا يكون قانون المكان ايضا هو الواجب التطبيق ايضا أي قانون المصرف؛ اذ يتم إعمال هذا القانون بصفتين الصفة الاولى كونه قانون المكان الذي تم فيه الايداع والثانية قانون الوكيل الذي يتصرف بوصف ان ما يؤديه من عمل هو من صميم مهنته.

وفي الحقيقة ان تطبيق قانون المصرف عند نشوء تنازع بشأن عقد وديعة الاوراق المالية هو الحل المعتمد في القانون المقارن فقد قال به القضاء السويسري في قضية عرضت عليه هي قضية السيد أكس وتتلخص وقائعها بالاتي:

(السيد أكس شخص أمريكي كان يعمل مديرا لمؤسسة مالية ومتزوج منذ عام 1931 من سيدة امريكية وحدث ان التقى هذا الامريكي بألمانية في سنة 1949 وعاش معها الى يوم وفاته في سنة 1961، في سنة 1958 أراد السيد أكس ان يكافيء رفيقته الالمانية على حسن عشرتها له فدعا اتحاد البنوك السويسرية أن ينقل لها من حسابه المفتوح لدى هذا البنك جزء من الصكوك المملوكة في حسابه فاتحاً بذلك حساباً خاصا لها بأسمها ولمصلحتها ومحتفظ لنفسه في نفس الوقت بإمكانية التصرف في هذه الصكوك، كما قام الزوج بأجراء توكيل خاص لهذه الالمانية على جزء خاص من ودائعه، حدث ان مات الزوج اكس فقامت كل من زوجته وابنته باخطار البنك واحاطته علما بأنها وبصفتهما الوريثتين الشرعيتين الوحيدتين للزوج فقد قررتا الرجوع في كل وكالة صدرت عن الزوج المتوفى للغير متعلقة بحسابه الخاص، وكذلك الحسابات التي قام بفتحها بأسم الغير، وقد قام البنك من جهته بأسداء النصيحة الى الزوجة بأن تسحب كل ما كان قائما في حساب الزوج –سواء ما كان خاص به أو الذي وكل فيه الغير– سارعت الزوجة بالعمل بالنصيحة، قامت الالمانية على اثر ذلك بمقاضاة البنك سنة 1967 مطالبة اياه بدفع التعويض عن سلوكه الذي سلكه مما الحق بها ضرراً بليغاً.

فصلت المحكمة الفيدرالية السويسرية في هذه المنازعة بحكم هزيل في التسبيب لانه لم يأخذ بنظر الاعتبار نقاط عديدة متعلقة بتنازع القوانين، أقرت المحكمة ان عقد وديعة الصكوك

يحكمه قانون البنك كما يخضع لذات القانون عملية الوكالة الخاصة بإدارة هذه الصكوك على اساس ان فكرة التركيز تتحقق بالنسبة للعقدين في ذات المكان ومن هنا وقع التطابق في وحدة القانون الذي يحكم العقدين عقد الوديعة وعقد الوكالة المتعلقة بإدارة الصكوك موضوع هذه الوديعة)، نقلاً عن (عبد العال، 1994: 247-249).

ولابد من التساؤل عما اذا كانت صفة الاذعان إحدى خصائص عقد وديعة الاوراق المالية ام لا؟

قد يقال ان عقد وديعة الصكوك او عقد وديعة الاوراق المالية هو من عقود الاذعان على اساس ان المصرف يستقل بمهمة وضع شروط هذا العقد وما على العميل الا ان يوقع عليه ويلتزم بتنفيذ بنوده او يمتنع عن التوقيع ولايوافق على ابرام العقد عندئذ.

الاتجاه الغالب في الفقه المصري يذهب الى القول أن استقلال المصرف المودع لديه بوضع الشروط لايخرج عن كونه نوعا من تسهيل عمليات الايداع ومظهرا من مظاهر الاسراع في اتمام العقد ولا يتضمن هذا العقد أي معنى للاذعان، خاصة وان العميل المودع لايعد طرفا ضعيفا في العقد محتاجاً الى ايداع أوراقه متخوفا من امتناع المصرف عن قبول هذا الايداع بل على العكس ان الايداع لايعد عملية لايمكن الاستغناء عنها ويبقى المصرف المودع لديه هو صاحب المصلحة الاولى في الايداع الذي يعد من اهم اعماله ولايعقل ان المصرف المودع لديه يعرقل سير اعماله فالمصارف عموما تسعى بكل جهدها للحصول على الودائع وتحاول جذب العملاء للتعاقد معها وذلك بعرض ما تقدمه من خدمات (القليوبي، 1986: 34)، (ناصيف، 1989: 401)، (المصري، 1987: 23)، (فهيم، من دون سنة طبع: 266).

ويمكن القول على وفق ما تقدم بأنه على الرغم من استقلال المصارف بأعداد نماذج مطبوعة لعقود وديعة الاوراق المالية مسبقا وقبل الاتفاق على مضمونها مع العميل، الا ان هذا العقد لايعد عقد اذعان لانه لايتعلق بسلعة او مرفق ضروري من ضرورات الحياة مثل عقد اشتراك المياه والكهرباء والتي لا يكون للقابل في هذه العقود الا أن يدع او يأخذ.

وكان لابد لنا من التساؤل أيضاً عن أمكانية اعتبار هذا العقد عينياً أم لا؟

يذهب جانب من الفقه العراقي إلى اعتبار عقد وديعة الأوراق المالية عقداً عينياً فيقضي لتمامه قبض المال المستقرض أو المودع حقيقة او حكماً (....سواءاً انتقلت فيه ملكية هذه الأوراق المالية الى المصرف المودع لديه والتزم برد مثلها إلى المودع فكان كوديعة النقود "عقد قرض" او احتفظ فيه المودع بملكية الوديعة والتزم المصرف لذلك بردها إليه عيناً فكان مجرد عقد ايداع....) (ياملكي، 2001: 314).

بينما يذهب جانب من الفقه المصري الى أن (وديعة الصكوك أو الأوراق المالية كالوديعة بوجه عام في القانون المصري عقد رضائي يكفي فيه توافق الايجاب والقبول من

المودع والبنك، وليس التسليم شرطاً لانعقاده بل هو أثر يترتب عليه)، لمزيد من التفصيل (السنهوري، 1964: 698-701).

وفي الاعتقاد ان عقد وديعة الأوراق المالية لايعد عقداً عينياً وتسويغ ذلك ما يمكن أن يقدم في الفرض الآتي:

- لو قام العميل بإبرام عقد يتفق فيه مع المصرف الذي يتعامل معه على إيداع اسهم ليست موجودة لديه وقت العقد بل انه كلف المصرف بشرائها بعدد معين ونوع معين بمجرد طرحها قبل الشركة المصدرة لها...الا يكون هذا العقد صحيحاً طالما انه يجوز ان يكون محل العقد معدوماً وقت التعاقد إذا كان من الممكن الحصول في المستقبل وعين تعييناً نافياً للجهالة والغرر، فالملاحظ في هذا الفرض ان عقد وديعة الأوراق المالية انعقد صحيحاً على الرغم ان المودع لم يقم بتسليم الاسهم التي يروم ايداعها، بل جاء تالياً لانعقاده وهذا يعني ان التسليم التزام يترتب على العقد وليس ركناً فيه.
- أما ما قال به جانب من الفقه العراقي من وصف وديعة الأوراق المالية عقداً عينياً سواءً انتقلت فيه ملكية هذه الأوراق إلى المصرف المودع لديه والتزم برد مثلها إلى المودع وهي هنا تكون عقد قرض (كوديعة نقود) أو احتفظ فيه المودع بملكية الوديعة والتزم بحفظها وهي هنا مجرد عقد ايداع فيمكن الرد عليه بأن اهم ما يميز وديعة الأوراق المالية من الوديعة النقدية هو عدم انتقال ملكية الأوراق المالية إلى المصرف بل يحتفظ العميل بملكيتها ويلتزم المصرف المودع لديه بحفظها، وان يبذل في ذلك الحفظ عناية الوديع بأجرة، وان يستعمل الحقوق المتصلة بهذه الاوراق لمصلحة المودع ويقوم بكل عملية تكون لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالورقة وقبض فوائدها وارباحها وقيمتها وكل مبلغ يستحق بسببها ومن ثم يلتزم بردها بمجرد ان يطلب المودع ذلك، وهذا ما قرره المشرع العراقي خلال تنظيمه لهذه العملية المصرفية في المواد/ 344–350 من قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1970 الملغي ولو اراد المشرع ان يقرر انتقال ملكية الاوراق الى المصرف المودع لديه لنص على ذلك صراحة –او ضمناً– مثلما فعل بالنسبة لوديعة النقود.
- ولماذا يفترض انتقال ملكية الاوراق المودعة الى المصرف لنجعل منه عقد قرض والأصل انه وديعة فقط –اذا كان المصرف ملتزماً بحفظ الأوراق المودعة وردها– او وديعة ووكالة– اذا كلف المصرف بالتزامات تبعية اخرى فضلا عن الالتزام بالحفظ والرد والوديعة على وفق القواعد العامة هي عقد يلتزم به شخص ان تسلم شيئا من آخر، على ان يتولى حفظ هذا الشيء وعلى ان يرده عيناً.

اذن اساس الوديعة حفظ الشيء المودع ذاته ثم رده عينا والقول بغير ذلك يعني هدم لأهم الأسس التي تتميز به هذه الوديعة عن الوديعة النقدية التي هي حالة خاصة تختلف عن الوديعة العادية ولابد من الاشارة في هذا الصدد الى ما قاله د. علي جمال الدين عوض

(...ولكن هذه المبادئ الخاصة بعقد الوديعة لاتنطبق على الوديعة النقدية لانه فيما عدا الحالة الاستثنائية لايداع نقود بذاتها فإن البنك لايقصد ابداً المحافظة على النقود التي تلقاها بذاتها بل يقصد استخدامها على ان يرد مثلها، كما ان القضاء يجيز له ان يدفع طلب الاسترداد بالمقاصة ويقضي بمسؤوليته عن رد الوديعة ولو هلكت بقوة قاهرة فيلزمه ان يرد مثلها، وهذه الاحكام تباعد بين الوديعة العادية والوديعة المصرفية...) (عوض، 2000: 55).

المطلب الثاني

إنشاء عقد وديعة الأوراق المالية

قدمنا بأن عقد وديعة الاوراق المالية او وديعة الصكوك هو عمل مصرفي يتخذ من العقد اطاراً قانونياً له الأمر الذي يستلزم لتكوين هذا العقد توافر الاركان الضرورية لوجود كل عقد من تراضٍ ومحل وسبب، إذ ان لأبرام هذا العقد طريقة خاصة لابد من بيانها لذا سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى اربعة مقاصد، المقصد الاول ويخصص للتراضي والمقصد الثاني للمحل والثالث للسبب اما المقصد الرابع فسوف نبين فيه مسألة إثبات هذا العقد.

المقصد الاول: التراضي

التراضي هو قوام التصرفات الإرادية ويشترط في التراضي ان يكون موجوداً وصحيحاً على وفق القواعد العامة في انعقاد العقد.

الشرط الاول: ان يكون التراضي موجوداً، يتحقق ذلك بتطابق الايجاب الصادر من العميل المودع مع القبول الصادر من المصرف المودَّع لديه ويفترض ان تقديم او عرض العميل للمصرف الاوراق المالية او الصكوك المراد ايداعها يعد بحد ذاته ايجاباً يصلح لان يبرم به العقد متى ما اتصل به قبول المصرف(*)، ذلك لان وديعة الاوراق المالية او وديعة الصكوك من العمليات المصرفية التي تقتضيها الحياة اليومية للتاجر فهي تتم من دون حاجة الى المفاوضات التي تسبق العقود المهمة والصفقات الكبيرة.

اما القبول فهو التعبير البات الصادر من المصرف -الذي سيتلقى الصكوك او الاوراق المالية ليودعها لديه- بالموافقة على الايجاب المقدم من العميل طالب الايداع ونعتقد ان تقديم هذا المصرف للعميل قائمة تتضمن البيانات الخاصة بعدد الصكوك المراد ايداعها ونوعها وارقامها يعد تجسيداً للقبول الصادر من المصرف، فإذا قام العميل طالب الايداع بالتوقيع على هذه القائمة بعد ملئها ينعقد العقد.

لذا ينبغي التساؤل في هذا المجال عن امكانية عد السكوت في مجال عقود وديعة الاوراق المالية قبولاً من عدمه؟

(*) لاحظ نص م/ 80 مدني عراقي ذي الرقم 40 لسنة 1951 اذ نصت على انه (عرض البضائع مع بيان ثمنها يعد ايجاباً، اما النشر والاعلان وبيان الاسعار الجاري التعامل بها وكل بيان اخر يتعلق بعروض او طلبات موجهة للجمهور او الافراد، فلا يعد عند الشك ايجاباً وانما دعوة الى التفاوض، ثم لاحظ نص م/94 من القانون المدني الاردني ذي الرقم 43 لسنة 1976.

على وفق القواعد العامة فإن سكوت المصرف يعد قبولاً في حالة تلاحق عقود وديعة الاوراق المالية التي يبرمها العميل التاجر مع مصرفه بشكل متصل، الامر الذي يؤدي فيه السكوت الى معنى القبول سواء اتصل ايجاب العميل بهذا التعامل او نجم عن ايجابه منفعة لمن وجه اليه هذا الايجاب أي المصرف وفي قيام المصرف بتنفيذ الايداع معنى القبول(**).

ويمكن القول ان السكوت في مجال العقود المصرفية عموماً وفي عقد وديعة الاوراق المالية أيضاً لا يمكن قبولاً لان ثمة اجراءات لابد ان يقوم بها المصرف الذي يراد ايداع الاوراق المالية لديه لكي يعبر عن قبوله بتنفيذ الايداع كتقديم القائمة التي سبق ذكرها وكذلك تسليم الايصال المؤقت والنهائي.

ولكن متى يتصل ايجاب العميل طالب الايداع بقبول المصرف فينشأ هذا العقد؟ أي متى تتطابق الارادتان ارادة العميل وارادة المصرف فينعقد العقد؟

اذا كان المصرف المراد الايداع لديه والعميل طالب الايداع حاضرين أي كان الطرفإن على اتصال مباشر بحيث لا يكون هناك فترة زمنية تفصل بين صدور القبول من المصرف وعلم العميل الموجب به، فأنه على وفق القواعد العامة يكون مجلس العقد قد اتحد حقيقة، وانعقد العقد بمجرد صدور القبول من المصرف المراد الايداع لديه ويمكن القول بأنه لا مشكلة تثور بهذا الصدد طالما ان العميل حاضرا في موقع المصرف المراد الايداع لديه، لكن المشكلة تثور فعلا عندما يكون العميل موجوداً في بلد آخر أي في حالة وجود فاصل زمني بين صدور القبول من المصرف وعلم العميل الموجب به حيث يتم ذلك عن طريق الرسائل والبرقيات العادية مثلا فكيف يمكن تحديد زمان ومكان انعقاد عقد وديعة الاوراق المالية.

عرفت بهذا الشأن اربع نظريات:

- **نظرية اعلان القبول**، وبمقتضاها يتم العقد بمجرد اعلان القبول، وقبل ان يصل الى علم الموجب، ففي هذه اللحظة يكون الايجاب قد اقترن بالقبول وهو كل ما يشترط لانعقاد العقد ويتفق هذا مع السرعة في المعاملات التجارية وبالذات العمليات المصرفية لكن عيب هذه النظرية انها تغفل القواعد العامة التي تقر بأن التعبير عن الارادة لا يحدث اثره الا في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه والقبول باعتباره تعبيرا عن الارادة لايحدث اثره الا من وقت ان يتصل بعلم من وجه اليه لا من وقت اعلانه.

(**) لاحظ نص م/ 81 مدني عراقي اذ تنص على انه (1- لا ينسب الى ساكت قول ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعد قبولاً 2- يعد السكوت قبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او اذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه ....) ثم انظر م/ 98- ف2 مدني مصري، م/95 في مدني اردني.

- **نظرية تصدير القبول،** وبموجب هذه النظرية ينعقد العقد لا بمجرد اعلان القبول بل بعد تصديره أي بعد وضع الرسالة في صندوق البريد او تسليم البرقيات الى مكتب الارسال، وهذه النظرية يعيبها ما يعيب النظرية السابقة (الحكيم والبكري والبشير، 1980: 52)، فضلا عن انها تعلق اهمية كبيرة جدا على واقعة وضع الرسالة في الصندوق او تسليم البرقية للعامل مع ان تعليمات البريد تسمح للمرسل استعادة الرسالة أو البرقية قبل توقيعها (ياملكي والشماع، 1980: 28).
- **نظرية الوصول،** وبموجبها ينعقد العقد بمجرد ان يصل القبول الى الموجب بغض النظر عن علمه بالقبول، والوصول على وفق هذه النظرية لايعد ان يكون قرينة على العلم.
- **نظرية العلم،** تقضي هذه النظرية بأن العقد لا ينعقد الا اذا وصل القبول الى علم الموجب، وهذ النظرية تتفق مع القواعد العامة في ان التعبير عن الارادة لا ينتج اثره الا من الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه اليه، وهذا ما اخذ به المشرع العراقي في المادة/ 87 مدني عراقي، والمشرع المصري في م/ 97- ف1 مدني مصري(*).

ولكن هل يمكن أن يكون رضا المصرف او العميل ضمنياً ام يشترط صراحة رضا كل منهما؟.

يذهب غالبية الفقه في مصر الى ان رضا كل من المصرف و العميل المودع يمكن ان يكون ضمنياً يستفاد من سكوتهما على ترك الاوراق المالية التي كلف المصرف المودع لديه –ذاته– بشرائها من دون مطالبته بتسليمها اليه اذ ان هذا الموقف لايفسر الا على اساس اتجاه ارادة العميل الى ايداع هذه الاوراق المشتراه لحسابه لدى المصرف، وبعكس هذه الحالة اذا سلم العميل للمصرف اوراقا مالية لبيعها لحسابه وايداع الثمن المتحصل منها في حسابه فإن حيازة المصرف لهذه الاوراق من يوم استلامها حتى يوم البيع لاتفسر على انها وديعة قائمة على الارادة الضمنية للعميل بل ينظر الى حيازة المصرف هنا على انها وديعة عابرة تستند الى عقد الوكالة الذي بمقتضاه يقوم المصرف ببيع الاوراق المالية لحساب العميل (الشواربي، 2005: 80)، (المصري، 1987: 23)، (فهيم، من دون سنة طبع: 266)، (القليوبي، 1986: 34)، (ناصيف، 1983: 399).

الشرط الثاني: ان يكون التراضي صحيحاً، لايكفي لوجود عقد وديعة الاوراق المالية او وديعة الصكوك ان يكون التراضي موجودا بل يجب أن يكون صحيحا ايضا وصحة هذا التراضي تتحقق متى كانت ارادة كلا المتعاقدين معتدٌ بها قانوناً، والامر لايكون كذلك ما لم تكن ارادة كلا المتعاقدين خالية من كل عيب من عيوب الرضا من جهة ومتمتعة بالصلاحية

(*) تنص م/ 87 مدني عراقي على انه (1- يعد التعاقد ما بين الغائبين قد تم في المكان والزمان اللذين يعلم فيها الموجب بالقبول ما لم يوجد اتفاق صريح او ضمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك، 2- ويكون مفروضا ان الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل اليه فيهما). في حين ان م/ 101 مدني اردني تنص على انه (اذا كان المتعاقدان لايضمهما حين العقد مجلس واحد يعد المتعاقد قد تم في الزمان وفي المكان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق او نص...)

اللازمة لانشاء العقد من جهة اخرى، أي ان تكون الارادة صادرة عن ذي اهلية في حالة التصرف أصالة او عن ذي سلطة في حالة التصرف نيابة (ياملكي والشماع، 1980: 412).

فأما المصرف(*) فلا يثير شرط الصلاحية بشأنه أي مشكلة لانه متمتع بالصلاحية اللازمة لممارسة جميع الاعمال المصرفية، ومنها وديعة الاوراق المالية.

اما العميل المودع، وحيث ان وديعة الاوراق المالية تعد من الاعمال المصرفية التي عدتها التشريعات -موضع المقارنة-(**) اعمالاً تجارية بحكم القانون لذلك كان لابد لمباشرتها من التمتع بالاهلية الكاملة سواء أكان ذلك بأكماله الثامنة عشرة من عمره من دون ان يعترضه أي عارض عن عوارض الاهلية(***) او بأكماله الخامسة عشرة من عمره وتزوجه بأذن القضاء في التشريع العراقي(****) او بأكماله الخامسة عشر من عمره وكان مأذونا بالاتجار شريطة ان يحصل على اذن من وليه وترخيص من المحكمة(*****). ويذهب جانب من الفقه المصري الى اشتراط اهلية التصرف في العميل المودع لان عقد ايداع الصكوك ليس من عقود التبرع فهو على خلاف الوديعة المدنية عقد معاوضة اذ يتقاضى المصرف عنها دائما أجراً يتفق عليه...) (الشواربي، 2005: 80-81).

اما عقد وديعة الاوراق المالية من قبل الصغير مميزا كان او غير مميز، فإن حكمه يخضع للقواعد العامة في القانون المدني اذ لا خصوصية في هذا المجال لعقد وديعة الاوراق المالية وكذلك الحال بالنسبة لما تتأثر به أهلية العميل المودع من عوارض تطرأ على العقل فتعدم التمييز والارادة كالجنون والعته، او عوارض تخل بحسن التدبير كالسفه والغفلة، فلم تفرد أي من التشريعات حكماً قانونياً خاصاً لها(*).

ومثلما يجوز للشخص الطبيعي ابرام عقد وديعة الاوراق المالية عند تحقق أهليته كاملة فأنه يحق للشخص المعنوي ايضا عند ثبوت صلاحيته لذلك فمن المعروف ان الشخص المعنوي اعترف له بشخصية مستقلة عن شخصية الافراد المكونين له تمكنه من تحقيق

(*) تعرف م/ 1- ف9 من قانون البنك المركزي العراقي ذي الرقم 64 لسنة 1976 المصرف بأنه المؤسسة التي تزاول أي عمل من اعمال الصيرفة بصفة اساسية فضلا عن الاعمال والخدمات المصرفية الاخرى...) وتعرف م/ 2 من قانون البنوك الاردني ذي الرقم 28 لسنة 2000 المصرف بأنه (الشركة التي يرخص لها بممارسة الاعمال المصرفية على وفق احكام هذا القانون بما في ذلك فرع البنك الاجنبي المرخص بالعمل في المملكة).

(**) لاحظ نص م/ 5- ف 13، قانون تجارة عراقي نافذ، م/ 1- ف6 – د تجارة اردني، م/5- ف و- تجارة مصري جديد.

(***) لاحظ نص م/ 106، مدني عراقي.

(****) لاحظ نص م/ 3 –اولا– (أ) من قانون رعاية القاصرين العراقي ذي الرقم 87 لسنة 1980.

(*****) لاحظ نص م/ 98 مدني عراقي، م/ 10- ف 3 تجارة مصري جديد، م/119 مدني اردني.

(*) لاحظ المواد (107، 108، 109، 110) مدني عراقي – ثم لاحظ المواد (127، 128، 129، 130)، مدني اردني– ثم لاحظ المواد (113، 114، 115، 116)– مدني مصري.

أغراضه لينتج عن ذلك صلاحيته لاكتساب الحقوق(**)، إلا ان هذه الصلاحية تختلف عن اهلية الشخص الطبيعي لان الشخص المعنوي لايحق له ان يقوم بنشاط خارج موضوعه بل هو مقيد بالغرض الذي انشيء من اجله(***)، هذا من ناحية، ومن ناحية اخرى فأنه يفترض ان لكل شخص معنوي ممثلاً يعبر عن ارادته اذ لايستطيع ممارسة اعماله وتصرفاته بنفسه وبالتالي فأنه يكون للشخص المعنوي كالمؤسسات والشركات ابرام عقود وديعة الاوراق المالية مع المصارف التي يتعامل معها عن طريق ممثله المعبر عن ارادته، لكن **لنا ان نتساءل هل يحق للمصرف كشخص معنوي ان يكون مودِّعاً لصكوك او اوراق مالية لدى مصرف آخر؟**

بالرجوع الى نص م/ 27 قانون المصارف العراقي الذي اصدرته سلطة الائتلاف المؤقتة (ملحق 1/ 19 ايلول/ 2003 / أ) نجد أنها قد أجازت للمصارف في الفقرة/ ج– (ان تشتري وتبيع لحسابها الخاص او لحساب العملاء (بما في ذلك خدمات ضمان الاكتتاب والسمسرة) أياً مما يلي: صكوك سوق النقد (بما في ذلك الشيكات والسفاتج (الكمبيالات) والسندات الاذنية وشهادات الايداع)، والعملات الاجنبية، والمعادن النفيسة وصكوك سعر الصرف والفائدة والسندات والاوراق المالية الاخرى القابلة للتحويل والعقود الآجلة واتفاقات المبادلة والعقود المستقبلية وعقود الخيار والمشتقات الاخرى المتعلقة بالعملات او الاسهم والسندات او المعادن النفيسة او أسعار الفائدة) وكذلك اجازت لها في الفقرة/ هـ من المادة نفسها تقديم خدمات المقاصة والتسوية والتحويل للنقد والاوراق المالية واوامر الدفع وصكوك الدفع (بما في ذلك الشيكات وبطاقات الأئتمان والخصم وطرق الدفع الأخرى؛ والشيكات السياحية والحوالات المصرفية والتحويلات السلكية والمبالغ المدينة والدائنة المرخص لها سلفاً، وبعد ان قامت بأيراد الانشطة الاخرى التي يجوز لهذه المصارف القيام بها ايضا في الفقرات (و، ز، ح، ط، ي) قضت في الفقرة الاخيرة منها ك / بالقول (..اي شيء يكون تابعاً لما سلف ولأي انشطة اخرى لاتحظرها م/ 28 يجيزها البنك المركزي العراقي بموجب لائحة باعتبارها انشطة مصرفية) يتبين لنا ما يأتي:

1- ان المشرع في هذا القانون اجاز عموماً للمصارف ان يتعامل بعدد من الاوراق المالية والصكوك والسندات، ويلاحظ في هذا الصدد:

أ- حصر المشرع هذا التعامل بصورٍ محددة وهي البيع والشراء للحساب الخاص لهذه المصارف او لحساب العملاء، وهذا ما اتضح من نص الفقرة/ ج من هذه المادة، وكذلك تقديم خدمات المقاصة والتسوية والتحويل والنقد وهذا ما اتضح في نص

(**) لمزيد من التفصيل في القواعد التي تحكم الشخص المعنوي انظر: (موافي، 1987: 14-15)، وللتعرف على ماهية الاشخاص المعنوية في القانون العراقي لاحظ م/ 47 مدني عراقي.

(***) تقضي المادتان/ 48 مدني عراقي، م/ 53- فـ2 مدني مصري بأنه (وعنده اهلية الاداء وذلك في الحدود التي يبينها عقد انشائه والتي يفرضها القانون..).

الفقرة/ د، وكذلك حفظ وادارة الاشياء الثمينة بما في ذلك الاوراق المالية وماذا تقرر في الفقرة/ ز من نفس المادة.

ب- قدم المشرع تعدادا حصريا للاوراق المالية والصكوك والسندات التي أنصبت عليها الانشطة المصرفية بمعنى اخر انه اورد هذه الاوراق والصكوك والمستندات التي اجاز للمصارف التعامل بها على سبيل الحصر لا على سبيل المثال والدلالة.

2- ان المشرع لم يصرح في الفقرتين (ج، د) ضمن الانشطة المصرفية المذكورة قيام المصارف بحفظ وايداع الاوراق والصكوك والمستندات التي تمتلكها لدى مصرف اخر او لدى البنك المركزي العراقي، الا انه يمكن لنا ان نستشف امكانية قيام المصارف بايداع اوراقه المالية او صكوكه من خلال مضمون نص الفقرة (ك) لان (مصطلح أي شيء يكون نابعاً لما سلف ولأي انشطة اخرى لاتخطرها م/ 8) اصطلاح واسع مطاط يسمح بالقياس عليه من جهة، ومن جهة أخرى يمكن ان يشمل أية صورة من صور التعامل بالاوراق المالية والصكوك لا سيما وان ايداع هذه الاوراق المالية والصكوك لم تحظرها المادة/28 من هذا القانون التي قضت (تحت عنوان الانشطة المحظورة) بما يأتي: (لايمارس أي مصرف او يشارك كوكيل او شريك او مالك او مشارك في تجارة بالجملة او بالمفرد او في عمليات تصنيع او نقل او زراعة او مصائد اسماك او تعدين او بناء او اعادة تأمين او ضمان تأمين او انشطة تجارية اخرى باستثناء الانشطة المرخص له بها بموجب المادة/ 27 وبغض النظر عما سلف وبموافقة خطية مسبقة من البنك المركزي العراقي، يجوز للمصرف ان يمارس او ان يشارك في ممارسة هذه الانشطة مؤقتاً بقدر ما يكون ذلك ضروريا لتلبية مطالبات بشرط انه يجوز للبنك المركزي العراقي ان يطلب وقف هذه الانشطة في تاريخ محدد في الترخيص او التصريح) (الوقائع العراقية، 2003: 41-142).

وبعد ان تم تحديد الاهلية المطلوبة في العميل المودع سواء أكان شخصاً طبيعيا او معنويا لكي يتمكن من ابرام عقد وديعة الاوراق المالية فأنه لابد من مناقشة مسألة امكانية العميل المودع من ابرام هذا العقد مع المصرف بطريق النيابة؟.

يمكن القول أن عقد وديعة الاوراق المالية تصرف ارادي والتصرفات الارادية تباشر اما أصالة وأما نيابة فلا شك ان هذا العقد يمكن ابرامه نيابة عن العميل فيشترط فيمن يباشر عملية الابرام ان يكون متمتعا بالسلطة وهي صلاحية الشخص للتصرف بأموال غيره ومصدر هذه الصلاحية قد يكون القانون كما في الولاية او القضاء كما في الوصاية او الاتفاق كما في الوكالة، أما ابرام العقد وكالة فأنه يتم بوكالة خاصة صادرة من العميل (الاصيل) لغرض ايداع اوراقه المالية، متى افصح الوكيل للمصرف عن صفته في ابرام العقد أي ذكر انه وكيل عن العميل طالب الايداع نشأت علاقة قانونية مباشرة بين المصرف وبين العميل طالب الايداع (الموكل) او الاصيل لان اثر هذا العقد

قانوناً تنصرف الى العميل الموكل وليس الى الوكيل، ولكن هل يمكن ابرام هذا العقد من قبل ولي الصغير او وصيه او القيم عليه؟

في الحقيقة ان المشرع العراقي لم ينص في قانون رعاية القاصرين على جواز ذلك من عدمه الا انه يمكن القول بالجواز استناداً الى ما يأتي:

- تقضي (المادة/ 41) من قانون رعاية القاصرين ذي الرقم 78 لسنة 1980 بإلزام الولي او الوصي او القيم بالمحافظة على اموال القاصر وله القيام بأعمال الادارة المعتادة على ان يبذل في كل ذلك ما يطلب من الوكيل المأجور بذله على وفق أحكام القانون، وحيث ان إدارة الاوراق المالية او الصكوك والمحافظة عليها من السرقة والضياع تعد الغاية الاساس ة من ابرام عقد وديعة الاوراق المالية مع المصرف، لذا يمكن اعتبار ابرام هذا العقد من التصرفات التي يستطيع ولي القاصر او وصيه او القيم عليه القيام بها.
- لاتجيز (المادة/ 43- ف ثانيا) من القانون نفسه للولي او الوصي او القيم مباشرة التصرفات في المنقول او الحقوق الشخصية او الاوراق المالية الا بموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة بعد التحقق من مصلحة القاصر في ذلك وبما ان وديعة الاوراق المالية لاتنطوي على التصرف بالصكوك او الاوراق المالية بما يؤدي الى نقل ملكيتها الى المصرف –كما هو الحال في عمليات مصرفية اخرى مثل الخصم- لذا يمكن القول من هذا الجانب ايضاً بإمكانية الولي او الوصي او القيم بأيداع هذه الاوراق ومن دون الحاجة الى حصول موافقة مديرية رعاية القاصرين ما دام ان هذا الامر فيه تحقيق لمصلحة القاصر.
- توجب (المادة/ 48 –اولاً–) من القانون المذكور على الولي او الوصي او القيم ايداع ما زاد على نفقة القاصر وما يزيد عما اذن له صرفه من النقود في صندوق اموال القاصرين ويستنتج من هذا النص ان عملية الايداع النقدي من ضمن الاعمال التي يتوجب على الولي او الوصي او القيم مباشر تها لمصلحة القاصر، وبالتالي فأنه يمكن القول بجر هذا الحكم أي حكم جواز الايداع النقدي – على حالة ايداع الاوراق المالية لاتحاد العلة في الحالتين وهي توخي مصلحة القاصر في هذا الايداع سواء انصب على النقود او الاوراق المالية والصكوك.

والارادة لايكفي ان تكون صادرة عن ذي اهلية او ذي صلاحية وانما يجب ان لاتكون هذه الارادة مشوبة بأي عيب من عيوب الارادة كالغلط والاكراه او الاستغلال او التغرير مع الغبن، فإذا اصيبت الارادة بأي عيب من هذه العيوب، فإن ذلك يؤدي الى جعل العقد موقوفاً أي غير نافذ، وربما الى بطلانه (ياملكي والشماع، 1980: 36).

غير ان هذه العيوب قلما تجد لها مجالاً للتطبيق في العقود المصرفية وتبرير ذلك ربما نجده فيما يقول الدكتور علي جمال الدين عوض –ونحن نؤيده في ذلك- في هذا الصدد(...ان ما تصدره ادارة البنك من تعليمات لموظفيها في خصوص العقود والعلاقات مع العملاء لاتلزم –أي تلك التعليمات– الا موظفي البنك، اما العميل فلا يلزمه منها الا ما يقبله وبرضاه وقت التعاقد او بعده، وانما يكفي ان يكون القبول ضمنياً، وعلى البنك اثبات ان العميل قبل حكمها ولو بطريق الافتراض المعقول، ولذا تحرص بنوك كثيرة على نشر هذه التعليمات والقواعد على اوسع نطاق في الصحف او في الاماكن الظاهرة التي يتردد عليها العملاء او بجوار المكان الذي يقف العميل فيه للتفاوض مع موظف البنك وأفضل من ذلك كله ان يشار في العقد الى اللائحة او التعليمات بكتابه نصها او بيان محدد عنها والحصول على توقيع العميل انه احاط بها علماً، كما يكفي لأثبات رضا العميل اثبات كون العميل قد تعاقد على اساسها مراراً من قبل او كونه محترفاً ولاتخفى عليه أحكامها...) (عوض، 2000: 26-27).

لذا فإن المسلك الذي تتبعه المصارف في نشر تعليماتها وتعريف عملائها بقواعد التعامل معها واطلاعهم قبل التعاقد على بنود العقود النموذجية التي تتخذها اساساً للتعامل معهم، فضلا عن قيام معظم العمليات المصرفية على الاعتبار الشخصي، بمعنى انه على اساس شخصية العميل يحدد المصرف ما اذا كان سيتعامل مع العميل ام لا؛ فالمصرف غير ملزم بإيداع الاوراق المالية لأي عميل يطلب منه ذلك بل انه يتخير عملاءه بمحض ارادته وتبعاً لما يتراءى له من مدى اطمئنانه لعميله ذلك الاطمئنان النابع من شخصية العميل، كل ذلك له دور كبير في التقليل من حالات الغلط والاكراه والتغرير والاستغلال مع الغبن التي يمكن ان يقع بها العميل فتؤدي الى تعيب ارادته، ولا ننسى بأن تقديم المصرف للعميل قائمة تتضمن البيانات الخاصة بعدد الصكوك او الاوراق المالية المودعة ونوعها وارقامها وبيانات اخرى تحدد ذاتية الصكوك وتوقيع العميل على القائمة واستلامه ايصالاً بذلك تعد خطوات عملية تساعد في جعل ارادة العميل حرة وصحيحة بعيدة عن العيوب.

لكن مع ذلك فلو تحقق أي من هذه العيوب في مجال العقود المصرفية فلا توجد احكام خاصة بشأنها لذلك يصار الى تطبيق القواعد العامة المقررة في القانون المدني(*).

المقصد الثاني: المحل

هو الشيء الذي يرد عليه العقد، وهو ركن لازم لأنشاء كل عقد، فالتراضي لوحده لايكفي لإنشاء العقد بل لابد من محل يضاف اليه ويكون قابلا لحكمه(**)، ويلزم قانوناً ان

(*) لاحظ المواد/ 112–125، مدني عراقي.
(**) لاحظ نص م/ 126 مدني عراقي.

يكون هذا المحل محقق الوجود ومعين تعييناً نافيا للجهالة وقابلاً للتعامل به (***) وتطبيقاً لذلك فإن انشاء وديعة الاوراق المالية تستلزم ان ينصب اتفاق المصرف والعميل على محل موجود ومعين وقابل للتعامل ويتضح من النصوص القانونية المنظمة لهذه الوديعة ان الاوراق المالية هي محل هذه العملية المصرفية ولكن ما المقصود بالاوراق المالية؟

تعد الاوراق المالية التي تصدرها الشركات المساهمة هي السلعة الرئيسة التي يتم تداولها في اسواق رأس المال او البورصات؛ وسوق المال هي المكان أو الآلية التي يتم بمقتضاها ومن خلالها حيازة الاصول (الموجودات المالية) وتداولها، اما البورصة فهو لفظ يطلق على مكان الاجتماع او على مجمل الصفقات التي تعقد وهي –أي البورصة– تعد حلقة الوصل بين مشروعات التنمية وإدخارات الافراد، ويرجع الاسم التاريخي للبورصة إلى احدى روايتين الاولى ترجع اصل اللفظة الى اسم فندق في مدينة (بورج) في بلجيكا كان منقوشاً على واجهته شعار عملة على ثلاث صوروكان يجتمع في هذا الفندق فريق من التجار والمصرفيين ووسطاء ماليون لتصريف اعمالهم والرواية الثانية ترجع اصل لفظة البورصة الى لقب عائلة مسماة بهذا الاسم عاشت في القرن السادس عشر في مدينة (بورج) يتخذها زبائن ووسطاء ماليون لعقد الصفقات واجراء المعاملات المالية (النجفي، 1992: 19-20).

ويمكن تصنيف الاوراق المالية بعدة طرق؛ إذ تصنف من حيث ماهيتها الى اوراق مالية تمثل حق ملكية وهي الاسهم العادية، واوراق مالية تمثل مديونية وهي السندات، لمزيد من التفصيل (طه، 1989: 406-440). اما الاسهم الممتازة فتعد خليط من الاسهم العادية والسندات وكذلك يمكن تصنيف الاوراق المالية من حيث تاريخ استحقاقها الى اوراق مالية قصيرة الاجل وأوراق مالية متوسطة الاجل واوراق مالية طويلة الاجل وهناك تصنيف آخر لهذه الاوراق ويقوم على اساس سوق رأس المال واسواق النقد، مع ملاحظة ان اسواق رأس المال تتعامل في الاوراق المالية طويلة الاجل (اسهم وسندات)، اما اسواق النقد فهي التي تتداول في الاوراق المالية قصيرة الاجل من خلال السماسرة والبنوك التجارية (حنفي وقرياقص، 2000: 243-244).

ومن الجدير بالذكر في هذا المجال ان التشريعات العربية قد تباينت في تسمية هذه العملية المصرفية بشكل انعكس سلبياً على التحديد الدقيق للمحل الذي تنص عليه، ومن اجل توضيح ذلك كان لابد من بيان موقف كل من المشرع المصري والمشرع التونسي وكذلك المشرع الاردني الذي اتحد موقفه مع المشرع العراقي في هذا الصدد.

(***) لاحظ نص م/ 130 مدني عراقي.

- موقف المشرع المصري: يستخدم المشرع المصري في قانون التجارة المصري الجديد ذي الرقم 17 لسنة 1999 مصطلح (وديعة الصكوك)(*). وهذا يعني بأن محل هذه الوديعة هو الصكوك فماذا اراد بذلك اوراقاً مالية ام مستندات اخرى غير الاوراق المالية؟

جاء في المذكرة الايضاحية لقانون التجارة المصري الجديد بشأن المادة/310 –التي ذكر فيها مصطلح الصكوك– ما يأتي:

(...انه كثيرا ما يلجأ اصحاب الاسهم والسندات وشهادات الايداع الى ايداعها لدى البنوك خشية ضياعها او ليتحمل البنك عنهم خدمتها، ويتم هذا الايداع بمقتضى عقد ايداع بين البنك وعملائه...) (المذكرة الايضاحية (الشواربي، 2005: 75)).

اذن قصد المشرع المصري بالصكوك في هذه المادة الاسهم والسندات التي تصدرها الشركات المساهمة فضلا عن شهادات الايداع(*)، وفي ذلك نرى انه لم يتوخَ الدقة في استخدام مصطلح (الصكوك) بدلا من مصطلح (الاوراق المالية) الذي قصده فعلا وصرح به في المذكرة الايضاحية ومما زاد في عدم الدقة انه اضاف الى هذه الاوراق المالية شهادات الايداع؟ فهل ان الصكوك تشتمل على الاسهم والسندات وشهادات الايداع، وبالطبع فأنه لا يقصد بالصكوك الشيكات التي تعد واحدة من الاوراق التجارية –الخاضعة لأحكام قانون الصرف– التي نظم احكامها في المواد (472–539) من قانون التجارة المصري الجديد.

فمصطلح الصك –كما عرفته واستخدمته الدولة العربية الاسلامية– أمر خطي يدفع بواسطته مقدار معين من النقود الى الشخص المسمى فيه فهو والحالة هذه وسيلة لدفع الاموال الى مستحقيها او الاموال التي تعاطاها الصرافون بالذات، وعادة يجري تحرير الصك بدقة متناهية اذ يدرج فيه اسم صاحبه كاملاً ومقدار المبلغ الواجب الدفع ذي الرقم اً وكتابة وموعد الاستيفاء محدداً بالشهر والسنة وما اذا كانت عملية الدفع تتم لمرة واحدة ام بدفعات ثم يؤرخ ويختم وقد يتطلب الأمر ان يشهد على تدوين الصك شهود ويصدق عليه ويحترس بعدم ترك فراغ في الصك بعد ختمه لئلا يحصل فيه اضافات غير متفق عليها والصكوك كان يجري التعامل بها في اسواق الدولة العربية الاسلامية وانها اسهمت في احداث نشاط اقتصادي

(*) لاحظ (م/ 310–315) من قانون التجارة المصري 17 لسنة 1999.

(*) شهادات الايداع على نوعين: شهادات الايداع التي يمكن تداولها وهي شهادات غير شخصية يمكن لحاملها التصرف فيها بالبيع والشراء وعادة ما تكون القيمة الاسمية لتلك الشهادات كبيرة وان معدل فائدتها وتاريخ استحقاقها يتحددان بواسطة المصرف من دون العميل، اما النوع الثاني شهادات الايداع التي لايمكن تداولها وهي شهادات شخصية تصدر بمقتضى اتفاق بين المصرف والعميل يتحدد فيه معدل الفائدة وتاريخ الاستحقاق ولايجوز لحامل هذه الشهادات التصرف فيه بالبيع كما لايمكن له استرداد قيمتها قبل التاريخ المحدد وعادة ما تكون القيمة الاسمية لتلك الشهادات اقل من القيمة الاسمية للشهادات القابلة للتداول، انظر: (ابو حمد وقدوري، 2005، 87).

ومالي في الاسواق لا سيما ان الدولة كانت تصك الصكوك بالمال والارزاق فتصرف تلك الصكوك لحامليها، وقد اشير الى استعمال الصكوك منذ خلافة عمر بن الخطاب (τ) الذي كان قد استخدم الصكوك في توزيع مقادير العطاء على مستحقيه، وكانت المنح والهبات التي يهبها المسؤولون في الدولة الى العلماء والفقهاء والشعراء والمفكرين كانت في بعض الاحيان تتم بالصكوك، وقد تسترد الدولة ديونها من المدنيين ودافعي الضرائب عن طريق الصكوك، لمزيد من للتفصيل (الكبيسي، من دون سنة طبع: 87-94)، فهل قصد المشرع المصري مصطلح الصكوك بهذا المعنى؟ اننا نشك في ذلك.

- **موقف المشرع التونسي:** المشرع التونسي ينظم هذه الوديعة في قانون التجارة التونسي ذي الرقم (59- 129) لسنة 1959 تحت عنوان ايداع المستندات(*)، وهذا يعني ان محل هذا الايداع هو المستندات؟ فماذا قصد بهذه المستندات؟ في الحقيقة انه ذكر في سياق النص ذاته عبارة (محل وديعة المستندات هو اوراق مالية) فلماذا هذا الارتباك في ذكر المصطلحات، فهو لم يذكر اكثر من الاوراق المالية محلا لهذا الايداع؟

- **موقف المشرع العراقي:** في قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1970 الملغي ويتفق معه في ذلك المشرع الاردني في م/ 116 من قانون التجارة الاردني ذي الرقم 12 لسنة 1966، فقد استخدما مصطلح (الاوراق المالية) حصراً وبقدر تعلق الأمر بموقف المشرع العراقي فأننا نرى انه كان مصيباً في استعمال هذا المصطلح للتعبير عن ان المحل الذي تنصب عليه هذه العملية المصرفية هو الاوراق المالية أي اسهم الشركات او سندات قرض خاصة او عامة او سندات خزينة، فالملاحظ ان المشرع العراقي قد اعتمد مصطلحاً موحداً هو الاوراق المالية من دون أن يستخدم مصطلحات عدة كالصكوك او المستندات والى غير ذلك كتلك التي استخدمها المشرعان المصري والتونسي والتي اربكت النصوص القانونية بهذا الخصوص.

ولكن هل يستطيع العميل المودع ان يقوم بايداع اوراق اخرى غير ما ذكر؟ كشهادات الايداع وشهادات الاستثمار بمعنى آخر هل يمكن ان تكون هذه الشهادة محلاً لعقد وديعة الاوراق المالية؟

للاجابة عن هذا التساؤل بشكل دقيق لابد لنا بعد تحديد الشروط العامة الواجب توافرها في محل وديعة الاوراق المالية والتي تتمثل في الوجود والتعيين والقابلية للتعامل ان نُقر بوجود شروط اخرى خاصة بهذا المحل وهذه الشروط يمكن ان تشكل المعيار المعتمد في تحديد صلاحية أية ورقة، او مستند لتكون محلاً هذه العملية من عدمه، فالورقة التي يمكن للعميل ايداعها بمقتضى عقد وديعة الاوراق المالية لابد ان تكون ذات قيمة ومنافع اقتصادية للعميل أي ان الاخير قام باقتنائها جلباً للارباح والفوائد التي تنتجها الامر الذي يجعله يخشى عليها من الضياع والسرقة والتلف فيطلب ايداعها لدى المصرف لما يوفره له من امان،

(*) لاحظ المواد (689-698) من هذا القانون.

كذلك لابد ان تكون هذه الورقة من الاوراق التي تحتاج الى اعمال ادارية على وفق خبرة فنية لا تتوفر له بل تدخل اساساً من صميم العمل المصرفي وهذا ما صرح به المشرع العراقي في المذكرة التفسيرية لقانون التجارة الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970 التي جاء فيها (... وهي بدورها –أي وديعة الاوراق المالية– من العمليات الذائعة لان ادارة المحافظ المالية تحتاج الى دراية ومتابعة لاتتهيئان لكثير من الافراد فيستعينون بالمصارف لحفظ اوراقهم وقبض ارباحها او فوائدها او قيمتها واستعمال الحقوق المتصلة بها...).

وعلى هذا الاساس نستطيع القول بصلاحية شهادات الايداع وشهادات الاستثمار لان تكون محلاً لوديعة الاوراق المالية، **فالاولى** – شهادات الايداع- هي وثائق قابلة للتداول تكون للحامل او متضمنة شرط الأذن يصدرها مصرف ويشهد أن مبلغا من المال قد اودع لديه ويتعهد ان يرده مع فوائده في موعد استحقاق معين، ولهذه الشهادات مزايا تعكس أهميتها الاقتصادية والقانونية بالنسبة لمالكها اذ يمكن بيعها في السوق المالية ورهنها للحصول على قروض او تسهيلات مصرفية كما يمكن الحصول عن طريقها على اكبر عائد متى كان سعر الفائدة في السوق مرتفعاً لان المصرف ملزم بفائدة عن مبلغ الشهادة غير محدد السعر مقدماً بل يتحدد على اساس سعر الفائدة الجاري في السوق وقت استحقاق الفائدة، واخيرا تصدر هذه الشهادات لفترات استحقاق تتراوح بين شهر واحد وعدة سنوات.

اما **الثانية** –شهادات الاستثمار– فهي الأوراق التي تثبت الحق في المبلغ المودع لدى المصرف وديعة خاضعة لنظام القرض، وهي لا تعد وديعة ادخارية لان عبارة الاستثمار تفيد ان المودع يستهدف استثمار ماله، كما ان المبالغ المودعة تستثمر في تنفيذ خطة التنمية الاقتصادية، وتتميز هذه الشهادات بارتفاع اسعار فائدتها وطول اجلها الذي يبلغ عشر سنوات، بمعنى انه لكي يحصل المدخر على سعر الفائدة المرتفع يجب الآ يسترد قيمة الشهادة قبل عشر سنوات من تاريخ اكتتابه فيها، ومع ذلك فإن من حقه بعد مضي ستة أشهر من تاريخ اكتتابه ان يسترد في أي وقت يشاء قيمة شهادته بالكامل ومن دون اية خسارة في رأسماله، كما ان هذه الشهادات تتمتع بالامان التام فقيمتها لاتتعرض لأي تقلبات وتتمتع ايضا وفوائدها والزيادة في قيمتها بالاعفاء من كل الضرائب والرسوم وبعدم جواز الحجر على قيمتها او على ما تغله من فائدة واخيرا فأنها تمتاز بكونها اسمية ولايجوز بيعها او تحويلها او التنازل عنها او خصمها او التصرف فيها بأية طريقة اخرى.

عليه، فإن المزايا العديدة التي تحققها هذه الشهادات بنوعيها من شأنها ان تشجع العميل على اقتنائها والحفاظ عليها من السرقة او الضياع وأفضلية ايداعها لدى المصارف لتتولى هي بنفسها مسؤولية المحافظة عليها وادارتها واستحصال فوائدها واستعمال جميع الحقوق المتعلقة بها وردها الى العميل المودع عند طلبه ذلك (عوض، 2000: 99-111).

ونأمل من المشرع العراقي استحداث تشريع خاص بشهادات الاستثمار وشهادات الايداع على غرار التشريعات والانظمة المنظمة بها في مصر والدول العربية الاخرى لكي يسهل بشكل كبير في إشباع الحاجة لتنمية المدخرات والنأي بالاقتصاد الوطني عن مشكلات التضخم.

كما نقترح على المشرع العراقي اذا ما قام بإعادة العمل بوديعة الاوراق المالية وإدراج الاحكام الخاصة بها في الفصل الثاني المتعلق بالعمليات المصرفية من الباب الرابع المتضمن العقود التجارية والعمليات المصرفية من قانون التجارة العراقي النافذ ذي الرقم 30 لسنة 1980. تنظيم وديعة الاوراق المالية تحت عنوان وديعة السندات وليس وديعة الاوراق المالية لان مصطلح السند اعم واشمل من مصطلح الاوراق المالية ثم يحدد المشرع ماهية الخصائص التي يجب ان تتوافر في السندات لكي تصلح ان تكون محلاً لوديعة الاوراق المالية وبما يجعل النص القانوني قادراً على استيعاب أي سند يمكن ان يظهر في المستقبل يشكل اداة من الادوات الاستثمارية.

المقصد الثالث: السبب

السبب هو الركن الثالث الضروري لانشاء كل عقد، فلا ينشأ العقد مالم يستند الى سبب موجود فعلاً ومشروع قانوناً وتطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني يكون عقد وديعة الاوراق المالية باطلا اذا التزم العميل المودع من دون سبب او لسبب ممنوع قانوناً او مخالف للنظام العام او للآداب، ويفترض في كل التزام ان يكون له سبب مشروع ولو لم يذكر هذا السبب في العقد، ما لم يقم الدليل على خلاف ذلك أما اذا ذكر في العقد فيعد هو السبب الحقيقي حتى يقوم الدليل على ما يخالف ذلك(*).

والمراد بالسبب هنا هو الباعث الدافع الذي قصد العميل المودع الوصول اليه من تعاقده مع المصرف المودع لديه ونعتقد ان هذا الباعث الدافع يختلف باختلاف الاحوال، فقد يتمثل تارة في قصد الحفاظ على الاوراق المالية من الضياع والتلف والسرقة وتارة يكمن في ان يقوم المصرف المودع لديه بأدارة المصرف للاوراق المالية المودعة وذلك من خلال قبض عوائد هذه الاوراق وارباحها وقيمتها اذا استحقت او استهلكت والقيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بها، وربما يكون الباعث تارة اخرى حفظ هذه الاوراق مدة من الزمن تمهيداً لرهنها من اجل الحصول على القروض والتسهيلات المصرفية، واخيرا يمكن ان تكون هذه البواعث كلها مجتمعة وتدفع العميل الى ايداع اوراقه المالية لدى المصرف، هذا بالنسبة للباعث الذي ينبغي ان يتوافر لدى العميل المودع، اما بالنسبة للمصرف، فالباعث غالبا يكمن في الرغبة في الحصول على العمولات ونفقات الحفظ وقد يكمن السبب في هذا الباعث وباعث آخر هو تشجيع العملاء على التعامل معه من خلال عمليات مصرفية اخرى كالخصم والاقتراض وفتح الاعتمادات واصدار خطابات الضمان واجارّة الخزائن الحديدية.

اما اذا كان قصد العميل من ايداع هذه الاوراق المالية غير ما تقدم ذكره فلا ينشأ هذا العقد كما لو قصد العميل من تسليم الاوراق المالية الى المصرف لغرض بيعها ونقل ملكيتها اليه فالبيع تصرف يتميز من الوديعة.

(*) لاحظ م/ 132 مدني عراقي، م/137 مدني مصري، م/166- ف2 مدني اردني.

كذلك لاينشأ عقد وديعة الاوراق المالية اذا تبين ان سببه غير مشروع كما لو قام العميل بايداع اوراق مالية مسروقة من شخص آخر ويعلم المصرف انها كذلك.

وتأكيدا على وجود تحقق شرط المشروعية في السبب يذهب جانب من الفقه المصري إلى القول: (... بأن الايصال الذي يسلمه البنك الاهلي في مصر الى العميل المودع تتضمن اقرارا من هذا الاخير بأن ((العملية الموضحة بعاليه ليست عملية تجارية او مالية او خلافه مباشرة او بالواسطة لصالح حكومات الاعداء او لصالح اشخاص طبيعين او اعتباريين ممن هومحظور التعامل معهم بموجب القوانين والقرارات المعمول بها) (عوض، 2000: 995).

المقصد الرابع: اثبات عقد وديعة الاوراق المالية

حيث ان عقد وديعة الاوراق المالية او وديعة الصكوك عقد تجاري مصرفي كما أسلفنا فهو عقد تجاري بالنسبة للمصرف لذلك يجوز اثباته بكل الطرق تجاه المصرف اما بالنسبة للمودع فلا يكون العقد تجاريا الا بالتبعية، بحسب ما اذا كان المودع تاجراً او غير تاجر، فإذا كان تاجراً، جاز اثبات هذا العقد في مواجهته بكل طرق الاثبات اما اذا كان غير تاجر فلا يجوز اثبات العقد تجاهه الا بالطرق المقبولة في الاثبات المدني، وفي الاحوال جميعها لابد من مراعاة القاعدة التي قررها المشرع العراقي في مجال اثبات التصرفات القانونية وانقضائها سواء كانت تجارية ام مدنية والتي لا تجيز اثبات وجود التصرفات القانونية وانقضائها عن طريق الشهادة متى زادت قيمتها عن خمسة آلاف دينار مالم يوجد اتفاق او نص يقضي بغير ذلك(*)، بما يعني انه لابد من توافر ادلة كتابية لاثبات وتجسيد عقد وديعة الاوراق المالية، وحيث ان هذا العقد الاخير عقد مصرفي لذا فإن الجهة التي تقوم بتهيئة ادلة إثباته هو المصرف وبالفعل جرى التطبيق العملي على ان يقدم المصرف لعميله قائمة او جدول يتضمن البيانات الخاصة بعدد (الاوراق المالية) ونوعها وارقامها وغيرها من البيانات اللازمة التي تحدد الاوراق المالية المودعة بذاتها ويوقع العميل على القائمة ويعطي عنها المصرف ايصالاً مؤقتا، ومتى تحقق المصرف من تطابق البيانات المذكورة في القائمة مع الاوراق المسلّمة اليه لغرض ايداعها فانه يرسل للعميل ايصالاً نهائياً يفيد تمام الايداع وملكية العميل المودع للاوراق المسلمة، انظر (المصري، 1987: 23-24)، (الشواربي، 2005: 81)، (ياملكي، 2001: 315).

ويتضمن الايصال النهائي عبارة تفيد انه يلغي قيمة الايصال المؤقت وهذا يعني ان المصرف لايرد الوديعة الا مقابل تسليم هذا الايصال النهائي لا الايصال المؤقت، ولكن اذا تضمن الايصال النهائي شروطاً لم تكن واردة بالايصال المؤقت كانت غير نافذة بحق العميل لانه لم يقبلها وقت ابرام العقد الذي يصبح تاماً ونهائياً منذ تسلمه الايصال المؤقت، الا اذا اشار الايصال المؤقت صراحة الى ان شروطاً اخرى سترد بالايصال النهائي وان المودع يعد قابلا اياها، كذلك اذا عدل المصرف الاجرة المحددة للوديعة فرفعها فلا يكون هذا التعديل

(*) لاحظ نص م/ 77- ف ثانيا من قانون الاثبات العراقي ذي الرقم 107 لسنة 1979 المعدل.

نافذاً في حق العميل الا من الوقت الذي يقبل به، لكن الغالب عملا هو ان يكون العقد لمدة قصيرة تتجدد ضمناً بذات الشروط التي ابرم بها العقد فيقوم المصرف بأخطار العميل بالاجرة الجديدة فإذا لم يعترض عليها اعتبر قابلا اياها وكانت نافذة بحقه ابتداءً من المدة الآتية في العقد (عوض، 1982: 554).

ولكن ما القيمة القانونية التي يتمتع بها هذا الايصال؟

يعد الايصال مجرد أداة لاثبات عقد وديعة الاوراق المالية وبالذات اثبات واقعة تسلم المصرف الاوراق المودعة لديه وبمناسبتها كما يصلح ان يكون سنداً لملكية الاوراق المالية المودعة يمكن استردادها بمقتضاه ومع ذلك فإن هذا الايصال لايعد سنداً بديلا عن ذات الاوراق المودعة فلا يحل محلها ولايمثل حيازتها، فلو اراد العميل المودع ان يتصرف بهذه الاوراق بيعاً او رهناً لآخر فلا يكون ذلك بتسليم الايصال الى المتصرف اليه بل يتوجب عليه تسليم الوديعة (الاوراق ذاتها) لان الايصال لا يمثل الا دينا على المصرف لشخص العميل المودع سيما وان هذا الايصال غير قابل للتداول بالطرق التجارية (التظهير) لكنه فقط يخوّل العميل المودع بحضور اجتماعات الهيئة العامة للشركة وحق سحب الاوراق المالية من المصرف المودع لديه لاأكثر، في هذا المعنى انظر: (فهيم، من دون سنة طبع: 266)، (ناصيف، 1983: 400)، (القليوبي، 1986: 35).

وهذا بخلاف ما نراه في وثيقة الرهن ووثيقة الايداع اللتين يتم اصدارهما عند ابرام عقد الايداع في المستودعات العامة اذ تمثلان البضائع المودعة وبأمكان المودع عن طريقهما اجراء التصرفات القانونية كالبيع والرهن لتلك البضائع وذلك من خلال تظهير هذه الوثائق للغير فهي تعد فضلا عن كونها وسائل اثبات وائتمان سندات ملكية ورهن للبضائع المودعة كما انها تخول المودع حق استرداد ما اودعه(*).

المطلب الثالث

الاثار القانونية المترتبة على عقد وديعة الاوراق المالية

بما ان عقد وديعة الاوراق المالية او وديعة الصكوك عقد ملزم للجانبين كما تقدم فأنه بطبيعة الحال يفرض التزامات متقابلة على عاتق طرفيه المصرف –المودع لديه– والعميل -المودع– بحيث يكون كل منهما دائنا ومدينا للآخر فالعميل يلتزم بأن يعهد الى المصرف بالاوراق المراد ايداعها لديه ومن ثم يلتزم بدفع الاجرة المتفق عليها والعمولة المستحقة للمصرف على التفصيل الذي سنبينه وفي مقابل ذلك يلتزم المصرف المودع لديه بالتزامات عدة منها ما تنشأ عن كونه يتمتع بصفة (مودع لديه) ومنها ما تفرضها طبيعة الاوراق المودعة لديه، ولكل من هذه الالتزامات احكامها القانونية الخاصة بها وعلى هذا الاساس سنقوم بتقسيم هذا المطلب الى ثلاث مقاصد، المقصد الأول ويتضمن التزامات العميل والمقصد الثاني ويخصص لالتزامات المصرف الناشئة عن كونه (مودع لديه) اما المطلب الثالث فسوف يشتمل على التزامات المصرف التبعية وهي الالتزامات التي تفرضها

(*)لاحظ نصوص المواد (207 و 208 و 209) من قانون التجارة العراقي النافذ.

عليه طبيعة الاوراق المالية المودعة لديه والتي يطلق عليها الالتزام بادارة حافظة الاوراق المالية.

المقصد الاول: التزامات العميل المودع

يلتزم العميل بتسليم الاوراق المالية المراد ايداعها ومن ثم دفع الاجرة المتفق عليها فضلا عن العمولة وذلك على وفق الاحكام التي سنفضلها:

أولاً: الالتزام بتسليم الاوراق المالية

يلزم العميل بمجرد ابرام العقد مع المصرف تسليم الاوراق المالية المتفق على ايداعها (الشواربي، 2005: 82)، وهذا التسليم قد يكون حقيقياً وقد يكون حكمياً، التسليم الحقيقي يتحقق باستيلاء المصرف على الاوراق المالية المودعة لديه استيلاءً ماديا بعد ان يضعها العميل تحت تصرفه في الموعد المتفق عليه، وقد سبق لنا وان ذكرنا بأن المصرف قد اعتاد على تسليم هذه الاوراق المالية بمقتضى قائمة تتضمن البيانات الخاصة بعدد الصكوك المراد تسليمها ونوعها وارقامها ويوقع العميل على هذه القائمة ويتسلم ايصالاً مؤقتا ومتى ما قام المصرف بإجراء المطابقة بين البيانات المذكورة في القائمة مع الاوراق المالية المسلمة اليه فعلاً فأنه يسلم الى العميل ايصالاً نهائياً وبمقتضى هذا الاجراء يكون التسليم الحقيقي حاصلاً.

اما التسليم الحكمي، فيتحقق عندما تكون الاوراق المالية المراد ايداعها موجودة لدى المصرف قبل ابرام عقد الوديعة بسبب آخر كأن تكون مرهونة من قبل العميل لغرض الحصول على قروض او تسهيلات مصرفية فيتفق العميل بعد تسديد ما بذمته من قروض تجاه المصرف ان تبقى هذه الاوراق في حيازته على سبيل الوديعة، وبطبيعة الحال فإن تسليم الاوراق حكمياً يفترض انها قد ردت الى العميل ثم سلّمها هذا الاخر مرة ثانية بعقد وديعة الاوراق المالية (السنهوري، 1964: 701-798).

ولكن هل يكون من المحتمل ان يمتنع المصرف عن تسلم الاوراق المالية المراد ايداعها لديه بمقتضى عقد الوديعة المبرم مع المودع؟

اذا كان العقد يفرض على العميل ان يقوم بتسليم الاوراق المالية المراد ايداعها مع المصرف فمن الطبيعي ان يتسلم المصرف هذه الاوراق من عميله حسب الاتفاق وبخلاف ذلك -وحيث ان الوديعة تقوم على الثقة والامانة- فإن ثقة العملاء بالمصرف سوف تضعف وتتزعزع ويكون الاصلح للعميل في هذه الحالة ان يطالب المصرف بالتعويض عما أصابه من ضرر بسبب ذلك ولو أننا نرى أن هذا الفرض نادر الوقوع لان للمصرف مصلحة في سرعة ايداع الاوراق المالية بمجرد الاتفاق لأنه يتقاضى عمولة عن هذا الايداع.

ومن الجدير بالذكر ان المشرع العراقي لم يعالج احكام التزام العميل المودع بتسليم الاوراق المالية الى المصرف او الاثر المترتب على امتناع المصرف عن تسلم هذه الاوراق ضمن النصوص القانونية المنظمة لعقد وديعة الاوراق المالية في قانون التجارة ذي الرقم

149 لسنة 1970، ولهذا نرى ضرورة معالجة المشرع العراقي لهذا الالتزام ضمن احكام وديعة الاوراق المالية اذا ما اعاد النص على احكام هذه العملية المصرفية خاصة اذا ما علمنا أن هذا الالتزام غير منصوص عليه ضمن احكام عقد الايداع في القانون المدني العراقي – وذلك لان التسليم في هذا القانون يعَد ركنا في الوديعة لا التزاما ينشأ عنه لكي يتم الرجوع اليها وتطبيقها عند افتقاد النص في قانون التجارة انطلاقاً من كون القانون المدني هو احد مصادر قانون التجارة العراقي(*).

ثانياً: التزام العميل بدفع الاجرة والعمولة

يلزم العميل المودع ايضا بدفع الأجر المتفق عليه مقابل حفظ المصرف لاوراقه المودعة ويسمى هذا المقابل بأجر الحفظ ويختلف هذا الأجر على وفق طبيعة الاوراق المودعة (الشواربي، 2005 : 82)، وقد يتقاضى المصرف هذا الاجر مقدما مع بدء الوديعة، كما قد يتفق على تنزيله من الايرادات التي يحصلها نتيجة ادارة محفظة الاوراق المودعة او يتقاضاها من حساب للمودع لدى المصرف (فهيم، من دون سنة طبع: 267).

ويتضح مما تقدم ان الاجرة التي يلتزم العميل بدفعها الى المصرف انما تدفع بسبب حفظ الاخير للاوراق المودعة لديه بحيث سميت بأجرة الحفظ التي يمكن اعتبارها اساسا لتمييز هذه الوديعة من الوديعة العادية التي يمكن ان تكون بأجرة، وفيها يلتزم المودع لديه ببذل عناية الرجل المعتاد في حفظ اموال المودع –او تكون من دون اجرة– عندما يلتزم المودع لديه ان يبذل في حفظ الشيء العناية التي يبذلها في حفظ امواله اذن متى يلتزم العميل المودع بدفع العمولة؟ يلتزم العميل بدفع هذه العمولة متى ما قام المصرف وبناء على طلب العميل بعمليات مصرفية تتعلق بإدارة الاوراق المودعة كأستبدالها بصكوك اخرى او بيعها وشراء غيرها من أسهم او سندات (القليوبي، 1986: 36)، (المصري، 1987: 30)، (ياملكي، 2001: 317).

وما تقدم يعني أن العميل المودع يلتزم بدفع العمولة عن تلك العمليات التي لايلتزم بها المصرف بمقتضى عقد وديعة الاوراق المالية والتي جرى العرف على ان يقوم المصرف بها من تلقاء نفسه والتي تعد مصاريفها داخلة في اجر الحفظ ولاتقتضي عمولة خاصة مثلا كتحصيل الكوبونات فهذه يجريها المصرف بلا اجر خاص (عوض، 2000: 999)، فأجرة الحفظ يستحقها المصرف عن قيامه بحفظ الاوراق والعمليات المتصلة بهذا الحفظ فقط اما العمولات فيستحقها عن قيامه بالتزامات تبعية ناشئة عن ادارته لهذه الاوراق وبناء على طلب العميل.

ومن الجدير بالذكر ان المصارف العراقية كانت تتقاضى في فترة تطبيق هذه العملية المصرفية أي في ظل قانون التجارة ذي الرقم 149 لسنة 1970 الملغي ولحد صدور

(*) لاحظ المواد (344-350) من قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1970 وكذلك المواد (950-970) مدني عراقي الخاصة بعقد الايداع.

قانون ذي الرقم 30 لسنة 1984 أجور التحصيل (عمولة وصنفين من اجور التحصيل) وذلك عن قيامها بإيداع الاسهم والسندات وبالشكل الآتي:

- اجور تحصيل مقطوعة (50) خمسون فلساً، حد أعلى (750) سبعمائة وخمسون فلسا من دون بريد عن كل سند قرض عراقي يودع لدى المصرف عند بيعه للمشتري بالتقسيط اوالتسليف عليه على ان لا يتجاوز مجموع السندات المودعة عن (100) مائة سند وما زاد عن ذلك يعامل معاملة المائة مئة السند الدولي.
- اجور تحصيل مقطوعة (50) خمسون فلساً، حد أعلى (750) سبعمائة وخمسون فلسا عن كل سنة او كسور السنة عن كل سند قرض عراقي يودع لدى المصرف لاغراض الحفظ المجرد على ان لايتجاوز مجموع السندات المودعة بموجبها عن مائة سند وما زاد عن ذلك يعامل معاملة المائة سند دولي.
- عمولة مقدارها (1,8%) ثمن بالمائة حداً اعلى (5) خمسة دنانير عن مجموع القيمة الاسمية لشهادات الاسهم وسندات القرض المودعة لاغراض الحفظ المجرد ولاغراض توثيق التسهيلات المصرفية الدائمية فقط(*).

لكن ما هو الحكم لو امتنع العميل المودع عن دفع العمولات المستحقة للمصرف؟

لم تعالج التشريعات موضوع المقارنة -العراقي، المصري، الاردني- هذه المسألة لكن يمكن القول بإمكانية تطبيق الضمانات التي تقررها القواعد العامة في مثل هكذا حالة، هذه الضمانات هي:

- الحق في الحبس، للمصرف ان يحبس الاوراق المودعة حتى يستوفي حقه في الاجر والمصاريف الخاصة بالعمليات المتبعة مع التأكيد على عدم امكانية المصرف حبس هذه الاوراق الا اذا كان حقه ناشئاً عن المحافظة عليها، اما اذا كان هذا الحق قد نشأ عن عقد او علاقة اخرى بينه وبين العميل، فليس له ان يحبس الوديعة ضماناً لاستيفائه(*).
- حق الامتياز للمصرف ايضاً ان يتمسك بالامتياز المقرر لمصروفات حفظ المنقول (الاوراق المودعة) عن مصاريف العمليات التبعية التي قام بها(**).
- وله ان يحجز تحت يد نفسه على الاوراق المودعة لديه (عوض، 2000: 100) و (المصري، 1987: 30).

المقصد الثاني: التزامات المصرف المودع لديه

ذكرنا سابقا أن طائفتين من الالتزامات يرتبها عقد وديعة الاوراق المالية على المصرف؛ التزامات تترتب على عاتق المصرف تنشأ عن كونه (مودع لديه)، والتزامات تفرضها عليه طبيعة الاوراق المالية ويمكن ان نسمي الطائفة الاولى بالالتزامات الاساس،

(*) لاحظ تعليمات مصرف الرشيد تعليمات ادارية العدد (10) –جدول اسعار العمليات المصرفية– الصادر عن مصرف الرشيد –الادارة العامة– القسم الفني، شعبة العمليات المصرفية، ص54.

(*) لاحظ نص م/ 280 مدني عراقي، كذلك م/ 246 مدني مصري.

(**) لاحظ م/1371 مدني عراقي، كذلك م/ 1140 مدني مصري.

اما الطائفة الثانية فنطلق عليها الالتزامات التبعية، وعلى هذا الاساس سنقوم بتقسيم هذا المقصد الى فقرتين الاولى ونخصصها للطائفة الاولى اما الفقرة الثانية فنضمنها الطائفة الثانية وعلى التفصيل الآتي:

اولاً/ الالتزامات الناشئة عن كون المصرف (مودع لديه) (الالتزامات الاساس)

وتتحدد هذه الالتزامات بحفظ الاوراق المالية المودعة لديه وعدم استعمالها في غرض خاص بها واخيرا الالتزام بردها.

1- الالتزام بالمحافظة على الاوراق المالية المودعة لديه

على المصرف ان يحافظ ماديا على الاوراق المالية المسلمة اليه وان يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد مع الاخذ بنظر الاعتبار احكام العرف المصرفي في هذا الشأن (ناصيف، 1983: 402). المشرع العراقي يوجب في المادة/ 345 من قانون التجارة العراقي الملغي على المصرف ان يبذل في المحافظة على الاوراق المودعة عناية المودع لديه بأجر، وهذا ما قرره المشرع المصري ايضا في م/ 311 من قانون التجارة المصري الجديد الا انه جعل من هذا الامر قاعدة آمرة لا يجوز الاتفاق على ما يخالفها –وهذا ما لم يقرره المشرع العراقي صراحة في م/ 345-ف 1 السابقة ذكرها– والذي نتأمل من المشرع العراقي اذا ما اعاد النص على أحكام وديعة الاوراق المالية ان يجعل من النص المقرر لالتزام المصرف بالمحافظة على الاوراق المالية المودعة نصاً آمراً على وفق الصيغة التي حددها المشرع المصري لان القول بجواز الاتفاق على خلاف ما هو مقرر في حكم هذا الالتزام يفرغ العقد من محتواه ومضمونه ويمكن القول ان التزام المصرف بالمحافظة على الاوراق المالية المودعة لديه تفرض عليه ما يأتي:

أ- حفظ الاوراق المودعة في مكان الايداع ذاته لانه هو المكان الذي يجب ردها فيه وهذا ما قررته المادتان (348-ف2) من قانون التجارة العراقي 149 لسنة 1970 الملغي و(314-ف2) من قانون التجارة المصري الجديد بقولها (2- يكون الرد في المكان الذي تم فيه الايداع....).

ب- حرمان المصرف من استعمال هذه الاوراق او رهنها او التصرف فيها، وهو ملزم بردها بعينها لا بمثلها، وهذا الالتزام السلبي (الامتناع عن استعمال هذه الاوراق) يتصل اتصالاً وثيقاً بالتزام المودع لديه بحفظ هذه الاوراق (السنهوري، 1964: 712)، ذلك لان عقد وديعة الاوراق المالية عقد وديعة كاملة على وفق احكام القانون المدني وبالتالي يترتب على التصرف في هذه الاوراق اعتبار المصرف مرتكبا جريمة خيانة الأمانة (الشواربي 2005: 83)، (القليوبي، 1986: 37).

ومبدأ منع المصرف من استعمال الاوراق المالية والتصرف بها نصت عليه المادتان (344) من قانون التجارة العراقي الملغي و(310) من قانون التجارة المصري الجديد بالقول (لا يجوز للمصرف ان يستعمل الاوراق المودعة لديه او ان يمارس الحقوق الناشئة عنها....) الا ان المشرع العراقي في المادة نفسها اجاز استثناء للمصرف ان يستعمل هذه الحقوق ويتصرف بها اذا كان ذلك الاستعمال او التصرف لمصلحة المودع بالقول (... الا لمصلحة المودع) وهذا ما لم يجيزه المشرع المصري في المادة المذكورة. وفي الحقيقة ان موقف المشرع العراقي بأيراد هذا الاستثناء جاء تطبيقا

للقواعد العامة المقررة في عقد الوديعة اذ يجوز للمودع ان يأذن للمودع لديه في استعمال الشيء المودَّع ويبقى العقد مع ذلك وديعة بشرط ان يكون حفظ الشيء، هو الغرض الاساس من العقد (السنهوري، 1964: 712).

ج- يكون من حق المصرف اذا خرجت الاوراق المالية المودعة لديه خلسة المطالبة باستردادها باسمه الشخصي؛ لان هذه المطالبة تعد الوسيلة الوحيدة لتنفيذ التزامه بردها الى المودع، وله كذلك ان يطلب استردادها بالنيابة عن المودع نيابة ضمنية، وله كذلك ان يباشر دعوى الاسترداد لحساب المودع بصفته فضوليا، كذلك يكون له ان يستردها اذا خرجت من يده وكان له عليها حق الحبس ضماناً لاستيفاء حقوق له في ذمة المودع وهذا ما ذكرناه سابقاً (عوض، 2000: 1002).

د – ليس للمصرف ان يحل غيره محل نفسه في حفظة الاوراق المالية المزمع ايداعها لديه الا اذا كان المصرف مضطراً الى ذلك بسبب ضرورة عاجلة (القليوبي، 1986: 37) و (الشواربي، 2005: 83) و(فهيم، من دون سنة طبع: 269). وهذا الحكم في حقيقته هو تطبيق للقواعد العامة في الايداع(*).

هـ-اما عن مسألة هلاك الاوراق المالية المودعة لدى المصرف الملزم بالمحافظة عليها، فلابد من التمييز بين حالتين، الحالة الاولى والتي يكون فيها الهلاك قد حصل بسبب خطأ المصرف المودع لديه فيتحمل هو تبعة هذا الهلاك طالما ان هذه الوديعة بأجرء وأنه قبلها بمقتضى مهنته او وظيفته اما الحالة الثانية أي إذا كان الهلاك او العيب قد نجم عن ماهية الاوراق المالية او وجود عيب فيها او عن فعل العميل المودع او عن قوة قاهرة –الا اذا كان في حالة تأخر عن رد الاوراق المالية الى المودع– فلا يكون المصرف هنا مسؤولاً عن تبعة هذا الهلاك وعبء اثبات هذه الاسباب يقع على عاتق المصرف المودع لديه (ناصيف، 1983: 402) و (المصري، 1987: 26).

و – ليس للمصرف ان يستعمل الاوراق المالية المودعة لديه في غرض خاص به ولا ان يمكن الغير من استعمالها وقد تقررت هذه النتيجة في المادة/ 310 من قانون التجارة المصري الجديد والمادة (344) من قانون التجارة العراقي الملغي بالقول (لايجوز

(*) لاحظ المادة/721 مدني مصري في هذا الصدد اذ تقرر بأنه (ليس للمودع عنده ان يحل غيره محله في حفظ الوديعة من دون اذن صريح مع المودع، الا ان يكون مضطراً الى ذلك بسبب ضرورة ملحة وعاجلة)، اما القانون المدني العراقي فيقرر في م/ 952- ف2 منه على انه ..(وللوديع ان يحفظها بنفسه او عند من يأتمنه على حفظ ماله عادة، وله ان يحفظها عند غير أمنية بعذر، كما ان المشرع العراقي اجاز في م/ 158-ف1 و2 مدني عراقي للوديع ان يودع الوديعة عند من يأتمنه على حفظ ماله ولو في غير ضرورة وبغير اذن المودع، فإذا حصل على اذن المودع خرج من العهدة وارتبط المودع بالوديع الثاني ارتباطاً مباشراً...ويعلل السنهوري (رحمه الله) ذلك او هذا الفرق بين التشريع العراقي والمصري الى ان نص م/ 958-ف2 يحتوي على تفصيلات مأخوذة من الفقه الاسلامي، انظر: (السنهوري، 1964: 714).

للمصرف ان يستعمل الاوراق المودعة لديه او ان يمارس الحقوق الناشئة عنها الا لمصلحة المودع مالم يتفق على غير ذلك) فلايجوز للمصرف اذن ان يرهن الاوراق او الصكوك لدين عليه، ولو كان ينوي استرجاعها قبل الموعد المحدد لردها الى المودع، فلو كانت هذه الاوراق اسهماً، فليس له ان يشترك بها في اجتماعات الهيئة العامة للشركة التي اصدرتها، ولا ان يصوت بها، ولايجوز له ان يتصرف فيها بالبيع ولو كانت لديه النية في احلال غيرها محلها لان ذلك قد يضير مالكها المودع اشد الضرر.

وفي الواقع ان استعمال هذه الاوراق على هذا النحو لايصدر الا من موظف المصرف، وعندئذ يُسأل المصرف عنه امام العميل مسؤولية عقدية مباشرة ولكن مع ذلك قد يأذن العميل المودع للمصرف استعمال الاوراق المودعة او تمليكها ورد مثلها – وهذه الحالة نادرة– وقد يفهم الاذن المعطى للمصرف بالاستعمال من خلال طلب العميل قيد قيمتها في الحساب الجاري الخاص به (عوض، 2000: 1002).

ويقضي المشرع الاردني في هذا الصدد بأنه اذا كان ما اودع في المصرف اوراقاً مالية فملكية هذه الاوراق تبقى للمودع ما لم يثبت ان القصد خلاف ذلك، ويقدر وجود هذا القصد اذا كان المودع قد منح المصرف خطياً من دون قيد حق التصرف في تلك الاوراق واعترف له بحق ارجاع اوراق من نوعها(*).

ز- لايكون المصرف مسؤولاً عن تدني او انخفاض قيمة الاوراق المالية المودعة لديه بسبب تدهور اسعارها، لان التزام المصرف يتحدد نطاقه بحفظ ذات الاوراق المالية المودعة لاقيمتها، لكن مع ذلك يمكن ان يُسأل المصرف عن التدني في قيمة هذه الاوراق اذا كان سبب هذا التدني يرجع الى اهماله في القيام بأحد التزاماته التبعية التي سنبينها لاحقاً (ناصيف، 1983: 402).

ي– ان التزام المصرف بالحفظ يؤدي الى ترتيب التزام آخر هو التزام المصرف بالرقابة والاعلام بكل ما يتعلق بالاوراق المالية.

2- الالتزام برد الاوراق المالية

يلتزم المصرف بأن يرد الاوراق المالية (الصكوك) التي اودعت لديه من قبل العميل، وعليه، أي المصرف ان يقوم بذلك بمجرد طلب العميل لها، وهذا ما اقرته المادة/ 348 من قانون التجارة العراقي الملغي والمادة/ 314 من قانون التجارة المصري الجديد وحيث ان الالتزام بالحفظ ما وجد الا لتمكين المصرف من رد الاوراق المالية المودعة لديه الى العميل في الموعد المتفق عليه لذا كان لابد لنا من عرض الاحكام التفصيلية لهذا الرد من حيث ماهية ما ينطوي عليه وموعده ومكانه ولمن يتم؟ وما مدى مسؤولية المصرف عند عدم القيام بهذا الرد ومن ثم تقادم الالتزام به.

(*) لاحظ نص المادة/ 116-ف ا و ف2 من قانون التجارة الاردني ذي الرقم 12 لسنة 1966.

أ- محل الالتزام بالرد، يقرر المشرع العراقي في م/ 348-ف 2 بأنه (... يلتزم المصرف برد الاوراق المودعة بذاتها ما لم يتفق او يقضي القانون برد اوراق من جنسها او اوراق اخرى...) وجاء المشرع المصري بحكم مطابق تماماً لما أورده المشرع العراقي وذلك في المادة/314-ف2 من قانون التجارة المصري الجديد. وهذا يعني انه يجب على المصرف ان يرد الاوراق المالية او الصكوك بذاتها حتى لو كانت اوراقاً لحاملها وكان للمصرف اوراق تماثلها من الوجوه كافة –النوع، الارقام والتسلسل– فهو ملزم مع ذلك برد تلك الاوراق التي تلقاها وقام بأيداعها؛ فإذا ضاعت الاوراق المالية التي اودعت الى المصرف وقام الاخير بقيد اوراق اخرى في حساب العميل مشابهه تماماً للاوراق الضائعة فالعميل المودع ان يرفض ذلك لان هذا الحل سيضر في حالة افلاس المصرف المودع لديه من جهة ان ما قيده المصرف من الاوراق المالية المماثلة يعد وفاءً بمقابل أي بغير الشيء، المتفق عليه واذا كان هذا الرد قد وقع في فترة الريبة التي سبقت اشهار الافلاس فإن هذا الرد يقع باطلا بطلانا وجوبيا (المصري، 1987: 26).

ويترتب على هذا نتيجة اخطر من ذلك وهي وجوب تخلي العميل عن الاوراق المالية التي تلقاها من المصرف –أي المماثلة للاوراق الضائعة– ومن ثم يتزاحم مع غيره من دائني المصرف المفلس، وقد حكمت بذلك محكمة النقض الفرنسية في قرارها الصادر بتاريخ 1900/10/27 فقالت (ان رد الوديع (المودع لديه) الى المودع سندات غير السندات المودعة ولو كانت من نفس النوع والقيمة لايعد ردا ولاوفاءً بالتزامه الواجب عليه بمقتضى العقد لان التزام الوديع (المودع لديه) هو ان يرد الشيء المودع ذاته أي ذات السند المودع، فهو مدين بشيء معين بالذات، الواجب عليه بمقتضى العقد، لان التزام الوديع (المودع لديه) هو ان يرد الشيء ولما كان الوديع قد تصرف في السند غشاً فقد استحال عليه تنفيذ التزامه بدفع مبلغ نقدي وبدلا من ان يدفع مبلغا تحدده القواعد العامة للتعويض فقد دفع الى المودع سندات مماثلة فيعد ذلك وفاء بمقابل ولو كان السند مماثلا للسند المودع فالوديع قدم للمودع شيئاً غير الذي كان يجب اداؤه) (عوض، 2000: 1007-1008)(*).

وعلى الرغم من الحكم المتقدم يذهب جانب من الفقه المصري الى القول أنه اذا تعذر على المصرف رد الاوراق المالية المودعة عيناً كما لو كانت هذه الاوراق سندات قد استهلكت وقبض المصرف قيمتها فله ان يرد هذه القيمة للمودع(**) (فهيم، من دون سنة طبع: 269).

(*) وقد وجهت الى هذا القرار انتقادات عدة من قبل الفقهاء للاطلاع عليها راجع المصدر نفسه ص 1008، هامش (1) و (2).

(**) من الجدير بالذكر ان بعض الشركات تقوم باستهلاك الاسهم في بعض الحالات كما لو أسست الشركة اصلا لاستغلال مرفق عام وتم الاتفاق على ان تكون موجودات الشركة من حق

ونؤيد ما ذهب اليه هذا الجانب من الفقه ما دام ان الاستهلاك اجراء تقوم بمقتضاه الشركة مصدرة السندات بإطفاء قيمة هذه السندات وتسديد ثمنها الى حامليها ولادخل لإرادة المصرف المودع لديه بهذه العملية فسواء أكانت السندات في حيازة حاملها (المساهم) أي العميل المودع أم مودعة لدى المصرف بمقتضى عقد الوديعة فسوف تكون النتيجة واحدة وهي اطفاء قيمتها وتسديد ثمنها الى المساهم (العميل)؛ وحيث انها مودعة لدى المصرف فيتوجب على الاخير ان يتسلم قيمتها ويودعها في حساب العميل كجزء من التزاماته التبعية التي تفرض عليه بمقتضى العقد فإذا طالب العميل برد السندات عيناً فلا يملك المصرف الا رد قيمتها بسبب الاستهلاك الذي قامت به الشركة؛ وقد صرح بذلك المشرع المصري في الفقرة الاولى من م/ 312 من قانون التجارة المصري الجديد بالقول (يلتزم البنك بقبض عائد الصك او ارباحه وقيمته اذا استحق أو استملك...).

وثمة مسألة أخرى لابد من ايرادها مادمنا بصدد الكلام عن هذا الالتزام وهي: ان الرد لاينصب على الاوراق المالية بذاتها التي يمكن ان تثبت من خلال البيانات الواردة بالايصال او بالطرق كافة وانما يجب ان يشمل هذا الرد الثمار التي تنتجها هذه الاوراق فلو استحقت الاخيرة ارباحاً توجب على المصرف رد الاوراق مع ارباحها، واذا كسبت هذه الاوراق جائزة –سواء كانت اسهماً او سندات– ايضاً التزم المصرف برد هذه الجائزة مع الاوراق (السنهوري، 1964: 725-726).

وهذا ما قرره المشرع العراقي ايضاً في م/ 346 من قانون التجارة وكذلك م/312-ف1 من قانون التجارة المصري الجديد إذْ ألزم المصرف بقبض فوائد الورقة وارباحها وقيمتها وكل مبلغ آخر يستحق بسببها ما لم يتفق على غير ذلك.

ب- موعد ومكان الرد، تقضي القواعد العامة في الايداع بأن رد الوديعة يجب ان يتم بمجرد ان يطلب المودع ذلك الا اذا ظهر ان الأجل عُين لمصلحة المودع لديه، وبمجرد ان يطلب المودع لديه من المودع تسلم الشيء الا اذا ظهر أن الأجل عُين لمصلحة المودع(*).

وفي الواقع ان قواعد رد الاوراق المالية المودعة لدى المصرف جاءت مسايرة للقواعد العامة المتقدم ذكرها اذْ ان المشرع العراقي في المادة/348-ف1 من قانون التجارة العراقي الملغي وكذلك المشرع المصري في م/ 314-ف1 يلزم المصرف برد

الحكومة او مانح الالتزام ومن دون مقابل، فإذا لم تُباشر الشركة خلال مدة عملها باستهلاك الاسهم واطفائها استحال على المساهمين الحصول على قيمة اسهمهم وهي لهذا تخصص جزءاً من ارباحها سنوياً للاستهلاك للاسهم الذي يتم بطرق مختلفة اهمها القرعة وتعطي عن استهلاك اسهمه (اسهم تمتع) حتى لاتقطع علاقته بالشركة... للتعرف على تفاصيل موضوع استهلاك الاسهم والسندات انظر: (صالح، والعزاوي، من دون سنة طبع: 189).

(*) لاحظ نص م/ 969 مدني عراقي، م/ 722 مدني مصري.

الاوراق المالية مع مراعاة الوقت الذي يحتاجه المصرف لاعداد وتهيئة هذه الاوراق للرد. اذن هذا هو الاصل المعمول به، ولكن مع ذلك يذهب جانب من الفقه المصري الى ان المصرف لا يكون ملزما بالرد في موعده المتفق عليه في حالات يمكن ان تحدد بالآتي:

- اذا تغير العقد الاصلي وحل محله عقد آخر، فقد يزول الالتزام بالرد ليحل محله الالتزمات الناشئة من هذا العقد الجديد، وذلك مثلا اذا تلقى المصرف امراً من المودِّع ببيع الاوراق المالية المودعة فيصبح المصرف من هذه اللحظة وكيلاً بالبيع وينتهي التزامه برد الاوراق وكذلك اذا اقرض المصرف العميل او فتح له اعتماداً برهن الاوراق المالية تغيرت صفة حيازة المصرف فاصبح حائزا بصفته مرتهناً بعد ان كان حائزا بصفته وديعا وسواء أكان الرهن لصالحه او كان الدائن المرتهن شخصا آخر (عوض، 1982: 560).
- اذا أوقع المصرف حجزا تحفظيا على الأوراق المالية تحت يد نفسه او يوقع الغير حجزاً عليها تحت يد المصرف.
- اذا استعمل المصرف حقه في حبس الاوراق المالية لحين الحصول على أجره او حقوقه ضد العميل المودع.
- اذا كان للمصرف الحق بالتمسك بامتياز حفظ المنقول(*).

والمقرر في هذه الاحوال انه يجوز للمصرف الامتناع عن الاوراق المالية عند طلبه لها من دون ان يعد مخلاً بالتزامه بالرد (المصري، 1987: 27)، (الشواربي، 2005: 84).

اما عن مكان الرد فيفترض ان ترد الاوراق المالية في المكان المتفق عليه فإذا لم يتفق على مكان كان واجبا في مكان الايداع (عوض، 2000: 1007). اما المشرع العراقي في المادة/348-ف2 وكذلك المشرع المصري في م/ 314 ف2 فأنهما يحددان مكان الرد بمكان الايداع بمعنى اخر يكون الرد في المكان الذي تم فيه الايداع.

ج- لمن يكون الرد، لنا ان نتساءل هنا عن الشخص الذي يحق له المطالبة برد الاوراق المالية المودعة، هل يشترط ان يكون طالب الرد هو دائما المودع؟ ام ان هناك حالات يتم الرد فيها الى اشخاص آخرين غير المودع؟

تقضي المادة/ 349 من قانون التجارة العراقي الملغي بأن يكون الرد لمودع الورقة او لخلفه او لوكيله الخاص ولو تضمنت الورقة ما يفيد ملكيتها للغير في حين ان المادة/ 315-ف1 من قانون التجارة المصري الجديد تقرر بأن يكون الرد لمودع الصك او لخلفائه او لمن يعينه هؤلاء الاشخاص ولو تضمنت ما يفيد ملكيته للغير.

(*) لاحظ نص م/ 1371 مدني عراقي.

في الحقيقة انه لو امعنا النظر في هذين النصين لوجدنا ان المشرع العراقي يحدد الاشخاص الذين يمكن ان ينفذ المصرف ألتزامه بالرد تجاههم هم كل من المودع ذاته، وخلفه في حالة وفاته، وقد جاء اللفظ مطلقا وهذا يعني انه قصد الخلف العام والخلف الخاص، فالمطلق يجري على اطلاقه، ثم الوكيل الخاص بمعنى ان يكون لهذا الوكيل تفويض يخوله استرداد الاوراق المودعة لدى المصرف نيابة عن المودع اتفاقاً كالمحامي او قانوناً كالولي او قضاءً كالوصي.

اما المشرع المصري فقد حدد هؤلاء الاشخاص بالمودع ذاته وخلفائه (ورثته) عند وفاته وايضا هنا نقصد بهم الخلف العام والخاص ثم الوكلاء الذين يتم تعيينهم من قبل هؤلاء الخلفاء او الورثة، وبناء على ذلك لو طبق هذا النص حرفيا لقلنا أنه لايمكن رد الاوراق المالية المودعة الا إلى المودع شخصيا بمعنى أنه لايجوز النيابة او الوكالة في المطالبة بالرد حال حياته بينما تجوز بالنسبة للورثة بعد وفاته ولذا نرى ان النص الذي اورده المشرع العراقي كان اكثر دقة وشمولاً من النص الذي اورده المشرع المصري ومع ذلك نقترح ولكي يكون مضمون النص العراقي متكاملا في هذا الشأن – اذا ما اعاد المشرع العراقي النص على أحكام هذه الوديعة ان يكون بالصيغة الآتية:

(يكون الرد لمودع الأوراق المالية او لوكيله الخاص او لخلفه او لمن يعينه هذا الخلف ولو تضمنت الورقة ما يثبت ملكيتها للغير...)

ومع ما تقدم يمكن القول أن رد الاوراق المالية المودعة من حيث الاشخاص يكون على وفق الآتي:

- الاصل ان يكون الرد للمودع شخصيا، وعلى المصرف ان يتأكد من شخصية المطالب بالرد ومن انه هو المودع ويكون ذلك بالمضاهاة أي يضاهى توقيعه بالتوقيع الذي اخذه للمودع عند الايداع. ويذهب د. علي جمال الدين عوض في هذا الصدد الى (ان القضاء عادة يشدد في تقدير الحرص الذي يجب على البنك اتخاذه قبل الرد للمطالب فلا يُقضي ببراءة ذمته اذا ردّها الى شخص آخر الا اذا كان قد اتخذ كافة الاحتياطات وكان توقيع المستلم مقلدا للتوقيع الذي لدى البنك بطريقة تخفى على اشد الناس حرصا وتدقيقاً، ويعامل القضاء البنك معاملة اقسى من معاملة المودع لديه العادي وذلك لان البنك يدعو الكافة الى الثقة به ويعدهم بالحرص والحفظ والأمان، لذلك حكم ان البنك يخطيء اذا رد السندات الى شخص لا يعرفه من دون ان يتحقق من شخصيته لمجرد انه قدم ايصال الوديعة...) (عوض، 2000: 1004).
- اذا كان المودع شخصاً غير متمتع بالاهلية فلا يجوز رد الاوراق المالية اليه، بل لابد من ردها الى ممثله القانوني الولي او الوصي او القيم وهنا يفترض بطبيعة الحال ان يكون فقدان الاهلية قد حدث بعد الايداع.

- اذا كان المودع شخصا اعلن القضاء عدم ملاءته (افلاسه) فلا يجوز للمصرف ان يرد الاوراق الى المودع المفلس بل لابد من ردها الى امين التفليسة لان المودع بمجرد شهر افلاسه تغل يده عن التصرف بأمواله وتتحول سلطة الاسترداد الى وكيل او أمين التفليسة ويفترض هنا ايضا كما في الحالة المتقدمة وقوع اشهار الافلاس بعد ايداع الاوراق المالية (ناصيف، 1983: 404).
- اذا اوكل المودع شخصا آخر باسترداد الاوراق المالية فيتوجب على المصرف ان يتأكد من سلطته بالاسترداد، ويفضل ان يشترط المصرف على المودع دائما ان يخطره بالتوكيل واسم الوكيل قبل المطالبة بالرد اولا وعدم رد الاوراق الى الوكيل الا اذا كان الاخير مزوّد بالتفويض (التوكيل) في الايصال (عوض، 1982: 562).
- في حالة وفاة المودع يكون الرد لورثته ما لم يكن المودع قد عين شخصا آخر لاسترداد الاوراق المالية او كان للغير حق عليها بمقتضى تصرف من المودع قبل الوفاة (فهيم، من دون سنة طبع:270)، كأن يكون المودع قد باع الاوراق المودعة فيكون الرد للمشتري (المالك الجديد لها) متى اثبت ذلك للمصرف وليس للاخر ان يرفض الرد بحجة انه التزم بالرد في مواجهة المودع (المالك القديم) لان البيع نقل الى المشتري الحقوق والدعاوى المتعلقة بالاوراق المودعة محل البيع.

وفي كل الحالات المتقدم ذكرها يتقيد المصرف عند رده للاوراق المالية بقيدين:

القيد الاول: لايرد المصرف الاوراق المالية الا اذا قدم المطالب الايصال لانه دليل اثبات العقد، ومع ذلك فإن الايصال ما دام لايمثل حيازة الاوراق المالية فإن المطالب بالرد يستطيع الاستعاضة عن هذا الايصال بأي دليل آخر لأثبات الحق في استرداد الوديعة حتى لو كان قد اشترط في الايصال ان الاوراق لا تسلم الا في مقابل تقديمه ولانه ما دام الايصال بذاته لا يخول أي حق على الوديعة، فلا محال لتضرر المصرف من جراء انتقال الايصال وحده الى الغير ما دام قد وفى بالتزامه الى المودع الذي تعاقد معه، وبالعكس على المصرف ان يمتنع عن الرد الى شخص تقدم بالايصال ولكن لم يكن هو المودع ولا وكيلا عنه وذلك لان الايصال لايقبل التداول (عوض،2000: 1004-1005)، (المصري، 1987: 27).

اما القيد الثاني: وهو على المصرف قبل ان يقوم بعملية الرد ان يتأكد من شخصية واهلية من يتقدم بطلب الرد، وان يبذل في سبيل ذلك القدر اللازم من العناية درءاً لأخطار تزوير التواقيع، خاصة اذا كان التزوير ظاهراً، ولكن المصرف لايتعرض للمسؤولية اذا تبين ان التزوير قد بلغ من الاتقان حدا يصعب على الخبير العادي اكتشافه (ناصيف، 1983: 404)، (القليوبي، 1986: 38).

د– اخلال المصرف المودع لديه بتنفيذ التزامه بالرد، اذا طالب العميل المصرف برد الاوراق المالية المودعة لديه وامتنع المصرف عن ذلك كان مخلاً بالتزامه وترتبت

مسؤوليته، والمسؤولية هنا عقدية لانها نشأت عن الاخلال بالتزام عقدي، وهو التزام بتحقيق نتيجة هي رد الاوراق المالية أو تسليمها الى العميل ولكن ما هو الأثر المترتب على تحقق مسؤولية المصرف او بالاحرى ما هو الموقف الذي يمكن للعميل ان يتخذه تجاه امتناع المصرف عن الرد؟

للعميل المودع ابتداءً ان يطالب باسترداد الاوراق المالية عينا ويكون له في سبيل ذلك ان كان مالكا لها دعويان الاولى دعوى الوديعة وهي دعوى شخصية ناشئة من العقد اما الثانية فهي دعوى عينية اساسها حقه العيني (الملكية) على الاوراق المالية المودعة والتي تمكنه من تتبعها في أي يد تكون (السنهوري، 1964: 63-64)، (انطاكي والسباعي، 1964: 63-64).

أما ملكية هذه الأوراق فتبت بالقائمة أو بإيصال الإيداع، وقد تثور صعوبة بالنسبة إلى المستندات التي كلف العميل المصرف بشرائها لحسابه ولم تذكر بعد في الايصال الذي بيده فكيف يثبت العميل المودع انها كانت ملكه وقت شهر أفلاس المصرف مثلا؟ لابد هنا من التفرقة بين انواع هذه الاوراق فإذا كانت اسمية فلا صعوبة في الامر اذ يكتب اسمه عليها وفي دفاتر الجهة التي اصدرتها، اما اذا كانت لحاملها فلا يمتلكها الا بالفرز والتخصيص لحسابه ويثبت ذلك عادة بدفاتر المصرف.

اما اذا اريد اثبات ذاتية الاوراق المالية او الصكوك المودعة فيجب على العميل اقامة الدليل على انها بعينها موجودة في تفليسة المصرف، وذلك بتقديم الايصال او بتخصيصها له وذكر ارقامها ان كانت لحاملها (عوض، 1982: 565).

اما اذا تعذر على العميل المودع استرداد الاوراق المالية بعينها بسبب امتناع المصرف عن هذا الرد، فلا يكون لهذا العميل الا المطالبة بالتعويض، ولكن كيف تقدر قيمة الاوراق المالية الممتنع عن ردها؟

تقضي القواعد العامة في هذا الصدد ان التعويض يقدر على اساس قيمة الاوراق وقت الرد، فإذا زادت قيمتها في اثناء الدعوى وجب رد القيمة وقت الحكم حتى يكون التعويض كاملا، مع الاخذ بنظر الاعتبار انه اذا كان المصرف المودع لديه والعميل المودع قد اتفقا عند الايداع على هذه القيمة فيعتد بها (السنهوري، 1964: 737).

الا ان جانبا من الفقه المصري يذهب الى القول بتحديد قيمة الاوراق المالية يوم الايداع او وقت طلب الرد ايهما أعلى، على افتراض ان المصرف تصرف في الوديعة لصالحه فيجب ان يلزم بأعلى القيمتين كجزاء له ويذهب رأي آخر الى ان قيمة الاوراق يجب ان تقدر قيمتها وقت الايداع لان التزام المصرف بالرد عينا او بالتعويض كلاهما ينشأ وقت الايداع وعيب هذا الراي انه يخلط بين تحديد وقت نشوء الالتزام وتحديد قدره فلا يجوز النظر الى وقت الايداع لان المصرف يلتزم برد الاوراق المالية ذاتها في الوقت المتفق عليه ايا كانت قيمتها فإذا عجز عن ذلك وجب عليه ان يدفع تعويضا

يساوي قيمتها في هذه اللحظة، حتى لايتغير مركز العميل بسبب عجز المصرف عن الرد ولذلك يجب ان تقدر قيمة الاوراق وقت اعذار المصرف بالرد(*).

ونرى بأن قيمة الاوراق المالية المودعة اذا تم الاتفاق عليها بين المصرف والعميل وقت الايداع فيكون التعويض على اساس اتفاقهما احتراما لارادتهما الحقيقية، اما اذا لم يحصل مثل هذا الاتفاق، فعلى المحكمة ان تقوم بتقدير التعويض على اساس قيمتها يوم النطق بالحكم ما دام ان اسعار الاوراق المالية تتعرض للتقلبات المستمرة واذا تعذر على المحكمة تقدير القيمة بشكل نهائي وقت الحكم بسبب هذه التقلبات في الاسعار جاز لها ان تترك للعميل المضرور الحق في المطالبة بأعادة النظر في التقدير خلال مدة معقولة وتكون العبرة في تقدير التعويض النهائي بوقت النطق بالحكم فيه(**).

والاصل ان يكون التعويض نقديا لكن لا نرى ما يمنع إن يكون التعويض عينيا في صورة رد المثل أي الزام المصرف بأن يرد للعميل اوراقاً مماثلة لتلك التي امتنع عن ردها(***).

ولا يمنع الزام المصرف بالتعويض ان يتعرض الى عقوبة خيانة الامانة اذا كان قد تصرف بالاوراق المالية المودعة لديه لانه مؤتمن عليها بمقتضى عقد وديعة الاوراق المالية(****).

ولكن كيف يمكن للمصرف المودع لديه ان يتخلص من التزامه برد الاوراق المالية الى المودع؟

لا يبرأ المصرف من التزامه بالرد الا اذا اثبت ان تخلفه راجع الى سبب اجنبي عنه ولا يكفي ان يثبت انه بذل كل ما في وسعه للمحافظة على الاوراق لان التزامه التزاماً بتحقيق نتيجة، ومثال السبب الاجنبي الاعمال الحربية والسرقة اذا كانت قهرية واثبت بذل كل ما في وسعه كمنع الضرر لكن لم يتمكن من تفاديها وكذلك المصادرة والحريق بشرط ان يثبت ايضا انه لم يكن بالامكان تفاديه بأية وسيلة ولكنه يتحمل نتيجة الحريق متى ما كان مجهول او غير معروف سببه (عوض، 2000: 1012).

ويمكن ان يعد من قبيل السبب الاجنبي استحقاق الاوراق المالية المودعة لدى المصرف اذ يكون للاخير ان يمتنع عن رد هذه الاوراق الى العميل المودع اما عن الاجراءات التي يتوجب على المصرف القيام بها عند ادعاء شخص استحقاق الاوراق المالية المودعة لديه فقد حددها المشرع العراقي بما يأتي:

- الامتناع عن رد الاوراق المودعة الى العميل.
- اخطار المصرف للمودع بالادعاء بالاستحقاق فوراً.

(*) الرأي الاول للدكتور محمد علي عرفة والرأي الثاني للفقيه الفرنسي (Lacour)، نقلا عن: (عوض، 2000: 1008– 1009).

(**) لاحظ نص م/208، مدني عراقي.

(***) لاحظ نص م/ 209 فـ2، مدني عراقي.

(****) لاحظ نص المادة/ 206 مدني عراقي.

- فإذا لم يُقر المودع ذلك يكلف المصرف مدعي الاستحقاق بمراجعة المحكمة بشأن ادعائه خلال مدة مناسبة يعينها له، من اجل استحصال قرار من تلك المحكمة بحجز الاوراق لديه.
- اذا مضت المدة المحددة من قبل المصرف ولم يقدم مدعي الاستحقاق قرار الحجز، وطلب المودع استرداد الاوراق اعادها المصرف اليه بعد اخذ صور فوتوغرافية لها يصادق المصرف على مطابقتها للاصل ويحتفظ بالصورة لديه(*).

اما المشرع المصري فقد حدد هذه الاجراءات بالاتي:

- اخطار المودع مباشرة بوجود ادعاء باستحقاق الصكوك.
- الامتناع عن رد الصكوك الى المودع حتى ينتهي النزاع بشأنها رضاءً او قضاءً.
- على مدعي الاستحقاق اقامة دعواه باستحقاق الصكوك خلال مدة ثلاثين يوما من تاريخ الادعاء والا عدّ الادعاء كأن لم يكن ويجب على المصرف ان يرد الصك الى المودع طبقاً للعقد(**).

واضح ان الفارق الاساس بين المشرع العراقي والمصري بشأن هذه الاجراءات هو ان المشرع المصري كان أحرص في تحديد المدة التي يتوجب على المدعي باستحقاق الاوراق المالية اقامة الدعوى خلالها وهي مدة الثلاثين يوما من تاريخ ادعائه وهذا ما لم يقرره المشرع العراقي بل ترك امر تحديد هذه المدة الى المصرف بحسب ما يراه مناسبا وعلى وفق ظروف العمل المصرفي.

وأخيرا، هل يستطيع المصرف ان يعفي نفسه من المسؤولية؟

القواعد العامة في القانون العراقي تجيز للمصرف ان يشترط اعفاءه من المسؤولية التي تنشأ عن عدم تنفيذ التزامه التعاقدي بشرط ان لا تكون هذه المسؤولية ناشئة عن غشه او خطئه الجسيم كما يجوز له ان يشترط عدم مسؤوليته عن اي غش او خطأ جسيم يقع من اشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزاماتهم (التابعين)(*).

هـ- تقادم الالتزام برد الاوراق المالية، لم يعالج المشرع العراقي وكذلك المصري حكم تقادم التزام المصرف المودع لديه برد الاوراق المالية الى العميل المودع وعلى ذلك يتوجب تطبيق القواعد العامة في هذا الشأن اذ يفترض بمقتضى هذه القواعد ان يتقادم التزام المصرف المودع لديه برد الاوراق المالية بمضي خمسة عشر سنة تبدأ من الوقت الذي يجب ردها فيه(**).

(*) لاحظ نص م/ 350 من قانون التجارة العراقي الملغي.

(**) لاحظ نص م/ 315- فـ2 من قانون التجارة المصري الجديد.

(*) لاحظ نص م/ 259- فـ2، مدني عراقي و م/ 217 مدني مصري.

(**) لاحظ نص م/ 429 مدني عراقي، ومن الجدير بالذكر في هذا الصدد هو ان المشرع العراقي وحَّد احكام التقادم في المسائل المدنية والمسائل التجارية الا انه حدد مدة تقادم خاصة بدعاوى الاوراق التجارية، اما المشرع المصري، فقد قرر في المادة/ 68 من قانون التجارة المصري الجديد أحكاماً خاصة لتقادم الدعاوى الناشئة عن المعاملات التجارية اذ قضى بتقادم الدعاوى الناشئة عن التزامات التجار قبل بعضهم البعض والمتعلقة بمعاملاتهم االتجارية بمضي سبع

ومحل التقادم هو الدعوى الشخصية التي للعميل المودع والناشئة عن العقد اما دعوى الاسترداد التي يقيمها العميل المودع بصفته مالكاً لها فلا تتقادم ابدا، ذلك لان الملكية حق دائم لايسقط وينبني على ذلك نتيجة مهمة مضمونها انه اذا ما تقرر بموجب القانون(***)، أيلولة كل المبالغ والقيم التي يلحقها التقادم قانونا ويسقط حق اصحابها في المطالبة بها الى الحكومة ونهائيا ويدخل ضمن هذه الانواع من المبالغ والقيم ودائع الاوراق المالية، فإن هذا الحكم لايسرِ على دعوى الاسترداد التي يرفعها المودع بوصفه مالكا لهذه الصكوك لانها دعوى عينية بخلاف الدعوى الشخصية التي يملكها ايضا المودع قبل المصرف والناشئة عن عقد الايداع، وبالتالي فلا تمتلك الدولة هذه الاوراق بانقضاء مدة التقادم طالما ان للعميل المودع حق رفع الدعوى العينية لاسترداد الاوراق المودعة، اما اذا تحول حق العميل المودع الى مجرد حق شخصي كما لو استهلكت السندات والاسهم المودعة وتحولت الى اقيام نقدية بعد تحصيلها من المصرف فإن حق المودع يسقط بالتقادم وتمتلك الدولة هذه المبالغ(*).

اما المشرع العراقي فقد قرر في (المادة/ 45) من قانون البنك المركزي العراقي ذي الرقم 64 لسنة 1976 المعدل اعتبار الودائع والامانات العينية لدى المصارف والديون التي بذمتها والتي مضى خمسة عشر عاما على آخر حركة سحب وايداع جرت عليها بحكم الودائع غير المطالب بها، والزم المصارف بضرورة ارجاع الودائع غير المطالب بها الى اصحابها خلال سنة واحدة من تاريخ انتهاء مدة الخمسة عشرة سنة، وعند عدم التمكن من الاهتداء الى اصحابها بعد انتهاء فترة السنة يتوجب تسليمها الى الخزينة العامة لقيدها ايراداً نهائياً، ومع ذلك فقد استثنى المشرع العراقي من الحكم المتقدم ذكره الودائع غير المطالب بها العائدة للدوائر الرسمية وشبه الرسمية والمصالح والمؤسسات العامة، واذا ما وجدت مبالغ تعود الى الدوائر المذكورة فعلى المصرف ابلاغ تلك الدوائر ووزارة المالية بها، وفي حالة

سنوات من تاريخ حلول ميعاد الوفاء بالالتزام الا اذا نص القانون على خلاف ذلك وكذلك قضى بسقوط الاحكام النهائية الصادرة في تلك الدعاوى بمضي عشر سنوات.

(***) هذا القانون هو قانون الضرائب على الدخل ذي الرقم 157 الصادر في مصر عام 1981 اذ اشار الى هذا المضمون في م/ 177 منه.

(*) انظر بهذا المعنى: (القليوبي، 1986: 40-41)، (الشواربي، 2005: 85-86). وللدكتور علي جمال الدين عوض رأي مخالف لما ذكر لانه يرى بأن تفسير النص المتقدم على هذا النحو يؤدي الى ضياع حقوق المودعين الذين لم يطالبوا باسترداد صكوكهم خلال مدة معينة معتمدين على حق ملكيتهم الذي لايسقط ابداً وهذا يخالف اهم الاسس القائم عليها حق الملكية في القانون المدني واذا كان المشرع قد نص في م/ 177 من القانون المشار اليه في هامش (2) أعلاه على ان تؤول الى الدولة هذه الاوراق فقد قصد بها الحقوق الشخصية فقط تتملكها الدولة بدلا من المصرف وليس بدلا عن العميل المودع ذلك لان الدولة وجدت انها احق في تلقي هذه الحقوق من المصرف الا انها ليست أحق من صاحبها الاصلي والواقع ان الدولة لو كانت تقصد ذلك لنصت صراحة عليه. لمزيد من التعليقات حول هذا الموضوع انظر: (عوض، 2000: 1014–1016).

عدم استلامه ما يؤيد الاعتراف بعائدية هذه الودائع خلال ستة أشهر فعليه تحويلها الى وزارة المالية.

ويقرر المشرع العراقي ايضا في المادة/ 37 من قانون المصارف الصادر عن سلطة الائتلاف السابق ذكره –وتحت عنوان– الحسابات الخاملة الاحكام الاتية:

1- تخضع المبالغ المودعة في حساب في مصرف لقواعد خاصة اذا كانت الحسابات تعد حسابات خاملة.

2- اذا لم يبد حائز الحساب أي اهتمام بالمبالغ المودعة وذلك عن طريق معاملة مسجلة او مراسلة خطية مع المصرف لمدة عشر سنوات، يقوم المصرف في اول يوم عمل من السنة التقويمية الآتية بإرسال الحساب الى حائز الحساب بالبريد المسجل على آخر عنوان معروف لحائز الحساب يتضمن خصائص الحساب الخامل، وينشر المصرف في صحيفتين على الاقل من الصحف ذات التوزيع العام وفي النشرة الرسمية اسم حائز الحساب وبعد ما لا يقل عن 30 يوما من هذا الاشعار والنشر، يقدم المصرف اذا لم يتسن العثور على حائز الحساب، تقريرا مفصلا الى البنك المركزي العراقي، ويقوم بتسليم المبلغ المودع لديه الى البنك المركزي العراقي، لكي يحتفظ به في حساب خاص لدى البنك المركزي العراقي.

3- يحتفظ البنك المركزي العراقي بالاموال في حساب خاص مستثمر في الاوراق المالية للحكومة العراقية او في اوراق مالية اخرى في حالة عدم توافر اوراق مالية للحكومة العراقية، بشرط أنه يظل لمدة عشرين سنة من حق أي مالك يقدم دليلا على ملكيته يقتنع به البنك المركزي العراقي ان يسدد له البنك المركزي العراقي هذه المبالغ، وبعد انقضاء هذه المدة تحول أي مبالغ متبقية لم يطالب بها احد الى وزارة المالية لكي تودع في خزانة الدولة.

واضح من مضمون النص المتقدم انه وُضِعَ ليحكم الودائع النقدية فقط ونرى ضرورة شمول ودائع الاوراق المالية بهذه الاحكام والاجراءات اذْ وجدنا فيها ضماناً اكيداً لحقوق المودعين من ناحيتين:

الاولى، ضرورة ان يبدي حائز الحساب اهتمامه بما يشتمل عليه حسابه بمعاملة مسجلة او مراسلة خطية مع المصرف لمدة عشر سنوات ولا يخفي الاثر البالغ لهذه الضرورة من توفير ادلة كتابية تفيد في مسائل الاثبات.

الثانية، ضرورة اشعار حائز الحساب فضلا عن البريد المسجل – بالنشر في صحيفتين على الاقل على ان تكون من الصحف ذات التوزيع العام وفي النشرة الرسمية وما ينطوي عليه هذا التعدد والتنوع في النشر من دور كبير في حث المصرف على ابلاغ حائزي الحسابات الخاملة، لتحديد موقفهم من حساباتهم خلال المدة المحددة لكن الملاحظ ان المشرع العراقي قرر في القانون نفسه احتفاظ البنك المركزي العراقي بالمبالغ في حساب

خاص يستثمره في الاوراق المالية... وبقائه لمدة عشرين سنة مع اعطاء الحق لأي مالك يقدم دليلا يثبت ملكيته يقتنع به البنك المركزي العراقي ولا شك في ان هذا منتقد للاسباب الاتية:

- انه جعل المستفيد من المبالغ التي كانت مودعة في الحسابات الخاملة –وتم تحويلها الى حساب خاص- هو البنك المركزي العراقي أي الدولة بدلا من المصرف الذي كانت تودع لديه تلك المبالغ والذي هو الطرف المدين في عقد الوديعة.
- حدد مدة بقاء هذا الحساب الخاص بعشرين سنة مع اعطاء الحق لأي مالك يثبت ملكيته للمبالغ بدليل وهذا يوحي الى أن مدة العشرين سنة انما حددت لسقوط الدعوى العينية التي اساسها الملكية بالتقادم وخلاف ما هو مقرر قانونا من ان هذه الدعوى لا تسقط ما دام اساسها حق الملكية الذي لايسقط بالتقادم.
- اشترط في دليل الاثبات الذي يقدمه المالك لاثبات ملكيته لهذه المبالغ قناعة البنك المركزي العراقي؟ فمصطلح القناعة مصطلح مرن ومطاط فما هو معيار هذه القناعة؟ وما هو الاساس الذي تبنى عليها؟ وربما يكون البنك متعسفا في استعمال هذه القناعة تجاه العميل.

ثانيا: الالتزامات التبعية (الالتزام بإدارة حافظة الاوراق المالية)

ذكرنا أن المصرف يلتزم اساساً بمقتضى العقد بحفظ الاوراق المالية ماديا ليقوم بردها عينا عندما يطالب بذلك العميل المودع على وفق الاحكام المقررة بهذا الشأن والتي سبق لنا بيانها، ولكن مع ذلك فإن هذا العقد يلقي بذاته على المصرف واجب القيام ببعض العمليات اللازمة لخدمة او ادارة الاوراق المودعة من دون حاجة الى اتفاق خاص –ولذلك فإنه عمليا يفتح المصرف حساباً لخدمة هذه الاوراق– ويظل العقد مع ذلك خاضعاً لأحكام الوديعة، وان كان المصرف في خصوص العمليات التي يقوم بها لحساب العميل المودع في مركز الوكيل – كما وضحنا ذلك عند كلامنا عن التكييف القانوني لعقد وديعة الاوراق المالية.

ولابد من القول في هذا المجال ان قيام المصرف بهذه العمليات يكون من دون اجر لانه تقاضى اجره عنها عند فتح الحساب فلا موجب لان يتقاضى اجره مرة ثانية ولانه يحصل مقابلا عن العمليات الاخرى التي ينفذها بطلب من عميله، ولان هذه العمليات تابعة لالتزامه بحفظ الاوراق المالية وجزءا منه وهذا ما قرره المشرع العراقي في المادة/ 346-ف3 من قانون التجارة العراقي الملغي وكذلك المشرع المصري في م/ 312-ف2 من قانون التجارة المصري الجديد بالقول (...على المصرف القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالورقة التي يتقرر منحها له ومن دون مقابل، كتقديمه للاستبدال او لوضع الاختام او لاضافة قسائم ارباح جديدة اليه.

ويتبين من هذا النص ان المصرف يلتزم بادارة الاوراق المالية المودعة اليه من خلال القيام بكل العمليات اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بهذه الاوراق ومن دون ان يتقاضى أي مقابل عن ذلك.

ولكن لنا ان نتساءل عن ماهية هذه العمليات التي يتوجب على المصرف القيام بها بوصفها التزامات تبعية نابعة من العقد ذاته ومن دون حاجة الى اتفاق خاص؟.

ابتداءً يمكن القول أن المقصود بالعمليات هنا هي تلك العمليات اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالاوراق المالية المودعة فقط، وهذا واضح من النص اما العمليات الاخرى التي يطلبها العميل المودع او يقوم بها المصرف من تلقاء نفسه فلا تدخل ضمن حدود هذا النص.

ان العمليات التي تحتاج اليها ادارة الاوراق المالية المودعة كثيرة ولذلك يذهب جانب من الفقه المصري الى ان تحديد ما يلزم المصرف بأدائه يرجع الى ارادة طرفي العقد، وتستعين المحكمة في تحديده ببنود العقد، كأن ينص مثلا على تحصيل عمولة مقابل عملية معينة، فقد يقصد بذلك ان المصرف لا يقوم بها الا بتكليف خاص من العميل، وكذلك يُستنتج قصد الطرفين من قيمة الأجرة ومن النشرات التي يعلنها المصرف لجذب العملاء اليه والمسألة موضوعية ترجع الى تقدير القضاء وحسب ظروف كل حالة (عوض، 1982: 569).

في حين يرى جانب آخر من الفقه المصري أن التزام المصرف بأدارة الاوراق المالية يعد التزاما تبعيا تفرضه الاعراف والعادات المصرفية بالنظر الى طبيعة الصكوك والاوراق محل الوديعة والتي تكون منتجة في الاصل للعوائد... الا ان الالتزام بالادارة قد يكون محل اتفاق خاص مع العميل المودع (فهيم، من دون سنة طبع: 271).

لما تقدم نرى أن الالتزامات التبعية التي تستلزمها ادارة حافظة الاوراق المالية تكون على صنفين، الصنف الاول يتحدد بالالتزامات التي يقوم بها المصرف تلقائيا من دون حاجة الى اتفاق خاص بينه وبين العميل المودع والصنف الثاني ويتحدد بالالتزامات او العمليات التي لايستطيع المصرف القيام بها الا بناء على اتفاق او شرط صريح في العقد.

الصنف الاول الالتزامات التبعية التي يقوم بها المصرف تلقائيا ومن دون حاجة الى اتفاق خاص، وتمثل هذه الالتزامات بكل العمليات اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالاوراق المالية كتحصيل عائدات الاسهم وفوائد سندات القرض مقابل اقتطاع القسائم (الكوبونات) المستحقة وتحصيل قيمة الاسهم المستهلكة والتحقق من صحة القُرعة عند الاستهلاك، كما تشمل تنبيه او اخطار العميل المودع الى استعمال الحقوق المتعلقة بملكية الاسهم كاستبدال الاسهم وتجديدها وختمها والاكتتاب بها عند زيادة رأس مال الشركة، ويدخل ضمن هذه الالتزامات تنبيه العميل الى اجتماع الهيئة العامة للشركة مُصدِّرة الاوراق المالية المودعة (ناصيف، 1983: 405).

والملاحظ ان المشرع العراقي في المادتين/ 346-ف3 و م/ 347 من قانون التجارة العراقي الملغي وكذلك المشرع المصري في المادتين/ 312-ف2 و 313 من قانون التجارة المصري الجديد قد نصا على هذه الالتزامات التبعية اذ جاءا بمبدأ عام مفاده التزام المصرف

بالقيام بكل عملية تؤّدي الى المحافظة على الحقوق المتصلة بالاوراق المالية –كتقديمها للاستبدال او لوضع الاختام او لأضافة قسائم ارباح جديدة اليه– أولاً، واخطار المودع بكل امر او حق يتعلق بالورقة ويستلزم الحصول على موافقة او يتوقف على اختياره ثانياً وقررا في هذا الشأن انه اذا لم تصل تعليمات المودع في الوقت المناسب وجب على المصرف ان يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على المودِّع ويتحمل هذا الاخير انواع المصاريف كافة، فضلا عن العمولة العادية، ويمكن القول أن حكم هذا النص يدلل على مدى اهمية هذه العمليات في حفظ حقوق المودع في الاوراق المالية الموجودة في حافظته من جهة وعلى خطورة اهمال القيام بها من قبل المصرف بحيث أُلزم المصرف القيام بها من تلقاء نفسه من دون الحاجة الى تعليمات المودع في حالة تأخرها من جهة أخرى.

وفي الحقيقة ان ما تقدم بيانه من التزامات تبعية يقوم بها المصرف تلقائيا لا تجد اساسها فقط في كونها مرتبطة بطبيعة الشيء المودع –اوراق مالية– بل ايضا في ان عقد ايداع الاوراق المالية يتضمن في جوهره عقدين، احدهما عقد وديعة و الاخر عقد وكالة ضمنية وهذا العقد الاخير هو الذي يلزم المصرف بأدارة الاوراق المالية للعميل هذا فضلا عما يقضي به العرف المصرفي في مثل هذا العقد (القليوبي، 1986: 352).

الصنف الثاني الالتزامات التبعية التي لايقوم بها المصرف إلا بناءً على اتفاق مع العميل، وهنا يتولى العقد تحديد حقوق المصرف والعميل والتزاماتهما فيما يخص ادارة الاوراق المالية، وتطبق على ادارة هذه الاوراق مقابل عمولة قواعد الوكالة التي تقضي بمسؤولية المصرف تجاه العميل المودع عند عدم تنفيذ التزاماته المبنية على العقد على اساس اخلاله بالتزامات تعاقدية.

ان نطاق الالتزام بإدارة المصرف للاوراق المالية قد يتسع بمقتضى العقد فيشمل التصرف في الاوراق المالية المودعة بالبيع وشراء غيرها، والقيام بكل ما تتطلبه الادارة المباشرة لثروة العميل المودع من الاوراق المالية من اعمال اخرى اضافية على وفق الاتفاق (فهيم، من دون سنة طبع: 272)، (ناصيف، 1983: 405).

ومن الالتزامات التبعية التي لايستطيع المصرف ان يؤديها الابناء على شرط صريح في العقد هو الوقوف على نتيجة سحب اليانصيب في حالة ما اذا كانت الاوراق المودعة من الاوراق التي تستفيد من هذا السحب، وذلك لان العرف المصرفي لم يثبت على التزام المصرف بالقيام بهذه العملية تلقائيا الا باتفاق خاص لا سيما أنها تكلف المصرف كثيرا، ومع ذلك اذا تبين لقاضي الموضوع ان العمولة التي اشترطها المصرف على العميل المودع تتناسب مع الكلفة التي يتحملها المصرف في قيامه بهذه العملية جاز للقاضي عد المصرف مسؤولا عن عدم قيامه باخطار العميل نتيجة السحب حتى لو لم يجد شرط صريح بذلك (المصري، 1987، 29).

كذلك فإن ابلاغ المودع بالتغيرات التي تطرأ على قيمة الاوراق المالية المحفوظة لديه كارتفاع قيمتها او انخفاضها او زيادة رأسمال الشركة المكتتب فيها حتى يتمكن المودع من حفظ حقه في أولوية الاكتتاب في الاسهم الجديدة وإبداء النصح والمشورة للعميل بشأن ادارة اوراقه المالية كلها تدخل ضمن الالتزامات التي لا يقدمها المصرف الا بناء على اتفاق صريح (القليوبي، 1986، 39).

ولكن لنا ان نتساءل عن امكانية المصرف اشتراط اعفائه من المسؤولية عن هذه العمليات؟

يجيب جانب من الفقه المصري على ذلك بالايجاب ويقول بأنه كثيرا ما تلجأ المصارف من اجل رفع المسؤولية عنها الى ادراج شرط في تعاقدها مع عملائها المودعين يرفع عنها المسؤولية بالنسبة للعمليات التبعية جميعها التي لاتلتزم بها صراحة ويعد هذا الشرط صحيحاً حتى بالنسبة للعمليات التي تفرض بصورة عادية على عاتق المصرف على ان لا يؤدي ذلك الى إبراء المصرف من غشه او خطئه الجسيم (ناصيف، 1983: 406)، (القليوبي، 1986: 40).

ويذهب الدكتور علي جمال الدين عوض في هذا الصدد الى القول أن شرط الاعفاء من المسؤولية عن العمليات التبعية يصح ما دام انه لايؤدي الى اهدار تنفيذ التزام جوهري على المصرف ولتوضيح رأيه فقد اورد وقائع قضية عرضت على القضاء البلجيكي وقُضيَّ فيها بهذا المعنى خلاصتها (ان المصرف كان قد تعهد بخدمته وادارة الاوراق المالية المودعة من قبل العميل وبعد تحديد هذا الالتزام اورد المصرف عبارة مضمونها [ان المصرف يتعهد بالتحقق بلا أجر ولكن بلا مسؤولية من ارقام الاوراق التي تخرج في القرعة وتصبح واجبة التسديد وان يخطر المودع بأرقام هذه الاوراق محل الاسترداد] قضت محكمة استئناف بروكسل مخالفة حكم محكمة اول درجة [ان المصرف اذا لم يخطر العميل فقد ارتكب خطأ وان شرط الاعفاء الوارد في اللائحة العامة للمصرف لا يمكن ان يجرد التزام المصرف من فحواه، وان الخطأ الجسيم من المصرف لايغطيه هذا الشرط بالاعفاء من المسؤولية لان المصرف محترف وهو لم يقم بالتحريات المعقولة المنتظرة من مصرف محترف وذلك ان من يودع الاوراق في المصرف انما يركن الى كفاءة المصرف في التحقق من المعلومات التي لايملك المودع الوسيلة اليها، كما ان المصرف لم يقم بما يفرضه عليه حسن النية ما دام قد أوقع المودع في غلط حول حقيقة المعلومات التي قدمها وذلك لانه اقتصر على النظر في وسائل النشر العادية ولم يكلف نفسه التفتيش في النشرات المتخصصة][*].

(*) انظر التعليقات على هذا القرار الاستئنائي لمحكمة بروكسل الصادر في 1957/4/15، (عوض، 1969: 635-636).

ونحن نرى أن من حق المصرف المودع لديه ان يشترط اعفاءه من المسؤولية عن العمليات التبعية التي لابد للقيام بها من اتفاق صريح مع العميل المودع ما دام ان ذلك لايؤدي الى الاخلال بالتزاماته الاساس ة التي يفرضها عليه عقد الوديعة كالتزامه بالحفظ والرد وكذلك الالتزامات التبعية التي يتوجب عليه القيام بها تلقائيا وعلى وفق ما يفرضه العرف المصرفي على ان يتم ايراد شرط الاعفاء هذا بشكل صريح وواضح في العقد المبرم بينه وبين العميل ابتداءً ليكون الاخير على بينة من الامر ولكي لايحتج بعدم ابلاغه به، من قبل المصرف ولايشمل هذا الاعفاء مسؤولية المصرف عن الغش والخطأ الجسيم الصادرين عنه، وان كان يستطيع ان يشترط اعفاءه من الغش والخطأ الجسيم الذي يصدر من تابعيه او مستخدميه في هذا الشأن(**).

وبعد ان اوضحنا فيما تقدم تعريف عقد وديعة الاوراق المالية او وديعة الصكوك وتحديد خصائصه وكيفية انشاؤه والآثار القانونية التي يرتبها فلابد لنا اخيرا من القول أن هذا العقد ينتهي على وفق طرق انتهاء عقد الوديعة المقررة في القواعد العامة في القانون المدني؛ اذ ينتهي عقد الوديعة بانقضاء الاجل المحدد له صراحة او ضمنا او برجوع احد المتعاقدين المصرف المودع لديه او العميل المودع عن الوديعة قبل انقضاء الاجل وذلك من خلال المطالبة برد الوديعة قبل حلول الاجل وبالارادة المنفردة للمتعاقد الذي ضُرب الاجل لمصلحته وهو في وديعة الاوراق المالية – العميل المودع(*)

كما يمكن ان ينتهي هذا العقد بالفسخ ما دام انه... من العقود الملزمة للجانبين فإذا لم يوف احد المتعاقدين المصرف او العميل بما وجب عليه العقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له بمقتضى(**).

فضلا عن ذلك وحيث ان عقد وديعة الأوراق المالية قد يتضمن عقد وكالة ضمنية لذلك فإن وفاة العميل المودع او افلاسه تعد وقائعاً من شأنها إذا تحققت ان تنهي العقد على وفق القواعد العامة في الوكالة(***).

(**) لاحظ نص م/ 259-ف2، مدني عراقي.

(*) لاحظ نص المادة/ 969 من القانون المدني العراقي وكذلك م/722 مدني مصري، ثم للتفصيل في هذه القواعد العامة لانتهاء عقد الوديعة، انظر: (السنهوري، 1964: 750).

(**) لاحظ نص م/ 177 مدني عراقي.

(***) لاحظ نص م/ 947 مدني عراقي.

الخاتمة

يتبين مما تقدم من مسيرة البحث ما يأتي:

1. وديعة الأوراق المالية من عمليات الإيداع المهمة التي تقوم بها المصارف على نطاق واسع في الواقع الحاضر، تنصب على أوراق مالية أسهم وسندات وأية سندات منتجة لعوائد أو فوائد كشهادات الاستثمار وشهادات الايداع، وتتجسد أهمية هذه العملية من خلال المزايا التي تحققها لطرفيها؛ المصرف المودع لديه والعميل المودّع، فالمصرف يجني العمولة المستحقة عن حفظ الأوراق وإدارتها لمصلحة العميل، وربما تبدو هذه العمولات غير مجزية إلا أنه يمكن القول أنها تمثل الهدف القريب للمصرف من مباشرة هذه العملية، فالهدف البعيد الذي اراده المصرف في هذا الصدد هو تشجيع العملاء على التعامل معه مستقبلاً من خلال عمليات أخرى كخصم الأوراق التجارية والاقتراض بفائدة، وفتح الاعتمادات وإصدار خطابات الضمان وغيرهما، اما العميل المودع، وحيث انه يخشى على أوراقه من الضياع والسرقة والتلف فيلجأ إلى إيداعها لدى المصرف ليتوفر له الأمان وبالذات إذا كانت أوراقه لحاملها فضلا عن الرغبة في الاستفادة من الخدمات المصرفية الخاصة بهذه الأوراق، وهذه العملية تختلف وتتميز عن عمليات اخرى مشابهة لها في بعض الجوانب مثل وديعة النقود وإجارة الخزائن ورهن الأوراق المالية.
2. وحيث ان للعمليات المصرفية جميعها جانب قانوني إذ تتحدد حقوق والتزامات طرفي هذه العمليات من خلال العقد لذا فإن عملية الأوراق المالية تتخذ من العقد إطاراً قانونياً لها وهذا العقد يمتاز بأنه من العقود الرضائية الملزمة للجانبين وإنه من العقود التجارية التي يمكن ان يكون ذا طبيعة دولية، وقد عُدَّ لدى البعض عقد إذعان، وحاول البعض الآخر ان يسبغ عليه الصفة العينية.
3. لم ينعقد الاتفاق فقهاً على التكييف القانوني الصحيح لهذه العملية المصرفية، الا أن المشرع العراقي في قانون التجارة الملغي ذي الرقم 149 لسنة 1970 عدها وديعة كاملة.
4. تتميز هذه العملية المصرفية بخصوصية الالتزام الذي يقع على عاتق المصرف المودع لديه تجاه العميل ؛ فالمصرف يلتزم بالاصل بحفظ الأوراق المالية المودعة لديه وردها إلى العميل المودع في نهاية المدة المتفق عليها، أو عندما يطلب العميل ذلك، إلا ان المصرف قد يلتزم بالتزامات أخرى تبعية يقوم بها بناءً على طلب العميل ولمصلحته وبأجرة إضافية، ويكون فيها بمركز الوكيل تجاه العميل في تنفيذه لهذه الالتزامات.
5. قام المشرع العراقي وبموجب قانون التجارة النافذ حالياً ذي الرقم 30 لسنة 1984 بإلغاء قانون التجارة العراقي ذي الرقم 149 لسنة 1970 الذي كان ينص على عملية وديعة الأوراق المالية، والملاحظ أنه أعاد النص على بعض العمليات المصرفية التي

كانت منظمة ضمن القانون الملغي في قانون التجارة النافذ ولم يكن من بينها طبعاً وديعة الأوراق المالية مما أدى إلى توقف العمل بها من قبل المصارف العراقية، وقد كان إلغاء العديد من أحكام قانون التجارة ذي الرقم 149 لسنة 1970 من دون إعادة النص عليها من جديد في القانون النافذ لظروف وأسباب اقتضتها فترة التوجه نحو تطبيق الاشتراكية آنذاك كما بيّنا في مقدمة البحث وحيث ان هذه الاسباب والظروف قد زالت واضمحلت وبالنظر للتغييرات التي بدأ يشهدها قطاع الشركات والمصارف والاستثمار ومجالات التعامل بالأوراق المالية بات من الضروري جداً أن تتوجه عناية المشرع العراقي إلى إعادة العمل بالعديد من العمليات المصرفية الملغاة عموماً، وبوديعة الأوراق المالية على وجه الخصوص، وبما إن الهدف الذي دفعنا إلى اختيار هذا البحث هو دعوة المشرع العراقي إلى إعادة العمل بأحكام هذه العملية المصرفية لذا فإننا نقترح ما يأتي:

- تكون النصوص التشريعية المنظمة لهذه العملية على وفق الصيغة الآتية، آخذين بنظر الاعتبار المقترحات التي قدمت خلال مسيرة البحث وتلافي النواقص التي كانت تشوب النصوص الخاصة بها والواردة في قانون التجارة الملغي.
- يُخصص لهذه العملية فرعاً مستقلاً لها ضمن الفروع الخاصة في العمليات المصرفية – الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون التجارة العراقي النافذ.
- يستخدم مصطلح (وديعة السندات) أو (وديعة المستندات) بدلاً من مصطلح (وديعة الأوراق المالية) لأنه أكثر دقة وشمولاً ومن شأنه ان يسمح لهذه العملية استيعاب ليس اسهم الشركات وسندات القرض فحسب بل كل السندات القابلة للتداول التي تضمنتها (المادة/ 185) من قانون التجارة النافذ، كما انه يهيئ لها امكانية إيرادها على السندات جميعها التي من المحتمل ان تظهر في الواقع القانوني كشهادات الاستثمار وكذلك ما يسمى بشهادات الايداع التي عرفها البنك الأهلي المصري والتي تفتقر في الحقيقة إلى تنظيم تشريعي خاص بها في العراق.
- وضع تعريف محدد ودقيق لوديعة الأوراق المالية أسوة ببقية العمليات المصرفية الأخرى المعرفة من قبله ويمكن ان يكون التعريف بالشكل الاتي: (وديعة السندات عقد يخول المصرف بموجبه حفظ الأوراق المالية المودعة لديه من العميل وإدارتها وردها بذاتها في مقابل أجرة يتقاضاها من هذا العميل).
- أما بقية النصوص التشريعية المنظمة لهذه العملية فنقترح ان تكون بذات الصيغة التي كانت عليها في قانون التجارة العراقي الملغي مع اقتباس بعض المصطلحات التي اوردها المشرع المصري في نصوص هذه العملية الواردة في قانون التجارة المصري الجديد ذي الرقم 17 لسنة 1999 لتقارب تلك النصوص مع نصوص قانوننا العراقي بهذا الشأن ولكون قانون التجارة المصري المذكور أحدث من قانون التجارة

العراقي من حيث الصدور... والنصوص التي نود أن يضعها المشرع العراقي هي الآتي:

- (لايجوز للمصرف ان يستعمل السندات المودعة لديه أو ان يمارس الحقوق الناشئة عنها إلا لمصلحة المودع ما لم يتفق على ذلك).
- (أ– على المصرف أن يبذل في المحافظة على السندات المودعة عناية المودع لديه بأجر ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك. ب- ولايجوز للمصرف ان يتخلى عن حيازة السندات إلا بسبب عملية تستلزم ذلك).
- (أ- يلتزم المصرف بقبض فوائد السندات وارباحها وقيمتها وكل مبلغ يستحق بسببها ما لم يتفق على غير ذلك، وتقيد تلك المبالغ في حساب المودع. ب- وعلى المصرف القيام بكل عملية تكون لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالسندات التي يتقرر منحها لها من دون مقابل كتقديمها للاستبدال أو لوضع الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليها).
- (على المصرف ان يخطر المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالسندات ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره، فإذا لم تصل تعليمات المودع في الوقت المناسب وجب على المصرف ان يتصرف في الحق بما يعود بالنفع عل المودع ويتحمل المودع المصاريف فضلاً عن العمولة العادية).
- (أ- يلتزم المصرف برد السندات المودّعة بمجرد أن يطلب منه المودع ذلك مع مراعاة الوقت الذي يقتضيه إعداد السندات للرد. ب- يكون الرد في المكان الذي تم فيه الايداع، ويلتزم المصرف برد السندات بذاتها ما لم يتفق أو يقضي القانون برد سندات من جنسها أو سندات أخرى).
- (أ- يكون الرد لمودِّع السند أو لوكيله الخاص أو لخلفه أو لمن يعينه هذا الخلف ولو تضمن السند ما يفيد ملكيته للغير. ب- إذا ادعى شخص استحقاق السند المودع وجب على المصرف اخطار المودع مباشرة والامتناع عن رد السند إليه حتى ينتهي النزاع بشأنه رضاءً أو قضاءً وعلى مدعي استحقاق السند إقامة دعواه خلال ثلاثين يوماً من تاريخ الادعاء وإلا عدّ الادعاء كأن لم يكن).

المصادر

أولاً: الرسائل والاطاريح الجامعية

1. الجنابي، لميس محمد مطرود (2001)، إدارة محفظة الأسهم العادية في إطار نموذجي (SMP& CAMP)، **رسالة ماجستير مقدمة إلى الجامعة المستنصرية**.

ثانياً: الدوريات

2. الشماع، فائق محمود (1990)، **"وديعة النقود"**، بحث مطبوع على الرونيو.

ثالثاً: الكتب

3. أبو حمد، رضا صاحب وقدوري، فائق مشعل (2005)، **إدارة المصارف**، دار أبن الأثير للطباعة والنشر، الموصل، العراق.
4. انطاكي، رزق الله والسباعي، نهاد (1964)، **الوسيط في الحقوق التجارية البرية، ج2، القسم الخامس (عمليات البنوك)**، المطبعة التعاونية، دمشق، سوريا.
5. البشير، محمد طه وطه، غني حسون (1982)، **الحقوق العينية (الحقوق العينية الأصلية، الحقوق العينية التبعية)**، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، العراق.
6. الحكيم، عبد المجيد والبكري، عبد الباقي والبشير، محمد طه (1980)، **القانون المدني-مصادر الالتزام**، العراق.
7. حنفي، عبد الغفار وقرياقص، رسمية (2000)، **أسواق المال (بنوك تجارية، أسواق الأوراق المالية، شركات التأمين وشركات الاستثمار)**، الدار الجامعية، الاسكندرية، مصر.
8. زكي، ابراهيم ممدوح (1998)، **الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي (القرض–التسهيل الائتماني)**.
9. سامي، فوزي محمد والشماع، فائق محمود (1992)، **القانون التجاري (الأوراق التجارية)**، جامعة بغداد، العراق.
10. السنهوري، عبد الرزاق (1964)، **الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، العقود الواردة على عقد العمل (المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
11. الشريف، عليان والحلبي، رياض و شقير، فائق والباشا، محمد (2000)، **مبادئ القانون التجاري**، ط1، دار الميسرة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن.
12. الشواربي، عبد الحميد (2005)، **عمليات البنوك في ضوء الفقه–القضاء–التشريع وصيغ الدعاوى التجارية وفقاً لقانون التجارة ذي الرقم 17 لسنة 1999**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر.

13. صالح، باسم محمد (1992)، **القانون التجاري، القسم الأول (النظرية العامة للتاجر، التاجر، العقود التجارية، العمليات المصرفية، القطاع التجاري والاشتراكي)**، ط2، منشورات دار الحكمة، جامعة بغداد، العراق.
14. صالح، باسم محمد، والعزاوي، عدنان ولي أحمد (من دون سنة طبع)، **الشركات التجارية (المبادئ العامة–شركات القطاع الخاص–شركات القطاع الاشتراكي– شركات القطاع المختلط)**، بيت الحكمة للطباعة، بغداد، العراق.
15. صالح بك، محمد (من دون سنة طبع)، **السندات الأذنية**.
16. طه، مصطفى كمال (1988)، **القانون التجاري (مقدمة الأعمال التجارية والتجار، الشركات التجارية، الملكية التجارية والصناعية)**، الدار الجامعية.
17. عبد العال، عكاشة محمد (1994)، **قانون العمليات المصرفية الدولية (دراسة في القانون الواجب التطبيق على عمليات البنوك ذات الطبيعة الدولية)**، دار المطبوعات الجامعية، الاسكندرية، مصر.
18. العطير، عبد القادر (1998)، **الوسيط في شرح القانون التجاري (الأوراق التجارية)**، عمان، الاردن.
19. عوض، علي جمال الدين (من دون سنة طبع)، **العقود التجارية**، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.
20. عوض، علي جمال الدين (1969)، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية (دراسات لعمليات المصارف في القضاء المصري والفرنسي)**، دار النهضة العربية، مصر.
21. عوض، علي جمال الدين (2000)، **عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية**، ط3، دار النهضة العربية، مصر.
22. عوض، علي جمال الدين (1982)، **الوجيز في القانون التجاري (العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس)**، دار النهضة العربية، مصر.
23. عبيد، رضا (1983)، **القانون التجاري (العقود التجارية، الأوراق التجارية، عمليات البنوك، الإفلاس) القسم الثالث**، ط4، من دون مكان نشر.
24. فهيم، مراد منير (من دون سنة طبع)، **القانون التجاري (العقود التجارية وعمليات البنوك)**، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر.
25. القليوبي، سميحة (1986)، **القانون التجاري (عمليات البنوك، الأوراق التجارية)**، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، مصر.
26. الكبيسي، حمدان عبد المجيد (من دون سنة طبع)، **النشاط المصرفي في الدولة العربية الاسلامية (دراسة في تاريخ الاقتصاد العربي الاسلامي)**، بيت الحكمة/ قسم الدراسات الاقتصادية، العراق.
27. المصري، حسني (1987)، **عمليات البنوك**، جامعة عين شمس، مصر.

28. موافي، يحيى أحمد (1987)، **الشخص المعنوي ومسؤولياته قانوناً (مدنياً، إدارياً، جنائياً)**، الاسكندرية، مصر.
29. ناصيف، الياس (1983)، **الكامل في قانون التجارة، ج3 (عمليات المصارف)**، منشورات بحر المتوسط، منشورات عويدات، بيروت–باريس.
30. النجفي، حسن (1992)، **سوق الأوراق المالية (البورصة)، مفاهيم عامة عن سوق المال، نماذج من أسواق المال الدولية، المصطلحات المستخدمة في سوق المال**، إصدارات مصرف بغداد، العراق.
31. ياملكي، اكرم (2001)، **الأوراق التجارية وفقاً لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقاً للأعراف الدولية**، ط1، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الاردن.
32. ياملكي، اكرم، والشماع، فائق محمود (1980)، **القانون التجاري**، جامعة بغداد، العراق.
33. يونس، علي حسن (من دون سنة طبع)، **العقود التجارية**، دار الفكر العربي.

رابعاً: القوانين

34. قانون الإثبات العراقي ذو الرقم 107 لسنة 1979 المعدل.
35. قانون الاستثمار العراقي ذو الرقم 13 لسنة 2006.
36. قانون البنك المركزي العراقي ذو الرقم 64 لسنة 1976 المعدل.
37. قاتون البنوك الاردني ذو الرقم 28 لسنة 2000.
38. قانون التجارة الاردني ذو الرقم 12 لسنة 1966.
39. قانون التجارة العراقي الملغي ذو الرقم 149 لسنة 1970.
40. قانون التجارة العراقي النافذ ذو الرقم 30 لسنة 1984.
41. قانون التجارة المصري الجديد ذو الرقم 17 لسنة 1999.
42. قانون رعاية القاصرين العراقي ذو الرقم 87 لسنة 1980.
43. قانون الشركات العراقي الملغي ذو الرقم 36 لسنة 1983.
44. قانون الشركات العراقي النافذ ذو الرقم 21 لسنة 1997.
45. القانون المدني الاردني ذو الرقم 43 لسنة 1976.
46. القانون المدني العراقي ذو الرقم 40 لسنة 1951.
47. القانون المدني المصري ذو الرقم 131 لسنة 1948.
48. قانون المصارف العراقي (أمر سلطة الائتلاف المؤقتة ملحق1/ 19 أيلول/ 2003/ أ) منشور في جريدة الوقائع العراقية، عدد 3980، المجلد 44.
49. القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية (أمر سلطة الائتلاف المؤقتة/ 19 نيسان/74/2004).