وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة كربلاء
كلية القانون
الفرع الخاص

خيار الرجوع المصرفي

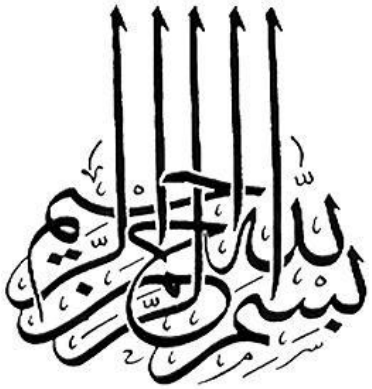
(دراسة مقارنة)

رسالة مقدمة إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء
وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون

كتبت بواسطة الطالبة
(حنين حسن هادي محمد)

إشراف الدكتور
عقيل مجيد كاظم السعدي
استاذ القانون التجاري

يوينو 2023 م ذو القعدة 1444 هـ



{قالُوا سُبْحانَكَ لا عِلْمَ لَنا إِلاَّ ما عَلَّمْتَنا إِنَّكَ أَنْتَ الْعَلِيمُ الْحَكِيمُ }

صدق الله العلي العظيم

سورة البقرة / الآية 32

إقـــرار المشرف

أشهد إن رسالة الماجستير الموسومة بـــ (**خيار الرجوع المصرفي – دراسة مقارنة**) المقدمة من قبل الطالبة (**حنين حسن هادي**) إلى مجلس كلية القانون – جامعة كربلاء بوصفها جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص قد جرت تحت اشرافي ورشحت للمناقشة ... مع التقدير ...

التوقيع :

الاسم : أ.د. عقيل مجيد كاظم

الدرجة العلمية : استاذ

الاختصاص : القانون التجاري

جامعة كربلاء – كلية القانون

إقرار المقوم اللغوي

تحية طيبة ...

اشهد ان الرسالة الموسومة ب(خيار الرجوع المصرفي – دراسة مقارنة) للطالبة (حنين حسن هادي) قد تمت مراجعتها لغوياً من قبلي وصحح ما ورد بها من اغلاط لغوية وطباعية وبذلك أصبحت مؤهلة للمناقشة بقدر تعلق الامر بسلامة الأسلوب وصحة التعبير .

مع التقدير...

المقوم اللغوي

ا.م.د. لطيف نجاح شهيد

جامعة وارث الأنبياء –كلية القانون

إقرار لجنة مناقشة

نحن رئيس لجنة المناقشة وأعضائها نُقر أننا اطلعنا على هذه الرسالة الموسومة بـ (خيار الرجوع المصرفي " دراسة مقارنة ") وناقشنا الطالبة (حنين حسن هادي) في محتواها ، وفيما لها علاقة بها ، ونعتقد إنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون / فرع القانون الخاص وبدرجة ( ) .

التوقيع :
الأسم : أ.د. علاء عزيز حميد
رئيساً
التاريخ : / / 2023

التوقيع :
الأسم : أ.م.د. سهام سوادي طعمه
عضواً
التاريخ : / / 2023

التوقيع :
الأسم : أ.م.د. عقيل كريم زغير
عضواً
التاريخ :١٩ / ٦ / 2023

التوقيع :
الأسم : أ.د. عقيل مجيد كاظم
عضواً ومشرفاً
التاريخ : / / 2023

صادق مجلس كلية القانون / جامعة كربلاء على قرار لجنة المناقشة

التوقيع :
أ.د. باسم خليل نايل السعيدي
عميد كلية القانون ـ جامعة كربلاء
التاريخ :١٩/ ٦ / 2023

الإهداء

إلى نور العالمين نبي الرحمة وسفينة النجاة..... محمد وآله الأطهار(عليهم السلام).

إلى منقذ البشرية من الظلمات إلى النور..... القائم المنتظر (عج).

إلى ولي أمر المسلمين وحجة الإسلام..... محمد محمد صادق الصدر(قدس).

إلى من ادعو لهما ربي وأقول (ربي ارحمهما كما ربياني صغيرا)..... أمي وأبي.

إلى أجنحتي في الحياة.....إخوتي وأخواتي.

إلى رفيق حياتي ودربي ..... زوجي .

شكر وعرفان

يطيب لي ، بعد اتمام هذا العمل ، أن أسجل شكري ممزوجا بالامتنان إلى من أرشدني فاستهديت ، وعلمني فاستفدت ، انه الاستاذ المشرف على رسالتي الدكتور عقيل مجيد كاظم السعدي .

ويروق لي أن أتقدم بشكري وتقديري لكليتي كلية القانون جامعة كربلاء ممثلة بعميدها ومعاونيها وأساتذتها وموظفيها الذين مدوا لي يد العون على طول الطريق.

وحق عليَّ أن اتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان الى والدي العزيز ووالدتي الذين مدوا لي يد العون في الجانبين المادي والمعنوي سائلةً الباري عز وجل ان يمد بعمرهِم .

وعرفانا بالجميل أتقدم بجزيل الشكر وعظيم الامتنان الى كل من وقف معي في إتمام هذا العمل .

الباحثة

المحتويات

الموضوع	رقم الصفحة
الآية	أ
الاهداء	ب
الشكر والعرفان	ج
المحتويات	د – هـ
المقدِّمة	1 – 3
الفصل الأول : مفهوم خيار الرجوع المصرفي	**4 – 56**
المبحث الاول : ماهية خيار الرجوع المصرفي	6 – 26
المطلب الاول : التعريف بخيار الرجوع المصرفي	6 – 16
الفرع الاول : تعريف خيار الرجوع المصرفي	7 – 10
الفرع الثاني : مبررات وعيوب خيار الرجوع المصرفي	11 – 16
المطلب الثاني : تمييز خيار الرجوع المصرفي عما يلابسه من انظمة قانونية	17 – 26
الفرع الاول : تمييز خيار الرجوع عن البطلان	17 – 19
الفرع الثاني : تمييز خيار الرجوع عن الفسخ والالغاء	20 – 26
المبحث الثاني : طبيعة ونطاق خيار الرجوع المصرفي	27 – 56
المطلب الاول : الطبيعة القانونية لخيار الرجوع المصرفي	27 – 33
الفرع الاول : خيار الرجوع حق	28 – 32
الفرع الثاني : خيار الرجوع مكنة (رخصة)	32 – 33
المطلب الثاني : نطاق خيار الرجوع المصرفي	33 – 56
الفرع الاول : النطاق الشخصي لخيار الرجوع	33 – 47
الفرع الثاني : النطاق الموضوعي لخيار الرجوع المصرفي	48 – 56
الفصل الثاني : أحكام خيار الرجوع المصرفي	**57 – 107**
المبحث الاول : استعمال خيار الرجوع المصرفي وآثاره	59 – 93

الموضوع	رقم الصفحة
المطلب الاول : استعمال خيار الرجوع المصرفي	70 – 59
الفرع الاول : المدة القانونية لإستعمال خيار الرجوع المصرفي	63 – 60
الفرع الثاني : كيفية استعمال خيار الرجوع المصرفي	70 – 64
المطلب الثاني : آثار خيار الرجوع المصرفي	93 – 70
الفرع الاول : أثر خيار الرجوع بالنسبة الى المصرف	81 – 71
الفرع الثاني : أثر خيار الرجوع بالنسبة الى العميل	93 – 81
المبحث الثاني : انقضاء خيار الرجوع المصرفي	107 – 94
المطلب الاول : انقضاء خيار الرجوع بصفة اصلية	101 – 95
الفرع الاول : الانقضاء الصريح لخيار الرجوع	99 – 95
الفرع الثاني : الانقضاء الضمني لخيار الرجوع	101 – 100
المطلب الثاني : انقضاء خيار الرجوع بصفة تبعية	107 – 101
الفرع الاول : انتهاء شخصية المصرف	106 – 102
الفرع الثاني : بطلان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف	107
الخاتمة	112 – 108
قائمة المصادر	121 – 113
ملخص باللغة الانكليزية	A – B

الملخص

تعد العمليات المصرفية من العقود التجارية التي لا غنى عنها في الوسط التجاري ، فوجود المصارف بعدها وسائل تمويل نقدية ضرورية في هذا الوسط ، تتمثل بمنح الائتمان الى العميل ، اذ غالبا ما يكون بناء على ثقة مصرفية به ، والثقة هذه لا تعني التسليم بها دون محاولة حماية المصرف نفسه ؛ اذ انها لا تخلو من مخاطر، فيسعى الى احاطة العمليات التي يقدم عليها بنوع من الضمانات من خلال اتخاذ مجموعة من الاجراءات، سواء كانت مادية ام عقدية ، بقصد تجنب تلك المخاطر او لربما التخفيف من آثارها .

فقد تسبق عملية منح الائتمان المصرفي ، عملية استعلام عن الزبون الذي يرغب اجراء عملية مصرفية ، او متابعة ما قدمه او يقدمه من ضمانات قانونية او مادية ، وبالرغم من ذلك فان المخاطر لا تغادر عملية الائتمان ، فضلا عن ذلك فان الالتزامات العقدية التي يجريها المصرف ستكون عبء يثقل كاهله ، وتكون حاكمة عليه ، ومن ثم حسب القواعد العامة في القانون المدني فان العقد المبرم لا يمكن الرجوع عنه ولا تعديله الا بالاتفاق او بنص القانون .

المقدِّمة

اولا – موضوع البحث :

وازاء ذلك ولخصوصية العمليات المصرفية ، فقد تدخل المشرع في محاولة منه في توفير جو من الاطمئنان القانوني للعمليات التي يجريها المصرف ، اذ انه قرر قواعدا قانونية خرج بها عن القواعد العامة المعروفة بالقوة الملزمة للعقد او ما يعرف بالعقد شريعة المتعاقدين ، اذ انه منح المصرف استثناءً امكانية التحلل من العقد والرجوع عنه في فروض محددة ، وهي بطبيعة الحال تمثل انجع ما يمكن ان يقال بضمان قانوني يمكن ان يعطى الى المصرف ، وهو حال ووضع مغاير لما نراه في الواقع القانوني ، اذ غالبا ما يتدخل المشرع بغية محاولة حماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، في حين ان المشرع هنا ، انما يتدخل لصالح الطرف الاقوى ماليا واداريا وفنيا من العميل او الزبون ، وهو وضع استثنائي لا يمكن ان يبرر الا برؤية قانونية تسعى لغاية اسمى ، تتمثل بحماية الائتمان المصرفي ودعمه بالضمانات القانونية ، وخير ما قدم من ضمانات هو اقرار خيار الرجوع الذي يمثل ضمانة قانونية مصرفية يمكن بواسطتها لهذا الاخير من تفادي ما يجابهه من مخاطر او التخفيف من اثارها السلبية .

فالبحث يدور في تلك الضمانة القانونية التي منحت للمصرف ، والتي اسميناها ب(خيار الرجوع المصرفي) ، وهذه التسمية توصلنا اليها من خلال استنطاق النصوص القانونية التي منحت للمصرف ، وليس لكل عمل مصرفي ، بل ان المشرع اقر هذه الضمانة في اضيق نطاق وفي نوع من الاعمال المصرفية ، هي الاعتماد للسحب على المكشوف (الاعتماد المالي) (الاعتماد غير المستندي) وذلك في مادة قانونية واحدة (271) . وهذه الاشارة الى امكانية التحلل من موضوع العقد لم يكن تنظيمها بمستوى الطموح ، كونه يمثل ضمانة قانونية فاعلة في حماية المصرف عند منح الائتمان للعميل .

ثانيا – اهمية البحث :

يمثل الائتمان المصرفي احدى الوسائل التي يلجأ اليها المصرف في استثمار الاموال التي يحصل عليها من المدخرين ، وهو يحصل في صور شتى ، فمن مصاديقه عقد الاعتماد للسحب على المكشوف والذي يعد من العقود القائمة على الاعتبار الشخصي ، فلا يلجأ المصرف الى عقد كهذا ما لم يكن واثقا من العميل ، والذي قد يسبق منحه في بعض الاحيان تأمينات شخصية او عينية يطلبها المصرف حماية له ، وعلى الرغم من ذلك فقد اجاز المشرع امكانية التحلل من العقد في بعض الفروض التي يجد معها المصرف ان هناك مخاطر عملية قد تهدد ما لهذا الاخير من ضمانات قانونية ، فالوسيلة المثلى لحماية المصرف هي امكانية التحلل من العقد لدرء تلك المخاطر ، والتي تعجز كثير من الضمانات في حمايته منها ، لذا تبرز اهمية هذا البحث في الدور الاكبر الذي يلعبه خيار الرجوع في توفير اقصى حماية مصرفية ، وهو وضع لم نرَ مثيله في القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، وبالخصوص القوة

الملزمة للعقد ، فأمام هذا الالزام اتاح المشرع للمصرف ضمانة تختلف عن كثير من الضمانات القانونية الرامية الى توفير جو من الاطمئنان القانوني لمنح الائتمان المصرفي الى العميل .

ثالثا – اشكالية البحث :

ان منح المشرع امكانية التحلل من العقد عند تحقق بعض المخاطر التي تهدد الائتمان المصرفي يمثل ضمانة جديدة لم نشهدها من قبل ، فضلا عن عدها مظهرا جديدا من مظاهر الحماية التي تحسب للمشرع ، بيد ان هذه الامكانية في التحلل من العقد اثارات مجموعة من التساؤلات القانونية التي تمثل اشكاليات قانونية من حيث ما هو المراد بهذه الامكانية ؟ و هل ان هذه الامكانية تمثل خيارا قانونيا في ذاته ام حقا ؟ بمعنى ما هي الطبيعة القانونية لها ؟ وهل هي ذاتها الفسخ او لها معنى اخر ؟ واذا كانت هذه الميزة الناجعة في خروج المصرف مما يمكن ان يجابهه من مخاطر ، فما هو اثرها على العقد المبرم ؟ بمعنى ، هل ان هذه الميزة او الخيار يجعل من العقد المبرم عقدا غير لازم بطبيعته لكلا طرفيه ام غير لازم لجانب المصرف؟ وهل ان تحقق المخاطر يوجب على المصرف ممارسة هذا الخيار ام ان حرية المصرف مطلقة في تقدير تلك المخاطر؟ كما تثار اشكالية في غاية الاهمية تتمثل في البحث عن نظام قانوني يعنى بتبيان كيفية ممارسة الخيار المصرفي من حيث وقته واثره فضلا عن انقضائه . فهذه التساؤلات تمثل اشكاليات قانونية سنحاول ان نبحث فيها لكي نتوصل الى الصورة الامثل من اجل اعطاء مفهوم واضح ومحدد لهذه الصورة الجديدة من صور الحماية المصرفية التي اقرها المشرع ، وامام عدم وجود اهتمام تشريعي لهذا الخيار والاكتفاء بالإشارة اليه في مادة قانونية واحدة يجعل من الاحاطة بكل من مفهومه واحكامه واثاره فضلا عن انقضائه من دون الاحالة الى قانون اخر وضعا يستحيل معه ذلك ، وهو بطبيعة الحال يجعلنا امام نقص تشريعي ، ومن ثم لا مناص من طرق ابواب الفقه دون غيره ؛ إذ لم نجد ما يسعفنا من تطبيقات قضائية في هذا الصدد لحل بعض الاشكاليات التي قد تنتج عن ممارسة هذا الخيار.

رابعا- اهداف البحث :

يهدف البحث الى اعطاء مفهوم واضح ومحدد لخيار الرجوع المصرفي، ومن ثم تحديد احكامه ابتداءً من نشوئه وصولاً الى انقضائه ، وكذلك الاستفادة من التشريعات المقارنة التي نظمت خيار الرجوع ، والاطلاع على احكامها ومزاياها ومكامن الخلل والقصور فيها ، ومن ثم الوصول الى الصورة الاوضح لهذا الخيار ، ومن ثم امكانية ملء الفراغ التشريعي في المنظومة القانونية العراقية من خلال تشجيع تحديث القوانين العراقية وبالخصوص قانون التجارة العراقي ، ليتضمن احكام تنظم الخيار بشكل عنوان مستقل او اضافة بعض النصوص التي تجعل ممارسة الخيار وفق ضوابط قانونية .

خامساً – منهجية البحث :

سنعتمد في دراستنا المنهج التحليلي المقارن ، متخذين من قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام 1984 اساسا للمقارنة مع كل من قانون التجارة الاردني رقم (12) لعام 1966 ، والقوانين الفرنسية كل من قانون حماية المستهلك الفرنسي المعدل لعام 2020 ، والقانون النقدي والمالي المعدل لعام 2017 .

سادسا – نطاق البحث :

ان نطاق بحثنا يتحدد في احد العقود المصرفية ، وهو الاعتماد للسحب على المكشوف، على اساس من ان المشرع اجاز الخروج على القواعد العامة الواردة في القانون المدني (القوة الملزمة للعقد) في اضيق نطاق ، وفي احد العقود او العمليات المصرفية .

سابعا – هيكلية البحث :

لغرض الاحاطة بموضوع الرسالة والوصول الى اهدافه ، فقد تم تقسيمها تقسيماً ثنائيا، وذلك بالاعتماد على فصلين ، وكل فصل الى مبحثين ، تناولنا في الفصل الاول مفهوم خيار الرجوع المصرفي ، وقسم بطبيعة الحال الى مبحثين ، بينا في الاول ماهية خيار الرجوع المصرفي ، في حين وضحنا في الثاني طبيعة ونطاق خيار الرجوع المصرفي ، اما الفصل الثاني فقد خصص لتبيان احكام خيار الرجوع المصرفي ، وقسم ايضا على مبحثين ، بينا في الاول استعمال خيار الرجوع المصرفي وآثاره ، في حين وضحنا في الثاني انقضاء خيار الرجوع المصرفي ، وانهينا الرسالة بخاتمة سجلنا فيها اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات .

الفصل الأول

مفهوم خيار الرجوع المصرفي

الفصل الاول

مفهوم خيار الرجوع المصرفي

يُمثلُ الائتمان المصرفي عماد الاقتصاد الوطني ، إذ تؤدي المصارف دوراً رائداً في دعم اسس النشاط الاقتصادي ، من خلال منح القروض او فتح الاعتمادات المصرفية بشتى انواعها ، وينظر المشرع الى دور هذه المؤسسات نظرة اهتمامٍ كبير ، وهذا الغلو في الاهمية يتجسد في اقراره لقواعد قانونية تعنى بحماية نشاطه ، ودعماً لها في ارساء الطمأنينة عند اجرائها العقود التجارية مع المستثمرين وغيرهم من العملاء ، وانطلاقاً من فلسفته الرامية الى إحاطة العمليات المصرفية ، والعقود التي يجريها المصرف بجو من الأمان القانوني ، ليس محابة منه ، بل حفاظاً على هذه المؤسسات وجوداً وديمومة ، تحقيقاً لما يأملهُ فيها من كونها أداة فاعلة في التنمية الاقتصادية الوطنية ، وبغية الوصول لتلك الغايات ، فقد انبرى المشرع الى ابتداع وسائل قانونية تعنى بحماية الائتمان المصرفي ، حتى وان تجاوز في ذلك ما يعد من مسلماته في فلك المعاملات المالية ، ومن مصاديق هذه الوسائل هو خيار الرجوع المصرفي ، والذي يُعدُّ من الضمانات القانونية حديثة النشأة على مبادئ القانون ، بقواعده العامة الواردة في القانون المدني التي لا تجيز التحلل من العقد ولا العدول عنه الا باتفاق طرفيه او بنص القانون ، فلا تُثار اية إشكاليةٍ عندما يلجأ الاطراف برضاهم الى التحلل من العقد ، كما في الاقالة ، فضلا عن ان بعض العقود يجعل منها القانون غير لازمة لأطرافها او لطرفيها ، تبعا لطبيعتها القانونية في صورٍ محددة حفاظا منه على استقرار المعاملات المالية ، ودونما النظر الى حماية الاطراف ، وهذا المبدأ من ثوابت القانون تطبيقا لغاياته السامية المتمثلة باستقرار المعاملات في القطاع المصرفي ، بيد انه خرج على ذلك بإقرار خيار التحلل من العقد وذلك بمنح المصرف امكانية الرجوع عن العقد ، وهذا يُمثل بطبيعة الحال ضمانة جديدة من الضمات التي تُمكن من حماية الائتمان المصرفي ، عند تحقق بعض المخاطر ، والتي لا سبيل الا بالتضحية بالعقد امامها . وبذلك فان خيار الرجوع المصرفي هو ضمانة مصرفية تمثل استثناء من القواعد العامة ، واذا كان كذلك فهنا تثار تساؤلات عدة من حيث ماهية هذه الضمانة وطبيعتها القانونية ، فضلا عن نطاقها ، ولأجله سنحاول الاجابة عنها في مبحثين ، نتناول في الاول ماهية خيار الرجوع المصرفي ، في حين نوضح في الثاني طبيعة ونطاق خيار الرجوع المصرفي .

المبحث الاول

ماهية خيار الرجوع المصرفي

تلجأ المصارف احياناً الى منح الائتمان الى العملاءِ في صورٍ عدة تمثل في طبيعتها عقوداً تجارية، كما في الاعتماد للسحب على المكشوف ، والقروض المصرفية ، وغيرها ، ولا تقدم على هذه العقود ما لم تُحطْ نفسها بضمانات كافية سواء كانت مادية ام قانونية ، وعلى الرغم من ذلك فان المخاطر التي تتعرض لها ليست ببعيدة ، فقد يتعرض المصرف الى خطر اعسار او توقف العميل عن دفع ديونه الى الدائنين او ما شاكل ، إذ تنبه المشرع لذلك حماية منه للنشاط المصرفي ودعما للائتمان ، وذلك بإقرار خيار الرجوع عن العقد الذي يجيز للمصرفِ التحلل من الالتزامات العقدية ولايحق للآخر الاعتراض على ذلك طالبا الفسخ ؛ لان ممارسة هذا الخيار تمثل جوازاً قانونياً ينافي الضمان . وعلى ذلك سنحاول الاحاطة بماهية خيار الرجوع وذلك في مطلبين ، نتناول في الاول التعريف بخيار الرجوع المصرفي ، في حين نتطرق الى تمييزه عما يلابسه من انظمة قانونية أخرى .

المطلب الاول

التعريف بخيار الرجوع المصرفي

يعد خيار الرجوع المصرفي توجهاً حديثاً للمشرعِ ، اذ خرج به عما هو مألوف في قواعده العامة ، واجاز للطرف القوي التحلل من العقد بإرادته المنفردة ،اذا ما تحققت بعض المخاطر التي توهن ما يكون له من اصول نقدية لدى العملاء ، فهي تدق ائتمانه الممنوح لهم ، فيمثل خيار الرجوع بالنسبة اليه اماناً قانونياً يتحصن به المصرف اذا ما واجه تلك المخاطر ، لكن ما هو المراد به ، وما هي المبررات التي تجعل من المصرف في حلٍ من تعاقداته التي تمثل أُس نشاطاته ، كل هذا سنحاول الاجابة عنه في فرعين ، نتناول في الاول تعريف خيار الرجوع المصرفي ، في حين نتطرق في الثاني الى مبررات خيار الرجوع المصرفي.

الفرع الاول

تعريف خيار الرجوع المصرفي

هنـــاك تســـميات عـــدة للتعبيـــر عـــن خيـــار الرجـــوع المصـــرفي ، منهـــا (الالغـــاء) [1] ، و(الـــنقض)[2] ، (الاغـــلاق) [3] ، ومصـــطلح (الانهـــاء) [4] ، فهـــذه المصـــطلحات ذوات مـــدلول متـــرادف ، تـــدل علـــى معنـــى الرجـــوع المصـــرفي ، فـــلا مشـــاحة فـــي الالفـــاظ طالمـــا ان المـــراد هـــو حمايـــة المصـــرف عنـــد تحقـــق بعـــض المخـــاطر حفاظـــاً علـــى الائتمـــان . بيـــد اننـــا اســـتخدمنا مصـــطلح الرجـــوع للتعبيـــر عـــن الحمايـــة المقصـــودة مـــن قبـــل المشـــرع ، وهـــذا المصـــطلح لـــه مـــن الدلالـــة مـــا يفيـــد التحلـــل مـــن العقـــد وإزالـــة آثـــاره بعـــد ابرامـــه ، وإذا كـــان بهـــذا المعنـــى ، فـــان دلالتـــه لهـــا مصـــاديق قانونيـــة عـــدة ، فتـــارة نجـــد ان المشـــرع العراقـــي كـــان قـــد عنـــى هـــذا المعنـــى بـــإيراد هـــذا المصـــطلح ، اذ اســـتعمل مصـــطلح الرجـــوع تعبيـــراً عمـــا يـــدل علـــى إزالـــة آثـــار العقـــد كأنهـــا لـــم تكـــن ، وذلـــك فـــي

---

[1] ان المشرع في قانون التجارة العراقي كان قد استعمل مصطلح الالغاء في معرض حديثه عن التأمينات المصرفية عند فتح الاعتماد للسحب على المكشوف وذلك في المادة (271) منه والتي نصت على انه ((للمصرف ان يلغي الاعتماد عند اخلال المستفيد بواجب الثقة معه او صدور خطأ جسيم منه في علاقاته به)) ،

[2] استعمل قانون التجارة الاردني، مصطلح النقض في الفقرة الاولى من المادة (119) منه والتي نصت على انه ((يجوز لفاتح الاعتماد ان ينقض العقد اذا اصبح المعتمد له غير مليء او كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم من فاتح الاعتماد)) .

[3] استعمل قانون التجارة الاردني بالاضافة الى مصطلح النقض مصطلحاً آخر هو الاغلاق في الفقرة الثانية من المادة(119) والتي نصت على انه ((واذا وقع نقص هام في الضمانات العينية او الشخصية التي قدمها المعتمد له حق لفاتح الاعتماد ان يطلب ضمانات اضافية او تخفيض مبلغ الاعتماد او اغلاقة حسب مقتضى الحال)) .

[4] استعمل المشرع الفرنسي مصطلح الانهاء في المادة (L312-91) من القانون قانون حماية المستهلك الفرنسي والخاصة بالائتمان الاستهلاكي لعام 2020 والتي نصت على انه ((اذا نص اتفاق الائتمان على ذلك ، يجوز للمقرض أن ينهي إذن السحب على المكشوف لفترة غير محددة بتوجيه إشعار مدته شهران على الأقل إلى المقترض على الورق أو على وسيط دائم آخر. وفي حالة وجود سبب مشروع، يجوز أن يتم هذا الإنهاء دون سابق إنذار، وفي هذه الحالة، يتعين على المقرض أن يقدم الأسباب إلى المقترض، إن أمكن قبل الإنهاء.))

النص باللغة الفرنسية :

((Article L312-91 : Si le contrat de crédit le prévoit، le prêteur a la faculté de résilier l'autorisation de découvert à durée indéterminée moyennant un préavis d'au moins deux mois fourni à l'emprunteur sur support papier ou sur un autre support durable. En cas de motif légitime، cette résiliation peut intervenir sans préavis et، dans ce cas، le prêteur en fournit les motifs à l'emprunteur، si possible avant la résiliation.))

المادة(620) من القانون المدني والتي نصت على انه ((.. للواهب حق الرجوع عند تحقق سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع)) ،والحال عينه بالنسبة الى المشرع الاردني ، فقد نصت المادة (576) من القانون المدني [1] على انه ((.. جاز للواهب ان يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند الى سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع)) ، كما ان المشرع الفرنسي كان قد انتهج المنهج نفسه ، فقد استعمل مصطلح الرجوع في المادة (953) منه والتي نصت على انه ((لا يجوز الرجوع في الهبة بين الأحياء إلا لعدم استيفاء الشروط التي تم بموجبها إجراؤها ونكران الجميل وولادة الأطفال)) [2] . واذا كان معنى الرجوع المصرفي يعني التحلل من العقد وازالة ما تم من اثار ، فهذا هو ما نروم توضيحه باستعمال هذا المصطلح .

ومن هنا وفي صدد تبيان معنى خيار الرجوع المصرفي فإننا نقول ، ان التشريعات التجارية المتقدمة لم تأتِ بمعنى لخيار الرجوع المصرفي ، بل لم تقصده بتنظيم قانوني ، كضمانة وركيزة اساسية لحماية الائتمان المصرفي . بل انها اشارت اليه في نصوص مقتضبة ، الامر الذي جعل من الخيار ذا معنى مُجمل (مبهم) ، يحتاج الى بيان للوقوف على ماهيته .

وعند البحث في مؤلفات الفقه التجاري ، لم نجد مؤلفاً واحداً يتناول هذا الخيار من حيث تعريفه وخصائصه واحكامه ، بل درج الفقهاء على شرح ما تضمنته النصوص التجارية ، فلا مناص لنا عندئذ سوى استنباط معنى الخيار من النصوص القانونية، ومن ثَمَ محاولة وضع تعريف جامع، وصولاً الى الصورة المثلى لخيار الرجوع المصرفي .

وبالرجوع الى موقف التشريعات نجد انها تستبطن معنى الخيار بشكلٍ او بآخر ، دون التصريح به تعريفاً، فقد ركزت على حق المصرف بالتحلل من العقد عند تحقق احدى المخاطر ، فالمشرع العراقي في المادة (271) من قانون التجارة اشار الى ان للمصرف ان

---

[1] القانون المدني الاردني لعام 1976 .

[2] القانون المدني الفرنسي لعام 1804 ، النص باللغة الفرنسية :

((Article 953 - La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des conditions sous lesquelles elle aura été faite، pour cause d'ingratitude، et pour cause de survenance d'enfants.))

يلغي الاعتماد عند تحقق احدى المخاطر كإخلال المستفيد بواجب الثقة [1]، او صدور خطأٍ جسيم في علاقاته به ، في حين ان المشرع الاردني كان اكثر وضوحا من مسلك القانون العراقي بتبيان اسباب الرجوع ، فقد اشار في الفقرة الاولى من المادة (119) من قانون التجارة الى ان للمصرف ان ينقض عقده عندما يصبح العميل غير مليء او كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم من المصرف ، بينما المشرع الفرنسي في قانون حماية المستهلك لم يكن موفقا في ذلك ، فقد اشار في المادة (Article L312-91) منه الى ان للمقرض الرجوع في فرض لم تحدد مدة للعقد او عند تحقق سبب مشروع ، دون معرفة تلك الاسباب ، فالتأمل بما تقدم يدل على منح المصرف امكانية التحلل من العقد اذا ما وجد ما يهدد الائتمان .

وعلى ما تقدم نقول ان الجمع الدلالي للنصوص المتقدمة يوضح بان للمصرف الرجوع عن العقد دون تعريف محدد ، وعليه يمكن ان نعطي تعريفاً لخيار الرجوع المصرفي بانه ((منح المشرع المصرف مكنة التحلل من العقد عند تحقق سبب مشروع)) .

فالتعريف المتقدم يستبطن الملاحظات الآتية :

1- قدمنا في مستهل التعريف عبارة (منح المصرف) ، فهذا يعني ان خيار الرجوع هو مكنة مصرفية بحتة ، ومن ثم لا يمكن ممارسته واستعماله بشكلٍ عام من قبل من يزاول النشاط المتمثل بمنح الائتمان من الاشخاص الطبيعية او المعنوية ، اللهم الا اذا اتخذ شكلِ مصرف ، فالقيد يتمثل بكون ان هذا الخيار انما ورد استثناءً ، والمعلوم ان الاستثناء لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه [2] ، فضلا عن انه يرد على أحد عقود الائتمان المصرفي دون غيرها .
2- اشرنا في التعريف الى خصيصة في غاية الاهمية ، تتمثل بكون خيار الرجوع المصرفي يعد خيارا قانونيا وليس اتفاقيا ، فالملاحظ هنا ان الخيار يمنح للمصرف وهو الطرف القوي في العملية التعاقدية، بخلاف ما هو معروف في القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، اذ ان المشرع يتدخل في الكثير من المواطن حماية للطرف الضعيف في العلاقة العقدية [3] فغالبا ما يقصد المشرع التدخل لإعادة التوازن العقدي ،

---

[1] في فرض " لو كان ذلك خارج العلاقة العقدية ، كما لو نقل معظم عملياته الى بنك منافس او امتنع عن دفع ديون اخرى عليه للبنك او اصيب اعتباره بما يجعله غير جدير بالثقة " ، انظر د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969، ص335 .

[2] انظر نص المادة (3) من القانون المدني العراقي .

[3] انظر نص المادة (7) ونص المادة (167) من القانون ذاته .

بيد ان الامر مختلف هنا فهو معكوس ، فالمشرع منح الخيار لطرفٍ قوي من نواحٍ عدة، وليس في ذلك نقض ، فالغاية السامية جعلت منه يركن اليها مضحياً بمصلحة العميل مقابل المصرف .

3- اشرنا في التعريف الى المراد بالمنح ، ونعنى بذلك ان للمصرف اختيار التحلل من العقد لا جبرا عليه، فهو من يحدد المصلحة في المضي بالتعاقد ، او الرجوع عنه ، فالمصرف يجد مكنة قانونية في استعمال الخيار من عدمه ، دون اجباره على اتباع سلوك معين .

4- تضمن التعريف إشارةً الى الأثر المترتب عند استعمال المصرف لخياره في الرجوع ، والمتمثل بالتحلل من العقد وإعادة الحال الى ما كانت عليه ، وهذا الأثر في غاية الاهمية ، اذ يوضح النتيجة المترتبة على سلوك هذا الطريق ، فغالباً لا تكون الضمانات المقدمة من العميل كافية ، بحيث لا تتلاءم مع الخطر المحدق ، وعندئذ يجد المصرف نفسه مضطرا الى إعادة الحال الى ما كان عليه من اسلم الحلول .

5- مما يمكن ان نسجله من ملاحظة إضافية ، يمكن ان تكون كاستنباط من ماهيته بالقول ِان هذا الخيار انما يتعلق بالعقود الزمنية وليس الفورية ، اذ لا خيار في العقود التي يجريها المصرف والتي تبدأ وتنتهي في آن واحد ، بل ان تسويغ التحلل من العقد له ما يعضده ، وهو ما سنبينه في الفرع الثاني .

6- اشار التعريف الى عبارة (عند تحقق سبب مشروع) ، فهذه العبارة لها معانٍ عدة ، فمن وجه اننا جعلناها فضفاضة ذات مدلول واسع ، اي دون تقييدها بسبب محدد ، فكل ما يصدق عليه معنى الخطر ويهدد مصلحة المصرف ، يُمكنِهُ عندئذ من ممارسة خيار الرجوع ، ومن وجه اخر قيدنا السبب (الخطر) بالمشروع ، بمعنى انه يجب ان لا يفسح المجال امام المصرف للتعسف في استعمال حقه في الرجوع، ومحاولة الاضرار بالعميل بالشكلِ الذي يساء استعماله ، فما تضمنه العقد لا بد من تنفيذه ، ويمكن للمصرف ان يتخذ وسائل عدة حفاظاً على ضماناته من دون استعماله لخيار الرجوع[1].

---

(1) انظر الفقرة الثانية من المادة (119) من قانون التجارة الاردني والتي نصت على انه ((واذا وقع نقص هام في الضمانات العينية او الشخصية التي قدمها المعتمد له حق لفاتح الاعتماد ان يطلب ضمانة اضافية او تخفيض مبلغ الاعتماد او اغلاقه حسب مقتضى الحال)) . انظر ايضا في الامثلة التي قدمها بختيار صابر بايو حسين ، الاعتماد للسحب على المكشوف – دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل ، 2004 ، ص138 -139 .

الفرع الثاني

مبررات وعيوب خيار الرجوع المصرفي

ان اقرار المشرع لخيار الرجوع لم يكن دون مسوغات ، فخروجه على ما ثبت في القواعد العامة من نصوص انما له ما يبرره ، بيد ان هذا الخيار لم يسلم من النقد حسب تقديرنا، وعليه سنحاول ان نبين مبرراته وعيوبه في فقرتين ، نتناول في الاولى مبررات خيار الرجوع ، في حين نوضح في الثانية عيوب خيار الرجوع.

اولا – مبررات خيار الرجوع المصرفي : هناك الكثير من المسوغات تقف وراء تشريع خيار الرجوع المصرفي سنحاول ايجازها في الفقرات الاتية :

1- **دعم الاقتصاد الوطني** : ان العمليات المصرفية التي تمارسها المصارف وبالخصوص العمليات الائتمانية ، التي من خلالها تمول المشاريع الاستثمارية ، لها أثر كبير في تطوير الاقتصاد الوطني ، فهناك تلازم وثيق بين العمليات المصرفية وحركة الاقتصاد وتطوره ، وهي على حد تعبير البعض " المصارف وليس المدخرين من يملك المفتاح الرئيسي في عملية النمو الاقتصادي " [1] ، فيحول ما لديه من اصول نقدية الى المشاركة في تمويل الاعمال التجارية والصناعية عن طريق ابرام العقود المصرفية مع العملاء [2] ، فاحد مصاديق ادوات المصرف في تنشيط الاقتصاد الوطني ، هو الاعتماد للسحب على المكشوف ، والذي يُعد من الوسائل الفعالة في تمويل النشاط التجاري ، فمن خلاله يستطيع المصرف استثمار ما له من اموال وبالخصوص الودائع ، فيحقق عندئذ ربحا من الفرق بين الفائدة التي يدفعها للعملاء عن ودائعهم والفائدة التي يحصل عليها من المستثمرين الذين يتعاقدون معه للحصول على الائتمان[3] ، فهو بهذا الدور يساهم في دعم مراحل الانشطة التجارية كافة، إذ ان الانتاج غالبا ما يحتاج الى رؤوس اموال ضخمة ، قد لا يتاح للأفراد او الشركات تأمينها برأس مالهم الخاص ، فالتمويل الخارجي لمشاريع كهذه لا يمكن تحقيقه دون تدخل وساطة المصارف التي لا تقدم على منح تمويل كبير ، الا اذ كانت الثقة بالعميل متوطدة ، خاصة عندما تكون

([1]) انظر د. عمار حمد خلف ، قياس تأثير تطور الجهاز المصرفي على النمو الاقتصادي ، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والادارية ، 2011 ، المجلد 17 ، العدد 64 ، ص 181 .

([2]) انظر د. اكرم ياملكي ، د. فائق الشماع ، القانون التجاري ، دون دار نشر ، بغداد ، 1980 ، ص 361 .

([3]) انظر د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري – الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة – عمان – الاردن ، 2013 ، ص401 .

العقود ذات طابع زمني ، فحاجة الثقة في التعاملات المصرفية امرا لابد منه [1] ، بيد ان هذه الثقة في بعض المواطن لا تعد كافية في قيام المصرف بدوره الفاعل في تنمية الاقتصاد الوطني ، فخيار الرجوع المصرفي بوصفه وسيلة اطمئنان قانونية تمكن المصارف من مزاولة نشاطها دون وجل او ريبة ، مما ينعكس بشكلٍ ايجابي على الاقتصاد الوطني .

2- **تجنب المخاطر المصرفية** : لا تنحصر مهمة المصرف بحفظ الودائع وارجاعها الى العميل ، بل هي تستثمر ما يتوفر لديها من اموال وذلك من خلال اوجه عدة ، كمنح القروض او فتح اعتماد مالي ، وما يتحقق من فرق الربح بين ما يدفعه المصرف الى العميل في العملية الاولى ، وما يأخذه من العميل في العملية الثانية ، يعود الى المصارف ، فالعمليات التي يقوم بها المصرف تصاحبها مخاطر عدة ، فقد تكون مخاطر ائتمانية [2] ، او مخاطر قانونية [3] ، وغيرها من المخاطر ، بيد انه على الرغم من الممارسات الفنية او الادارية التي يمارسها المصرف في سبيل الحد من المخاطر التي تواجهه ، فانه قد يتعرض الى مخاطر لا مجال معها للحفاظ على ائتمانه او امواله الا بالتحلل من العقد في مرحلة ما ، وهذا الطريق يعد اخلالا بما تم الاتفاق عليه مع العميل ، وهو حسب القواعد العامة الواردة في القانون المدني يوجب فسخ العقد ، فقد نصت على ذلك الفقرة الاولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي على انه ((في العقود الملزمة للجانبين اذا لم يوف احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الاخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ، على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ، كما يجوز لها ان ترفض طلب الفسخ اذا كان ما لم يوف به المدين قليلا بالنسبة للالتزام في جملته)) ، فأي اخلال او تلكؤ في تنفيذ الالتزام من قبل المصرف عند تحقق اي خطر، فهو كفيل بان يحقق

([1]) انظر بختيار صابر بايز حسين ، مصدر سابق ، ص14 – 15 .

([2]) و ((هي الخسائر المحتملة الناتجة عن احتمالية إخفاق العملاء المقترضين أو الاطراف المقابلة في الوفاء بالتزاماتهم وفقا لشروط التعاقد.)) انظر مسودة دليل العمل الرقابي / ضوابط إدارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) لعام 2019 ، ص2. انظر بذات المعنى ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام 2018 ، ص 1 .

([3]) و((هي الخسائر المحتملة الناتجة عن الغرامات والعقوبات والجزاءات المطبقة على المصرف في حالة إخفاقه في التزاماته التعاقدية والقانونية ، أو نتيجة تطبيقه لنصوص العقد بشكل مخالف ، أو لكون تلك النصوص ال تعكس الحقوق والالتزامات التعاقدية للمصرف و / أو الطرف المقابل بشكل واضح وسليم)) مسودة دليل العمل الرقابي / ضوابط إدارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) لعام 2019 ، ص2.

مسؤوليته التعاقدية ، ويمكن العميل عندئذ من طلب الفسخ والتعويض ان كان له مقتضى ، فمن هنا نجد ان المصرف في الكثير من المشاريع غير مطمئنا الى الحصول على رأس المال او فوائده من قبل العميل طالما ان المخاطر ترافق تلك العملية ، ومن ثم يكون في مركز قلق ، فمن جانب الخشية من عدم قيام العميل بالوفاء او ضعف ائتمانه بِعدها من ضمانات المصرف، ومن جانب آخر المسؤولية القانونية التي من الممكن ان تثقل كاهله اذا اخل بأحد بنود العقد كالغرامات او العقوبات ، فضلا عن التعويض ، وهنا يبرز أثر خيار الرجوع في تمكين المصرف في التحلل من العقد عندما يوجب ذلك بتحقق احد المخاطر كصدور خطأ جسيم من العميل او اخلاله بواجب الثقة او اي تصرف مفقر لضمانات المصرف ، عندها يحق للمصرف المحافظة على ائتمانه وتجنب الخسائر من خلال ممارسته لخياره في الرجوع دون اتمام تنفيذ العقد الى نهايته ، فأي مرحلة يشعر بها المصرف في الخطر له الحق في ممارسة خياره كضمان قانوني يجنب ما يواجهه من مخاطر ، وبذلك يمكن القول ان تسويغ منح الخيار يشكل ضمان قانوني فاعل ، يدفع المصرف الى مزاولة النشاط دون وجل او ريبة .

3- **توفير سيولة نقدية للعميل** : قد لا تكون اموال التجار كافية في تمويل مشاريعهم التجارية ، فيجد التاجر او العميل نفسه غير قادر على اتمام تلك المشاريع او العزوف عن الدخول فيها ، فالحل يكمن في اللجوء الى المصارف ، على اعتبار ان هذه الاخيرة تمثل خير وعاء مالي قادر على توفير السيولة النقدية لمشاريع تجارية ضخمة ، فغالبا ما يجد التاجر بان المصارف تعتمد الثقة في التمويل او التعامل معه ، الامر الذي يكون عقبة امام العميل في الحصول على اموال كافية لمزاولة نشاطه ، فهنا يتدخل خيار الرجوع من وجهين ، من جانب المصرف هو بث الثقة والاطمئنان في الدخول بتعاقدات لا خشية فيها ، طالما ان له امكانية التحلل من العقد في اي مرحلة يتوجس فيها حتمية الخطر ، فيكون عندئذ بمأمن من النتائج السلبية التي تؤثر على مركزه المالي ، ومن وجه اخر يمثل بالنسبة الى العميل وسيلة الحصول على سيولة نقدية ، اذ لو لا وجود هذا الخيار بالرجوع عن العقد المبرم معه ما اقدم المصرف على وضع مبلغ من النقود تحت تصرف العميل لمدة محدودة او غير محدودة . فما يبرر تشريع خيار الرجوع المصرفي بهذا الحال هو دوره الكبير في تمويل المشاريع التجارية بأموال قد لا يمكن الحصول عليها من قبل الافراد .

4- **عدم كفاية القواعد العامة في توفير حماية مصرفية :** ان تشريع خيار الرجوع المصرفي الذي يمثل خروجا على القواعد العامة الواردة في القانون المدني لم يكن دون

تبرير او عبثا من قبل المشرع ، فالقواعد العامة وبالخصوص عيوب الرضا غير قادرة على حماية المصرف ؛ لسبب اننا لسنا في فرض حصول اكراه او غلط او تغرير مع غبن او استغلال في ارادات اطرافه وبالخصوص المصرف ، فنحن امام ارادة سليمة من قبله، فعند التعاقد مع العميل على فتح اعتماد للسحب على المكشوف فانه يتم بشكل رضائي اي بمجرد تطابق الايجاب مع القبول بين العميل والمصرف دونما حاجة الى شرط الكتابة لصحة العقد ، طالما ان الكتابة مشروطة لإثباته [1] ، و تكون من خلال ملء نموذج عند تقديم الطلب الى المصرف ابتداءً [2] . ومن جانب اخر ان العميل ليس بصدد الاخلال بأحد بنود العقد لكي نقول بان القواعد العامة قد هيأت للمصرف امكانية اللجوء الى فسخ العقد وطلب التعويض ان كان له مقتضى [3] . وانما هناك بعض المخاطر والتي بسببها ستوثر على امكانية العميل في دفع مبلغ الاعتماد او فوائده ، فلكي لا يكون المصرف بهذا الحال وعندئذ يتعرض الى فقدان ماله من اصول نقدية بذمة العميل ، وقد اقر المشرع امكانية التحلل من العقد حفاظاً على حقوقه قبل فقدانها بشكل كامل عند تحقق الخطر ، فالخيار يعالج فكرة الحفاظ على الحق قبل أو عند تحقق الخطر، في حين ان القواعد العامة تعالج امكانية الحصول على الحقوق بعد تحقق الخطر ، وشتان ما بين الاثنين .

ثانيا – عيوب خيار الرجوع المصرفي : لم يسلم خيار الرجوع من الانتقادات من وجهة نظرنا، والتي تحد من قيمته القانونية ، وهي تمثل عيوبا توجه اليه ، وعليه سنحاول الاشارة اليها في الفقرات الآتية :

1- من المسلم به ان الاثر الكبير الذي تحدثه الإرادة الحرة في ترتيب ما تشاء من آثار قانونية عند التعاقد، فهذا يمثل اعمالا وتطبيقا لمبدأ هام وهو سلطان الإرادة ، الذي تفرعت منه مبادئ عدة ، فمنها القوة الملزمة للعقد ، و الحرية التعاقدية ، فضلا عن الاثر النسبي للعقد ، ذلك ان إرادة الاشخاص هي من تنشئ العقود او ترتب التزاماتٍ تعاقدية في ذمتها ، فمجرد التطابق التام ما بينها (اي ارادة الموجب والقابل) نكون عندئذ امام عقد مستكمل لشرائطه ، وهنا نرى ان مبدأ سلطان الارادة قد هيمن على

([1]) انظر د. عبد الرحمن السيد قرمان ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، الطبعة الثانية ، مكتبة الشقري ، السعودية ، 2010 ، ص 400 -401.

([2]) د. اكرم ياملكي ، الاوراق التجارية وفقا لاتفاقيات جنيف الموحدة والعمليات المصرفية وفقا للأعراف الدولية ، الطبعة الاولى ، الدار العلمية الدولية ودار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 2001 ، ص328 .

([3]) انظر نص الفقرة الاولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي .

الكثير من التعاقدات ، واصبح هو المصدر لقوتها الناشئة عنه ، وقد بقيت صفة الالزام مقترنة بهذه التعاقدات الارادية ؛ فسلطان الارادة لا يقتصر أثره في انشاء العقد فحسب ، بل حتى في آثاره المترتبة عنه ، فضلا عن انهائه [1] ، هذا وان القواعد العامة التي تفترض ان العقد شريعة المتعاقدين لا تجيز الرجوع عنه او تعديله الا بالاتفاق او بنص القانون ، ومن ثم ان اي اخلال بإحدى بنود العقد يمثل اخلالا يوجب الفسخ ومن ثم اعادة الحال الى ما كانت عليه ، وبذلك يمثل اقرار امكانية التحلل من العقد بالإرادة المنفردة للمصرف في بعض الفروض ، انتهاكا لمبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، والذي ساد العقود باغلبها ، ومساسا بها بعد انعقادها ونفاذها بشكلٍ سليم .

2- من المعلوم ان التعاملات التجارية انما تمتاز بالسرعة ، فالتاجر بحاجة الى تمويل وسيولة نقدية تمكنه من الاستمرار وتنفيذ تعاقداته التجارية ، فيلجأ الى المصرف لتحقيق ذلك ، وهو يمثل خير وسيلة لاستمرار المشاريع التجارية وتنفيذها ، فمن مصلحة التجار الحصول على النقود بشكل سريع سواء بشكل مباشر دفعة واحدة ، ام على دفعات خلال مدد زمنية متفاوتة حسب طبيعة المشاريع الملتزم بها ، وحيث ان العقد المتضمن لخيار الرجوع يجعل منه غير لازم بالنسبة الى المصرف ، انما يسبب ارباكا بل وعدم استقرار بالنسبة لإمكانية تنفيذ التزامات التاجر قِبَل الغير (تجاه الغير) ، اذ ان التاجر سيكون تحت رحمة المصرف ، اذ لا يتأكد على نحو الجزم بإتمام المصرف لالتزاماته العقدية على الشكل الذي تمت فيه ، فهل ان المصرف قد يرجع بعقده ومن ثم يطالب العميل التاجر بإرجاع الحال الى ما كان عليه ، ام انه سيستمر بتنفيذ ما التزم به قِبَله ؟ وهذا ما سيؤثر في اطمئنان التاجر بالاستمرار من عدمه ، بل يجعل من التزاماته العقدية مع الغير غير مستقرة ومتلكئة ، وبذلك فما يوجه من انتقاد الى خيار الرجوع المصرفي هو انه يؤدي الى تأخير التعاملات التجارية وعدم استقرارها .

3- ان ممارسة المصرف لخياره بالرجوع سيترتب عليه اعادة الحال الى ما كان عليه ، بيد انه يرافق ذلك مخاطر عدة ، فمن جانب ان التاجر قد لا يستطيع اعادة الاموال التي حصل عليها من المصرف وذلك لاستثمارها في اوجه النشاط الذي التزم به ، والذي بسببه لجأ الى المصرف طالبا منحه تلك الاموال ، في حين ان عدم تشريع الخيار سيؤدي الى ان المصرف سوف لا يستطيع الرجوع عن التعاقد ومن ثم سيحصل على

([1]) علاق عبد القادر ، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ، رسالة ماجستير ، جامعة بلقايد – تلمسان – الجزائر ، 2007 ، ص7 -8 .

ما له من اصول نقدية قبل العميل مع فوائدها عند تنفيذه لالتزاماته قِبَل الغير، ومن جانب آخر ان ممارسة هذا الخيار سيدق التزامات التاجر ولربما يعرضه لخطر الافلاس نتيجة لتعثره عن سداد ديونه او تعثر تنفيذ التزاماته ، كل ذلك يعزى الى الخيار بانه يؤدي الى التأثير المباشر على المراكز القانونية لأطراف العملية التعاقدية ومن ثَم ارباكها وفتح باب النزاع واثقال كاهل القضاء بها .

4- من المعروف ان القانون لا يميز بين المخاطبين به ، فالجميع متساوون امامه [1] ، ومن ثم ان منح خيار الرجوع لاحد الاطراف دون الآخر وهو المصرف [2] ، بمعنى ان هذا يؤدي الى التمييز بين اطراف العملية التعاقدية ، ومن ثم ان القانون اولى حماية لاحد الاطراف حماية لمصلحته ، في مقابل التضحية بمصلحة الطرف الاخر ، فالمعروف ان القانون في بعض المواطن انما يتدخل لحماية الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، بقصد اعادة التوازن الى اطراف العقد ، بيد ان الامر منعكس هنا تماما ، فمن جانب ان المصرف يعد الطرف القوي في العقد المبرم مع العميل ، وبالرغم من ذلك تدخل القانون وجعله في مركز افضل من مركز العميل ، وعليه فان خيار الرجوع المصرفي يؤدي الى عدم المساواة بين الاطراف ، وهذا يؤدي الى المساس بالاستقرار القانوني .

بيد انه تجب ملاحظة ان ما ذكر من انتقادات والتي اسميناها بالعيوب لا تصمد امام مسوغات تشريعه ، التي من شأنها توفير حماية قانونية مصرفية كافية لضمان ما له من اصول نقدية لدى الغير ، دون ان يخشى معها من الدخول في تعاملات تجارية معهم ، وبذلك يمثل خيار الرجوع المصرفي اقصى حماية قانونية يمكن ان تمنح الى المصرف من قبل المشرع .

([1]) نصت المادة (14) من دستور العراق لعام 2005 على انه ((العراقيون متساوون أمام القانون دون تمييز بسبب الجنس أو العرق أو القومية أو الاصل أو اللون أو الدين أو المذهب أو المعتقد أو الرأي أو الوضع الاقتصادي أو الاجتماعي)) .

([2]) يعد المصرف شركة ذات شخصية معنوية بموجب القانون ، إذ نصت على ذلك المادة (1) قانون المصارف العراقية رقم (94) لعام 2004 على انه ((تعني كلمة " مصرف" شخصا يحمل ترخيصا او تصريحا بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية بما في ذلك شركة حكومية منشاة وفق قانون الشركات الحكومية المرقم ٢٢ لسنة ١٩٩٧ المعدل)) .بدلالة الفقرة الاولى من المادة (48) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه ((يتمتع الشخص المعنوي بجميع الحقوق الا ما كان ملازما لصفة الشخص الطبيعي وذلك في الحدود التي يقررها القانون)) .

المطلب الثاني

تمييز خيار الرجوع المصرفي عما يلابسه من انظمة قانونية

قد تقترب بعض المفاهيم القانونية من خيار الرجوع المصرفي وتشترك معه في الاثر المترتب على ممارسته ، والمتمثل بإزالة ما ترتب من آثار قانونية ، وعليه فان المقام يحتاج الى تبيان تلك المفاهيم ومحاولة الوقوف على ماهيتها وخصوصيتها وامكانية رفع هذا الالتباس الذي قد يتبادر الى الاذهان ، وهنا سنحاول ان نميز خيار الرجوع عن بطلان العقد في الفرع الاول ، وتمييز خيار الرجوع عن الفسخ والالغاء في الفرع الثاني .

الفرع الاول

تمييز خيار الرجوع عن البطلان

البطلان هو ((ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته او وصفا باعتبار بعض اوصافه الخارجية)) [1] ، بمعنى انه الجزاء القانوني على عدم استجماع العقد لأركانه كاملة مستوفية لشروطها [2] ، ويذهب بعضهم الى التفرقة بين الانعدام والبطلان المطلق والنسبي ، فالانعدام هو الجزاء على تخلف ركن من اركان العقد ، اما المطلق فهو الجزاء المترتب على تخلف شرط من شروط اركانه ، اما النسبي فيتحقق عندما يكون هناك عيب من عيوب الرضا او نقص بأهلية احد المتعاقدين ، في حين ان الفقه الحديث لا يميز بين الانعدام والبطلان المطلق فكلاهما عدم [3] ، لكن نظرية البطلان في القانون المدني العراقي ليست على مرتبة متدرجة ، لانه لا يعرف الا بطلانا واحداً ، وهو المطلق ، دون النسبي ، اذ ان منطقها لا ينسجم مع ما تبناه الفقه الاسلامي من رأي بهذا الصدد الذي استمد القانون العراقي منه ذلك ، على اعتبار ان العقد الباطل نسبيا او ما يسمى بالعقد الفاسد هو عقد صحيح ونافذ الاثر ، وهو بهذا الوصف لا يمكن نعته بصفة البطلان حتى لو نسبيا لأنه يرتب اثراً ومنتجاً لأحكامه [4] .

([1]) الفقرة اولا من المادة (137) من القانون المدني العراقي .

([2]) الدكتور عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الاول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، دون سنة نشر ، ص486 وما بعدها .

([3]) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، مطبعة الوفاء القانونية ، الاسكندرية ، 2009 ، ص91.

([4]) انظر د . عبد المجيد الحكيم ، ا ، عبد الباقي البكري ، ا ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، الطبعة الاولى ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، 2010 ، ص 121 .

ومهما يكن من امر فان العقد الباطل انما يترتب عليه زوال ما تم التعاقد عليه ومن ثم اعادة الحال الى ما كان عليه ، وهو بهذا الوضع القانوني ، قد يقترب من خيار الرجوع المصرفي ، بيد انه يختلف معه في مواطن كثيرة ، وعليه سنحاول ان نتعرض الى كلا النظامين ومحاولة الموازنة بينهما في فقرتين مستقلتين ، نبين في الاولى اوجه الشبه ، في حين نتناول في الثانية اوجه الاختلاف .

اولا – اوجه الشبه :

يقترب خيار الرجوع من البطلان في امورٍ عدة نبينها في الآتي :

1- ان العلاقة العقدية عندما يتخللها البطلان فان هذا الحال يترتب عليه زوالها وبأثرٍ رجعي [1]، وهذا الاثر هو عينه بالنسبة الى العقد المصرفي الذي اجاز المشرع فيه امكانية الرجوع ، اذ ان ممارسة المصرف لخياره في الرجوع يترتب عليه اعادة الحال الى ما كانت عليه ، اي زوال ما تم التعاقد عليه ، وهو يعني ان لكلا النظامين الاثر نفسه والمتمثل بزوال العقد بشكلٍ كلي من لحظة ابرامه ، فيعد كأنه لم يكن .

2- يقترب نظام البطلان من خيار الرجوع ايضاً من ناحية اخرى ، تتمثل باتحاد المصدر ، فكما ان البطلان نظام مقرر بنص القانون ، كذلك الحال بالنسبة الى خيار الرجوع ، فكما قدمنا يعد هذا الخيار مكنة قانونية ، لا يمكن حرمان المصرف منها .

ثانيا – اوجه الاختلاف :

على الرغم من اوجه الشبه بين خيار الرجوع والبطلان ، بيد ان بينهما مواطن اختلاف كثيرة تجعل كلاً منهما في مركزٍ مستقلٍ ومتميزٍ عن الآخر ، وعليه سنحاول ان نوجز اوجه الاختلاف فيما يأتي:

1- يختلف الاثنان من حيث المفهوم ، فكما قدمنا سابقاً بان صفة البطلان تتحقق للعقد عندما يكون في ركنه خلل ، سواء كان الايجاب فيه او القبول صادرين من غير ذي اهلية او كان المحلُ فيه غير قابل لحكم العقد ، فضلا عن انه يكون كذلك اذا ما اختلت بعض اوصافه ، كجهالة المعقود عليه جهالةً فاحشةً او عدم استيفاء العقد لشروطه الشكليةِ التي استلزمها المشرع [2] ، بيد ان الامر مختلف تماما في خيار الرجوع ، اذ لم يكن الامر بصدد عقد مختل لأركان او الاوصاف ، بل ان العقد الذي تم ابرامه بين

([1]) نصت الفقرة الثانية من المادة (138) من القانون المدني العراقي على انه ((فإذا بطل العقد يعاد المتعاقدان الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد ، فإذا كان هذا مستحيلاً جاز الحكم بتعويضٍ عادل)).

([2]) الفقرة الثانية والثالثة من المادة (137) من القانون المدني العراقي .

المصرف والعميل عقد صحيح ومستكمل لكل اركانه وشروطه فضلا عن انه واجب التنفيذ ، بيد ان المشرع يمنح فيه المصرف امكانية التحلل من العقد اذا ما اوجس خيفة من مخاطر قد تحل او حلت ، ومعها يفقد المصرف حقه في استرجاع ما له من اموال او ضمانات لدى العميل ، فلا يمكن القول باقتراب الاثنين من حيث المفهوم.

2- يختلف البطلان عن خيار الرجوع المصرفي بانه اذا كان العقد الذي تخلله البطلان يجوز التمسك بهذا البطلان لكل من له مصلحة في ذلك ، كما ان للمحكمة ان تقضي به من تلقاء نفسها [1] ، في حين ان خيار الرجوع لا يتقرر لكل ذي مصلحة ، بل هو مكنةٌ منحصرة بمن اراد المشرع حمايته انطلاقا من مسوغات تشريعه ، اذ يعد خيارا مصرفيا ، ومن ثم لا يمكن التمسك به الا من قبل من يصدق عليه مفهوم المصرف .

3- يختلف البطلان عن خيار الرجوع من حيث الاسباب ، فللبطلان اسباب محددة قانونا على سبيل الحصر ، كما قدمنا كأن يكون هناك خلل في اركانه او غير قابل لحكم العقد او كان فيه سبب غير مشروع ، فضلا عن اختلال بعض اوصافه كجهالة المعقود عليه جهالةً فاحشةً ، او كان الشكل الذي فرضه القانون غير مستوفٍ [2] ، في حين ان المشرع لم يحصر الاسباب التي بها يحق للمصرف استعمال خياره بالرجوع ، فكل ما يؤدي الى الخشية من فقدان المصرف لضماناته العامة (الذمة المالية للعميل كلها) او الخاصة (الضمانات التي قدمها العميل لقبول المصرف بفتح اعتماد له) ، لدى العميل فله ان يرجع عن العقد عند تحقق تلك الاسباب التي تمثل الخطر بمجموعها .

4- يختلف نظام البطلان عن خيار الرجوع من حيث المدة ، فلم نعثر عند تتبع النصوص المنظمة للبطلان على مدة يسقط حق المطالبة به ، في حين أن خيار الرجوع انما يمارس خلال مدة قانونية وهو ما سنحاول ايضاحه في المبحث الأول من الفصل الثاني من هذه الرسالة .

5- يختلف نظام البطلان اخيرا عن خيار الرجوع من حيث الشمولية ، فكل عقد يختل فيه احد اركانه او شروطه او اوصافه ، فهو باطل ، وبذلك يمكن القول بان البطلان يسري على العقود بأجمعها سواء كانت لازمة لجانبين ام لجانبٍ واحد ، فهو ذات تطبيق واسع على ما هو عليه في خيار الرجوع ، الذي لا يشمل العقود المصرفية جميعها ، بل انه يسري في احد العقود ، كما في الاعتماد للسحب على المكشوف .

([1]) انظر المادة (141) من القانون المدني العراقي .

([2]) انظر الفقرة الثانية والثالثة من المادة (137) من القانون المدني العراقي .

الفرع الثاني

تمييز خيار الرجوع عن الفسخ والالغاء

قد ينسبق الى الاذهان بان الرجوع المصرفي هو ذاته الفسخ او الالغاء ، لما لهذه الانظمة من تشابه في موارد عدة ، وعليه سنحاول ان نوازن ما بين الانظمة القانونية ومحاولة فك الالتباس على وجه يجعل لكل منهم مفهومه المتميز به عن الآخر ، وذلك في فقرتين ، نتناول في الاولى تمييز خيار الرجوع عن الفسخ ، في حين نوضح في الثانية تمييز خيار الرجوع عن الالغاء .

اولا – تمييز خيار الرجوع عن الفسخ :

الفسخ هو " الجزاء على عدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزامه ، ولا يكون ذلك الا في العقود الملزمة للجانبين ، فاذا اخل احد المتعاقدين في عقد من هذه العقود بالتزاماته جاز للمتعاقد الآخر بدلا من تنفيذ العقد تنفيذاً عينياً ، او طلب التعويض عن عدم التنفيذ ، ان يطلب فسخ العقد وهو ما يؤدي الى زواله باثر رجعي ، وقد لا يطلب الطرف الآخر الفسخ ، لكنه يتمسك فقط بعدم تنفيذ التزامه هو الى ان يقوم المتعاقد المخل بتنفيذ ما عليه من التزام " [1] ، والفسخ بهذا المعنى يرمي الى إزالة اثار الرابطة العقدية التي دخلت مرحلة التنفيذ بعد انعقادها على النحو السليم ، فغايته نقض القوة الملزمة وإزالة ما تم التعاقد عليه ، وذلك نتيجة لعدم تنفيذ الالتزام الناشئ عنها [2] .

يتضح مما تقدم ان الفسخ بوصفه جزاء يتحقق في ((العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوفِ احد العاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد الاعذار ان يطلب الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى على انه يجوز للمحكمة ان تنظر المدين الى اجل ، كما يجوز

([1]) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 187 - 188.

([2]) د. محمد حسن قاسم ، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الاول ، 2010 ، ص 59 .

لهـا ان تـرفض طلـب الفسـخ اذا كـان مـا لـم يـوفِ بـه المـدين قلـيلا بالنسـبة للالتـزام فـي جملتـه))[1]، هـذا ويلاحـظ بـان التلكـؤ عـن تنفيـذ الالتزامـات او انتهـاك مـا تـم التعاقـد عليـه يعـد شـرطاً اسـاس لإمكـان الفسـخ ، بيـد انـه لا يكفـي بذاتـه ، لإمكـان عـد العقـد مفسـوخا ، بـل لا بـد للمتعاقـد الاخـر مـن اللجـوء ال القضـاء طالبـاً الفسـخ ، فقوتـه الملزمـة لا يمكـن نقضـها بـالإرادة المنفـردة لاحـد المتعاقـدين ، فمـن كـان ضـحية عـدم التنفيـذ لـه اذا مـا اراد التحلـل مـن العقـد ان يلجأ الى القضاء طالباً فسخه [2].

ومهمـا يكـن مـن امـر فـان مـدلول الفسـخ قـد يقتـرب مـن مـدلول خيـار الرجـوع عنـدما ننظـر الـى النتيجـة المتمثلـة بإزالـة مـا تـم التعاقـد عليـه ، بيـد انـه يبتعـد عنـه فـي مـواطن عـدة ، وعليـه سنحاول ان نتطرق الى اوجه الشبه والاختلاف في موضعين مستقلين .

1 – اوجه الشبه : يتشابه كل من الفسخ وخيار الرجوع في امورٍ عدة ، نبينها فيما يأتي :

أ- يتشـابه الاثنـان مـن حيـث العقـود ، فكـل مـن الفسـخ وخيـار الرجـوع تـرد علـى العقـود الملزمـة للجـانبين ، فـلا فسـخ الا فـي العقـود الملزمـة للجـانبين ، وهـذا مـا نصـت عليـه المـادة (177) مـن القـانون المـدني العراقـي، كمـا ان خيـار الرجـوع كـذلك يـرد علـى عقـد ملـزم لجانبيـه ، وهمـا المصـرف والعميـل ، وواجـب التنفيـذ ، بيـد ان المشـرع يجيـز للمصـرف التحلـل منـه

---

(1) انظر الفقرة الاولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي ، وتقابلها الفقرة الاولى من المادة (246) من القانون المدني الاردني لعام 1976والتي نصت على انه ((في العقود الملزمة للجانبين ، إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للمتعاقد الاخر بعد اعذاره المدين ان يطالب بتنفيذ العقد او بفسخه)) ، وكذلك تقابلها المادة (1217) من القانون المدني الفرنسي لعام 1804 ، والتي نصت على انه ((يجوز للطرف الذي لم يتم تنفيذ الالتزام تجاهه أو تم تنفيذه بشكل غير كامل أن: - رفض أداء أو تعليق أداء التزامه ؛ - متابعة التنفيذ القسري نوعًا من الالتزام - الحصول على تخفيض في السعر ؛ - تسبب في إنهاء العقد ؛ - المطالبة بالتعويض عن عواقب عدم الأداء)) .

النص باللغة الفرنسية :

((Articale – 1217 : La partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté، ou l'a été imparfaitement، peut : - refuser d'exécuter ou suspendre l'exécution de sa propre obligation ; - poursuivre l'exécution forcée en nature de l'obligation ; - obtenir une réduction du prix ; - provoquer la résolution du contrat ; - demander réparation des conséquences de l'inexécution. Les sanctions qui ne sont pas incompatibles peuvent être cumulées ; des dommages et intérêts peuvent toujours s'y ajouter))

(2) د. سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 187 - 188.

عند تحقق المخاطر ، وعند انتفاء المخاطر يكون المصرف في مركز المدين بتنفيذ التزاماته الناتجة من العقد [1].

ب- يتشابه الاثنان من حيث النتيجة ، فعند اخلال احد المتعاقدين بتنفيذ ما ترتب عليه من التزامات ، فهذا الاخلال يمنح المتعاقد الآخر حق المطالبة بفسخ العقد ، ومن ثم التحلل من العقد وإعادة الحال الى ما كان عليه ، وهذا يعني زوال الرابطة العقدية بين الطرفين، وهذه النتيجة مماثلة لما يترتب على إعمال خيار الرجوع المصرفي ، فممارسة هذا الخيار يؤدي بالضرورة الى زوال ما تم التعاقد عليه بينه وبين العميل ، فنجد ان كلاً من الفسخ والرجوع يتشابه في النتيجة المترتبة على اعمالِ كلٍ منهما .

ت- يتشابه النظامان ايضا في ان كليهما حق مقرر بنص القانون ، فلا حاجة للاتفاق ما بين الاطراف على ان اخلال احدهما بالتزاماته يوجب فسخ العقد او يحق للآخر اللجوء الى المحكمة طالباً فسخه ، على اعتبار انه حق قانوني للمتعاقد الاخر ، وهو الحال نفسه بالنسبة الى خيار الرجوع المصرفي ، فللمصرف حق قانوني بالتحلل من العقد عند تحقق بعض المخاطر التي تسوغ ممارسته دونما حاجة الى اشتراط المصرف هذا الخيار في بنود عقده .

ث- يتشابه ايضا كل من الفسخ وخيار الرجوع من ان كلاً منهما يؤدي الى إزالة آثار الرابطة العقدية بأثر رجعي ، فالفسخ يؤدي الى إعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد، وهو الحال ذاته بالنسبة الى خيار الرجوع ، فله اثر رجعي من لحظة الابرام ، وبه يكون العقد كأن لم يكن عند ممارسته .

2 – اوجه الاختلاف : على الرغم مما قدمنا من اوجه الشبه بين الاثنين (الفسخ والرجوع) بيد ان بينهما من الفوارق ما تجعل كلا منهما في مركز قانوني متميزاً عن الآخر سنحاول ان نستنبطها من النصوص الناظمة لها ، وعليه نوجز هذه الفوارق فيما يأتي :

أ- ان الفسخ بوصفه نظاماً قانونياً يرد على العقود جميعا ، ونقصد فورية التنفيذ او المستمرة اي التي يدخل الاجل بها ، في حين ان خيار الرجوع انما يرد في عقد

([1]) نصت الفقرة اولا من المادة (269) من قانون التجارة العراقي على انه ((الاعتماد للسحب على المكشوف عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغا من النقود لمدة معينة او غير معينة)) ، فمدلول عبارة يضع بمقتضاه اي بمقتضى العقد ، يعني وجوب التنفيذ ، وهذا المعنى متحقق بمدلول نص الفقرة اولا من المادة (270) والتي بمقتضاها للمصرف ان يطلب من العميل تقديم كفالة شخصية او عينية ، قبل منح الاعتماد ، فمجرد منح الاعتماد يصار الى التنفيذ ، ولا رجوع اللهم الا عندما نكون في فرض تحقق احدى او بعض المخاطر .

الاعتماد للسحب على المكشوف ، الذي يعد من العقود الزمنية ، اذ " يلتزم البنك بان يضع تحت تصرف المعتمد له مبلغا من النقود لمدة محددة او لمدة غير محددة فيظل العقد تبعا لذلك ساري المفعول لمدة زمنية تستمر حسب الاتفاق " [1] .

ب- يتمثل الفسخ بكونه نظاما ذا صفة جزائية ، ولا نقصد بذلك كونه يفيد معنى العقوبة ، بل هو جزاء بمعناه الواسع ، اي يراد به جزاء ينشأ لعدم تنفيذ احد المتعاقدين لالتزاماته ، فيكون كوسيلة حمائية للطرف او المتعاقد الآخر والذي يواجه به المتعاقد الذي اخل بالتزاماته ، في حين ان خيار الرجوع ، لا يرد بمعنى الجزاء المتقدم ، بل هو مكنة للمصرف ، له حق اعمالها عندما يستشعر بالمخاطر التي تؤثر على مركزه المالي وتجنبه الخصام مع العميل .

ت- ان اللجوء الى الفسخ قد يصاحبه طلب التعويض عما اصاب المتعاقد الاخر من ضرر ، وهذا الضرر يتمثل بما فاته من كسب [2] فضلا عن ذلك ان اخلال احد المتعاقدين ليس بالضرورة ان يحقق الفسخ ، اذ يجوز القانون للمحكمة ان ترفض الفسخ اذا كان الالتزام الذي لم يفِ به المدين قليلا بالنسبة الى الالتزام بمجمله، اما خيار الرجوع فمسوغات تشريعه تتمثل بالمحافظة على حقوق المصرف قِبَل العميل ، فمجرد توقع تحقق مخاطر او كانت الظروف تشير الى تحققها في المستقبل القريب او تحققها فعلا ، فان للمصرف اعمال هذا الخيار كوسيلة لتجنب ما قد يحصل او يحل به من ضرر ، فمجرد تحقق ذلك يكون كافيا لإعمال او ممارسة خياره بالرجوع عن العقد ، فافضل تعويض يحصل عليه المصرف هو تمكينه من اعادة الحال الى ما كان عليه .

ث- مما يميز الفسخ عن خيار الرجوع ، انه لا ينشأ ابتداءً ، بل ينشأ في اي لحظة يخل فيها المتعاقد بالتزاماته المترتبة في مرحلة لاحقة لانعقاد العقد ، في حين ان خيار الرجوع على خلاف ذلك ، فهو يتحقق من اللحظة التي ينعقد فيها العقد بين المصرف والعميل ، فيكون استعماله مرهونا بتحقق الخطر او توقع حدوثه على نحو الجزم .

ج- ان الاصل في نظام الفسخ هو الفسخ القضائي ، بيد ان ذلك لا يمنع من اتفاق اطرافه عند التعاقد بعد عقدهما مفسوخا من تلقاء نفسه [3] ، في حين ان خيار الرجوع

([1]) د. بسام حمد الطراونة ، د. باسم محمد ملحم ، الاوراق التجارية والعمليات المصرفية ، الطبعة الاولى ، دار المسيرة ، عمان ، 2010 ، ص 418 ، انظر ايضا د. اكرم ياملكي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص369 ، انظر أيضاً : بختيار صابر بايز حسين ، مصدر سابق ، ص32.

([2]) انظر الفقرة الاولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي .

([3]) انظر نص المادة (178) من القانون المدني العراقي .

المصرفي على العكس من ذلك ، فيتم اعماله دونما حاجة الى طلب ذلك من القضاء ، ويكتفي المصرف بإعادة الحال الى ما كانت عليه قبل التعاقد .

ثانيا – تمييز خيار الرجوع عن الغاء العقد :

ان من المبادئ الراسخة في القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، ان العقد شريعة المتعاقدين ، ومن ثم انه لا يجوز تعديله او انقضائه بالإرادة المنفردة لأطرافه اللهم الا بالاتفاق كما في الاقالة او بنص القانون [1] كما في بعض العقود كالوكالة والوديعة والعارية والمقاولة والقرض والهبة [2] ، ومن ثم لا مجال لإلغاء العقد بالإرادة المنفردة الا في الفروض التي تقدمت ، بيد انه لم نجد في معظم التشريعات المدنية تعريفا للمراد بإلغاء العقد ، الا ان اغلب موارد الفقه تطرقت الى تعريفه بانه " عمل قانوني صادر من جانب واحد يلغي العقد ويفتته تاركا كل العراقيل التي عاقت تنفيذه دون اثر رجعي ولا يقع تلقائيا بل يلزم تدخل ارادة المتعاقد بمفرده في ايقاعه كأي قرار فاسخ حتى يحدث آثاره الفاسخة وهي عدم التنفيذ " ، ويراد به ايضا " عبارة عن وضع حد للعقد بالنسبة لما بقي منه بعد الانهاء اما الذي تم منه فلا اثر للإنهاء عليه" [3] .

والالغاء بهذا المعنى قد يقترب من خيار الرجوع المصرفي في مواطن ، ويبتعد عنه في مواطن ، وعليه سنحاول ان نبين اوجه الشبه والاختلاف وكلا في موضع مستقل .

1 - **اوجه الشبه :** يقترب نظام الالغاء من خيار الرجوع في امور عدة ، نوجزها فيما يأتي :

أ- يشترك نظام الالغاء مع خيار الرجوع في الاثر المترتب على ممارسة او اعمال كل منهما ، اذ تحل النتيجة ذاتها المتمثلة بإزالة ما تم ابرامه ، اي عند النظر الى مصير الرابطة العقدية والمتمثلة بزوالها .

ب- ان زوال العقد بطريق الالغاء يؤدي الى انتهاء اثاره دون توقف ذلك على ارادة الطرف الآخر في العلاقة العقدية ، وهو الحال ذاته بالنسبة الى ممارسة او اعمال خيار الرجوع المصرفي ، فلا أثر لإرادة العميل في اعمال الخيار من عدمه .

([1]) انظر الفقرة الاولى من المادة (146) من القانون المدني العراقي .

([2]) . انظر ايضا د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص691 ، انظر ايضا د، سمير عبد السيد تناغو ، مصدر سابق ، ص 187.

([3]) انظر عماد خضير علاوي ، دور الإرادة في انهاء العقد ، مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثالث ، ص200.

2 - اوجه الاختلاف : على الرغم من وجود اوجه الشبه بين الالغاء والرجوع المصرفي ، بيد ان بينهما من الفوارق ما تجعل كل منهما في موضع مستقلٍ عن الاخر فضلا عن كونه متميزاً عنه، وعليه سنوجز اهم تلك الفوارق فيما يأتي :

أ- ان كل من الالغاء والرجوع ينتمي لنظام قانوني مختلف ، فالإلغاء يدور في فلك القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، دون مجموعة قانونية واحدة ، بل في نصوص قانونية متناثرة هنا وهناك كما سيأتي بعد قليل ، في حين ان خيار الرجوع يدور في فلك القواعد التجارية وبالخصوص الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون التجارة العراقي تحت عنوان العمليات المصرفية .

ب- يتميز الالغاء بان اثره انما ينسحب على الحاضر ، بمعنى ان اثره لا يمس الالتزامات العقدية بأجمعها، فما ترتب في الماضي لا يصل اليه اثر الالغاء ، وهذا يعني ان اثره مستقبلي ، كما قدمنا من تعريفات تناولت هذه الماهية للإلغاء [1] ، اما خيار الرجوع المصرفي فأثره رجعي ، ويمس ما تم ترتيبه من التزاماتٍ ماضية ، ويجعل من العقد كأن لم يكن ، ومن ثم يتحلل المصرف من العقود التي ابرمها مع العميل .

ت- ان حق الالغاء هو حق مقرر بنص القانون ، فالقانون في بعض العقود وبإرادته يجعل من حق احد الاطراف امكانية الغائها بإرادته المنفردة ، فضلا عن ان طبيعتها التكوينية تسمح في ذلك ، كما في الوديعة [2] ، والعارية [3] ، والوكالة [4] ، فهذه العقود تسمح طبيعتها ان يتحلل الطرفان او احدهما منها دون المساس بما تم في الماضي او ما نفذ من التزامات ، فضلا عن ان القانون يجيز ذلك ، في حين ان خيار الرجوع المصرفي ،

([1]) ان ما يتميز به الالغاء عن نظام الفسخ ، بان هذا الاخير له اثراً شموليا بالنسبة الى ما ترتب وما سيكون من آثار قانونية، فإذا ما تحقق الفسخ فهو يعود بالحال الى ما كانت عليه قبل ابرام العقد ، ويفتت ما بنيت ونفذت من التزامات عقدية بين الاطراف فضلا عن انه يجعل من تنفيذ الالتزامات بالنسبة للمستقبل مستحيلة ، لان اثره رجعي ، في حين ان الالغاء على العكس من ذلك ،فلا اثر له بالنسبة للالتزامات المترتبة بالماضي ، بل يلغي الالتزامات التي ستترتب مستقبلا دون المساس بما تم سابقاً ، والقول بخلاف ذلك سيهدم القيمة القانونية لكل منهما ويجعل منهما ذات نظام ومفهومٍ واحد.

([2]) نصت الفقرة (1) من المادة (969) من القانون المدني العراقي على انه (للمودع في كلِ وقت ان يطلب رد الوديعة مع زوائدها ، كما ان يطلب ردها متى شاء) .

([3]) نصت الفقرة (1) من المادة (861) من القانون اعلاه على انه (.. فإن لم تكن الاعارة محددة بأي طريقة جاز للمعير ان يطلب انهاؤها في اي وقت) .

([4]) نصت الفقرة (الاولى) من المادة (947) من القانون اعلاه على انه (للموكل ان يعزل الوكيل ، وان يقيد وكالته ، وللوكيل عزل نفسه ..) .

لا يرد في عقد تسمح طبيعته في ذلك ، كما قدمنا ، بل هو يرد في عقد ملزم لجانبين ويصار الى تنفيذه إذا لم يتحقق الخطر ، كما لا يجوز للمصرف اعمال او ممارسة خياره في الرجوع بشكلٍ متعسف ، فالمشرع اجاز للمصرف واستثناءً من القواعد العامة والتجارية التحلل من العقد إذا ما كان امام خطر يهدد الائتمان او ما له من ضمانات واموال لدى العميل ، وبذلك يكون العقد عند تحقق الخطر غير ملزم من جانب المصرف حصراً دون ان يكون للآخر حق منعه او الاتفاق على عدم استعماله كونه يتعلق بالنظام العام .

المبحث الثاني

طبيعة ونطاق خيار الرجوع المصرفي

عند دراستنا لمؤلفات الفقه التجاري ، وبالخصوص المتعلقة بالعمليات المصرفية ، لم نجد من يتناول خيار الرجوع المصرفي بهذا المعنى ، بل لا يعرفونه بهذه التسمية التي وقع عليها الاختيار ، فهم يتطرقون الى العقود التي تستبطن هذا الخيار دون التعريف به ، واذا كان الحال كذلك ، فهذا يعني انسحاب ذلك على طبيعته القانونية بالضرورة ، فلا يوجد رأي قانوني في ذلك ، بل سنحاول ان نعرض ماهيته على ميزان المنطق والعقل القانوني ، محاولين بذلك الوصول الى النظام القانوني الذي ينتمي اليه ، والخروج بطبيعة قانونية له تسهل التعرف عليه ومن ثَم اعطائه التكييف الدقيق بغية تحديد قواعده ونظامه على الوجه السليم ، مستعينين بذلك بنصوص القانون لتحصيل ما نروم ، فضلا عن امكانية الاستعانة بشروحات فقهاء القانون المدني والتجاري على حدٍ سواء ، للخروج بالصورة الامثل لخيارنا هذا ، ومن جانب آخر انه اذا كان هذا الخيار تستبطنه بعض العقود المصرفية دون غيرها ، فما هي تلك العقود ؟ واذا كان هذا الخيار كما قدمنا يرد لمصلحة احد اطراف العقد دون الآخر ، فمن هو المستفيد من الخيار ، وهل ان هذا الخيار يمثل مكنة مطلقة ، ام ان هناك قيد على ممارسة الخيار؟ ، فلا بد من تحديد نطاقه من جوانب عدة ، اي نطاقه الشخصي والموضوعي . وعلى ذلك سنحاول الاحاطة بطبيعته ونطاقه في مطلبين ، نتناول في الاول الطبيعة القانونية لخيار الرجوع المصرفي ، في حين نوضح في الآخر نطاق خيار الرجوع المصرفي .

المطلب الاول

الطبيعة القانونية لخيار الرجوع المصرفي

ان عدم التطرق الى خيار الرجوع من حيث ماهيته مطلقا ، جعل منها ذات مفهوماً ضبابيا ، وهذا الحال انسحب الى طبيعته القانونية ، فلم نعرف ما اذا كانت طبيعة الرجوع هذا، هل هي حق ؟ فإذا كان الجواب بالإيجاب (اي كونه حقاً) ، يتبادر الى الاذهان هل ان هذا الحق ، هو حقا شخصي ام عيني ؟ اما لو كان الجواب بالنفي ، فما هو؟ هل هو خيار بالمعنى الدقيق ام شيئ اخر ؟ . للإجابة لابد من الموازنة ما بين هذه الانظمة ومعرفة ما ينتمي اليها الخيار وما لا يكون كذلك ، وعليه سنحاول افتراض ان الخيار ينمتي الى المفردات الآتية، وكلاً في فرعٍ مستقل ، نتناول في الاول افتراض كون خيار الرجوع حقاً ، وفي الثاني افتراض كون الرجوع مكنة .

الفرع الاول

خيار الرجوع حق

بادئ ذي بدء لابد من اعطاء فكرة موجزة عن المراد بالحق حتى يتسنى لنا معرفة ان الرجوع ينتمي اليه ام لا .

نقول ان فكرة الحق اثارت خلافا فقهيا كبيرا في تحديد ماهيته سواء تعلق الامر بذات صاحبه ام لا ، وذلك بين نظريات عدة تجاذبا وتباعدا في الافكار التي تبنتها كلٍ منها ، فقد ظهرت النظرية الشخصية والتي تعرف بنظرية الإرادة والتي تعرف الحق بانه " القدرة او السلطة الإرادية التي يخولها القانون لشخص من الاشخاص في نطاق معلوم " [1] ، فالحق وفقاً لهذه النظرية يتمثل بقدرة الإرادة التي تثبت لصاحبها ، بيد ان القانون هو من يمنحها له اي لا وجود لها دون تدخل القانون ؛ لان القانون هو من يحدد ما للشخص من حقوق ، وهذا الاخير يمارس ما له في حدود ما رسم القانون له [2] ، بيد ان هذه النظرية انتقدت من اوجه عدة ، فمن جانب انها تشترط وجود الارادة لتمتع صاحبها بهذا الحق ، وهو عكس ما تشترطه الشرائع من ان لعديمي الإرادة حقوقاً كالمجنون والصبي غير المميز ، ومن جانب آخر ان الاخذ بها يؤدي بالضرورة الى عدم الاعتراف بالحقوق للأشخاص الاعتبارية (المعنوية) ، فضلا عن انها تخلط ما بين الحق وممارسته من قبل صاحب الإرادة ، فقد يثبت الحق دون ممارسة او إرادة ، ولذلك ظهرت نظرية اخرى قبال هذه النظرية تسمى (بالنظرية الموضوعية) او نظرية المصلحة ، والتي تعرف الحق بانه " مصلحة يحميها القانون " [3] ، وقد تبنى هذه النظرية الفقيه (ايرنج) الذي نظر الى ان ماهية الحق يجب ان ينظر اليها من جانب موضوعي وغائي، وهو المصلحة ، بيد ان هذه النظرية تعرضت الى انتقادات عدة ، فمن جانب انها تعرف الحق بهدفه والغاية منه ، والمتمثلة بالمصلحة ،فمن غير المنطق والعقل ان يعرف الحق بغايته ، لان الحق ما هو الا سبيل او وسيلة لتحقيق الغاية او ما تعرف بالمصلحة ، ومن جانب آخر انها تجعل من حماية القانون للحق العنصر الثاني ، فعنصر الحماية هو الفيصل في وجود الحق من عدمه ، والادق ان القانون يحميه بعد نشوئه ، ونتيجة لما تقدم من انتقادات حاول البعض التوفيق بين النظريتين ، من خلال تعريف الحق بانه وان كان سلطة ارادية فهو

([1]) د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، الطبعة الرابعة ، الاسكندرية ، 1971 ، ص431 .

([2]) ا ، عبد الباقي البكري ، م . زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة السنهوري ، دون سنة نشر ، ص222 .

([3]) انظر في تبني هذا الرأي د . عبد الرزاق احمد السنهوري ، اصول القانون – محاضرات القاها على طلبة السنة الاولى لطلبة كلية الحقوق في علم اصول القانون ، مطبعة فتح الله ياس واولاده ، مصر ، 1936، ص223 .

مصلحة في آن واحد ، فالحق عموما ليس إرادة مطلقا ، بل ليس مصلحة ايضا ، وعليه فقد ظهرت النظرية الحديثة وهي ما تعرف بـ (نظرية دابان) ، فهذه النظرية تعرف الحق بانه " ميزة قانونية يمنحها القانون لشخص وتحميها طرق قانونية فيكون لذلك الشخص بمقتضى تلك الميزة ان يتصرف في مال اقره القانون باستئثاره به بعده مالكاً له او باعتباره مستحقاً له [1] ، فتكون عندئذ عناصر الحق وفقا للنظرية الاخيرة اربعة عناصر ، هي الاستئثار او الانتماء ، والتسلط او القدرة على التصرف ، واحترام الغير للحق ، فضلا عن الحماية القانونية .

على ما تقدم تبين لنا بان الحق هو ميزة لشخص يمنحها القانون لشخصٍ ويحميها ، لكن اذا ما قلنا بان خيار هل هو حق ؟ ان اثارة هذا التساؤل يقدح تساؤلا منطقيا من ان خيار الرجوع هو حق شخصي ام عيني ؟ بمعنى انه هل يمكن ادراج خيار الرجوع تحت اي من هاتين الطائفتين ؟ للإجابة نقول انه لابد من التطرق الى الفرضيتين بشكلٍ مستقل ومحاولة معرفة النظام القانوني الذي ينتمي اليه خيار الرجوع ، وذلك في الفقرات الآتية :

اولا – خيار الرجوع حق شخصي :

الحق الشخصي [2] هو " رابطة قانونية ما بين شخصين (دائن ومدين) يطالب بمقتضاها الدائنُ المدينَ بأن ينقل حقاً عينياً او ان يقوم بعمل أو أن يمتنع عن عمل " [3] ، فالسلطة التي تثبت للدائن تخوله بموجبها مطالبة المدين بان يؤدي عملا او يمتنع عن عمل [4]، فهو ينطوي على عناصر ثلاثة ، هي طرف ايجابي وهو الدائن وطرف سلبي وهو المدين ، ومحل الاداء سواء كان القيام بالعمل ام الامتناع عنه ، فاذا نظرنا اليه من جانب الدائن كان حقاً، واذا نظرنا اليه من جانب المدين كان ديناً او التزاماً [5] ، وعموماً ان حصول الدائن على موضوع الالتزام في الحق الشخصي يكون متوقفاً على تدخل شخص المدين ، واذا ما امتنع

([1]) ا . عبد الباقي البكري ، م . زهير البشير ، مصدر سابق ص223- وما بعدها .

([2]) نصت الفقرة الثانية من المادة (69) من القانون المدني العراقي على انه ((يعتبر حقاً شخصياً الالتزام بنقل الملكية اياً كان محلها نقداً او مثليات او قيميات ، ويعتبر كذلك حقاً شخصياً الالتزام بتسليم شيء معين)) ، وبهذا يعطي معنى الحق الشخص المعنى ذاته بالنسبة الى الالتزام والدَين .

([3]) الفقرة الاولى من المادة (69) من القانون المدني العراقي .

([4]) انظر د. غني حسون طه ، ا . محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الجزء الاول ، طبع لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، دون سنة نشر ، ص6 .

([5]) د، محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 ، ص7 . بهذا المعنى انظر د. عبد المجيد الحكيم ، ا ، عبد الباقي البكري ، ا ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص3 .

المدين عن تنفيذ التزامه ، فيحق له (اي الدائن) اما اللجوء الى التنفيذ الجبري او فسخ العقد مع التعويض ان كان له مقتضى .

وعلى ذلك نطرح التساؤل الذي نحن بصدده ، هل يمكن ادراج خيار الرجوع تحت طائفة الحق الشخصي او عده حقاً شخصيا ؟ الجواب بالنفي ، ذلك ان الحق الشخصي يرتبط ارتباطاً وثيقاً بشخص المدين ، ومن ثم بموجبه يمكن الدائن من مطالبة مدينه بتنفيذ ما التزم به، لكن في خيار الرجوع سيكون الامر مختلفاً ، فالمصرف يلتزم بما تم ابرامه قِبَل العميل ، وهذا الاخير يلتزم بما ترتب عليه من التزامات قِبَل المصرف ، واذا ما تخلف العميل او المصرف يحق لكل منهما طلب الفسخ واعادة الحال الى ما كانت عليه ، ولكل منهم حق شخصي قِبَل الاخر ، بيد ان فكرة الخيار لا علاقة لها بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد ، فالمصرف ليس له سلطة في مواجهة العميل ، ولا يمكنه ان يطالبه بأي التزام سلبي او ايجابي، اذ لا يلتزم باي اداء معين [1]، فورا ، والقول بخلاف ذلك اي بمعنى لو كان الخيار يستند الى مطالبة العميل بان يؤدي عملا او يمتنع عن عمل لكان الامر عبثا من قبل المشرع ، فلا حاجة الى الخيار طالما ان القواعد العامة تؤدي الحماية المرجوة عند تخلف العميل عن تنفيذ التزاماته ، والتي تجيز للمصرف الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ، فالحال ان الخيار ينشأ من لحظة ابرام العقد ولغاية تنفيذه ، واذا ما تحققت بعض المخاطر او كانت على وشك الوقوع فان للمصرف ان يستعمل خياره في الرجوع عن العقد . فالخيار مرهون بتحقق المخاطر من عدمها .

ثانيا – خيار الرجوع حق عيني :

يراد بالحق العيني ((هو سلطة مباشرة على شيء معين يعطيها القانون لشخص معين))[2] ، فالحق العيني اذا هو السلطة التي تمنح قانونا لشخصٍ معين على شيءٍ معينٍ ، يستطيع من خلالها الاستئثار بقيمة مالية من خلال القيام بأعمال مباشرة على هذا الشيء دون تدخل احد تحقيقاً لمصلحة معينة ، وبذلك يستأثر صاحب الحق العيني بالقيمة الاقتصادية للشيء الذي يرد عليه ، وله ان يستعمل حقه على الشيء دون حاجة الى مطالبة شخص اخر بتمكينه من ذلك ، اذ ان هذا الحق ينصب على الشيء [3] .

([1]) ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، العقد غير اللازم ، ذات السلاسل ، جامعة الكويت ، 1994 ، ص 216 .

([2]) انظر الفقرة الاولى من المادة (67) من القانون المدني العراقي .

([3]) د. محمد حسين منصور ، مصدر سابق ، ص 7 .

وعلى ذلك فقد يتبادر الى الذهن بان خيار الرجوع المصرفي هو حقٌ عيني ، فيكون له (صاحب الخيار) سلطة تمكنه من استعمال الشيء واستغلاله والانتفاع به . بيد ان هذا التصور او التبادر غير دقيق مطلقا ، ولا يمكن التسليم به بأيّ وجهٍ من الوجوه ، فعند الموازنة ما بين خيار الرجوع والحق العيني يتبين لنا بان خيارنا لا يمكن عده حقاً عينياً لأسباب عدة ، فمن جانب ان الحق العيني سلطة تنصب على شيء ، ومضمون هذه السلطة ان صاحبها يملك حق الانتفاع والاستغلال والتصرف بالشيء محله ، في حين ان خيار الرجوع لا ينصب على شيء، بل يمكن صاحبه (اي المصرف) الخيار بين ممارسة الخيار والغاء العقد او الابقاء عليه عند تحقق بعض المخاطر [1] ، ومن جانب آخر ان الحق العيني يمكن صاحبه من تتبع الشيء محل الحق في اي يدٍ يكون ، وهو ما يعرف بحقِ التتبع ، الذي يمكن المالك عند خروج المال المملوك من يده ، حق تتبعه والاحتجاج بذلك قِبَل اي حائز يكون [2] ، في حين لا وجود لهذا المعنى في خيار المصرف في الرجوع ، فليس هناك حق مملوك خرج دون تصرف إرادي من قبل المصرف، ويساغ عندئذ القول بان لهذا الاخير حق تتبعه في اي يدٍ يكون، ويمكن ان نضيف تمييزاً آخر يوهن هذا التبادر ولا يمكن الاستدلال به بأن الحق العيني يخول صاحبه حق الافضلية ، ما يعني بان لصاحب الحق العيني الحق بالتقدم على بقية الدائنين الشخصيين في استيفاءه من الشيء الذي انصب عليه [3] ، في حين ان خيار الرجوع المصرفي على العكس من ذلك ، فتارة ان الخيار لا يشاركه به احد ، بمعنى ان هذا الخيار منحصر بشخصٍ من أراد القانون حمايته وهو المصرف دون غيره ، فهو مكنة له في استعماله من عدمه ، وتارة اخرى ان الحق العيني حق مؤبد يرتبط بوجود الشيء محله ، فيدوم بدوامه [4]، في حين ان الخيار لا يرتبط بشيء معين بل بوجود المخاطر نشوءً وانتهاءً ، زد على ذلك ان الحق العيني يكتسب بالتقادم ، وهذا الامر غير متحقق بالنسبة الى خيار الرجوع . بالإضافة الى ما تقدم نقول انه قد يكون هناك حق عيني للمصرف في استيفاء ما له من الغير دون ان يكون هناك خيار في الغاء العقد ، زد على ذلك ان الحق العيني لا يبيح الغاء العقد وإعادة الحال الى ما كان عليه ، بل هو بعدما يصح نشوءً باختلاف مصدريته (اي سواء كان ناشئ من عقد ام ارادة منفردة) يخول ما يمنحه للمصرف من سلطات ، وهو وضع غير مألوف بالنسبة الى خيار الرجوع ، بمعنى ان الحق العيني هو نتيجة لتصرف وبعد نشوئه على الوجه السليم يمنح

([1]) ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص217 - 218.

([2]) د. غني حسون طه ، ا . محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 7 .

([3]) المصدر نفسه ، ص 7 .

([4]) المصدر نفسه ، ص 8 .

صاحبه هذه السلطات ، بيد ان الخيار على العكس تماما ، فهو خارج تماماً عن العقد وليس له علاقة به وبتنفيذه وآثاره ، فهو خارج عن حقيقته وماهيته ، وما ينشأ من التزامات وحقوق للمصرف هو بعيد عنها ، وهو مرتبط نشوءً وانتهاءً بتحقق المخاطر ، ولا كلام عنه دونها ، والقول بخلاف ذلك يجعل من الخيار أحد اسباب هدم الاستقرار القانوني للمعاملات المالية ، وهو يعني ضرباً من العبث .

وعلى ما تقدم لا يمكن ركن خيار الرجوع المصرفي الى النظام القانوني للحق العيني لاختلاف جوهر كل منهما ، فلكل منهما نظامه المتميز عن الاخر والذي يجعل كلاً منهما يدور في فلك مستقل بناءً على ما قدمنا من استدلال .

الفرع الثاني

خيار الرجوع مكنة (رخصة)

يراد بالرخصة هي " مكنة واقعية لاستعمال حرية من الحريات العامة ، او هي اباحة يسمح بها القانون في شأن حرية من الحريات العامة " [1] ، وهناك من يعرف الرخصة او المكنة بانها " قدرة الشخص بالتعبير عن إرادته على احداث آثار قانونية حددها القانون ، بصورة مباشرة او غير مباشرة تتمثل في انشاء او تعديل او محو مراكز قانونية دون ان يلزم المقابل بأي أداء او يتمكن من التخلص من تلك الآثار " [2] ، فبين هذا المعنى وذاك ، نجد بأن معنى الرخصة او المكنة يتأرجح بين الغموض والابهام فليس هناك معنى واضح له ، فمنهم [3] من يذهب الى كونها مصطلحاً حديثاً على الفكر القانوني ، فتارة يستخدم بمعنىً يرادف مصطلح الحرية ، كما في حرية الزواج وغيرها ، وتارة أخرى بمعنى الحق بمعناه الدقيق وإن كانت تختلف عنه في بعض المواطن ، ويصطلح عليها حق خاص او ذات نوع خاص [4] .

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي - الجزء الاول، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، دون سنة نشر ، ص 9 .

([2]) ئارام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني ، الكتب القانونية ، مصر ، 2010 ، ص 103 – 104 .

([3]) د . عبد العزيز المرسي حمود ، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد ، جامعة المنوفية، 2005 ، ص 78 .

([4]) المصدر نفسه ، ص 78 .

وهناك من يذهب الى ان المكنة ادنى مرتبة من الحرية التي تقع في مرحلة وسط بين الحق والمكنة [1] ، وقد تبنى هذا الرأي احد الفقهاء [2] ، ونحن بدورنا نميل الى الرأي الاخير كونه اكثر منطقاً فهي اكثر من الحرية وادنى رتبة من الحق حسب اعتقادنا ، وبذلك يكون لصاحب الخيار بموجبها التحلل من العقد بإرادته المنفردة ، وهذا الخيار بطبيعة الحال لا يمكن ان يتوقف على إرادة الطرف الاخر .

المطلب الثاني

نطاق خيار الرجوع المصرفي

بعد التعرف على ماهية الخيار وطبيعته القانونية ، يسوقنا الحال الى الوقوف على نطاقه ، فكما نعلم ان لكل شيء حد يقف عنده ، فليس من المنطق ان يمنح القانون هذه المكنة دونما وضع حدٍ لها ، والقولِ بخلافِ ذلك يهدم القيمة القانونية له ، ويجعل منه اداة لتعثر وعرقلة المعاملات المالية ، فهذا الحد يراد به تحديد من يختص به الخيار ، اي من شرع له ، ولتحقيق ما يصبو اليه المشرع من تكامل تشريعي في منحه ، يجب ان تتحقق العدالة التعاقدية، ولكي لا يكون الخيار سلاحاً فاعلاً بيد المصرف كلما اراد التحلل من الرابطة العقدية يشهره بوجه العميل . فالحال اذاً يستلزم تحديد فلكه الذي يدور فيه ، اي تحديد المخاطر التي توجب استعماله بوصفه وسيلة تضمن ما يمكن الحفاظ عليه من حقوق المصرف ، وعليه ينبغي بناءً على ما تقدم تحديد نطاقه الشخصي والموضوعي على الوجه الذي يجعل من الخيار وسيلة قانونية ناجعة لها معالمها بشكلٍ لا يدع مجالاً امام المصرف لاساءة استعمالها ، كل ذلك سيكون من خلالِ فرعين ، نبين في الاول النطاق الشخصي لخيار الرجوع ،في حين نوضح في الآخر النطاق الموضوعي لخيار الرجوع .

([1]) د. عبدر الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي ، مصدر سابق ، ص 9.

([2]) د. عبد العزيز المرسي حمود ، مصدر سابق ، ص 78.

الفرع الاول

النطاق الشخصي لخيار الرجوع

كما نعلم ان اغلب العمليات المصرفية هي عقود ، فمكنة التحلل من العقد انما تدور في فلك بعض العقود وليس جميعها ، وبما ان الاعتماد للسحب على المكشوف هو عقد ، فانه يشتمل على إرادتين ، فلا بد من تحديد من يستطيع ممارسة خيار الرجوع ، اي تحديد اشخاصه، فهل ان هذا الخيار للمصرف وحده ام يشاركه بذلك العميل ؟ وقبل الاجابة عن ذلك يستلزم المقام التعرف على اطراف العقد المتضمن خيار الرجوع ، ومن ثَم تحديد من شرع له الخيار(المستفيد) .

اولا – اطراف العقد المتضمن خيار الرجوع :

من العقود التي تتضمن خيار الرجوع هو الاعتماد للسحب على المكشوف ، وهذا الاخير انما يجري ما بين طرفين هما المصرف والعميل ، وعليه سنحاول تبيان المراد بهما في الفقرات الآتية :

1- **المصرف :** يعد المصرف مؤسسة تسعى الى تحقيق الربح وهو يتعامل في النقود ومتطلبات النقود ، فهو مؤسسة مالية تقوم بخلق الودائع تحت الطلب ، اي فتح الحسابات الجارية التي تكون محلاً للسحب منها بواسطة اصحابها عند الطلب ، كما يمكن تحويلها الى طرف ثالث بواسطة استخدام الصكوك ، وهذه الوظيفة هي التي تميز المصرف التجاري عن اي مؤسسة مالية اخرى ، هذا بالإضافة الى ان الودائع لدى البنك التجاري انما يتم تداولها كنقود بينما الودائع لدى المؤسسات المالية الاخرى لا تتصف بهذه الصفة [1].

فالدور الذي تؤديه المصارف يمثل دورا هاماً وكبيراً في الحياة التجارية ، ولا يمكن لاحدٍ ان ينكره ، سواء على المستوى الوطني او الدولي ، " والبنوك وهي تقوم بوظائفها وتمارس عمليات لا يقوم بها غيرها لجهة خلق النقود والمساهمة في دعم الائتمان وتوجيهه ، تشكل ركنا في اقتصاديات الدول وكذلك العالم ، وقد تطورت وظائف البنك من فكرة الصراف الذي يكسب من مبادلة العملات سواء كانت محلية ام

([1]) د. سامي خليل ، اقتصاديات النقود والبنوك – الكتاب الاول – النقود والبنوك ، شركة كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع ، دون سنة نشر ، دون مكان نشر ، ص 183 ، انظر بنفس المعنى د. عبد الفضيل محمد احمد ، عمليات البنوك ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2010 ، ص 3 وما بعدها .

اجنبية الى الكسب عن طريق قبول الودائع التي يضعها العملاء لدى البنك ، الى اقراض اموال المودعين ، كما لم يقف تطور وظائف البنك الى هذا الحد ، بل اصبحت تقوم بإقراض الجمهور من ودائع لا تملكها وحتى من ودائع ليس لها وجود – خلق النقود – " [1] .

وعليه فقد تعرض الفقه التجاري الى تعريفات عدة للمصرف ، فمنهم من عرفه بانه " مؤسسات مالية تقدم خدمات مالية ومصرفية " [2] ، وعرفها البعض الآخر بانه " مؤسسة تجارية تعمل بصفة رئيسية وعلى وجه الاعتياد في المضاربة على النقود والائتمان ، فالمصرف لا يعمل بطريقة مباشرة في الانتاج والتوزيع ، ولكنه يساعد رجال الاعمال – من تجار وصناع – على القيام بأعمالهم في كل هذه المجالات " [3] .

اما على صعيد القوانين محل المقارنة ، فلم نجد في القانون النقدي والمالي الفرنسي تعريفا للمراد بالمصرف [4] ، في حين عرف قانون الاستهلاك الفرنسي المصرف والذي اصطلح عليه بـ (المقرض) بانه ((أي شخص يمنح او يتعهد بمنح قرض في اطار ممارسة الانشطة التجارية او المهنية)) [5]، هذا ويشير بعض الفقهاء الى تعريف المصرف في القانون الفرنسي بأنه " المؤسسات التي تقوم – على سبيل الاحتراف –

([1]) د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية – عمليات البنوك – دراسة مقارنة – المجلد الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 2009 ، ص 15 – 16 ، انظر ايضا د. احمد شعبان محمد علي ، البنوك الاسلامية في مواجهة الازمات المالية ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2010 ، ص64 .

([2])Stephaie Gross ، Bank and shareholders value – An Overiew of bank Valuation and Empirical Evidence on Shareholder Value for Bank ، Deutscher Universitats، Verlag / Germany ، 2006 ،p.18 .

([3]) د. عبد الرحمن السيد قرمان ، مصدر سابق ، ص 229، انظر بهذا المعنى د. عزيز العكيلي ، مصدر سابق ، ص286.

([4]) وانما اود تعريفا للمراد بالعمليات المصرفية في المادة (L. 311-1) بانها ((تشمل العمليات المصرفية استلام الأموال المستحقة السداد من الجمهور ، وعمليات الائتمان ، وكذلك خدمات الدفع المصرفية)) النص باللغة الفرنسية :

((Article : L. 311-1 : Les opérations de banque comprennent la réception de fonds ainsi que les services bancaires de ، les opérations de crédit،remboursables du public paiement)).

([5]) انظر نص المادة (L.311-1-1) من قانون الاستهلاك الفرنسي :

النص باللغة الفرنسية :

((Article : 311-1-1 : Pour l'application des dispositions du présent titre، sont considérés comme : 1° Prêteur، toute personne qui consent ou s'engage à consentir un crédit mentionné au présent titre dans le cadre de l'exercice de ses activités commerciales ou professionnelles;))

بتلقي الاموال من الجمهور بهيئة ودائع او ما في حكمها وتستخدمها لحسابها الخاص في عمليات الخصم والائتمان او في العمليات المالية " [1] ،

اما القانون الأردني فقد عرف المصرف بانه ((الشركة التي يرخص لها بممارسة الاعمال المصرفية وفق احكام هذا القانون بما في ذلك فرع البنك الاجنبي المرخص له العمل في المملكة)) [2] .

في حين عرف المشرع العراقي المصرف بانه ((شخص يحمل ترخيصا او تصريحا بمقتضى هذا القانون لمباشرة الاعمال المصرفية بما في ذلك شركة حكومية منشأة وفق قانون الشركات الحكومية المرقم (22) لسنة 1997 المعدل)) [3] .

على ما تقدم من تعاريف سواء من الوجهة الفقهية ام القانونية يتبين ان هناك اشتراكاً بالمعنى المراد للمصرف [4] بانه شركة تحمل ترخيصا لمزاولة الاعمال المصرفية ، وهذه الاخيرة متعددة وكثيرة لا يمكن حصرها في نطاق ، فكل الاعمال المصرفية التي وردت في الفصل الثاني من الباب الرابع من قانون التجارة العراقي قد وردت على سبيل المثال وليس الحصر ، فلا يمكن للتشريع المتناهي ان يحيط باللامتناهي من اعمال تجارية تستجد في المستقبل .

وعليه فقد يرى بعض الفقه [5] بان وظائف المصرف يمكن ان تنحصر في وظيفتين ، الاولى اساسية والاخرى ثانوية .

فالأولى تتمثل بقبول ودائع العملاء واستعمال الصكوك وتسجيل العمليات المالية لهم فضلا عن تحصيل الصكوك القابلة للدفع سواء على المصرف نفسه ام على غيره من المصارف العربية او الاجنبية ، كما يقوم ايضا بمنح الائتمان للمشاريع العامة وتقديم

([1]) انظر د. عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه – القضاء – التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لعام 1999 ، دار الكتب والدراسات العربية ، الاسكندرية ، 2017 ، ص28 .

([2]) المادة (2) من قانون البنوك رقم (28) لعام 2000 .

([3]) المادة (1) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 .

([4]) للتمييز ما بين مصطلح المصرف والبنك انظر د. عادل عبد الفضيل عيد ، الاحتياط ضد مخاطر الاستثمار في المصارف الاسلامية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2011 ، ص58، انظر ايضا د. صادق راشد الشمري ، اساسيات الاستثمار في المصارف الاسلامية ، الطبعة الاولى ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2011 ، ص 49 وما بعدها .

([5]) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 33 وما بعدها ، د. سامي خليل ، مصدر سابق ، ص 184 .

القروض والمساهمة في انشاء المشاريع وتنمية الاستثمار المالي في الداخل والخارج[1].

اما الثانية فتتمثل في " الاحتفاظ بسجلات صحيحة عن تلك الخدمات التي يقدمها البنك لعملائه " [2].

2- **العميل :** ان خيار الرجوع المصرفي محل البحث انما يدور في فلك عقد الاعتماد للسحب على المكشوف دون غيره من العقود المصرفية . فالمتتبع للنصوص القانونية الناظمة لهذا العقد (الاعتماد للسحب على المكشوف) يجد ان المشرع في القوانين محل المقارنة تستخدم مصطلحات مختلفة للتعبير عن المتعاقد مع المصرف . فقانون الاستهلاك الفرنسي في القسم الخاص بالائتمان الاستهلاكي يستعمل في المادة (Article–L.312-90) مصطلح (المقترض) [3]، في حين ان قانون التجارة الأردني يستخدم مصطلح (المعتمد له) [4] ، اما قانون التجارة العراقي فيستخدم مصطلحين مختلفين ، فتارة مصطلح (المستفيد) ، وتارة اخرى مصطلح (طالب الاعتماد) ، وبعطف النظر على قانون المصارف العراقي ، نجد ان المادة (27) منه تشير الى مصطلحات مختلفة للدلالة على المتعامل مع المصرف، ومنها مصطلح (العملاء) ، و (الزبون) . وبصرف النظر عن الالفاظ المستخدمة فانه لا مشاحة في المصطلحات ، ومن ثَم تستبطن في مجملها معناً مشتركا للدلالة على

([1]) للمزيد من التفصيل د. سامي خليل ، مصدر سابق ، ص184 وما بعدها ، هذا وقد حددت المادة (27) من قانون المصارف العراقية الانشطة التي يجوز للمصارف مزاولتها ، في حين استثنى المشرع بعض الاعمال من امكانية مزاولتها وعدها من المحظورات وذلك في المادة (28) والتي نصت على انه ((لا يمارس اي مصرف يشارك كوكيل او شريك او مالك مشترك في تجارة بالجملة او بالقطاعي او في عمليات تصنيع او نقل او زراعة او مصايد اسماك او تعدين او بناء او ضمان تأمين او انشطة اعمال اخرى باستثناء الانشطة المرخص بها في المادة (27) وبالرغم مما سلف يجوز لمصرف وبتفويض خطي مسبق من البنك المركزي العراقي ان يمارس مؤقتا او يشارك في ممارسة هذه الانشطة بقدر ما يكون ضروريا لإداء المستحقات ويجوز للبنك المركزي العراقي ان يطلب من المصرف وقف هذه الانشطة في تأريخ محدد في التفويض)) .

([2]) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 34.

([3]) النص باللغة الفرنسية :

((Articale-L. 312-90 : L'emprunteur peut procéder à tout moment et sans frais à la résiliation à moins que les parties n'aient convenu ‹d'une autorisation de découvert à durée indéterminée d'un délai de préavis. Ce délai ne peut être supérieur à un mois)).

([4]) انظر نص الفقرة الاولى من المادة (119) من قانون التجارة الأردني .

الطرف المتعاقد مع المصرف ، بيد اننا استعملنا مصطلح العميل لشهرته بهذا اللفظ في الوسط التجاري او العرف المصرفي .

فالعميل هو من يتعاقد مع المصرف بقصد الحصول على الخدمة المصرفية المتمثلة بفتح الاعتماد للسحب على المكشوف .

بيد ان التساؤل الذي ينقدح في الذهن ، ما هو المراد بمصطلح العميل ؟ وهل يقصد به المهني ام غير المهني ؟ ، وهل يصدق مصطلح المستهلك على العميل المصرفي ؟ كل هذه التساؤلات سنحاول الاجابة عنها في الفقرات الآتية للوصول الى معنى واضح وجلي للمراد بالعميل المصرفي .

أ- **العميل :** ان الجمع الدلالي للنصوص القانونية محل المقارنة لا تتناول مصطلح العميل بكونه شخصا طبيعيا او معنويا ، بل تشير بشكل فضفاض الى هذا المعنى ، اي المتعاقد مع المصرف ، سواء كان مقترضا او معتمد له ام مستفيدا او ما شاكل[1] . وهذا المسلك منطقيا الى حدٍ بعيد ، اذ لا يمكن تقييد التعاملات المصرفية بشخصٍ دون اخر ، وهو ما لا ينسجم مع رغبة المصارف في فتح ابواب عملياتها او خدماتها المصرفية مع الجميع ، باستثناء ما يجده المصرف في بعض الاعمال ما تستلزم من الخصوصية في منحها لعملاء دون غيرهم ، وذلك لما يتمتعون به من ملاءة مالية او ثقة متبادلة او تعامل سابق او سمعة تجارية .

ب- **العميل المهني :** " يدل تعبير المهنة على كل نشاط منظم هدفه الانتاج او التوزيع او تقديم الخدمات ، والتجارة هي اول اشكال هذه الانشطة المنظمة ، لذلك كانت اهم المهن وكان اصحاب هذه المهن هم اهم المحترفين ، غير انه مع تطور الحياة

([1]) نصت المادة (L. 313-5-1) من القانون النقدي والمالي على انه ((بالنسبة للسحب على المكشوف ، يمثل قرضًا ربويًا لشخص طبيعي يعمل من أجل احتياجاته الخاصة او المهنيين أو الأشخاص الاعتباريين الذين يمارسون نشاطًا صناعيًا أو تجاريًا أو حرفيًا أو زراعيًا وشخص من اصحاب المهن من غير التجار ، وشخص طبيعي يحصل على القرض ليس لاحتياجات تجارته))

النص باللغة الفرنسية :

((Article – L313-5-1 : Pour les découverts en compte، constitue un prêt usuraire à une personne physique agissant pour ses besoins professionnels ou à une personne morale se livrant à une activité industrielle، commerciale، artisanale، agricole ou professionnelle non commerciale tout prêt conventionnel ….)) .

انظر ايضا د، انور مطاوع منصور ، حماية العميل المهني في الائتمان المصرفي في القانونين المصري والفرنسي ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثالث والخمسون (الجزء الاول) ، سبتمبر ، 2021، ص257 .

وازدياد متطلباتها ظهر الكثير من اصحاب المهن الحرة الى جانب هؤلاء المنتجين او الصناعيين [1].

هذا ويراد بالمهني " الطرف المقابل للمستهلك في عقد الاستهلاك " [2]، وهو ينصرف بهذا المعنى ليشمل كل شخص طبيعي او معنوي[3].

ففي القوانين المقارنة نجد ان قانون حماية الاستهلاك الفرنسي قد عرف المهني في المقالة التمهيدية لقانون حماية المستهلك المستحدثة بانه ((أي شخص طبيعي أو اعتباري ، عام أو خاص ، يتصرف لأغراض تقع في نطاق نشاطه التجاري أو الصناعي أو الحرفي أو الليبرالي أو الزراعي ، بما في ذلك عندما يتصرف باسم أو نيابة عن محترف آخر)) [4].

اما قانون حماية المستهلك الأردني فقد عرف المهني بانه ((المزود : الشخص الطبيعي او الاعتباري من القطاع العام او الخاص يمارس باسمه او لحساب الغير نشاطاً يتمثل بتوزيع السلع او تداولها او تصنيعها او تأجيرها او تقديم الخدمات الى

([1]) د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نظرات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لعام 2010 ، بحث منشور في مجلة كلية الاسلامية الجامعة، 2013، المجلد ، العدد 22، ص 82 .

([2]) د. فاتن حسين حوى ، الوجيز في قانون حماية المستهلك – دراسة في احكام القانون اللبناني مع الاشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد (الكترونيا) ، الطبعة الاولى ، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2012 ، ص35 .

([3]) د انور مطاوع منصور ، مصدر سابق ، ص 232.

([4]) انظر الفقرة الثالثة من المادة (1) من المقدمة التمهيدية لقانون حماية المستهلك الفرنسي المعدلة بموجب الامر رقم (1734- 2021 المؤرخ في 22 – ديسمبر – 2021 .

النص الكامل باللغة الفرنسية : ((Code de la consummation)) :

Article Liminaire:

Pour l'application du présent code، on entend par :

– consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre de son activité commerciale، industrielle، artisanale، libérale ou agricole ;

– non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;

– professionnel : toute personne physique ou morale، publique ou privée، qui agit à des fins entrant dans le cadre de son activité commerciale، industrielle، artisanale، libérale ou agricole، y compris lorsqu'elle agit au nom ou pour le compte d'un autre professionnel)) .

المستهلك بما في ذلك اي شخص يضع اسمه او علامته التجارية او اي علامة فارقة اخرى يملكها على السلعة او الخدمة)) [1] .

في حين عرف قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لعام 2010 المهني بانه ((الُمجهز : كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمة سواء أكان أصيلاً أم وسيطاً أم وكيلاً)) [2] .

" وبناءً على ذلك فان المهني هو كل شخص طبيعي او اعتباري يتصرف في اطار انشطته المهنية سواء كان من اشخاص القانون العام ام الخاص ، ولقد ذهب بعض الفقه الفرنسي الى ان المهني عندما يتعاقد في علاقة تتصل بأنشطته الاقتصادية التي تدخل في مجال تخصصه ، فهو يعتبر مثالاً عاما للمهني الذي يكون في وضع اكثر قوة بالمقارنة بالمتعاقد معه الجاهل بأصول المهنة على خلاف ذلك ، عندما يتعاقد المهني في علاقة تتصل بأنشطته الاقتصادية ولكن خارج مجال تخصصه ، فهو لا يمكن ان يكون في مركز قوة " [3] .

ويشير البعض الى ان ما يمتاز به شخص المهني هو العلم بأدق تفاصيل سلعته او الخدمة المقدمة من قبله الى شخص المستهلك الذي يجهل بها هذا الاخير ، فيكون عندئذ في مركز قوة في الغالب من النواحي الاقتصادية او المعلوماتية او ما شاكل[4] .

على ما تقدم يتضح لدينا بان المهني هو الشخص الذي يحترف [5] نشاطه التجاري في علاقاته مع الاخرين [6] ، وهذا المعنى يقودنا بالضرورة الى اعطائه معنى التاجر فيكون عندئذ معنى المهني هو ((كل شخص طبيعي او معنوي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف

([1]) نص المادة (2) من قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لعام 2017 .

([2]) نص الفقرة السادسة من المادة (1) من قانون حماية المستهلك العراقي .

([3]) د. انور مطاوع منصور ، مصدر سابق ، ص234 – 235 .

([4]) د. فاتن حسين حوى ، مصدر سابق ، ص 39 .

([5]) هناك من يطلق على المهني معنى المحترف ، فيكون للإثنان المعنى ذاته ، انظر د. فاتن حسين حوى ، مصدر سابق، ص39 .

([6]) تتضح صفة التاجر هذه من خلال نص المادة (7) من قانون حماية المستهلك العراقي والتي نصت على انه ((يلزم المجهز والمعلن بما يأتي : ثالثا - اتخاذ اسم وعنوان تجاري وقيدهما في السجلات الاصولية لدى الجهات المختصة ومسك السجلات المعتمدة لنشاطه)) .

عملاً تجاريا وفق احكام هذا القانون)) [1] ، وعليه يشترط فيه لتحقق هذا المعنى شروط عدة [2] نوجزها بما يأتي :

1- ان يحترف عملاً تجاريا.
2- ان يزاول العمل التجاري باسمه ولحسابه .
3- ان يكون متمتع بالأهلية القانونية
4- ان يكون عراقيا ويجوز لغير العراقي مزاولة العمل بإذن من الجهة المختصة [3] .

وبعد ان تعرفنا على ماهية المهني يتضح لدينا بان مفهوم العميل من الممكن ان يصدق على المهني ، فالتاجر المهني يعد من اكثر المتعاقدين مع المصارف ، سواء أكان بقصد التأمين، ام التمويل ام الحصول على خطاب ضمان او فتح اعتماد للسحب على المكشوف للحصول على تمويل للمشاريع التجارية ، او قروض مصرفية ، او خصم او نقل مصرفي والى غير ذلك من العمليات المصرفية ، فيكون عندئذ معنى المهني المحترف اول معنى يصدق على العميل المصرفي الذي عرفه القانون النقدي والمالي بانه ((العميل المحترف هو عميل لديه الخبرة والمعرفة والكفاءة لاتخاذ قراراته الاستثمارية الخاصة وتقييم المخاطر التي ينطوي عليها بشكل صحيح))[4].

ت- العميل غير المهني : اذا كان العميل المهني المحترف هو المصطلح الشائع في التعاملات التجارية واكثر المتعاقدين مع المصرف للحصول على الخدمات

([1]) انظر نص الفقرة اولا من المادة (7) من قانون التجارة العراقي .

([2]) انظر في شرح شروط اكتساب صفة التاجر د. باسم محمد صالح ، القانون التجاري – النظرية العامة – التاجر- العقود التجارية – العمليات المصرفية – القطاع التجاري الاشتراكي ، القسم الاول ، مكتبة السنهوري ، بغداد ، 2015 ، ص86 وما بعدها ، انظر ايضا د. اكرم ياملكي ، الوجيز في شرح القانون التجاري ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1966- 1967 ، ص133 وما بعدها ، انظر ايضا

JEAN VAN RYN : DE DROITCOMMERCIAL ، TOME PREMIER ، ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT ، Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques 67، RUE DE LA RÉGENCE ، 1954 ، p 82 .

([3]) انظر نص المادة (8) من قانون التجارة العراقي .

([4]) المادة (L533-16) من القانون النقدي والمالي المعدلة بموجب الامر رقم (2017- 1107) المؤرخ في 22 يونيو 2017 .
النص باللغة الفرنسية :
((Article : L.533- 16 : n client professionnel est un client qui possède l'expérience، les connaissances et la compétence nécessaires pour prendre ses propres décisions d'investissement et évaluer correctement les risques encourus)) .

المصرفية ، فانه يتبادر الى الذهن هل ان هناك شخص غير المهني يصدق عليه معنى العميل ؟

للإجابة لابد من التعرف على معنى الشخص غير المهني ، ومن ثَم معرفة مدى امكانية اتصافه بصفة العميل المصرفي من عدمه .

اذا ما اردنا ان نعرف غير المهني ، فهناك تبادر اولي ينساق الى الذهن ، بان غير المهني هو لفظ يقابل الشخص المهني ، بمعنى انه اذا كان معنى المهني كما قدمنا قبل قليل بانه شخص محترف للعمل التجاري فلا بد من ان يستبطن الخلاف لهذا المعنى تحقيق المراد بغير المهني ، اي غير المحترف للنشاط التجاري ، لكن لو عرض هذا التصور الذهني على ميزان التشريع القانوني هل يصح بهذا المعنى؟

الجواب على ذلك يستلزم عرض النصوص الناظمة لذلك ، فلو تتبعنا نصوص قانوننا العراقي ، فإننا لا نجد نصاً يشير الى المراد بغير المهني ، بل تطرق المشرع الى معنى المهني (المجهز) ، وهو المسلك نفسه بالنسبة الى قانون حماية المستهلك الأردني . أما القانون الفرنسي فهو على خلاف القوانين محل المقارنة ، فقد جاءَ بمعنى للمراد بغير المهني في المقالة التمهيدية لقانون حماية المستهلك سابقة الذكر، والتي عرفت غير المهني بأنه ((غير مهني: أي شخص اعتباري لا يتصرف لأغراض مهنية ؛)) [1]. فهذا التعريف يثير اشكالاتٍ عدة ، فالمراد بغير المهني يفترض ان يكون معنى مغاير للمهني ، فالمشرع الفرنسي في الفقرة الثالثة من المقالة التمهيدية آنفة الذكر عرف المهني بانه الشخص الطبيعي او المعنوي الذي يتعاقد لأغراضه التجارية ، وهو ما لا يمكن معه اشتقاق معنىً مغايراً للمراد بغير المهني ، ذلك ان المشرع الفرنسي جعل المهني شخصا طبيعيا او معنويا ، في حين ان التعريف الذي قدمه لغير المهني قيده بالشخص المعنوي ، ومن جانبٍ آخر اشكل علينا بتصورٍ ثانٍ هو ان التعريف يقترب من معنى الشخص الذي يتعاقد لأغراض استهلاكية ، اي يحقق معنى المستهلك ، فهل هو كذلك ؟ .

كلا ، هذا هو جواب المشرع الفرنسي في المقالة التمهيدية لقانون حماية المستهلك الفرنسي ، على اساس من ان المقالة التمهيدية كانت قد نفت ذلك باعتبار ان

([1]) انظر الفقرة الثانية من المادة الاولى من المقالة التمهيدية لقانون حماية المستهلك الفرنسي .
النص باللغة الفرنسية :

((Code de la consommation
Article Liminaire:
on entend par : ، Pour l'application du présent code
– non-professionnel : toute personne morale qui n'agit pas à des fins professionnelles ;))

المستهلك هو شخص طبيعي ممن يتعاقد لأجل حاجاته الخاصة [1] ، ولا يمكن ان يشترك الاثنان بالمعنى ذاته ، فالمهني شخص معنوي في حين ان المستهلك شخص طبيعي حصراً .

على ما تقدم هل من الممكن ان يصدق معنى غير المهني على العميل ؟ الجواب بالإيجاب ، فلا يشترط ان يكون غرض المتعاقد مع المصرف تجارياً ، وهو امر منطقي ، فبإمكان غير المهني التعاقد مع المصرف للحصول على اعتماد للسحب على المكشوف لأغراض شخصية خاصة به .

ث- **المستهلك :** تنظر التشريعات الناظمة لقوانين حماية المستهلك اليه بنظرة الطرف الضعيف في العلاقة العقدية ، بصرف النظر عن طبيعة المتعاقد معه ، والذي يكون في الغالب تاجر ، ومن ثَمَ جاءت بأحكام مغايرة لما تضمنته القوانين المدنية التي تعنى بالمعاملات المالية ، وجعلت منها احكاماً من النظام العام [2] ، بيد انها اختلفت فيما بينها فيما يتعلق بتعريفها للمستهلك فمنها من ذهب الى اعطاء تعريف واسع له ، ومنها من اعطاه تعريفا ضيقاً .

فقد تبنى المشرع الفرنسي التعريف الضيق للمستهلك الذي عرفه بانه ((أي شخص طبيعي يتعاقد لأغراض لا تدخل في نشاطه التجاري او الصناعي او الحرفي او الزراعي)) ، وهو المسلك ذاته الذي سار عليه المشرع الأردني في قانون حماية المستهلك ، فقد عرفت المادة الثانية منه المستهلك بانه ((الشخص الطبيعي أو الاعتباري الذي يحصل على سلعة أو خدمة بمقابل أو دون مقابل اشباعا لحاجاته الشخصية أو لحاجات الآخرين ولا يشمل ذلك من يشتري السلعة أو الخدمة لإعادة بيعها أو تأجيرها)) .

([1]) انظر الفقرة الاولى من المادة الاولى من المقالة التمهيدية لقانون حماية المستهلك الفرنسي .
النص باللغة الفرنسية :

((Code de la consommation
Article Liminaire:
on entend par : ، Pour l'application du présent code
– consommateur : toute personne physique qui agit à des fins qui n'entrent pas dans le cadre libérale ou agricole ;)).، artisanale، industrielle،de son activité commerciale

([2]) نصت المادة المادة (Article L222-18) من قانون حماية المستهلك الفرنسي على انه ((أحكام هذا الباب خاصة بالنظام العام))
النص باللغة الفرنسية :

((Les dispositions du présent chapitre sont d'ordre public)).

امـا المشـرع العراقـي فقـد اخـتط مسـلكاً مغـايرا للقـانون الفرنسـي والأردنـي ، إذ تبنـى المفهـوم الواسـع للمسـتهلك ، فقـد عرفتـه الفقـرة خامسـاً مـن المـادة الاولـى مـن قـانون حمايـة المسـتهلك بانـه ((الشـخص الطبيعـي او المعنـوي الـذي يتـزود بسـلعة او خدمـة بقصد الافادة منها)) .

وعنـد الموازنـة مـا بـين التعـاريف المتقدمـة نجـد ان الاضـطراب فـي تحديـد معنـى المسـتهلك جلـي ، فعنـد النظـر الـى تعريـف المشـرع الفرنسـي ، نجـده قـد قصـر مصـطلح المسـتهلك علـى الشـخص الطبيعـي، وهـو امـر غيـر منطقـي ، فـلا يمكـن ان يتعاقـد مـن اجـل الحصـول علـى حاجاتـه الشخصـية فقـط الشـخص الطبيعـي ، بـل مـن الممكـن ان يتعاقـد الشـخص المعنـوي عـن طريـق ممثلـه للحصـول علـى حاجاتـه الشخصـية ايضـا ، فالغريـب انـه دفـع عـن الشـخص غيـر المهنـي صـفة المسـتهلك عنـدما يتعاقـد مـن اجـل الحصـول علـى مـا يلبـي حاجاتـه الخاصـة مـن جهـة ، ومـن جهـة اخـرى انـه اسـتبعد الشـخص المعنـوي مـن امكانيـة عـده مسـتهلكاً، والحقيقـة اننـا لا نعلـم مـا هـي النتيجـة المتوخاة من ذلك .

امـا علـى صـعيد القـانون الأردنـي فلـم يسـلم مـن الانتقـاد ايضـاً ، فهـو يعـد مـن يتعاقـد مـن اجـل الحصـول علـى حاجـات شخصـية مسـتهلكاً ، فالمسـتهلك هـو مـن يتعاقـد مـن اجـل تلبيـة حاجاتـه الشخصـية ، الوكيـل لا يمكـن ان يوصـف بهـذا الوصـف (اي وصـف المسـتهلك) اذ كمـا نعلـم ان النيابـة انمـا تنـتج آثارهـا فـي ذمـة الاصـيل ولـيس الوكيـل ، فهذا الاخير انما تحل إرادته محل إرادة الاصيل [1] .

بيـد ان المشـرع العراقـي فـي توجهـه غيـر سـليم بـالمطلق ، فـلا يمكـن ان يكـون مسـتهلكا مـن يتعاقـد مـن اجـل الحصـول علـى السـلع او الخـدمات لاغـراض تجارتـه ، فـالنظر الـى كـون المسـتهلك طرفـاً ضـعيفا فـي العلاقـة العقديـة لا ينسـجم مـع عـد التـاجر مسـتهلكا اذا تعاقـد مـع آخـر للحصـول علـى السـلع او الخـدمات لاغـراض حاجـات تجارتـه . وعليـه لا بـد مـن مغـادرة هـذه المفـاهيم الـى معنـى يعبـر عـن حقيقـة المسـتهلك ، فقـد عـرف البـعض المسـتهلك بتعريـف يحقـق المعنـى الضـيق الـى القـول بانـه ((كـل شـخص يتعاقـد بقصـد

([1]) انظر في تفصيل ذلك ، د. عبد المجيد الحكيم ، ا، عبد الباقي البكري ، ا ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، دون دار نشر ، 1980 ، ص54 وما بعدها .

اشباع حاجاته الشخصية او العائلية)) [1] ، ونحن نؤيد هذا التعريف لما فيه من تجاوز لكل الملاحظات التي قدمناها .

على ما تقدم يثار التساؤل الآتي ، هل يصدق المعنى المتقدم للمستهلك على معنى العميل ؟

نعم ، هذا هو جوابنا ، والدليل على ذلك ان المشرع في القوانين المقارنة لا يمكن بأي حال من الاحوال ان يقتصر على مفهوم دون آخر ، من جهة ، ومن جهة اخرى ان المشرع الفرنسي انما تناول الاحكام الخاصة بعقد الاعتماد للسحب على المكشوف ضمن الكتاب الثالث من الباب الاول من الفصل الثاني والموسوم بعنوان (الائتمان الاستهلاكي) في المواد (المواد L312-1إلى L312-94) من قانون حماية المستهلك الفرنسي ، فمفهوم المستهلك من الممكن ان يكون مصداقاً لمفهوم العميل ، بموجب القانون الفرنسي، والغاية ذاتها متحققة بالنسبة للقانون الأردني ، فقد اشارت الفقرة (أ) من المادة الثانية من قانون المصارف الأردني الى انه يراد بمصطلح الشخص هو الشخص الطبيعي او المعنوي ، ومن هذا نستدل على انه من الممكن ان يكون الشخص المتعاقد مع المصرف بصفة مستهلك اذا ما كان الحصول على الخدمة المصرفية لأغراض تلبية حاجاته الشخصية ، اما بالنسبة الى القانون العراقي ، فنجد ان مفهوم المستهلك من الممكن ان يصدق على العميل ، ودليلنا في ذلك ، الفقرة (1) من المادة (27) من قانون المصارف التي نصت على انه ((يكون منح الائتمانات (سواء كانت مضمونة او غير مضمونة بامتياز) وعلى سبيل المثال لا الحصر : ائتمانات المستهلكين والرهن العقاري وبيع الحسابات المستحقة ...) ، وصفوة القول ان المستهلك من الممكن ان يكون طرفا في عقد فتح الاعتماد للسحب على المكشوف او غير ذلك من العقود المصرفية .

ثانيا –المستفيد من الخيار :

تختلف التشريعات محل المقارنة في اقرارها لخيار الرجوع المصرفي فيما بينها ، فالقانون الفرنسي لم يقصر خيار الرجوع على احد اطراف العملية المصرفية المتمثلة بالاعتماد للسحب على المكشوف ، فنجده في المادة (المادة L312-90) من قانون حماية المستهلك قد

([1]) انظر د. فاتن حسين حوى ، مصدر سابق ، ص 31 ، انظر ايضا :

Davy HUET : LE PETIT PROFESSIONNEL DANS SES RAPPORTS CONTRACTUELS ، Sous la direction de Monsieur le Professeur Frédéric BUY et de Monsieur le Professeur Julien THÉRON ، L'Université Clermont Auvergne2020 ، p57.

نص على انه ((يجوز للمقترض انهاء تفويض السحب على المكشوف المفتوح في اي وقت ومجانا ..)) [1] ، فهذا النص يمنح خيار الرجوع وانهاء العقد للعميل الذي يصطلح عليه بـ (المقترض) ، في حين ينص في المادة (Article 312-91) على انه ((وإذا نص اتفاق الائتمان على ذلك، يجوز للدائن أن ينهي إذن السحب على المكشوف لفترة غير محددة بتوجيه إشعار مدته شهران على الأقل إلى المقترض على الورق أو على وسيط دائم آخر. وفي حالة وجود سبب مشروع، يجوز أن يتم هذا الإنهاء دون سابق إنذار، وفي هذه الحالة، يتعين على المقرض أن يقدم الأسباب إلى المقترض، إن أمكن قبل الإنهاء))[2] ، ففي هذا النص نجد ان منح خيار الرجوع انما يكون للمصرف الذي يصطلح عليه بمصطلح (الدائن) .

فالخيار اذاً في القانون الفرنسي ، انما يمنح لطرفي عقد الاعتماد . بيد اننا نقصد المستفيد من الخيار محل الدراسة ، وعليه فان النصوص المتقدمة تشير الى اقرار الخيار للمصرف بإمكانية التحلل من العقد .

اما القانون الأردني فلم يكن مماثلاً في مسلكه للقانون الفرنسي ، فقد نصت المادة (119) من قانون التجارة على انه ((يجوز لفاتح الاعتماد ان ينقض العقد اذا اصبح المعتمد له غير مليء او كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم من فاتح الاعتماد)) ، فقد اشار القانون الى ان خيار الرجوع انما يكون للمصرف فقط (فاتح الاعتماد) ومن ثم لا يستفيد منه العميل كما هو الحال بالنسبة الى القانون الفرنسي .

اما قانوننا العراقي فقد كان موافقا في تشريعه لخيار الرجوع لمسلك القانون الأردني ، فقد قصر في منحه للخيار على المصرف فقط ، فقد نصت على ذلك المادة (271) من قانون

([1]) النص باللغة الفرنسية :

((Article 312- 90 : L'Emprunteur peut mettre fin à tout moment et sans frais à l'autorisation de découvert ouvert، sauf accord entre les parties sur un délai de préavis. Ce délai ne peut excéder un mois.))

([2]) النص باللغة الفرنسية :

((Article L312-91 **:** Si le contrat de crédit le prévoit، le prêteur a la faculté de résilier l'autorisation de découvert à durée indéterminée moyennant un préavis d'au moins deux mois fourni à l'emprunteur sur support papier ou sur un autre support durable. En cas de motif légitime، cette résiliation peut intervenir sans préavis et، dans ce cas، le prêteur en fournit les motifs à l'emprunteur، si possible avant la résiliation.))

التجارة على انه ((للمصرف ان يلغي الاعتماد عند اخلال المستفيد بواجب الثقة معه او صدور خطأ جسيم منه في علاقاته به)) .

صفوة القول ان النصوص القانونية المتقدمة كانت قد اختصت الخيار كأصلٍ عام بشخص المصرف ، ومن ثم يحق له التحلل من عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ومن ثَمَ إعادة الحال الى ما كانت عليه ، فيتحصل لدينا بان نطاق الخيار الشخصي يشمل المصرف [1].

واذا كانت الحقيقة التي امامنا تستدعي ترجيح احد القوانين ، للوصول الى النطاق الشخصي لخيار الرجوع ، فإننا اكتشفنا وبحق ان المنظومة التشريعية الفرنسية كانت من اجزل ما قدم من منظومة حمائية قانونية ذات فاعلية لا تنحصر بأحد الاطراف دون الآخر ، وحسب تقديرنا ان العدالة التعاقدية انما تكمن في ما جاء به المشرع الفرنسي ، من امكانية منح المصرف والعميل على السواء الحماية التشريعية نفسها ، ولا مجال لتفضيل احدٍ على آخر عندما يستلزم المقام التحلل من العقد حماية لمصلحته ، وهذا التوجه يفسر الاهتمام التشريعي الكبير بحماية إرادات اطراف العملية المصرفية ، وهي لا تقتصر على قانون حماية المستهلك، بل الحال ذاته في القانون النقدي والمالي ، فتكون بالنتيجة قد سبقت في مضامينها القوانين محل المقارنة بما قدمته من منظومة تشريعية يشهد لها بالتميز في اقرار الحماية لإرادات الاطراف المتعاقدة .

الفرع الثاني

النطاق الموضوعي لخيار الرجوع المصرفي

ان الغاية السامية لخيار الرجوع المصرفي ، انما تتمثل بحمايته من المخاطر التي تحول دون امكانية استمراره بمنح الائتمان ، ففي الوقت الذي يستشعر فيه المصرف بخطر ضياع ما له من حقوق المالية قِبَل الغير (العميل المصرفي) فله ان يتحلل من العقد محافظة على ما يمكن ان يجنبه الخسائر الكبيرة فيما لو استمر في العقد ، وعلى ذلك فقد اشارت التشريعات الناظمة لخيار الرجوع الى ان ممارسة الخيار انما ترتبط بتحقق مخاطر تستلزم حماية المصرف ، ومن ثَمَ يتفعل خياره بالرجوع ، والقول بعكس ذلك (اي تشريع الخيار دون ضوابط) يجعل من الخيار وسيلة غير مشروعة للتحلل من العقود ، فضلا عن امكانية التعسف في استعماله في مواجهة العميل ، ومن ثَمَ يصبح اداة لعدم استقرار المعاملات المصرفية ، وهذا ما لم يَرِده المشرع ، وانطلاقاً من هذه المبررات ، فان التشريعات المقارنة قد اشارت الى

(1) باستثناء القانون الفرنسي الذي يشرع الخيار لكلا اطراف العملية المصرفية المتمثلة بالاعتماد للسحب على المكشوف.

مفهوم فضفاض للخطر دون التحديد بها ، والذي يرتبط به الخيار ، وعليه فلا بد من تحديد تلك المخاطر التي تمثل موضوع الخيار على الوجه الذي يجعل من نطاقه واضح المعالم ، فبتحديد المخاطرتتحدد سلطة المصرف في امكانية استعماله من عدمه . لذا سنحاول في هذا الفرع ان نتناول تلك المخاطر وذلك في الفقرات الآتية .

اولا – الخطر الإرادي (عدم الرغبة بالدفع) [1] **:** ان اللجوء الى المصارف يعد امرا ذا دوافع عدة ، فقد لا يكون العميل مهيأ لإبرام عقد صفقة رابحة من حيث توافر السيولة المالية ، فقد يتردد بناءً على ذلك في اتمامها او الدخول بها ، فيكون اللجوء الى المؤسسات الائتمانية امرا لا مفر منه اذا ما اراد ذلك للحصول على التمويل المناسب من اجل السداد ، فيسعى الى توفير نوع من الاطمئنان المالي الذي يتيح له الحرية في اجراء التعاقدات التجارية وغيرها ، فضلا عن الدعم الذي يمكنه من مواجهة ما يمكن ان يواجهه من المخاطر الناتجة عن النشاط الذي يزاوله [2] ، فمن صور الحصول على هذا التمويل هو عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، ويكون ذلك عن طريق تقديم طلب تحريري بملء استمارة خاصة بهذا الشأن [3] .

فيقع على عاتق المصرف واجبات وظيفية وهو في صدد اتخاذ قراره في منح العميل لهذا الائتمان ، وهذه الواجبات تقوم على فكرة المخاطر التي تحيط بعملية منح الائتمان بشكل عام ، فمن المخاطر التي تنقدح في الذهن لأول وهلة هي التي تكون ناشئة عن احتمالية خسارة المصرف لما يقدمه من اموال ، وهي ما تمثل بطبيعة الحال قاسماً مشتركاً بين المصارف (اي خطر مشترك لكل المؤسسات المصرفية) بعدها من اهم المخاطر التي تواجهها ، ومما يجعل الصدارة لهذه المخاطر في اولويات المصارف عند فتح الاعتماد هو انها تتاجر بأموال الغير(المودعين) ، أي المدخرين لديها ، مما يجعلها بين امرين عسيرين ، الاول هو ممارسة دورها كأداة لاستثمار الاموال ، فدورها لا يقتصر على حفظ الودائع النقدية فقط ، بل تقوم باستثمارها في اوجه كثيرة لمجاراة منافسيه والصمود امامهم ، والثاني التهيؤ لإمكانية سداد اموال المودعين عندما يطلبون ذلك ، وهو امر لا يمكن التنبؤ به ، وهو ما قد يحصل في أي

([1]) يراد بالمخاطر هي " احتمالية تعرض المصرف إلى خسائر غير متوقعة وغير مخطط لها " انظر ميرفت علي ابو كمال ، الإدارة الحديثة لمخاطر الائتمان في المصارف ً للمعايير الدولية وفقا "بازل " II دراسة تطبيقية على المصارف العاملة في فلسطين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، غزة ، 2007 ، ص 67 ، انظر ايضا مريم حفظي حمزة الخفاجي ، تأثير المخاطر السوقية في التعثر بالسداد وبعض مؤشرات السيولة للمصارف ، رسالة ماجستير ، جامعة كربلاء – كلية الادارة والاقتصاد ، 2019 ، ص 31 .

([2]) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص133 .

([3]) د. اكرم ياملكي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص363 .

وقت ، فهذا الحال يستلزم القيام بواجبات عدة من اجل ان يكون قرار المصرف في منح الائتمان قائما على سلامته مما ينتج عنه من مخاطر ، وعلى رأس هذه الواجبات هو(الاستعلام) ، اذ يعد من الاجراءات الاولية التي تقع على عاتق المصرف هو الاستعلام عن العميل طالب فتح الاعتماد ؛ ذلك ان العقد (الاعتماد للسحب على المكشوف) من العقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي ، فكل ما يتعلق بالعميل من اسم وسمعة ومركز تجاري فهو محل اعتبار لدى المصرف فاتح الاعتماد ، لذلك يستلزم الحال الاستعلام عن هوية العميل وأهليته بالإضافة الى مركزه المالي ، سواء أكان شخصاً طبيعياً ام معنوياً [1] ، بيد ان الامر لا يقتصر على حالة يسار العميل ، فقد يرفض المصرف طلبه حتى وان كان موسرا[2] فما يملكه من سمعة تجارية تعد من اهم المعلومات التي يسعى الى الحصول عليها والتيقن منها وهو ما يسمى بـ (الجدارة المعنوية) [3] التي تمثل ما يتصف به العميل من صراحة ونزاهة في التعامل، فضلا عن امتناعه عن اي تصرف للكسب غير المشروع [4] ، فهذه المعلومات استلزمتها المادة (15) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقي رقم (94) لعام 2004 [5] .

بيد ان استعلام المصرف عن العميل واستحصاله ما يدعوه الى الموافقة على فتح عقد الاعتماد ، لا يحول دون امكانية حدوث مخاطر من قبل العميل ، والتي تتمثل بعدم الدفع ، ونقصد هنا رغبته بعدم الدفع ، فالنية لا يمكن التنبؤ بها مهما قام المصرف بوسائله الخاصة

([1]) د. ذكرى محمد حسين ، محمود شاكر ارحيم ، وسائل إدارة مخاطر القروض المصرفية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (9) العدد (2) ، 2017 ، ص 496 ، انظر ايضا د. ذكرى محمد حسين ، عبد الخالق غالي مهدي ، الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي ، بحث منشور في محلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (8) العدد (4) ، 2016 ، ص 350 وما بعدها .

([2]) د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 316 ومابعدها .

([3]) استلزم قانون الاستهلاك الفرنسي وبشكلٍ صريح قبل فتح المعاملة الائتمانية الاستهلاكية وجوب تقييم الجدارة الائتمانية للعميل المصرفي ، وذلك في المادة (L.312-16) والتي نصت على انه ((قبل إبرام اتفاق الائتمان، يجب على الدائن التحقق من الجدارة الائتمانية للمقترض على أساس كمية كافية من المعلومات، بما في ذلك المعلومات التي يقدمها المقترض بناء على طلب الدائن.)) .النص باللغة الفرنسية :

((Article : L312-16 : Avant de conclure le contrat de crédit، le prêteur vérifie la solvabilité de l'emprunteur à partir d'un nombre suffisant d'informations، y compris des informations fournies par ce dernier à la demande du prêteur)) .

([4]) د. عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص146 .

([5]) انظر نص المادة (15) من التعليمات رقم (4) لعام 2011 .

للاستعلام عن العميل ، على اساس من انها امر داخلي لا يمكن الوقوف على حقيقتها وماهيتها، اللهم الا اذا ارتبطت ببعض التصرفات الخارجية ، وهنا يكون المصرف بين خيارين لا ثالث لهما ، الاول هو المحافظة على ديمومة ثقة عملائه به ، وهذا امر منطقي لاستمرار النشاط المتمثل بالدخول معهم في علاقات مصرفية متعددة ، والثاني هو الحفاظ على سمعته التجارية التي تحتم عليه العزوف عن الارتباط بعلاقات مصرفية مع عملاء ذوي سمعة سيئة ، لكي لا يضر بائتمانه في الوسط التجاري ومن ثَمَ يكون في مركز ضعف في الوقت الذي تحتدم فيه المنافسة بينه وبين نظرائه في فتح ودائع وتلقيها من جمهور العملاء ، وهو كما يعبر عنه بـ(عماد المصرف في قيامه بوظيفته موزعاً للائتمان)[1] .

وبصرف النظر عن التعاقد سواء مع عميل حسن السمعة ام سيئها ، فان النتيجة المحتملة من الاثنين هي امكانية تحقق خطر عدم الدفع ، فلو تُرجِمة النية ببعض الافعال التي يستشعر معها المصرف هذا الخطر ، فلا سبيل له للمحافظة على امواله الا بالرجوع عن العقد في اسرع وقت ، فاللجوء الى القضاء يفوت عليه فرصة المحافظة على ما يمكن المحافظة عليه من اموال لدى العميل ، فقد شرع الخيار بالرجوع عن عقد الاعتماد للسحب على المكشوف لتلافي تلك المشاكل .

ومن الممكن ان نمثل لهذه الصورة بهذا المثال ، عند فتح مصرف اعتماد للسحب على المكشوف لمصلحة عميله او من غير عملائه ، يكون الغرض من فتحه بالنسبة للمتعاقد هو تسديد ديونه او تنفيذ مشاريعه المتوقفة ، فلو تأخر العميل عن الدفع او السداد ، فبإمكان المصرف الرجوع عن تمويله سواء بدأ بتنفيذ كلي للعقد ام نفذ جزءاً منه ، فارتباط نية العميل بهذه التصرفات قد تكون دليلا يستعين به المصرف للوقوف على حقيقة نواياه بتنفيذ التزاماته المنبثقة من عقد الاعتماد او عدمه .

وهذا الخطر بماهيته المتقدمة يصدق على ما تضمنته النصوص في التشريعات المقارنة من مفهومٍ عام للخطر ، فالتشريع الفرنسي يشير الى مفهوم عام للخطر دون تحديد في المادة (Article 312-91) من قانون حماية المستهلك ، فالنص في الشطر الاول يجيز للمصرف امكانية انهاء الاعتماد عندما يكون غير محدد بمدة ، اما الشطر الثاني منه فيشير الى انه في حالة وجود سبب مشروع لإنهائه . فصورة عدم الرغبة بالدفع تندرج تحت مفهوم السبب المشروع بوصفه خطراً يهدد المصرف . بيد ان المشرع قد تطرق الى هذا الخطر في

([1]) بختيار صابر بايز حسين ، مصدر سابق ، ص 90 .

المعاملة الائتمانية الاستهلاكية بشكلٍ عام في المادة (L312-39) والتي نصت على انه ((وفي حالة تخلف المقترض عن السداد، يجوز للمُقرض أن يطالب بالسداد الفوري لأصل الدين المستحق، بالإضافة إلى الفائدة المستحقة التي لم تسدد وحتى تاريخ التسوية الفعلية، تتحمل المبالغ المتبقية المستحقة فائدة افتراضية بمعدل مساوٍ لمعدل القرض.)) [1] .

اما القانون الأردني فقد جاء بحالاتٍ محددة لإمكانية ممارسة هذا الخيار ، في الفقرة الاولى من المادة (119) سالفة الذكر ، تندرج بمجموعها تحت عنوان الخطر غير الإرادي .

في حين ان المشرع العراقي في المادة (271) من قانون التجارة سالفة الذكر كان اكثر وضوحا من مسلك المشرع الفرنسي ، فقد اشار الى حالة الاخلال من المستفيد بواجب الثقة او صدور خطأ جسيم في علاقاته به. فتعد صورة عدم الدفع برغبة من العميل اخلالا من المستفيد تمس الثقة الممنوحة له من قبل المصرف ، بيد اننا نعتقد ان للمصرف خيارين في هذا الحال ، الاول استعمال خياره بالرجوع وما يرافقه من مزايا كثيرة كاتخاذ موقف سريع في التحلل من العقد قبل فوات الأوان ، ثانيا اللجوء الى القضاء طالباً الفسخ [2] فإخلال العميل بإي التزام يبيح للآخر ان يطلب من القضاء الفسخ مع التعويض ان كان له مقتضى ، وهذا الحال يسري على فرض صدور خطأ جسيم، بيد انها حسب تقديرنا تندرج تحت مفهوم الخطر الثاني وهو الخطر غير الإرادي .

ثانيا – الخطر غير الإرادي (عدم القدرة على الدفع) : عندما قدمنا قبل قليل بان الخطر الاهم الذي يُعد على رأس المخاطر واولويات المصارف في اتخاذ اقصى ما يمكن من وسائل لدفعه او رفعه [3]، هو الخطر الإرادي والمتمثل برغبة العميل بعدم دفع ما عليه من التزامات مترتبة

([1]) النص باللغة الفرنسية :

((Article : L312- 39 : En cas de défaillance de l'emprunteur، le prêteur peut exiger le remboursement immédiat du capital restant dû، majoré des intérêts échus mais non payés. Jusqu'à la date du règlement effectif، les sommes restant dues produisent les intérêts de retard à un taux égal à celui du prêt.)).

(2) انظر نص الفقرة الاولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي .

([3]) الدفع يراد به تجنب الشيء قبل الوقوع فيه كحالة دفع المسؤولية، اما الرفع فهو محاولة التخلص من آثار الشيء بعد وقوعه، كحالة رفع المسؤولية .

على فتح عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، كالتزامه برد مبلغ الاعتماد الذي استغله والتزامه بدفع العمولة والفائدة [1] .

فإلى جانب هذا الخطر يواجه المصرف خطر لا يقل اهمية عنه ، والمتمثل بخطر غير ارادي ، اي عدم قدرة العميل المصرفي عن الدفع ، واذا كان اتصاف هذا الخطر بغير الإرادي فهنا يثار تساؤل مهم ، ما هي الفروض التي تحتم عدم دفع العميل لالتزاماته دون إرادة منه ؟.

الاجابة عن ذلك حسب تقديرنا انما تتحدد بالفروض الآتية ، (افلاس العميل ، الازمات الاقتصادية).

1- **افلاس العميل :** يراد بالإفلاس " طريق للتنفيذ على مال المدين التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه التجارية يهدف الى تنشيط الائتمان ودعم الثقة في المعاملات التجارية وذلك بسلسلة من الاجراءات والقواعد تهدف الى حماية مصلحة الدائنين وصون حقوقهم بتمكينهم من الحجز على ما تبقى من اموال المدين ووضعها تحت يد القضاء لكي لا تترك له فرصة تهريب امواله اضراراً بهم " [2] .

فتوقف التاجر عن دفع ديونه يدفع بالدائنين الى القضاء للحصول على حقوقهم من خلال طلب إشهار افلاسه ، فبدون الحكم بإشهار افلاسه لا يمكن اعتباره مفلسا ، على اساس من ان الحكم في ذلك يعد منشئا لهذا الوضع القانوني [3] ، لذلك فان من بين اهم الآثار التي تترتب على صدور الحكم بإشهار افلاسه هو غَل يده من التصرف بأمواله ، فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (603) من قانون التجارة السابق على انه ((يمنع المفلس بمجرد صدور حكم شهر الافلاس من إدارة امواله والتصرف فيها ..)) ، وعليه فان منع العميل المفلس من التصرف بأمواله قد يكون سببا في توقفه عن تأدية التزاماته قِبَل المصرف ، بيد ان افلاس العميل فيه احتمالين ، الاول هو توقفه نتيجة انتظاره

([1]) انظر في آثار عقد الاعتماد للسحب على المكشوف د. طالب حسن موسى ، العقود التجارية والعمليات المصرفية في قانون التجارة الاردني ، مؤسسة رام للتكنولوجيا والكمبيوتر ، مؤتة ، 1995 ، ص 140، د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، دون سنة نشر ، ص 367 .

([2]) د. عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد – احكام الافلاس – الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد، 1973 ، ص7 .

([3]) نصت الفقرة الثانية من المادة (566) من قانون التجارة العراقي السابق رقم (149) لعام 1970 على انه ((الحكم الصادر بإشهار الافلاس ينشئء حالة الإفلاس وبدون هذا الحكم لا يترتب على الوقوف عن الدفع اي أثر ما لم ينص القانون على غير ذلك)).

تحصيل ديونه الآجلة ، اما الثاني فهو فقدان رأس ماله او اصبح معسرا بشكل يفقد معه الدائنين حقوقهم ، ويعطي البعض مثالا على ذلك بانه " لو اسرفت شركة صناعية في نفقات التأسيس الاولى بصورة لا تتناسب وواردات المشروع وارباحه المنتظرة ، او اذا اكثرت شركة من شراء المواد الاولية ثم هبطت قيمتها في السوق ، او اذا اكثرت من الانتاج وتوقف الطلب عليه او قل " [1] ، فلو اصبح العميل بهذا المركز (اي مركز المفلس) فان عدم سداده لديونه يمثل خطراً غير إرادي ، ومن ثَمَ ينسحب هذا العجز عن الدفع الى عدم تنفيذ التزاماته المصرفية .

وهذا الخطر يُعد من مصاديق مفهوم الخطر الذي اشارت التشريعات محل المقارنة اليه، فقانون الاستهلاك الفرنسي كما قدمنا اعطى مفهوما واسعا وفضفاضاً يوجب للمصرف التحلل من العقد بالرجوع عنه ، في المادة (Article 312-91) ، بيد ان هذا المسلك غير سليم من وجهة نظرنا ، فمفهوم الخطر بهذا الوضع قد يفتح المجال امام المصرف لإدخال صور متعددة ، تعد في تصوره خطراً يوجب التحلل من العقد ، ولكي لا يفتح المجال امام المصرف في اساءة استعمال الخيار على غير ما يروم المشرع من غايات ، فلا بد من تحديد تلك المخاطر بالشكل الذي يوصد الباب امامه لتجنب الممارسات غير المشروعة في نظرنا ولكي لا يكون الخيار أداة للتحلل من الكثير من العقود التي يرغب المصرف بالتحلل منها .

اما بالنسبة الى موقف المشرع الاردني ، فقد اشار الى صور الخطر بشكلٍ صريح جداً وذلك في المادة (119) من قانون التجارة والتي نصت على انه ((يجوز لفاتح الاعتماد ان ينقض العقد اذا اصبح المعتمد له غير مليء او كان عديم الملاءة وقت التعاقد على غير علم من فاتح الاعتماد)) ، فهذا النص حدد صورتين للخطر (اذا اصبح العميل غير مليء بعد التعاقد ، و اذا كان غير مليء وقت التعاقد) .

فاذا أبُرم عقد الاعتماد بين المصرف والعميل ، واصبح هذا الاخير غير مليء فهذا يعد سبباً موجباً لاستعمال المصرف لخياره في الرجوع ، فعدم الملاءة يحتم نتيجة عدم الدفع ، بيد انه يلاحظ ان هذا لا يعني ان تغير مركزه المالي امر مستبعد ، بل الاحتمال وارد جدا ، لما يخشاه العميل (والذي يكون في الغالب تاجر) من الآثار السلبية التي تلحق سمعته التجارية وتمس ائتمانه ، فيسعى الى تغيير مركزه بطرق شتى ، لكن المشرع الأردني كان قد رجح الاحتمال الذي ينسبق الى الذهن ابتداءً ، وهو عدم التنفيذ

([1]) بختيار صابر بايز حسين ، مصدر سابق ، ص91 .

لالتزاماته المصرفية ، وحرصا منه على مصلحة المصرف فقد اجاز له التحلل من العقد باستعمال خيار الرجوع اذا ما تحققت هذه الصورة من صور الخطر، بيد انه لم يقصرها على المدة التي تلي التعاقد ، بل ذهب الى اكثر من ذلك ، فقد اجاز للمصرف استعمال خيار الرجوع متى ما اكتشف ان العميل كان غير مليء وقت التعاقد ، سواء تم تنفيذ العقد ام لا ، وتتجسد الغاية السامية بهذا التصور بان مصلحة المصرف تكون راجحة على مصلحة العميل ، ولا ينفعه مبدأ القوة الملزمة للعقد [1] ، فخيار المصرف يمثل خروجاً على هذا المبدأ ، اذ يمثل استثناءً على القواعد العامة الواردة في القانون المدني.

اما المشرع العراقي فقد نص في المادة (271) من قانون التجارة على صورة الاخلال المتمثلة بصدور خطأ جسيم [2] في علاقاته مع المصرف ، بيد انه يمكن ان يكون خطأ جسيما في التصرف بمبلغ الاعتماد بشكل لا ينسجم مع تصرف الشخص المعتاد في مزاولة الانشطة التجارية الخاصة به ، او من الممكن ان يكون فتح الاعتماد نتيجة لتسوية ديونه تجنبا لشهر افلاسه مع علمه بنتائج هذا التصرف الذي يترتب عليه عدم القدرة مستقبلا على دفعه ، فكل تصرف يقدم عليه العميل يؤدي الى توقفه عن الدفع يُعد خطأ جسيما يسوغ للمصرف استعمال خياره بالرجوع عن العقد ، فنعتقد ان المشرع بإيراده صورة الخطر هذه ، فإنها تستوعب افلاس العميل .

ونعتقد بان مسلك القانون الأردني في تحديد صور الخطر يمثل اتجاها محبذا ومميزا من موقف المشرع الفرنسي والعراقي على السواء ، لذلك نقترح على المشرع العراقي ان يحدد صور الخطر اسوة بالمشرع الاردني ، تحقيقا لما قدمناه من تسويغ .

([1]) نصت المادة (241) من القانون المدني الأردني على انه ((اذا كان العقد صحيحا لازما فلا يجوز لاحد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه الا بالتراضي او التقاضي او بمقتضى نص القانون)) ، تقابلها المادة (146) من القانون المدني العراقي.

([2]) لم نجد تعريفا للخطأ الجسيم الصادر من العميل بمناسبة فتح عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، ولا حتى صورا تمثل خطأ جسيم ، بيد ان قانون النقل العراقي رقم (80) لعام 1983 نص في الفقرة ثانيا (أ) من المادة (17) على انه ((الخطأ الجسيم : كل فعل او امتناع عن فعل يقع من الناقل او من تابعيه بطيش مقرون بعلم لما ينجم عنه من ضرر)) ، فضلا عن ان احد الباحثين يذهب الى ان المراد بالخطأ الجسيم " فمعناه ما يزال مبهما في ميدان العلاقات الصرفية " انظر د. احمد ابراهيم البسام ، قاعدة تطهير الدفوع في ميدان الاوراق التجارية ، مطبعة العاني ، بغداد ، 1969 ، ص129 .

2- **الازمـات الاقتصـادية :** يكـاد لا يخلـو اي بلـد فـي العـالم مـن ازمـات اقتصـادية ، ولربمـا تعصـف بـدول العـالم اجمـع بانعكـاس آثارهـا السـلبية عليـه ، سـواء حصـلت فيـه بشـكلٍ مباشـر ام انسـحبت آثارهـا اليـه ، وعنـدما نكـون امـام ظـاهرة عالميـة ، فعندئـذ يكـون تـدخل الدولـة امـراً ضـرورياً ولـيس لبُعـدٍ واحـد ، بـل لإبعـاد كثيـرة ، بمعنـى لا يقتصـر تـدخل الدولـة لتـرجيح او صـيانة مصـلحة دون أخـرى ، فلـو تـدخلت الدولـة بقـرار تؤجـل فيـه دفـع الـديون المسـتحقة جميعهـا ، فـان ذلـك يـنعكس بآثـاره علـى المؤسسـات مانحـة الائتمـان ، فقـدرة العميـل المصـرفي ومـا يتمتـع بـه مـن مركـز مـالي جيـد قـد لا يكـون كافيـا فـي منحـه اعتمـاد للسـحب علـى المكشـوف ، بـل قـد يكـون مـن المحـددات التـي لا تجاوزهـا المصـارف فـي فـتح اعتمادات لعملائها [1] .

وعنـدما تلقـي الأزمـات الاقتصـادية بظلالهـا علـى الـدول فـإن ذلـك وبشـكل مباشـر يعـد سـببا لا إراديـا فـي تعثـر العمـلاء وعجـزهم عـن السـداد ، فهـو امـر خـارجي لا يمكـن التنبـؤ بـه ولا السـيطرة عليـه بالإمكانـات الماديـة للأفـراد ، وخيـر مـا نسـتدل عليـه ويكـون معـززا لموضـوعنا هـو الحـرب الروسـية الاوكرانيـة ، والتـي القـت بظلالهـا علـى الاسـواق العالميـة، بـل ان بعـض الشـركات او العمـلاء قـد لا يكـون مبلـغ الاعتمـاد الـذي حصـلوا عليـه مـن المصـارف يغطـي مسـتلزمات المشـاريع التـي يرجـون منهـا ربحـا ، نظـرا لارتفـاع تكاليفهـا ، ولربمـا يكـون الامـر معكوسـا ، بتـردد القـوة الشـرائية لمنتجـاتهم نتيجـة الارتفـاع فـي الاسـعار ، فمـن غيـر المتصـور قيـام التجـار ببيـع سـلعهم ومنتجـاتهم بأقـل مـن التكلفـة ، وهنـا نشـهد خطـرا يـؤثر علـى عوائـد المؤسسـات الائتمانيـة (المصـارف) ، ويجعلهـا فـي مركـز يهـددها بـالإفلاس نتيجـة الخسـائر المتحققـة بسـبب تلـك الازمـات ، بيـد ان تحقـق ذلـك يُعـد سـببا مشـروعاً فـي نظـر المشـرع للتحلـل مـن العقـد ومـن ثَـم إعـادة الحـال الـى مـا كـان عليه ، كمعالجة قانونية تمكن المصارف من الحفاظ على حقوقها .

([1]) بختيار صابر بايز حسين ، مصدر سابق ، ص93 .

الفصل الثاني

أحكام خيار الرجوع المصرفي

الفصل الثاني

احكام خيار الرجوع المصرفي

ان منح الائتمان بصوره المتعددة يمثل عماد المصارف بشكلٍ عام في ممارسة دورها في النشاط الاقتصادي ، والذي تسعى من ورائه الى منافسة اقرانها بشكلٍ يجعل منها مؤسسات جاذبة للعملاء ، فضلا عن كونها بحاجة ماسة الى استثمار الأموال المودعة لديها ، كي لا يقتصر دورها على حفظ الاصول النقدية فقط ، بل لابد من الحاجة الى ممارسة انشطتها والتي تروم من ورائها الحصول على عوائد مجزية من اوجه مختلفة ، فمن صور منح الائتمان هو فتح عقد اعتماد للسحب على المكشوف ، وهو بطبيعة الحال يخضع للقواعد العامة بخصوص القوة الملزمة له بعده من العقود الملزمة للجانبين ، ومن ثَمَ عدم امكان المصرف او العميل المتعاقد معه ، التحلل منه بإرادته المنفردة ، وليس في سبيلٍ امام أي منهما في ذلك اللهم الا بالاتفاق (كما في الإقالة) او بمقتضى القانون (أي ان القانون يجيز في بعض العقود التحلل منها نظراً لطبيعتها كونها ملزمة لجانبٍ واحد كما في الوكالة) ، وعليه يجد المصرف في فروض متعددة الحاجة الى التحلل من العقد أفضل الحلول للمحافظة على امواله ، سواء نفذ العقد أم لا ، وعندئذ يصطدم بهذا المبدأ (القوة الملزمة للعقد) ، بيد ان المشرع التجاري وبغية تحقيقه مصالح المصرف المتعددة ، لم يجد سبيلاً لذلك الا بالخروج عما أُقر من مبادئ عامة تحكم العقود كافة ، وذلك بإقرار خيار قانوني للمصرف بالرجوع عن العقد في فروض معينة ، والتي جعل من الخيار مرتبطاً بها وجوداً وعدماً ، بمعنى ان تشريع الخيار لا يجعل من العقد غير ملزم لجانبٍ واحد ، بل يبقى العقد ملزماً لجانبين عند انتفاء تلك الفروض (التي سميناها بالمخاطر) ، بيد ان تشريع الخيار كما رأينا لم يكن بالصورة المثلى من حيث التنظيم القانوني لإحكامه بالشكلِ الذي يجعل الخيار واضح المعالم من حيث آثاره ومدده وكيفية ممارسته وما يترتب على ذلك من إعادة الحال الى ما كان عليه ، ولأجله سنحاول تبيان أحكامه في هذا الفصل وذلك في مبحثين ، نتناول في الأول استعمال خيار الرجوع المصرفي وآثاره ، في حين نبين في الثاني انقضاء خيار الرجوع المصرفي .

المبحث الاول

استعمال خيار الرجوع المصرفي وآثاره

تسعى القوانين بشكلٍ عام والمقارنة بشكلٍ خاص عند تشريع اي وضع قانوني الى تحقيق الغايات السامية التي ترمي اليها ، ولكي يؤدي الخيار موضوع بحثنا دوره في تحقيق تلك الغايات ، فلابد من رسم الآلية التي تمكن من شرع له (المصرف) في استعماله او ممارسته بالشكل الذي لا يجعل من ذلك امرا ضبابيا ، فضلا عن ذلك فان استعماله يرتب آثار قانونية تؤدي بإعادة الحال الى ما كان عليه ، ولكي تتضح تلك الأحكام فإن المقام يحتاج الى تبيان ذلك من خلال تقسيمه على مطلبين ، نوضح في الاول استعمال خيار الرجوع المصرفي، في حين نتناول في الآخر آثار خيار الرجوع المصرفي.

المطلب الاول

استعمال خيار الرجوع المصرفي

عند اطلاعنا على النصوص الناظمة لخيار الرجوع المصرفي في القوانين محل المقارنة ، لم نجدها مثالية في التنظيم ، فلم يكن تنظيمها للخيار واضح المعالم من حيث مدد استعماله او كيفية استعماله ، الامر الذي يحتم علينا استنطاق النصوص او امكانية الاستعانة بالمنطق والعقل القانوني ، محاولين الوصول الى معرفة ذلك ، وقد يستلزم المقام عند خلو تلك النصوص من معالجة قانونية ان نقترح نظاما قانونيا لعلنا نوفق في تبيان الاحكام القانونية في استعمال الخيار ، على اساس من ان الخيار يفترض ان يمارس في مدد قانونية وان اختلفت من تشريع لآخر ، فترك ذلك قد يجعل استعماله دون ضوابط من قبل المصرف بشكلٍ لا ينسجم مع غاياته ، فعدم استقرار العقد امر يخشاه العميل الذي لا يتمنى ان يبقى عقده معرضا للزوال طيلة فترة الخيار ، فتحقق الخطر يستلزم اعمال الخيار خلال مدة ، ومن جانبٍ آخر ان استعماله يجب ان يكون شكليا لضمان علم العميل به ، ولأجله سنحاول ان نبين استعمال الخيار في فرعين ، نوضح في الاول المدة القانونية لاستعمال خيار الرجوع ، في حين نتناول في الآخر كيفية استعمال خيار الرجوع .

الفرع الاول

المدة القانونية لاستعمال خيار الرجوع المصرفي

ذكرنا سابقاً ان خيار الرجوع المصرفي انما يدور وجوداً وعدماً مع المخاطر ، فمتى ما تحققت ينهض الخيار للمصرف بإمكانية اعماله من عدمه ، فهو مخير في ذلك ، تبعاً لطبيعة معنى مصطلح الخيار، فالمشرع في التشريعات المقارنة يبيح للمصرف ذلك وليس في ذلك فرض عليه في ممارسته او استعماله ، وهذا يعني ان الخيار وان كان مرتبطا بتحقق المخاطر، بيد ان استعماله يجب ان يكون مؤقتاً ، بمعنى انه من غير المنطق ان يبقى الخيار ما دامت مدة العقد سارية ، فقد ترافق المخاطر هذا الاخير من لحظة نشوئه او بعد ذلك اثناء تنفيذ الاطراف لالتزاماتهم ، فالمنطق يحتم وضع سقف زمني لاستعماله ووضع حدٍ له ، فاستقرار المعاملات المالية امر يستلزمه الواقع العملي والقانوني ، فوجود مدة امر تقتضيه مصلحة المتعاقد مع المصرف وهو العميل ، بل ان هذا الاخير يسعى الى ان يكون المصرف ملزماً بما رتبه العقد من التزامات (دفع مبلغ الاعتماد)، فليس من مصلحته ان يمنح له خيار عدم الدفع او التوقف عن الدفع وإعادة الحال الى ما كان عليه .

وعلى صعيد التشريعات القانونية المقارنة نجد ان المشرع الفرنسي عند اقراره لخيار الرجوع المصرفي في المادة (L.312-90) لم يُشِر الى مدة لاستعمال خيار الرجوع من قبل المصرف ، بل اشار القسم الخامس من قانون الاستهلاك تحت عنوان تكوين اتفاقية الائتمان[1] والتي تمثل المبادئ التي تحكم المعاملة الائتمانية الاستهلاكية الى تلك المدة التي يمارس فيها خيار الرجوع من قبل العميل وذلك في المادة (L.312-19)[2] ، فضلا عن ذلك انه لم يحدد مدة لخياره (اي العميل) ، بل نص على إمكانية ممارسة لخياره في الرجوع في أي وقت ابتداءً من لحظة التعاقد ولغاية انقضائه [3] .

([1]) النص باللغة الفرنسية : ((Section 5 : Formation du contrat de credit))

([2]) نصت المادة (L.312-19) من قانون الاستهلاك الفرنسي على انه ((جوز للمقترض الانسحاب دون سبب في غضون أربعة عشر يوما تقويميا من يوم قبول عرض اتفاقية الائتمان ..)) . النص باللغة الفرنسية :

((Article : L. 312-19 : L'emprunteur peut se rétracter sans motifs dans un délai de quatorze jours calendaires révolus à compter du jour de l'acceptation de l'offre de contrat de credit …))

([3]) نصت المادة (L.312-90) من قانون الاستهلاك الفرنسي على انه ((جوز للمقترض إنهاء تفويض السحب على المكشوف المفتوح في أي وقت ومجانا)) . النص باللغة الفرنسية :

((Article : L. 312-90 L'emprunteur peut procéder à tout moment et sans frais à la résiliation à moins que les parties n'aient convenu ،d'une autorisation de découvert à durée indéterminée d'un délai de préavis. Ce délai ne peut être supérieur à un mois.)) .

فغاية المشرع بعدم تحديد مدة لممارسة المصرف لخياره بالرجوع حسب تقديرنا بان الخطر لا يمكن تحديده على وجه الدقة ، ومن ثَمَ يصعب تحديد ذلك ؛ لارتباط الرجوع به ، وهذا التوجه لا ينفرد به المشرع الفرنسي لوحده ، بل تشاركه القوانين المقارنة كل من القانون الأردني والعراقي .

بيد ان هذا التسويغ ليس له وجه عندنا ، فحرية المصرف في ممارسة الخيار يجب ان لا تترك دون قيد يحد منها ، ولعدم فسح المجال امامه بالشكلِ الذي يساء استعماله ، فضلا عن ان عدم تأقيت الخيار يؤدي بطبيعة الحال الى المساس باستقرار المعاملات المالية وما يترتب على عدم التأقيت هذا من جعل مصير العقد مرهونا بإرادة المصرف ، ومن ثَمَ عدم التيقنِ او الجزم ببقائه او انقضائه ، زد على ذلك ان مصالح الاطراف متضاربة من حيث جعل مدته طويلة او قصيرة ، فمن مصلحة المصرف ان تطول مدة ممارسة او استعمال خيار الرجوع الى اطول مدة ممكنة ، لكي يتمكن من اتخاذ القرار الصائب في الاستمرار في تنفيذ العقد ، او ان المخاطر لا سبيل لمجاراتها او تداركها ، الأمر الذي يحتم عليه اتخاذ قراره بالرجوع عن التعاقد ، وعلى العكس من ذلك ، فتكون من مصلحة العميل ان تكون هذه المدة قليلة جداً لكي يطمئن على استقرار موقف المصرف في اتخاذ الرجوع من عدمه ، وعند تخلف هذا الاخير عن إعمال خيار الرجوع ، فسيطمئن العميل الى الزام المصرف نفسه بتنفيذ الالتزامات المنبثقة من العقد المبرم بينهما [1] .

وإذا كانت المدة لم تحدد في التشريعات المقارنة ، فمن الممكن ان يُثار التساؤل الآتي ، ما هو الحل في ذلك ، بمعنى هل تترك حرية المصرف في ممارسة خياره بالرجوع دون قيد او شرط ام يجب تأقيت هذا الخيار؟

للإجابة نقول ، ان استلزام ممارسة الخيار في مدة معينة امر لابد منه ، وهذا التأقيت يجب ان يكون قانونيا وليس اتفاقيا ، على اساس من اننا امام خيار قانوني ويُعد من النظام العام ، ومن ثَمَ عدم امكان الاتفاق على خلافه ، فلابد من تحديد اللحظة التي تبدأ بها امكانية المصرف في استعمال خياره بالرجوع .

ان القوانين المقارنة تشترك بمجموعها على ان الخيار مرتبطٌ بمخاطر عدة ، فمتى ما تحققت تلك المخاطر نهض الخيار ، بيد انها لم تحدد مدته بالمرة ، وهذا بطبيعة الحال يفسح المجال امامنا ، لكي نقترح الحل .

([1]) انظر د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص235 وما بعدها .

فنعتقد ان مدة خيار الرجوع المصرفي يجب ان تكون مدة سبعة أيام عمل تبدأ من لحظة نشوء او احتمالية تحقق الخطر ، وتنتهي بمدة السبعة أيام ، فإذا ما تخللت تلك المدة عطلة رسمية فإنها تمتد لتستكمل تلك المدة .

ولربما يُثار تساؤل بصدد هذا التحديد ، لماذا وقع الاختيار على مدة (سبعة) أيام ؟ فنقول عندئذ بان هذه المدة ليست بالمدة الطويلة والتي لا تنسجم مع اعتبارات استقرار المعاملات المالية ، وليست بالمدة القصيرة التي لا يستطيع المصرف معها ممارسة خياره بالرجوع ، فهي مدة كافية حسب تقديرنا لاتخاذ القرار المناسب من قبل هذا الاخير في الرجوع من عدمه ، ولربما يكون قراره ايجابيا بإعمال الخيار ، وقد يكون سلبيا وذلك باتخاذ قراراً بالتخلي عن الخيار واستمراره في تنفيذ التزاماته ، عندما يجد ان المخاطر ليست بالأهمية التي تبرر رجوعه عن التعاقد ، وقد يترتب على اعمال خياره نتائج غير مأمولة تسبب خسائر اكثر مما يمكن المحافظة عليه بإعماله .

وقد يثار تساؤل في غاية الاهمية هو ان مدة ممارسة خيار الرجوع هل تعد مدة سقوط ام مدة تقادم؟

للإجابة عن ذلك نقول ، ان القوانين المقارنة لم تشر الى ذلك ، بيد اننا نعتقد ان هذه المدة هي مدة سقوط وليست تقادم ، على اساس من ان مدة التقادم انما تسري على الحقوق ، ونحن بصدد خيار وليس حقاً بالمعنى الدقيق لاختلاف الاثنين كما قدمنا ، فتقادم الحق ينزله من رتبة الحق المدني الى رتبة الحق الطبيعي ، فيتجرد من عنصر المسؤولية ، ومن ثَمَ يبقى عنصر المديونية فحسب ، بيد ان مدة الخيار هذه اذا ما سقطت فلا يترتب عليها ذلك [1] .

واذا كانت مدة الخيار تمثل مدة سقوط ، فان للمصرف ان يمارس خياره خلالها ، بيد انه هناك اعتبارات عدة امام المصرف في ذلك ، منها ان يكون مستعداً لإعادة الحال الى ما كان عليه قبل التعاقد ، وعند تعذر ذلك فلا يمكنه إعمال خياره هذا ، على اساس من ان الأثر المباشر له هو اعادة المراكز القانونية الى سابق عهدها، وعند تعذر ذلك قد يصعب على المصرف من جهة والعميل من جهة اخرى إعادة الحال الى ما كانت عليه ، فلابد من ان يكون قراره متبصرا بالنتائج الخطيرة المترتبة على إعمال الخيار ، فالأمر ليس سهلا كما نعتقد لإول وهلة ، بل نحن امام امكانية ذلك من عدمها ، فيجب على المصرف ان يتمهل في قراره ، وان لا يعتمد على قدرته وحدها في اعادة المراكز الى سابق عهدها ، بل من بابٍ اولى ان ينظر الى

([1]) انظر د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص238 .

جهة العميل ، فقد لا يستطيع هذا الاخير من إعادة ما يكون للمصرف من حقوق ، وقد يكون الاستمرار في تنفيذ العقد هو الطريق الاسلم امام المصرف .

هذا ومن الاعتبارات التي تتحكم ايضاً في قرار المصرف بإعمال الخيار هو عدم التعسف في استعماله، وحسب تقديرنا ان استعمال خيار الرجوع انما يخضع لرقابة القضاء ، على اساس من ان هذا الخيار مرتبط بتحقق مخاطر او احتمالية تحققها بناءً على ظروفٍ عدة ، فممارسة او استعماله يجب ان يتلاءم مع الاعتبارات التي من اجلها شرع الخيار ، ومن المنطق ان نرى موقفاً سلبيا من قبل العميل في التشكيك في هذا القرار او الطعن فيه أمام القضاء عندما يكون المصرف متعسفا في قراره بالرجوع عن العقد ، وعليه اذا ما كان المصرف كذلك (اي متعسفا في رجوعه عن العقد) ، فيكون ضامنا لما ينجم عن هذا التصرف ، طبقاً للقاعدة العامة التي تسري على الحقوق والخيارات كافة ، فقد نصت المادة(7) من القانون المدني العراقي على انه ((1- من استعمل حقه استعمالا غير جائز وجب عليه الضمان ، 2- ويصبح الاستعمال غير جائز في الاحوال الآتية : أ- اذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الاضرار بالغير ، ب- اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها قليلة الاهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها ، ج – اذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال الى تحقيقها غير مشروعة)) .

وكيف كانت الغايات التي يرمي المصرف الى تحقيقها بشكلٍ يسبب للعميل ضررا فيعد عندئذ تعسفاً في استعماله للخيار ، في الحالات التي يبتغي من ورائها المصرف الإضرار بالعميل او تكون تلك الغايات قليلة الأهمية مقارنة بما يصيب العميل من مضار ولربما تكون غير مشروعة في حد ذاتها ، بيد ان هذا الإطلاق يجب ان نتعامل معه بحذر ، لان مصلحة المصرف كما قدمنا هي الراجحة على مصلحة العميل ، فإذا كانت في حدود المنطق والقانون وكان هذا الاخير غير متعسف في استعمال خيار الرجوع فلا ضمان عليه حتى لو ترتب على ذلك ضررا للعميل ، على اساس من انه يستعمل خياراً شرع لمصلحته بموجب القانون ، فيجوز له متى ما تحققت المخاطر التي اشارت اليها القوانين المقارنة اعمال الخيار بالرجوع ، فكما نعلم ان الجواز الشرعي ينافي الضمان ، بمعنى ان من استعمل ما شرع له استعمالاً جائزا لا يضمن ما قد ينشأ عنه من ضرر [1] .

([1]) انظر نص المادة (6) من القانون المدني العراقي .

الفرع الثاني

كيفية استعمال خيار الرجوع المصرفي

لما كان خيار الرجوع حسب تقديرنا من الخيارات المؤقتة التي ترتبط وجودا وعدما مع المخاطر من حيث حدوثها او احتمالية ذلك ، فان استعمال المصرف لخياره يستلزم ان يكون وفقاً لضوابط قانونية ، وهذا المنطق يستلزم البحث عن شروط اعماله وإجراءاته ، وذلك في الفقرات الآتية :

اولا – شروط ممارسة خيار الرجوع : هناك شروط عدة لاستعمال الخيار نوجزها بما يأتي :

1- **ان يكون هناك عقد صحيح :** ان المنطق القانوني السليم يستلزم ان يكون نشوء اي وضع قانوني نشوءٍ سليماً ، بمعنى ان الخيار يجب ان يكون ذات نشوء سليم من الوجهة القانونية ، وبما ان الخيار يدور في فلك عقد الاعتماد للسحب على المكشوف فان نشوئه بشكل سليم يستتبع ترتيب آثار قانونية سليمة ، وهو الحال ذاته بالنسبة للخيار المنبثق منه ، على اساس من ان العقد الباطل هو (ما لا يصح اصلا باعتبار ذاته أو وصفاً باعتبار بعض اوصافه الخارجية) [1] ، ومن ثَمَ فلا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً[2] ، وعليه يجب ان يكون عقد الاعتماد للسحب على المكشوف صحيحا ، اي مستنفذا لأركانه من وجودِ رضاً صحيحا صادرا عن ذي اهلية (وبما ان المصرف شخصية معنوية فهو متمتع بالأهلية القانونية بمجرد اكتسابه لها وحصوله على الترخيص من قبل البنك المركزي) ومحل يرد عليه فضلا عن السبب (اي الباعث الدافع الى التعاقد)، زد على ذلك يجب ان يكون العقد نافذاً غير معلق على شرط او مضافا الى اجل .
2- **تحقق الخطر او احتمالية تحققه :** ان خروج المشرع عن الأصل في القواعد العامة وبالخصوص مبدأ القوة الملزمة للعقد ، لم يكن دون غايات سامية ، ونقصد بذلك احتمالية حدوث او تحقق احدى المخاطر، التي يجد معها ان مصلحة المصرف تبرر هذا الخروج الاستثنائي عن القواعد العامة والغريب عنها ، فوجود المخاطر او احتمالية حدوثها بنسبة كبيرة يخشى معها المصرف حصول خسارة كبيرة يعد شرطاً اساسيا ، بل ركنا في الخيار ان صحت العبارة يدور معها وجودا وعدما ، فمتى ما كان

([1]) انظر نص الفقرة الاولى من المادة (137) من القانون المدني العراقي .
([2]) انظر نص الفقرة الاولى من المادة (138) من القانون ذاته .

المصرف امام خطر او احتمال حدوثه ، فينهض عندئذ الخيار في استعمال الرجوع من عدمه .

3- **اعمال الخيار خلال المدة القانونية :** سبقت الاشارة الى ان الرجوع يُعد من الخيارات المؤقتة التي يجب ان تمارس خلال المدة القانونية ، بمعنى من غير المنطق ان يبقى الخيار مدة تطول او تقصر حسب تحقق الخطر او احتمالية تحققه ، اذ ان المصلحة توجب استقرار المعاملات القانونية بالشكل الذي لا يجعل من الخيار أداة للمساس به ، وهو ما لا يريده المشرع عند تشريعه للخيار ، لذلك يجب ممارسة او إعمال الخيار خلال المدة التي افترضناها قبل قليل وهي (سبعة) أيام عمل تبدأ من لحظة تحقق الخطر او من اللحظة التي تكون احتمالية حدوث الخطر بنسبة كبيرة ، وبالمفهوم المخالف ، ان عدم تحديد اعمال الخيار خلال هذه المدة سيجعل من عقد الاعتماد للسحب على المكشوف غير لازم من جهة المصرف لمدة غير معلومة وهو ما يناقض الصفة الإلزامية للعقد ، بمعنى انه يتعارض مع كون العقد ملزماً لجانبين ، بيد ان هذا العقد من الممكن ان يكون ملزما لجانبٍ واحد وهو المصرف ، وذلك " حينما لا يرتب أي التزام فور انعقاده في ذمة المستفيد من الاعتماد ، اذ من الممكن ان لا يرتب الاعتماد للسحب على المكشوف سوى التزام في ذمة المصرف بوضع المبلغ المتفق عليه تحت تصرف العميل المستفيد من الاعتماد دون ان يلتزم العميل بأي التزام فور انعقاد العقد ، حتى انه لا يدفع اية عمولة ، ويصبح ملزما للجانبين متى استخدم المستفيد مبلغ الاعتماد فعلا " [1] ، بيد اننا نخالف هذا الرأي اذ نعتقد ان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف من العقود الملزمة للجانبين فور انعقاده ، اما استعمال العميل لعقد الاعتماد من عدمه فلا يخل بما يرتبه من التزامات ، فمن غير المنطق ان يكون العقد غير ملزم لجانب واحد او ملزم للجانبين بناءً على مشيئة العميل .

4- **القدرة على إعماله :** ينقدح لأول وهلةٍ تصورا بان هذا الشرط ليس بذات اهمية او انه لا يدخل ضمن الشروط الصريحة او الملازمة لتحقق الخيار ، بيد ان هذا التصور غير دقيق ، صحيح ان هذا الشرط يُعَد شرطا استنتاجيا ، بيد انه شرط على قدر كبير من الأهمية ، بل هو من أهم الشروط حسب اعتقادنا ؛ على اساس من ان الشروط قد تكون مجتمعة او متحققة جميعها ، بيد ان هذا الشرط متخلف عنها ، بمعنى ان هذا الشرط قد لا يكون بمتناول المصرف ، الذي قد يعجز عن إعادة الحال الى ما كانت عليه ، مما

([1]) د. اكرم ياملكي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص 371 ، انظر ايضا بختيار صابر بايز حسين ، مصدر سابق ، ص37 .

يعني تعثر امكانية المصرف باستعمال الخيار ، ومن ثَمَ يجد معه اضطرارا بوجوب الاستمرار بتنفيذ العقد على الوجه الذي اتُفق عليه ، وعليه يجب ان يضاف الى بقية الشروط المتقدمة امكانية المصرف في إعادة الحال الى ما كان عليه بوصفه شرطاً اساسيٍ في إعمال الخيار .

ثانيا – اجراءات استعمال خيار الرجوع : يتطلب استعمال خيار الرجوع بعض الاجراءات اللازمة، نوجزها بما يأتي :

1- **التعبير عن الإرادة :** ان ممارسة الخيار او استعماله تستلزم التعبير عنه ، بمعنى ان الإرادة لابد من ان تتحرك لإحداث الأثر القانوني ، على اساس من ان هذه الاخيرة تعد مسألة نفسية كامنة في الذات الانسانية ، فلابد من اتخاذها مظهرا خارجياً حتى يمكن الاعتداد بها من الوجهة القانونية ، فلا يمكن التعرف عليها وترتيب آثارها دون اقترانها بمظهر يدل عليها على نحو الجزم [1] ، ولا يختلف احد على ان التعبير الصريح من اصدق المظاهر الدالة على ماهية الإرادة ، إذ به يُترجم ما تتجه اليه من ترتيب آثار قانونية معتدٌ بها ، ويرد البعض [2] امثلة على التعبير الصريح بالقولِ انه " يكون التعبير عن الإرادة صريحا اذا كان المظهر الذي اتخذه –كلاما او كتابة او اشارة او نحو ذلك – مظهرا موضوعا في ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف بين الناس".

واذا كان التعبير الصريح يترجم بمظهر خارجي يكون دالاً عليه ، فان استعمال المصرف لخياره بالرجوع ، قد يكون باتخاذ أي مسلك يكون دالاً على نحو الجزم على التعبير عن إرادته في التحلل من العقد ، وإعادة الحال الى ما كان عليه ، ويكون كذلك عندما يعبر المدير المفوض عن إرادة المصرف كلاماً او كتابةً او إشارة للدلالة على نية المصرف بالتحلل من العقد ، بيد ان الملاحظ بان اغلب التصرفات التي دأب المصرف في التعامل بها انما تتخذ شكلاً معينا ؛ وذلك لأسباب جمة ، منها سهولة التعرف عليها بصورة لا تدع مجالا للنزاع في دلالتها .

لكن يثار تساؤل بهذا الصدد ، هل من الممكن الاعتداد بالسكوت بوصفه دلالةً للتعبير الضمني عن إرادة المصرف ؟ .

([1]) انظر د. عبد المجيد الحكيم ، ا . عبد الباقي البكري ، ا. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص32 وما بعدها

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصدر سابق ، ص 176 .

للجابة نقول ، ان الإرادة لا يمكن تفسيرها الا بما تقترن به من مظاهر خارجية ، ومن ثَمَ ان تخلف هذه الاخيرة وذلك بالسكوت ، لا يمكن عندئذ الاعتداد بها ، بمعنى لا يمكن القول بان الإرادة متجهة الى احداث اثراً قانونياً بشكلٍ ضمني .

هذا وان الاجماع منعقد بين فقهاء القانون المدني على ان السكوت لا يصلح للتعبير عن الإرادة بشكلٍ عام على اساس من ان السكوت امر سلبي ، لا يمكن الاعتداد به ، ولا يمكن الاستناد عليه لترتيب بعض الآثار القانونية سواء لصاحبها ام عليه [1] .

واذا كان الاصل بعدم الاعتداد بالسكوت في ترتيب بعض الآثار القانونية ، بيد ان هذا الاصل يجب ان نتعامل معه بحذر ، على اساس من ان المشرع العراقي كان قد خرج عن هذا الاصل في المادة (81) من القانون المدني ، فقد نصت الفقرة الاولى منها على انه ((لا ينسب الى ساكت قولٌ ولكن السكوت في معرض الحاجة الى البيان يعتبر قبولا)) ، فهذا النص يدل على ان الاعتداد بالسكوت لا يعتد به من حيث الاصل ، لكن هناك بعض الاوضاع التي من الممكن ان يفسر السكوت فيها قبولا ، ويمثل المشرع العراقي لهذه الاوضاع بالفقرة الثانية من المادة ذاتها والتي نصت على انه ((ويعتبر السكوت قَبولاً بوجه خاص اذا كان هناك تعامل سابق بين المتعاقدين واتصل الايجاب بهذا التعامل او إذا تمخض الايجاب لمنفعة من وجه اليه، وكذلك يكون سكوت المشتري بعد ان يتسلم البضائع التي اشتراها قبولاً لما ورد في قائمة الثمن من شروط)) ، فمتى ما كنا امام هذه الصور يمكن ان يفسر السكوت قبولاً ، اي يعتد به لترتيب بعض الآثار القانونية .

واذا كان الاعتداد بالسكوت يعتبر دلالة ضمنية على اجازة او ترتيب بعض الآثار القانونية ، فهو لا ينتج هذه الاخيرة في ترتيب آثار الخيار محل البحث ، على اساس من ان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف من العقود التي تكون ملزمة للجانبين من حيث الاصل ، وهي لا تكون كذلك في المدة التي تتحقق فيها المخاطر ، لان الخيار مرتبطٌ بها وجودا وعدماً .

([1]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 1998 ، ص 156 ، د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1967، ص 148 وما بعدها ، د. حسن علي الذنون ، النظرية العامة للالتزامات ، دار الحرية للطباعة ، بغداد ، 1976 ، ص 61. د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الكتاب الاول، دون مكان نشر ، 1984 ، ص 42 وما بعدها ، د. سمير عبد السيد تناغو ، مصادر الالتزام ، الطبعة الاولى ، مكتبة الوفاء القانونية ، الاسكندرية، 2009 ، ص 33 وما بعدها .

فأمام المصرف طريقان في التعبير عن إرادته ، فإما ان يستعمل خياره بالرجوع عن العقد ، ولا يتحقق هذا الا بالتعبير الصريح ، باتخاذ بعض المظاهر الدالة عليه ، وإما ان يتخذ موقفاً سلبيا وذلك بالسكوت عن ممارسة الخيار ، ومن ثَمَّ في هذه الصورة يمكن الاعتداد به لإنتفاء نيته في استعمال الخيار واستمراره في تنفيذ التزاماته المنبثقة من العقد . ولا يمكن اعتبار سكوت المصرف عند تحقق احدى المخاطر دلالة على ان العقد يعد كأن لم يكن وعَدَّ المصرف متحللاً عنه باستعماله خيار الرجوع ، بل يحتاج الامر تعبيراً صريحاً .

ولنا في ذلك بعض الشواهد القانونية ، فقد تطلب المشرع الفرنسي في المادة (L.312-91) من قانون الاستهلاك ، عند استعمال المصرف لخياره في الرجوع ، ان يقوم بتوجيه اشعار مدته شهرين على الاقل الى العميل ، ويكون هذا الاشعار مكتوبا او ان يكون على وسيط دائم اخر .

فيفهم من نص المادة (L.312-91) ان المشرع يتطلب ان يكون تعبير المصرف عن إرادته في استعمال الخيار تعبيراً صريحا ، ويتخذ هذا التعبير احد الاشكال المادية ، سواء بالكتابة او استعمال اي وسيلة اخرى تتميز بالثبات ، بيد انه خرج على هذا الاصل باستثناء في الشطر الثاني من النص ذاته للمادة اعلاه ، اذ اجاز الرجوع عن العقد دون اي إشعار او انذار ، عند تحقق سبب مشروع ، على ان يقدم للمقترض الاسباب التي دعت الى ذلك قبل الرجوع ان كانت ممكنة .

2- **صدوره من قبل المستفيد :** بينا سابقاً المستفيد من خيار الرجوع ، فقد توصلنا الى ان المستفيد من الخيار بشكل عام هو المصرف في القوانين المقارنة ، بيد ان المشرع الفرنسي كان اكثر شمولاً من القانون الاردني والعراقي ، فقد جعل الخيار متاحاً لكلا طرفي العقد ، من مصرف وعميل على السواء، بيد اننا نتطرق الى خيار المصرف فحسب في عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، وعليه فخيار المصرف في الرجوع يجب ان يمارس من قبلهِ حصرا ، بمعنى ان من يمثل المصرف قانونا هو من يعبر عن إرادته في التحلل من العقد ، عندما تتطلب مصلحته والمحافظة عليها ذلك ، دون ان ينصرف هذا الحق الى غيره من المؤسسين او المساهمين ، فتقدير مصلحته يرتبط بالمدير المفوض الذي يمتلك تلك الصلاحية ، ونعني بذلك استعمال خيار الرجوع من عدمه ، ولا يمكن الحديث عن انتقال هذا الحق الى الورثة على اساس من ان المصرف شخصية معنوية .

ويذهب رأي في الفقه [1] الى انه بشكل عام " قد يثبت خيار الرجوع بداءة لأجنبي عن العقد ، أي لشخص ثالث غير المتعاقدين ، فيملك هذا الاخير – عندئذ ممارسة الخيار باعتباره وكيلاً عن العاقد . وهذا ما يحدث اذا ما رأى العاقد الذي له الخيار الرجوع ان هذا الأجنبي خبير وهو في حاجة الى خبرته لإتمام التعاقد ، فإذا تم ذلك فان الخيار يثبت للعاقد والأجنبي معا ، كما قد يثبت الخيار للغير بصفة اصلية ، وليس باعتباره وكيلاً او ممثلا لأحد المتعاقدين ، وهذا ما يحدث في صورة الاشتراط لمصلحة الغير " .

اذا كان الرأي المتقدم يتطرق الى خيار الرجوع بشكل عام عندما يكون مكنة قانونية للشخص الطبيعي، فان خيارنا محل البحث يعد مكنة قانونية لشخصٍ معنويٍ يتمثل بالمصرف ، وشتان ما بين الاثنين من حيث امكانية تطبيق انتقال الخيار للغير ، ودليلنا في ذلك ما نصت عليه القوانين المقارنة ، فالمادة (L.312-91) من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والتي نصت على انه ((يجوز للدائن ان ينهي ...)) ، اما المادة (119) من قانون التجارة الأردني والتي نصت على انه ((1- يجوز لفاتح الاعتماد ان ينقض العقد ..)) ، اما قانون التجارة العراقي فقد نصت المادة (271) على انه ((للمصرف ان يلغي الاعتماد ..)) .

فمن هذه النصوص يتحصل لدينا بان مكنة استعمال الرجوع من عدمه يجب ان تصدر من المصرف حصراً دون ان ينازعه في ذلك من يتصف بصفة المؤسس او المساهم ، ومن ثَمَ يعبر عن إرادته في ذلك المدير المفوض او من يخوله .

3- **إشعار العميل :** من الاجراءات التي تستلزمها عملية الرجوع المصرفي ، هي اشعار العميل بنية المصرف في التحلل من العقد ، فقد اشترط القانون الفرنسي على خلاف القانون الاردني والعراقي[2]، إشعار العميل وذلك في المادة (L.312-91) ، فقد اوجب على المصرف ان يعلمه بنيته في الرجوع عن عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، على ان لا تقل هذه المدة عن شهرين في الأقل ، على ان يكون هذا الإشعار مكتوبا على الورق او اي وسيلة تتمتع بالثبات الدائم .

بيد ان المشرع الفرنسي كان قد خرج عن هذا الاصل عند وجود سبب مشروع ، اذ لم يتطلب إشعار العميل بنيته في التحلل من العقد .

([1]) د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل ، مصدر سابق ، ص229 وما بعدها .

([2]) نصت الفقرة الاولى من المادة (379) من قانون التجارة العراقي رقم (149) لعام 1970 الملغي باستثناء الباب الخامس الذي يتعلق بالإفلاس على انه ((إذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة، جاز للمصرف إلغاؤه في كل وقت بشرط إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه للإلغاء بعشرة أيام على الأقل)) .

ونعتقد ان المشرع انما قارن بين مدة الاشعار و تحقق المخاطر ، فغلب مصلحة المصرف في الرجوع عن العقد دون ان يتوقف ذلك على اجراء آخر ، على اساس من ان الرجوع يعد وسيلة حماية سريعة تكفل حق المصرف في المحافظة على حقوقه ، بيد انه (المشرع) تطلب ان يقدم هذا الاخير الاسباب التي دعته الى ذلك ، ان كان ذلك في مقدرة المصرف .

لكن التساؤل الذي يثار بهذا الصدد ، ما هي فلسفة الإشعار التي تطلبها المشرع ؟

للإجابة نقول ، ان الرجوع يترتب عليه إعادة الحال الى ما كانت عليه ، وهذا الأثر لا يتحقق بنتيجته المأمولة (الرجوع الى ما قبل التعاقد) الا بتدخل إرادة المصرف والعميل على السواء ؛ إذ لا يكفي توقف المصرف عن الدفع او عدم تنفيذ التزامه اذا ما تحققت احد المخاطر قبل ذلك ، وقد يكون المصرف قد نفذ التزاماته كافة التي على رأسها دفع مبلغ الاعتماد كاملاً، ففي هذا الفرض يستلزم الرجوع ان يكون للعميل دوراً في إعادة الحال الى ما كانت عليه ، فقد لا تؤتي عملية الرجوع المصرفي أُكلها او نتائجها المرادة ، كما في فرضية تزمت العميل عن دفع ما يستحق بذمته للمصرف ، وبالنتيجة يكون للعميل دورا في ذلك ، وعندئذ تطلب المشرع اشعاره بالتحلل من العقد ، ولكن في فرضية وجود مخاطر تدق في تنفيذ عملية منح الائتمان او تنتقص منها ، او تجعل من مانحتها (المؤسسة المصرفية) في مركز يعرضها الى فقدان جزء من اموالها ، فهنا لا يتطلب الإشعار ، بل تقدم اذا امكن الاسباب التي دعت المصرف الى اختيار هذا المسلك .

المطلب الثاني

آثار خيار الرجوع المصرفي

عند توفر شروط منح الائتمان في العميل طالب فتح الاعتماد للسحب على المكشوف ، فعندئذ يتم فتحه وذلك بإبرام العقد ، وبداهة انه عند توفر اركانه ، فهو يأخذ طريقه الى التنفيذ ، ومن ثَمَ فهو يرتب آثاره القانونية قِبَل اطرافه ، من حيث التزام المصرف بدفع المبلغ المحدد بالعقد ، والتزام العميل برد المبلغ ودفع الفوائد فضلا عن التزامه بدفع العمولة ، وعند تحقق احد المخاطر فهنا يكون العقد غير ملزم بالنسبة الى المصرف ، ويمكن له التحلل من العقد ، بيد ان استعماله لخياره في الرجوع ، يرتب نتيجة خطيرة تتمثل بنقض ما تم من هذه الالتزامات وإعادة الحال الى ما كان عليه ، من حيث المراكز القانونية لكل اطرافه الى الحالة التي كانا عليها قبل ابرام العقد ، فالرجوع له اثر رجعي ، وهذا الاثر يتميز بشمولية العقد ، فيدق كل الالتزامات والحقوق المنعقدة قبل ممارسته ، وللإحاطة بما يرتبه الخيار من آثار عكسية لمسار العقد ، سنحاول تبيان اثره بالنسبة الى المصرف والعميل وذلك في فرعين ، نتناول في الاول أثر خيار الرجوع بالنسبة الى المصرف ، في حين نبين في الثاني أثر خيار الرجوع بالنسبة الى العميل.

الفرع الاول

أثر خيار الرجوع بالنسبة الى المصرف

ان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف هو ((عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد مبلغاً من النقود لمدة معينة او غير معينة)) [1] ، ويتضح من هذا التعريف بان محل الالتزام الرئيس الذي يسعى العميل للحصول عليه هو مبلغ من النقود [2] ، ويستطيع العميل ان يستعمله حسب حاجاته سواء بشكل دفعة واحدة او على دفعات او ان لا يسحبه مطلقاً، وهذا الاعتماد قد يكون عادياً ، وقد لا يكون كذلك ، اي يكون مصحوباً ببعض التأمينات سواء كانت عينية ام شخصية كرهن او كفالة ، مقدمة من العميل بِعَدها ضمانات للمصرف لما يسحبه العميل من مبالغ مالية [3] .

واذا كان عقد الاعتماد من العقود التي ترتب التزاماتٍ متقابلة على كلا طرفيه من مصرفٍ وعميلٍ ، فان استعمال خيار الرجوع من قبل المصرف يترتب عليه ان يكون كل من اطرافه

([1]) عرف المشرع الاردني عقد الاعتماد للسحب على المكشوف في المادة (118) من قانون التجارة بانه ((في عقود فتح الاعتماد المالي يلتزم فاتح الاعتماد ان يضع بعض الاموال تحت تصرف المعتمد له فيحق له ان يتناولها دفعة واحدة او دفعات متوالية بحسب احتياجه خلال الميعاد)) ، في حين ان المشرع الفرنسي قد عرف الإتفاقية الائتمانية في المادة (L.311-1-6) من قانون الاستهلاك الفرنسي بانها ((عقد يمنح بموجبه المقرض أو يتعهد بمنح ائتمان للمقترض ، يقع في نطاق هذا العنوان ، في شكل دفعة مؤجلة ، قرض ، بما في ذلك في شكل سحب على المكشوف أو أي تسهيل دفع آخر مماثل ، باستثناء العقود المبرمة لتوفير أداء مستمر أو متتالي للخدمات أو السلع من نفس الطبيعة والتي يدفع بموجبها المقترض التكلفة على أقساط طوال مدة التوريد))

النص باللغة الفرنسية :

((Article : L.311-1-6 : Opération ou contrat de crédit، un contrat en vertu duquel un prêteur consent ou s'engage à consentir à l'emprunteur un crédit، relevant du champ d'application du présent titre، sous la forme d'un délai de paiement، d'un prêt، y compris sous forme de découvert ou de toute autre facilité de paiement similaire، à l'exception des contrats conclus en vue de la fourniture d'une prestation continue ou à exécution successive de services ou de biens de même nature et aux termes desquels l'emprunteur en règle le coût par paiements échelonnés pendant toute la durée de la fourniture ;)) .

([2]) على خلاف ذلك فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (378) من قانون التجارة السابق على انه ((الاعتماد غير المستندي عقد يضع المصرف بمقتضاه تحت تصرف المستفيد وسائل للدفع في حدود مبلغ معين)) .

([3]) د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري – الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، مصدر سابق ، ص 401 – 402 .

في حلٍ من هذه الالتزامات ، ويتم اعادة الحال الى ما كان عليه ، بيد انه تجب ملاحظة ان ما يتميز به عقد الاعتماد عن غيره من العقود كعقد القرض مثلا ، ان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف لا يلزم فيه العميل بقبض المبلغ بمجرد العقد ، بل يبقى استعماله من عدمه مرهونا بحاجات نشاطات العميل التجارية وإرادته حصراً ، وقد يتخلف استعماله مطلقا ، ولا يمكن جبره على ذلك .

هذا ولم نجد في مؤلفات الفقه التجاري الأثر المترتب على انهاء العقد باستعمال خيار الرجوع من قبل المصرف لعقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، بل تطرقوا الى انقضائه سواء عند انتهاء مدته او اثناء سريانه ان لم تحدد مدة ، وهي ليست شرحاً لموضوعنا على اساس من انها انما ترتب اثرا بالنسبة الى المستقبل فقط، في حين ان خيارنا له اثراً عكسياً ، وشتان ما بين الاثنين .

بيد اننا سنحاول تبيان التزامات المصرف في الفرضيات التي من الممكن فيها استعمال او سحب العميل لمبلغ الاعتماد ، وذلك في فقرات مستقلة على النحو التالي :

اولاً – حالة عدم استعمال العميل مبلغ الاعتماد : يلتزم المصرف قِبَل عميله التزاماً بأداء عمل ، بصرف النظر عما يحدده ، بمعنى يُعَد التزامه بأداء العمل حتى لو كان ذلك بوضع مبلغ معين من النقود تحت تصرف العميل ، بيد ان هذا الحال يترتب عليه اثرٌ مهما يتمثلُ بان امتناع المصرف عن تنفيذ ما التزم به ، اي ما رتبه العقد ، ان للعميل الحق بان يطلب التنفيذ العيني الجبري وذلك بموجب حكم قضائي يتضمن ذلك ، عندما يكون ممكناً ، والقول بخلاف ذلك ، اي اذا تطلب تنفيذه تدخلاً شخصياً من المصرف ، فلا يمكن عندئذ اللجوء الى التنفيذ العيني الجبري ، بل يصار الى طلب التعويض ، والتعويض لا يمكن ان يقتصر على كونه تعويضاً قانونيا كما في صورة (الفوائد التأخيرية) ، بل يتميز بشموليته عن كل ضرر يصيب العميل استناداً الى القواعد العامة الواردة في القانون المدني وبالخصوص قواعد المسؤولية العقدية ، وقد يلجأ القاضي الى الاستعانة بوسائل اخرى لحمل المصرف على تنفيذ التزاماته كما في صورة الغرامات التهديدية [1] .

واذا كان هذا الوضع مقبولاً في الحالة التي لا يواجه فيها المصرف مخاطر تهدد ما يمكن ان يعرضه لفقدان ما له من اصول نقدية لدى العميل ، بيد ان المشرع كان قد عطل

([1]) انظر د. علي جمال الدين عوض ، مصدر سابق ، ص 327 – 328 . انظر ايضا د . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص164- 165.

امكانية العميل من مواجهة المصرف سواء بموجب القواعد العامة ، من امكانية اجباره على تنفيذ العقد ، والحكم عليه بتعويض قانوني ام بفرض غرامات تهديدية ، وذلك بتمكين المصرف من التحلل من العقد عند تحقق او احتمالية تحقق احدى المخاطر .

ففي فرضية عدم استعمال العميل لمبلغ الاعتماد ، فما هو الاثر المترتب على ممارسة المصرف لخياره بالرجوع عن العقد ؟

للإجابة نقول : ان رجوع المصرف يترتب عليه الاحتفاظ بمبلغ الاعتماد فحسب، واشعار العميل بذلك ، وعندئذ يُعدُ المصرف متحللاً من العقد ، ولا يمكن للعميل اجباره على تنفيذ ما التزم به من دفع المبلغ ، لان الخيار يمثل استثناءً كما قدمنا من القواعد العامة التي يجوز اللجوء اليها في امكانية اعتبار ذلك اخلالاً عقدياً يوجب فسخ العقد ، ولا محل للمطالبة بتعويضه عما يلحقه من ضرر ، على اساس من ان المصرف انما يمارس مكنةً قانونية ، فرجوعه عن العقد يمثلُ جوازاً شرعيا ، وكما نعلم بموجب القانون ان الجواز الشرعي ينافي الضمان[1] .

فضلا عن ذلك فان هذا الاستثناء (اي استعمال خيار الرجوع) يعطل القواعد الخاصة بإساءة استعمال الحق ، اذ لا يمكن الادعاء بان المصرف يسيء استعمال حقه بالرجوع عن العقد ، على اساس من ان اساءة استعمال الحق يجب ان تكون وفقاً للصور التي حددها المشرع، كما لو قصد من استعمال حقه الاضرار بالعميل او كانت المصالح التي يبتغيها لا تتناسب مع ما يصيب العميل من ضرر او كانت غير مشروعة [2] ، فاستعمال المصرف لخياره في الرجوع يرتبط بالمخاطر من حيث تحققها او احتمالية ذلك بشكلٍ يهدد مصالحه ، والقول بخلاف ذلك ، اي ان انتفاء المخاطر او لم تكن تهدد مصالحه فهنا لا يمكن الحديث عن وجود الخيار اصلا ، فهو منتفٍ بانتفائها ، وعند تحقق هذه الصورة (اي الرجوع دون مخاطر) فمن الممكن للعميل اللجوء الى القواعد العامة كما قدمنا ، سواء بطلب الفسخ او التنفيذ العيني ، او المطالبة بالتعويض ، وما شاكل .

بيد ان انتفاء خيار الرجوع بانتفاء اسباب تحققه ، لا ينفي حق المصرف بإنهاء العقد بالإرادة المنفردة (عندما يكون العقد غير محدد المدة) ، اذ ان الرجوع عن العقد بالإرادة

([1]) نصت المادة (6) من القانون المدني العراقي على انه ((الجواز الشرعي ينافي الضمان ، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من الضرر)) .

([2]) انظر المادة (7) من القانون ذاته .

المنفردة لا يقتصر على المصرف ، بل للعميل الحق في انهائه ، الا انه يجب ملاحظة ان هذا الانهاء يرتب اثراً مستقبلاً فحسب ، دون ما يتعلق بالماضي .

ومن نافلة القول ان رجوع المصرف لا يحول من امكانية منح العميل اعتماداً للسحب على المكشوف ، بيد ان هذا غير متصور في دفعه للمبلغ اللهم الا في صورة ابرام عقد جديد عند زوال المخاطر ، او رغبة المصرف في منح الاعتماد عندما يجد ان هذه المخاطر قد لا تؤثر على مصلحته او ان عميله اصبح يتمتع بالجدارة المالية الكافية لتجاوز تلك المخاطر .

لكن السؤال الذي ينقدح في الذهن ، هو ان عدم اشعار المصرف لعميله بالرجوع وعدم تنفيذه لطلبه خلال فترة ما ، ورجوعه عن قراره ودفعه لمبلغ الاعتماد هل يعتبر تجديدا للعقد بإرادة المصرف ؟ .

الاجابة عن هذا التساؤل تستبطن خطورة اعطاء وصف مسبق لهذه الصورة ، سواء بالإيجاب ام بالنفي.

فلو كانت الاجابة بالإيجاب ، أي بمعنى اعتبار دفع المصرف بعد اتخاذه لقراره بالرجوع بانها تجديد للعقد ، ينم عن سوء فهم لمعنى التجديد ، على اساس من ان التجديد يراد به " اتفاق على قضاء الالتزام القديم وعقد لإنشاء الالتزام الجديد [1] ، اذ يشترط فيه ان يكون هناك التزام قديم وانشاء التزام جديد فضلا عن احلال الالتزام الجديد محل الالتزام القديم وهو ما يعبر عنه بنية التجديد [2] .

فلا يمكن اعتبار دفع المصرف بعد اتخاذه لقراره بالرجوع بانه تجديد ، لان هذا الاخير هو اتفاق ، لابد من حصوله موافقة اطرافه من مصرف وعميل ، وقد يحتج علينا بانه لا يستلزم موافقة العميل على اساس من ان سكوت العميل او مطالبته بالتنفيذ يعد قبولاً لانه تضمن منفعة لمن وجه اليه حسب القواعد العامة الواردة في القانون المدني [3] ، بيد اننا نستطيع ان نرد على هذا الاحتجاج بالقولِ بان الاتفاق وحده لا يكفي لاعتباره تجديداً ، بل ان التجديد هو في حقيقته عقد جديد ، وهذا الاخير يتمايز عن العقد القديم في محله او في

([1]) د. عبد المجيد الحكيم ، ا. عبد الباقي البكري ، أ محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة طبع ، ص 281.

([2]) انظر في تفصيل ذلك د. انور سلطان ، النظرية العامة للالتزام – احكام الالتزام ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية، 2005 ، ص 364 .

([3]) انظر الفقرة الثانية من المادة (81) من القانون المدني العراقي .

مصدره[1] ، فرجوع المصرف عن العقد واستئنافه تنفيذ التزاماته يعني بقاء العقد بشروطه القديمة ، واذا ما قلنا بانه تجديد فهو يحتاج الى تغيير محل الالتزام ، في حين اننا امام المحل ذاته في العقد القديم ، ومن ثم فلا يمكن بأي حال من الاحوال عد هذه الفرضية او الصورة المتقدمة بأنها تجديد .

فالإجابة الأدق حسب تقديرنا هي بالنفي لأسباب عدة ، منها ان الرجوع هو انهاء مفاجئ للعقد ، ولا يمكن بأي حال من الاحوال عد هذه الفرضية تنازلاً منه عن خياره ، ومن ثَمَ استقرار العقد وعودة لازميته لكلا طرفية ، على اساس من ان التنازل يفترض ان يكون قبل الاستعمال ، فبعد الاستعمال نحتاج الى ابرام عقد جديد ، سواء بالشروط ذاتها ام بغيرها ، فضلا عن ذلك ان اثر الخيار ينسحب على العقد كله ولا يتعلق بجزئية التزام المصرف ، بل يمتاز بشموليته لجميع الالتزامات ، فهو يفني العقد ، ومن ثَمَ يرتب التزاماتٍ عكسيةٍ على عاتق اطرافه بإلزامهم بإعادة الحال الى ما كانت عليه .

بيد انه يجب ملاحظة ان ممارسة او استعمال المصرف لخيار الرجوع ، لا يترتب عليه خسارة جزء من مبلغ الاعتماد ، بمعنى ان ممارسته تكون مجانية ، دون ان يكون هناك مقابل لذلك .

هذا وينشأ نتيجة لرجوع المصرف عن العقد واحتفاظه بكل مبلغ الاعتماد ، هو إعادة الضمانات العينية سواء أكانت رهن تأميني [2] ، فتكون عندئذ إعادته الى العميل بتنازل المصرف عن حقه في الرهن التأميني نظرا لانقضاء الدين في هذه الصورة [3]، على اساس من ان الرجوع ترتب عليه انقضاء العقد ، فضلا عن ان المصرف انما احتفظ بحقه كاملاً والمتمثل بمبلغ الاعتماد ومن ثَمَ فلا محل لبقاء هذه الضمانات في حيازته لانقضاء العقد ، او

([1]) انظر نصت المادة (401) من القانون المدني العراقي على انه ((يجوز تجديد الالتزام باتفاق الطرفين على ان يستبدلا بالالتزام الاصلي التزاماً جديداً يختلف عنه في محله او في مصدره)) .

([2]) نصت المادة (1318) من القانون المدني العراقي على انه ((يصح تنازل الدائن المرتهن عن حق الرهن التأميني دون الدين)).

([3]) نصت المادة (1321) من القانون المدني العراقي على انه ((الرهن الحيازي عقد يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يدٍ كان هذا المال)).

كانت تلك الضمانات عبارة عن رهن حيازي مقدم من قبل العميل [1] ، والذي ينتهي في فرضنا هذا بالتنازل عنه سواء كان صراحة كما في تنازل المصرف عن حق الرهن بمجرد رجوعه عن العقد، ومن الممكن ان يكون تنازل المصرف ضمناً كما في حالة تخليه عن المرتهن باختياره عن حيازة المال المرهون ، او عند موافقته على التصرف فيه [2]، وقد تكون تلك الضمانات شخصية كما هو الحال في الكفالة، اذ يلتزم المصرف بعد رجوعه واحتفاظه بحقوقه كاملة ، بإعادة هذه الضمانات ، ويتحقق ذلك في صورة انهاء الضمانات الشخصية [3] ، عن طريق إبراء الكفيل او المدين من الالتزام [4] ، وقد يكون ذلك تلقائيا كما في فرضية انقضاء العقد ، اذ ان اعادة الحال الى ما كانت عليه توجب براءة الكفيل بثمن بموجب القانون [5] .

ثانيا – حالة استعمال العميل لجزء من مبلغ الاعتماد : ان هذه الفرضية تختلف عن سابقتها من حيث سهولة الاولى على المصرف بإعادة الحال الى ما كان عليه ، ففي الحالة الاولى لا يواجه المصرف خطورة بمعنى الخطورة التي تدق مصالحه بفقدان مبلغ الاعتماد ، بل ان الامر هنا اكثر تعقيداً ، اذ نكون امام خسارة محتملة لما تم سحبه من مبلغ الاعتماد .

ففي هذه الفرضية ان ممارسة المصرف لخيار الرجوع يترتب عليها وقف دفع الجزء المتبقي من مبلغ الاعتماد، واحتفاظ المصرف بالجزء غير المسحوب من مبلغ الاعتماد ، بيد ان للمصرف الحق في الزام العميل بدفع ما سحبه من نقود .

([1]) نصت المادة (1321) من القانون المدني العراقي على انه ((الرهن الحيازي عقد يجعل الراهن مالاً محبوساً في يد المرتهن أو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن استيفاؤه منه كلاً او بعضاً مقدماً على الدائنين العاديين والدائنين التالين له في المرتبة في أي يدٍ كان هذا المال)).

([2]) نصت المادة (1349) من القانون المدني العراقي على انه ((ينقضي ايضا الرهن الحيازي بأحد الاسباب الآتية :
ج - إذا تنازل المرتهن عن حق الرهن ولو مستقلاً عن الدين ، ويجوز ان يستفاد التنازل دلالة من تخلي المرتهن باختياره عن حيازة المرهون ، أو موافقته على التصرف فيه دون تحفظ)).

([3]) نصت المادة (1008) من القانون المدني على انه ((الكفالة ضم ذمة الى ذمة في المطالبة بتنفيذ الالتزام)).

([4]) نصت المادة (1041) من القانون المدني العراقي على انه ((ابراء الدائن المدين يوجب براءة الكفيل ، ولكن ابراءه الكفيل لا يوجب براءة المدين)) ، هذا وبدلالة المادة (1045) والتي نصت على انه ((الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة اذا انفسخ البيع او استحق المبيع او رد بعيب)) .

([5]) بدلالة نص المادة (1045) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه ((الكفيل بثمن المبيع يبرأ من الكفالة اذا انفسخ البيع او استحق المبيع او رد بعيب)) .

لكن يثار تساؤل عن كيفية مطالبة العميل بدفع المبلغ المسحوب ؟

يمكن ان نتصور حصول ذلك بطرق شتى ، اذ من الممكن ان يكون عن طريق تبليغ العميل كتابة بضرورة إعادة ما بذمته من نقود ، بيد ان النتيجة قد لا تتحقق ، إذ قد يتخلف العميل عن رده لمبلغ الاعتماد وذلك لأسباب عدة ، منها افلاسه او اعساره بشكلٍ واقعي ، وقد يكون ذلك متأتٍ نتيجة لتوقف المصرف عن الدفع ، ومن ثَمَ يتعذر عليه الحصول على العوائد المأمولة من تمويل مشروعاته التجارية بشكلٍ كامل من قبل المصرف ، فيتوقف عن الدفع لتعثر تمويل تلك المشروعات وخسارته لثمار نشاطه المرتجى ، وقد لا يكون امام المصرف سبيل سوى سلوك طريق القضاء لحمل العميل على الدفع .

ويثار تساؤل في غاية الاهمية بخصوص الضمانات المصرفية عندما يكون هذا الاخير قد تطلبها بوصفه شرطاً لفتح عقد الاعتماد للحسب على المكشوف ، بانه هل يحتفظ المصرف بجزء من هذه الضمانات ، بعدها ضامنة لمبلغ الاعتماد ؟ ام انها يجب ان تتناسب بمجملها مع مبلغ الاعتماد زيادة او انخفاضاً ؟ .

للإجابة نقول ، لربما ينقدح ان المنطق والعدالة تقتضي ان يكونَ هناك تناسب ما بين مبلغ الاعتماد وضماناته ، فهي يجب ان تكون مساوية في الاقل له ، وهذا التناسب يخضع لسلطة وتقدير المصرف ، فقد يكتفي بضمانات عينية او شخصية او الاثنين معاً ، لذلك فالمنطق والعدالة تحكم بضرورة ان لا يحتفظ المصرف بما يزيد عن مبلغ الاعتماد من ضمانات ، ومن ثَمَ يحق للعميل ان يسترجع ما يزيد عن المبلغ المسحوب ، بالزام المصرف بذلك ، والدليل في ذلك نستلهمه من نصوص القوانين التجارية ، فقانون الاستهلاك الفرنسي لم يتضمن اشارة الى هذه الفرضية في قانون الاستهلاك الفرنسي ، الا ان القانون الخاص بالرقابة على المؤسسات الائتمانية [1] ، قد نص في الفقرة الاولى من المادة (60) على انه ((عند تقديم أي مساعدة مالية تعتزم منحها لرجل أعمال فردي لأغراض نشاطه المهني، يجب على مؤسسة الائتمان التي تعتزم التقدم بطلب للحصول على ضمان عيني في ممتلكات غير ضرورية للتشغيل أو ضمان شخصي يمنحه شخص طبيعي أن تبلغ صاحب المشروع كتابة بإمكانية تقديم ضمان على الأصول اللازمة لتشغيل المشروع التجاري وأن تشير إلى ما يلي: مع الأخذ بعين الاعتبار مقدار المساعدة المالية المطلوبة ، ومبلغ الضمان الذي ترغب في

([1]) رقم 84-46 المؤرخ في 24 كانون الثاني/يناير 1984 الملغي بموجب الامر 1223 في عام 2000 والذي دخل حيز التنفيذ في عام 2001 .

الحصول عليه ...)) [1]، بيد ان قانون التجارة الاردني قد اشار بصورة مباشرة الى مبدأ التناسب ما بين مبلغ الاعتماد وضمانات منحه ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (119) على انه ((اذا وقع نقص هام في الضمانات العينية او الشخصية التي قدمها المعتمد له حق لفاتح الاعتماد ان يطلب ضمانة اضافية او تخفيض مبلغ الاعتماد او اغلاقه حسب مقتضى الحال)) ، وبالمعنى عينه نصت الفقرة ثانيا من المادة (270) من قانون التجارة العراقي على انه ((اذا علم المصرف ان التأمين العيني او ملاءة الكفيل اصبحت اقل من مبلغ الاعتماد فله ان يخفضه ما لم يبادر المستفيد الى زيادة الضمان)) . فالنصوص المتقدمة تجعل من الضمانات مرتبطة بشكلٍ وثيق مع مبلغ الاعتماد ، فهي تدور معه وجوداً وعدماً ، حسب المعنى الظاهر لها .

واذا كان مبدأ التناسب ما بين مبلغ الاعتماد للسحب على المكشوف والضمانات المقدمة من قبل العميل ، يصب في مصلحة المصرف ، في صورته الايجابية (أي بوصفه ضماناً لحصول المصرف على حقه بشكلٍ كامل ، اذ تزداد بزيادته) ، بيد ان التطبيق السليم والعادل يجب ان يكون معكوساً عندما يكون جزء من مبلغ الاعتماد في حيازة المصرف ، بمعنى اخر ، ان مبدأ التناسب يحتم تخفيض الضمانات على اعتبار ان جزء من المبلغ (الذي يكون بحوزة العميل) تحيطه المخاطر وليس المبلغ كله .

ثالثا – حالة استعمال العميل لكل مبلغ الاعتماد : قد تتحقق او يحتمل تحقق احدى المخاطر بعد سحب العميل لكل مبلغ الاعتماد ، وهذا يجيز للمصرف الرجوع عن العقد ، بيد ان هذه الفرضية اكثر تعقيداً مما تقدم من فرضيات ، لان المخاطر تهدد بفقدان كل المبلغ المسحوب ، من ثَمَ يصبح إعادة الحال الى ما كانت عليه بوصفه أثراً لممارسة خيار الرجوع عسيراً على المصرف ، على اساس من ان رد المبلغ من قبل العميل قد لا يكون سريعاً؛ لان إعادة او رد

([1]) النص باللغة الفرنسية :

((Article : 60-1 : Lors de l'octroi de toute aide financière qu'il entend accorder à un entrepreneur individuel pour les besoins de son activité professionnelle، l'établissement de crédit qui entend demander une garantie en nature sur des biens non nécessaires au fonctionnement ou une garantie personnelle accordée par une personne physique informe l'entrepreneur par écrit de la possibilité de fournir une garantie sur les actifs nécessaires au fonctionnement de l'entreprise commerciale et indiquer ce qui suit : en tenant compte du montant de l'aide financière requise، et du montant de la garantie que vous souhaitez obtenir.)).

مبلغ الاعتماد متوقفاً على امرين ، الاول هو إرادة العميل ، اما الثاني فهو إمكانية الرد ، وهذه الأخيرة قد تنتفي ، لأسباب عدة ، منها ان عنصر الزمن يُعدُ امراً جوهرياً للحصول على عوائد النشاط التجاري الذي فتح من اجل تمويله عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، ولربما يكون مبلغ الاعتماد غير كافٍ او ان النشاط التجاري على الرغم من تمويله لا تؤتى ثماره لتعلقه بما يجابه السوق من مخاطر سواء كانت محلية او دولية .

زد على ذلك عدم امكانية استبعاد عجز العميل (اعساره) او افلاسه ، الامر الذي ينعكس على نتيجة الرجوع بوصفه أثراً بالنسبة الى المصرف الذي لم يبقَ له الا النظر الى ما قُدِم من ضمانات لسداد مبلغ الاعتماد .

فلو كان العقد عادياً غير مصحوب بضمانات مصرفية ، فهنا لا يستفيد المصرف من الخيار لان هذا الاخير (اي خيار الرجوع) لا يلبي مصلحة المصرف في إعادة الحال الى ما كان عليه .

بيد ان الامر مختلف عندما يكون عقد الاعتماد مصحوباً بضمانات عينية او شخصية او الاثنين معاً ، فهنا يلبي الخيار مصالح المصرف في الحفاظ على ما له من اصول نقدية ، تتمثل بإعلان المصرف عن رغبته في التحلل من العقد ، ومن ثَمَ اذا ما تعثر الرد لمبلغ الاعتماد من جانب العميل ، فهنا يمكن الخيار بوقت قياسي من امكانية الحصول عليه من الضمانات الضامنة له من خلال التصرف بها .

ان التصرف بهذه الضمانات يجب ان يكون منظما من الوجهة القانونية ، واذا ما تتبعنا النصوص الناظمة لعقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، فإننا نجزم بشكلٍ مسبق بعدم اشارة القوانين محل المقارنة الى هذا الاثر ، ولا كيفية ذلك ، الامر الذي يحتاج أن نضع بصمتنا في تقديم معالجة قانونية مقترحة تلبي كيفية التصرف بالضمانات من الوجهة التجارية قبل الاستعانة بالقواعد العامة الواردة في القانون المدني .

فنقول ان الرجوع بذاته لا يخول المصرف ابتداءً التصرف بالضمانات المقدمة من قبل العميل ؛ لان هناك اجراءات منطقية وقانونية يجب ان تتخذ قبل ذلك .

فقد تطلب القانون الفرنسي الخاص بالنشاط والرقابة على المؤسسات الائتمانية الملغي في المادة (60) اخطار العميل كتابة عند انهاء عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، ولا يلزم الاخطار بصرف النظر عن العقد سواء أكان محدداً ام غير محدد بسبب ظهور الانهيار النهائي

لمشروع العميل او بسبب خطئه الجسيم ، وبخلافه تنهض مسؤولية المصرف قِبَل العميل [1]، ولا نجد ما يماثل هذا النص في قانون التجارة الاردني والعراقي[2] ، وهذا يعني واستئناساً بموقف القانون الفرنسي الملغي نجد ان استلزام اخطار العميل بوجوب رد المبلغ المسحوب ، امر في غاية الاهمية ؛ لما يترتب عليه من اعتبارات عدة ، فمن جهة التزام ذي طبيعة عرفية ، اذ يضع المصرف في الحسبان عدم التفريط بعميله ، في الفرض الذي يكون فيه المصرف مجبراً على إعمال خيار الرجوع ، ومن جهة اخرى ان " إعطاء العميل مهلة يتدبر فيها أمره، وذلك على اساس ان المفاجأة بإنهاء الاعتماد تضر العميل المستفيد من الاعتماد ضررا بليغاً، اذ يغلب ان لا يستطيع العميل مواجهة التزاماته الحالية في وقت مناسب ، وان هذا الموقف من جانب المصرف إن لم يؤدِ الى توقف مشروع العميل عن سداد التزاماته ، فان من شأنه ان يحدث اضطراباً وخللاً جسيماً في توازن المشروع من الناحية المالية " [3]، زد على ذلك ان الضمانات العينية او الشخصية المقدمة من العميل قد تؤثر بشكلٍ سلبيٍ على مقدمها ، فضلا عما يتطلب التصرف بها (بيعاً والذي يكون الشكل الغالب في هذا الفرض) يستغرق وقتاً كما في بيع العين المرهونة ، اذ يتطلب بيع العقار اجراءات قانونية محضة منها ما اشار اليها القانون المدني العراقي [4] ، ومنها ما جاء به قانون التنفيذ العراقي رقم (45) لعام 1980[1]،

([1]) النص باللغة الفرنسية :

((Article : 60 : Toute aide à durée indéterminée، autre qu'une aide accessoire، accordée par un trust à un trust ne peut être réduite ou interrompue qu'après notification écrite et à l'expiration d'un délai de préavis déterminé lorsque l'aide a été accordée. L'établissement de crédit n'est tenu de respecter aucun délai de préavis، que la durée du crédit soit indéterminée ou limitée، en cas de comportement grave répréhensible de la part du bénéficiaire du crédit ou si l'état de ce dernier est irrémédiablement compromise . Le non-respect de ces dispositions peut entraîner la responsabilité de l'établissement de credit)).

([2]) على خلاف القانون النافذ فقد نصت الفقرة الاولى من المادة (379) من قانون التجارة العراقي السابق ، على انه ((إذا فتح الاعتماد لمدة غير معينة، جاز للمصرف إلغاؤه في كل وقت بشرط إخطار المستفيد قبل الميعاد الذي يعينه للإلغاء بعشرة ايام على الاقل)) اما الفقرة الثانية من المادة ذاتها فقد نصت على انه ((يقع باطلاً كل اتفاق يكون موضوعه إعطاء المصرف حق إلغاء الاعتماد غير المعين المدة دون إخطار سابق أو بإخطار يعمل في ميعاد أقل من الميعاد المنصوص عليه في الفقرة السابقة.)) .

([3]) بختيار صابر بايز حسين، مصدر سابق ، ص 155 .

([4]) انظر المواد من (1304 الى 1314) من القانون المدني العراقي .

([1]) انظر المادة (94) وما بعدها من قانون التنفيذ العراقي .

من وجوب اتباع الاجراءات المقررة في البيوع الجبرية سواء طلب صاحب المصلحة ام لم يطلب ذلك .

فتبليغ العميل بوجوب رد المبلغ المسحوب ، سيسهل عملية ذلك بسرعة كبيرة مقارنة بإتباع الاجراءات القانونية .

الفرع الثاني

أثر خيار الرجوع بالنسبة الى العميل

اذا كان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف كغيره من العقود يرتب التزامات متقابلة على كلا طرفيه، من مصرف وعميل ، فان آثار ممارسة خيار الرجوع من قبل المصرف لا تقتصر عليه فحسب ، بل انها تنصرف الى ما التزم به الطرف الثاني بموجب العقد، ولا نغالي اذا ما قلنا بانه يرتب آثار تدق بشكلٍ اساس ما التزم به العميل المصرفي ؛ لأنه يندر حصول اخلال من جهة المصرف ، فهو يسعى الى استثمار امواله بطرقٍ شتى بعد اتباع جملة من الاجراءات التي تجعله عند التعاقد مع العملاء في مأمن من حصول خسارة كبيرة بأمواله المستثمرة ، فضلا عن ان المخاطر التي نحن بصددها لا تواجه المصرف ، بل يتعرض لها عميله، مما ينذر بحصول مخاطر تؤثر على ما له من اصول نقدية لدى هذا الاخير.

وإذا كانت آثار الخيار ذات شمولية لأطراف عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، فإننا بعد انتهائنا من بحثها من جهة المصرف ، بقي ان نحيط بما يرتبه الخيار من آثار قانونية بالنسبة الى العميل المصرفي.

وعليه نقول ، ان النظرة التكاملية لأهم الآثار التي تترتب على إعمال خيار الرجوع المصرفي بالنسبة الى العميل ، توجب طرح فرضيات عدة ، وهي ملازمة لموقف العميل عند استعمال مبلغ الاعتماد من عدمه ، لذلك يستلزم المقام تبيان موقف العميل ، ونرى فيما بعد ما يرتبه الرجوع من آثارٍ ، وذلك في الفقرات الآتية :

اولاً – حالة عدم استعمال العميل مبلغ الاعتماد : سبقت الاشارة الى ان العميل المصرفي غير مجبر على استعمال مبلغ الاعتماد للسحب على المكشوف ، فهو مخير في ذلك ، بمعنى ان هذا التخيير مرتبطٌ بما يحتاجه نشاطه المهني او التجاري ، كما يمكن ان يكون فتح الاعتماد لأغراض استهلاكية ، اي لا تدخل في نشاطه التجاري ، فيقوم بفتح عقد الاعتماد ، بيد انه يَعدِل عن قراره ، إذ لا يرغب في سحب او استعمال مبلغ الاعتماد، وفي هذه الفرضية ان إعمال الخيار من قِبَل المصرف بالرجوع عن العقد ، فالمنطق يحكم بعدم الزام العميل المتعاقد برد

المبلـغ ، إذ لا يمكـن الحـديث عـن الـرّد ، لان مبلـغ الاعتمـاد انمـا يكـون فـي حيـازة المصـرف ، وهـي مسـألة كمـا يعبـر عنهـا (سـالبة بانتفـاء الموضـوع) ، فـأثر الرجـوع هنـا لا يلـزم العميـل بمحـل العقـد (مبلغ الاعتماد) .

بيـد ان التسـاؤل الـذي ينقـدح فـي الـذهن هـو ان عـدم اسـتعمال او سـحب مبلـغ الاعتمـاد الـذي لا يلزم العميل بالرد ، هل يتعلق بجزئية المبلغ ام انه ذات شمولية لكل التزامات العميل ؟

للإجابــة عــن هــذا التســاؤل نقــول ، ان فــتح الاعتمــاد للســحب علــى المكشــوف لا يعــود بالفائـدة علـى المصـرف اذا كـان محـل التـزام العميـل هـو مبلـغ الاعتمـاد ، فالغالـب ان العمليـات التـي تجريهـا المصـارف لا تكـون مجانيـة ، فهـي تبغـي مـن ورائهـا المضـاربة علـى المبلـغ الـذي وضـع تحـت تصـرف العميـل ، والـذي يعـود (اي مبلـغ الاعتمـاد) الـى مـدخرين لـدى المصـرف ، مـن خلال التعاقد مع العميل بهدف الحصول على العمولة اذا كانت مشروطة .

فالعمولـة " عـوض يأخـذه المصـرف مـن العميـل مقابـل خدمـة " [1] ، فهـي مـا يكـون مقابـل للمصـرف عنـد فتحـه اعتمـاد للعميـل [2] ، بمعنـى انهـا " مبلـغ مـن النقـود يدفعـه العميـل للبنـك مقابـل أداء هـذا الاخيـر الخدمـة محـل العقـد"[3] ، ويـتم تحديـد العمولـة التـي يتقاضـاها المصـرف عنـد الاتفـاق او ابـرام العقـد ، فهـي تـرد بموجـب نـص صـريحٌ فيـه ، وبـالمفهوم المخـالف لـذلك ، فـي حالـة تخلـف ذكرهـا وعـدم تحديـدها فـي العقـد فعندئـذ يـتم تقـديرها بموجـب العـرف المصـرفي [4] ، وعـادة مـا تؤخـذ هـذه العمولـة ابتـداءً عنـد ابـرام العقـد ، بيـد ان تسـويغ الالتـزام بـدفعها بعـدّها مـا يسـتحقه المصـرف او مـا يتحملـه نتيجـة تهيئتـه بعـض الاجـراءات التـي تلبـي فـي النهايـة احتياجـات شـخص العميـل [5] ، واذا كانـت العمولـة تعـدّ امـراً منطقيـاً وعـادلاً عنـد فـتح عقـد الاعتمـاد ، بيـد ان الملاحظ ان استحقاق هذه العمولة لا يتوقف على استعمال العميل لمبلغ الاعتماد من عدمه[6].

وهـذا يعنـي ان ممارسـة خيـار الرجـوع مـن قبـل المصـرف وان كـان فـي فـرض عـدم اسـتعمال مبلـغ الاعتمـاد مـن قبـل العميـل لا يلزمـه بـرده ، بيـد ان هـذا الاخيـر يبقـى ملتزمـا بـرد مبلـغ

([1]) عبد الكريم محمد احمد اسماعيل ، العمولات المصرفية – حقيقتها واحكامها الفقهية ، الطبعة الثانية ، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، السعودية – الرياض ، 2011 ، ص 72 .

([2]) د. سميحة القليوبي ، الاسس القانونية لعمليات البنوك ، الطبعة الثانية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2003 ، ص131.

([3]) د. حسن الحسني ، عقود الخدمات المصرفية ، دون مكان للنشر ، دون مكان طبع ، 1986 ، ص 252 ، انظر ايضا د.عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق ، ص 164، د. عبد الرحمن السيد قرمان ، مصدر سابق ، ص 405 .

([4]) J. Van Ryn ، Droit commercial ، T. 3 ، Bruxelles ، ed ، 1961 ، p353 -345.

([5]) انظر د. اكرم ياملكي ، د. فائق الشماع ، مصدر سابق ، ص377 .

([6]) J. Van Ryn ، op . cit . p 354 .

العمولة ان لم تكن مدفوعة مسبقاً ، بصرف النظر عن كونه قد استفاد من وضع المبلغ تحت تصرفه ام لا سواء بالسحب ام عدم ذلك .

بيد ان السؤال الذي ينقدح في الذهن هل ان تخلف العميل عن دفع العمولة يرتب فوائد قانونية ام لا ؟

الاجابة عن هذا التساؤل ليست بالأمر اليسير ابتداءً ، اذ لابد من معرفة ماهية الفائدة ومن ثم شروطها ، وبعد ذلك سنرى مدى امكانية استحقاق المصرف لها من عدمه .

يراد بالفائدة القانونية " مبلغ من النقود يلتزم المدين بدفعه للدائن على سبيل التعويض عن التأخير في تنفيذ التزام محله مبلغ من النقود عن الميعاد المحدد له او نظير انتفاعه بمبلغ من المال في عقد من عقود المعاوضة"[1] ، ويتضح من هذا التعريف ان تأخر المدين عن تنفيذ ما ترتب بذمته من التزام بدفع مبلغ من النقود ، او عند انتفاعه من مبلغ ما فانه ينتج عن ذلك استحقاق تعويض قانوني بصورة فائدة على تلك المبالغ ، وعليه فان الفائدة اما ان تكون تأخيرية او استثمارية أي عند الانتفاع برأس المال ، وبما ان هذه الاخيرة تخرج تخصيصاً عن موضوع بحثنا في هذا الفرض ، فإننا سنقتصر على النوع الاول وهو الفائدة التأخيرية .

وكيف كان فان الالتزام الذي يكون محله مبلغ من النقود وتأخر المدين عن تنفيذه فهنا ينتج فائدة قانونية يلزم بدفعها الى شخص الدائن ، وهو ما نصت عليه المادة (171) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين في الوفاء به ، كان ملزماً ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية ..)) [2] ، في حين ان الفقرة الاولى من المادة (173) من القانون

([1]) انظر استاذنا د. عباس علي محمد ، د. حسن حنتوش رشيد ، التعويض القانوني – نظرية الفائدة – بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية ، المجلد السادس ، العدد الاول ، 2008 ، ص 226 ، انظر بالمعنى ذاته د. انور سلطان ، احكام الالتزام، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983 ، ص 81 وما بعدها .

([2]) تقابلها المادة (1231 -1) من القانون المدني الفرنسي والتي نصت على انه ((يحكم على المدين بدفع التعويض ان كان له مقتضى اما بسبب عدم تنفيذ الالتزام او بسبب التأخر في التنفيذ ، ما لم يُثبت ان القوة القاهرة كانت هي المانع من التنفيذ)).

النص باللغة الفرنسية :

((Article : 1231-1 : Le débiteur est condamné، s'il y a lieu، au paiement de dommages et intérêts soit à raison de l'inexécution de l'obligation، soit à raison du retard dans l'exécution، s'il ne justifie pas que l'exécution a été empêchée par la force majeure.)) .

تقابلها المادة (167) من قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (24) لعام 1988 المعدل والتي نصت على انه ((1- اذا كان المدين قد تعهد بتأدية مبلغ من النقود في وقت معين وامتنع عن ادائها عند حلول الاجل يحكم عليه بالفائدة دون ان يكلف الدائن اثبات تضرره عن عدم الدفع)) .

ذاتـه قـد نصـت علـى انـه ((لا يشـترط لاسـتحقاق فوائـد التـأخير قانونيـة كانـت او اتفاقيـة ان يثبـت الدائن ضررا لحقه من هذا التأخير)) .

وعنـد الجمـع بـين نـص المـادة (171 و 173) ينقـدح المعنـى الظـاهر لاسـتحقاق الفائـدة القانونيـة بالشروط الآتية:

1- **ان يكـون محـل الالتـزام مبلغـاً مـن النقـود :** لا يمكـن الحـديث عـن اسـتحقاق فائـدة قانونيـة ، مـا لـم يكـن محـل التـزام المـدين بـدفعها مبلـغ مـن النقـود ، وينبغـي ان " يكـون المبلـغ معلـوم المقـدار وقـت نشـوء الالتـزام أمـا اذا لـم يحـدد مقـداره عنـد المطالبـة فـلا يسـري عليـه حكـم الفوائـد القانونيـة " [1] ، بيـد ان الـبعض لا يشـترط هـذا الشـرط علـى اسـاس مـن ان كـل التـزام يكـون محـدد المقـدار عنـد مطالبـة صـاحبه بـه ، فـلا يمكـن تصـور المطالبـة بشـيء غيـر محـدد[2]، وبمـا ان العمولـة مبلغـاً مـن النقـود يلتـزم العميـل بـدفعها الـى المصـرف، التـي تكـون حصـرا مبلغـاً مـن النقـود ، فـلا يمكـن تصـور حصـول المصـرف علـى مقابـل لفـتح الاعتمـاد او اي خدمـة مصـرفية ، عينـاً اخـرى غيـر النقـد [3] ، بيـد ان هـذا لا يمنـع مـن امكانيـة الاتفـاق على ان يكون مقابل فتح الاعتماد شيء اخر غير النقد .

2- **تـأخر المـدين فـي الوفـاء :** يشـترط بالإضـافة لمـا تقـدم ان يتـأخر العميـل عـن وفـاء مبلـغ العمولـة لصـحة إعمـال الـنص القـانوني الخـاص باسـتحقاق الفائـدة ، فرجـوع المصـرف يجعل من استحقاق الفائدة التزاماً بذمة العميل ، وهذا الالتزام ينتج فوائد قانونية .

بيـد ان التسـاؤل الـذي يثـار هنـا ، مـا هـو الوقـت الـذي يعـد فيـه العميـل المـدين بهـا متـأخراً عـن الـدفع لتطبيـق هـذا الشـرط ؟ حقيقـة ان هـذا الوقـت ينـتج أثـره مـن لحظـة رجـوع المصـرف واخطـار عميلـه بإعمـال خيـاره فـي ذلـك . وعليـه يمكـن القـول انـه مـن لحظـة تحقـق كافـة شـروط الرجـوع يعتبـر العميـل ملـزم بـدفع العمولـة (وهـذه العمولـة مسـتحقة سـواء رجـع المصـرف ام لا ، فهـي مسـتحقة بمجـرد فـتح الاعتمـاد كمـا بينـا) واي تـأخير يفتـرض مـن بـابِ العدالـة ان يحسـب ابتـداءً مـن هـذه اللحظـة، و يجعـل مـن التـزام العميـل بـدفع العمولـة منـتج لفوائـد قانونيـة ، فالمعيـار حسـب تقـديرنا معيـار زمنـي وهـو بطبيعـة الحـال مـرتبط

([1]) انظر استاذنا د. عباس علي محمد ، د. حسن حنتوش رشيد ، التعويض القانوني – نظرية الفائدة – مصدر سابق ، ص227 .

([2]) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – الاثبات – أثار الالتزام ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968 ، ص 888.

([3]) انظر المعنى الظاهر من الفقرة الثانية من المادة (269) من قانون التجارة العراقي .

بمرتكزين ، الاول هو التعبير عن النية بالرجوع ، وذلك باتخاذ اي مسلك للتعبير عن إرادة المصرف بالرجوع فضلا عن اخطار العميل بذلك ، اما الثاني هو التأخر عن الدفع .

3- **المطالبة القضائية :** توجب القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، المطالبة بالفوائدِ بطريقٍ قضائي، بمعنى ان الاعذار وحده لا يوجب سريان الفوائد بمجرد حصوله ، بل يستلزم الحال ان تكون هناك مطالبة قضائية لسريانها ، وما يسوغ اشتراطها هو محاربة الربا ، وكل هذا يصب في مصلحة المدين ، ويفهم هذا التقييد من نص المادة(171) من القانون المدني العراقي ، فقد نصت على انه ((... وتسري هذه الفوائد من تأريخ المطالبة القضائية بها ان لم يحدد الاتفاق او العرف التجاري تأريخا آخر لسريانها ، وهذا كله ما لم ينص القانون على غيره)) ، بيد ان رهن سريان الفوائد بالمطالبة القضائية ليس من النظام العام بل يمكن الاتفاق على خلافه ، بل ان العرف التجاري من الممكن ان يكون استثناءً على هذا الاصل في سريانها [1] .

واذا كان القانون [2] ، يفترض مجرد التأخير ضرراً لا يستوجب الاثبات ، بيد ان هناك رأي في الفقه[3] ، يذهب الى خلاف ذلك بالقولِ " ونحن لا نتفق برأينا المتواضع مع الاتجاه المتقدم بشأن افتراض الضرر ، حتى لو كان محل الالتزام مبلغاً من النقود ، فليس من العدل والمنطق ان يفترض الضرر لمجرد ان محل الالتزام الذي حصل الاخلال به مبلغ من النقود ، بل والاكثر عدالة نقول ان نسب الفوائد المحددة على فرض بقائها تكون مستحقة متى ما اثبت الدائن حصول ضرر له من جراء التأخير في التنفيذ وذلك يكون اكثر انسجاماً مع الغاية من الفوائد كتعويض لجبر الضرر الحاصل، فلماذا نقرر تعويضاً مفترضاً وقوعه وقد لا يكون حاصلاً ، اليس في ذلك اثراء للدائن على حساب المدين في الوقت الذي ندعو فيه الا يكون الحكم بالتعويض مصدراً لإثراء احد الاطراف على حساب الطرف الآخر".

بيد اننا لا نؤيد هذا الرأي ؛ على اساس من ان النقود تمثل رأس مال منتجاً واقعا من جهة ، وقد يسوغ تشريع تلك الفوائد برغبة المشرع في حمل المدين على الوفاء به من جهة

([1]) انظر د. عبد المجيد الحكيم ، ا. عبد الباقي البكري ، ا . محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 78 وما بعدها .

([2]) انظر نص الفقرة الاولى من المادة (173) من القانون المدني العراقي.

([3]) انظر ايضا د. عباس محمد علي ، د. حسن حنتوش رشيد ، مصدر سابق ، ص 228

اخرى ، كما هو الحال في الحكمة من تشريع الغرامة التهديدية [1] ، او ما تسمى بالإكراه المالي والتي تعد بطبيعة الحال من وسائل الحصول على التنفيذ العيني الجبري.

واذا كانت القواعد العامة في القانون المدني توجب المطالبة القضائية بوصفها شرطاً لاستحقاق الفوائد التأخيرية ، فان هذا الكلام يجب ان لا يؤخذ على اطلاقه ، فلو كنا امام التزام بدفع مبلغ من النقود ناتج عن تعامل مدني ، فهنا تكون المطالبة القضائية شرطاً قانونياً لاستحقاقها ، بيد اننا امام التزام بدفع مبلغ من النقود ناتج عن تعامل تجاري ، ولا تشترط فيه حسب تقديرنا المطالبة القضائية لاحتسابها ؛ على اساس من ان تشريع الخيار يمثل بطبيعة الحال كونه استثناء من القواعد العامة ، ولا يمكن ان يحتج علينا بذلك ؛ لان المشرع لم يوصد الباب امام الاستثناء على مبدأ احتساب الفائدة ، فقد جعل احكام المادة (171) ليست من النظام العام ، بل بالإمكان الاتفاق على خلافها ، زد على ذلك ان المشرع اعطى دوراً للعرف التجاري لإقرار ما يحلو له من قواعد تحدد ميعاداً لسريانها ، وعليه يمكن ان نقول ان تأريخ استحقاق فوائد قانونية على مبلغ العمولة ، يجب ان يكون من تأريخ اشعار العميل برجوع المصرف عن العقد ، فيكون تأريخ الاشعار هو تأريخ سريانها ، واذا ما تخلف لا يمكن الحديث عن فوائد قانونية من وجهة نظرنا ؛ على اساس من ان القانون يجعل منه مخطئاً في هذا الفرض[2] ، فضلا عن انتفاء شرط من شروط فاعلية الخيار ، وهو الاشعار .

هذا وعند تحقق شروط استحقاق الفائدة ، فإنها تكون وفقاً للسعر المحدد قانوناً ، وهو ما تضمنته المادة (171) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه ((اذا كان محل الالتزام مبلغاً من النقود وكان معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام وتأخر المدين عن الوفاء به ، كان ملزماً ان يدفع للدائن على سبيل التعويض عن التأخير فوائد قانونية قدرها اربعة في المائة في المسائل المدنية خمسة في المائة في المسائل التجارية)) ، وبما اننا امام دين تجاري فان الفائدة تكون بنسبة خمسة بالمائة ، بيد ان للمصرف ان يطالب بتعويض اخر حسب القواعد العامة ، وهو تعويض تكميلي يضاف الى الفائدة سواء أكانت قانونية ام اتفاقية ، عندما يُثبت ان الضرر الذي اصابه قد تسبب فيه العميل بِغُش منه او بخطأ جسيم [3] .

([1]) انظر المادة (253 و 254) من القانون المدني العراقي .

([2]) نصت الفقرة الثالثة من المادة (173) من القانون المدني العراقي على انه ((أما اذا تسبب الدائن وهو يطالب بحقه في إطالة امد النزاع بخطئه فللمحكمة ان تخفض الفوائد سواء كانت قانونية ام اتفاقية ، او الا تقضي بها إطلاقاً عن المدة التي طال فيها النزاع بلا مبرر)) .

([3]) انظر الفقرة الثانية من المادة (173) من القانون المدني العراقي .

ثانيا – حالة استعمال جزء من مبلغ الاعتماد : قد نكون امام فرضية أخرى تختلف عن سابقتها، وهي حالة سحب العميل لجزء من مبلغ الاعتماد ، وهي تمثل بطبيعة الحال اكثر خطورة وتعقيداً من الفرضية السابقة ، اذ ان رجوع المصرف عن عقد الاعتماد يرتب آثاراً قانونية من جهة العميل ، عندما يكون قد سحب جزء من المبلغ الذي وضع تحت تصرفه ، بصرف النظر عن مقداره ، سواء كان قليلاً ام لا ، فيلزم عندئذ العميل بالتزامات عدة ، فلا يقتصر الحال على رد الجزء المسحوب من مبلغ الاعتماد ، بل اكثر من ذلك ، وسنحاول تبيان تلك الالتزامات في الفقرات الآتية :

1- **رد العمولة :** سبقت الاشارة الى ان العميل المصرفي يلزم برد العمولة حتى لو لم يستعمل او يسحب مبلغ الاعتماد ، فمن بابٍ اولى ان يرد ما ترتب بذمته من عمولة سنوية مقطوعة [1] .

2- **رد المبلغ المسحوب :** يلتزم العميل بالإضافة الى رد العمولة ، برد ما سحبه من مبلغ الاعتماد ، فقد يبادر العميل الى رد ما تسلمه من نقود بإرادته المنفردة ، بيد ان الرد لربما يكون متعذراً بإرادة العميل بوصفه ردة فعل من جانبه بناءً على موقف المصرف بإعمال او ممارسة الخيار ، وقد يكون عدم الرد لا إرادياً عندما يتعذر على العميل ذلك نتيجة خسارته لمشروعه التجاري الذي يحتاج الى تمويل اضافي من قبل المصرف ، فيكون العميل في مركز التاجر المتوقف عن سداد ديونه ، سواء قِبَل المصرف او غيره من الدائنين ، الامر الذي يعرضه لمخاطر الافلاس ، لكن يثار تساؤل حول عدم دفع مبلغ الاعتماد بإرادة العميل بتعنت منه ومماطلة نكالاً بالمصرف ، هل يرتب هذا التخلف عن الدفع فوائد قانونية ؟

بداهة ان هذا التخلف عن الدفع يمثل تأخيراً وخطأ من جانب العميل الذي تنهض معه مسؤوليته بتعويض المصرف تعويضا قانونياً مضافاً الى الجزء المسحوب من مبلغ الاعتماد ، على التفصيل سابق الذكر .

3- **دفع الفوائد :** يراد بالفائدة في هذا الفرض ما يلتزم المدين بدفعه من مبالغ نظير انتفاعه بمبلغ من النقود في عقد من عقود المعاوضة [2]، فقد اجازت التشريعات محل المقارنة للمصرف ان يشترط فوائد على المبلغ الممنوح له عند ابرام عقد الاعتماد للسحب على

([1]) انظر الفقرة الثانية من المادة (269) من قانون التجارة العراقي .

([2]) انظر د. عبد المجيد الحكيم ، ا. عبد الباقي البكري ، ا . محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، مصدر سابق ، ص 74 .

المكشوف [1]، وهذه الفوائد ليست قانونية بل اتفاقية ، وهي ما تسمى بالفوائد التعويضية، بيد ان استحقاقها يستلزم توافر شروط جمة نمثلها في الفقرات الآتية :

أ- **ان يكون محل الالتزام مبلغاً من النقود معلوم المقدار وقت نشوء الالتزام :** وهذا الشرط بيناه تفصيلا في الفرضية الاولى ، ومن ثَمَ لا حاجة لإعادة ذكره .

ب- **الاتفاق عليها بين الطرفين :** لا تستحق الفائدة التعويضية الا بالاشتراط عليها في العقد [2]، ويمكن ان نتلمس بعض الشواهد القانونية في ذلك ، فقد نصت المادة(692) من القانون المدني العراقي على انه ((لا تجب الفائدة في القرض الا اذا اشترطت في العقد)) ، واذا كان المشرع قد اباح للأطراف عند التعاقد اشتراط فائدة على المبلغ ، بيد انه لم يطلق العنان لإراداتهم في اشتراط ذلك دون تحديد لسقف هذا الاشتراط ، اذ اوجب ان لا تزيد هذه الفائدة عن سبعة في المائة ، وذلك في الفقرة الاولى من المادة (172) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه ((يجوز للمتعاقدين ان يتفقا على سعر آخر للفوائد على الا يزيد هذا السعر على سبعة في المائة ، فإذا اتفقا على فوائد تزيد على هذا السعر وجب تخفيضها الى سبعة في المائة وتعين ردّ ما دُفع زائداً على هذا المقدار)) ، ومع ذلك " فان المشرع قد استثنى البنك المركزي في القانون رقم 64 لسنة 1976 من احكام المادة السابقة ، وتعلل المذكرة التفسيرية للقانون هذا الاستثناء بان الارتفاع المستمر في اسعار الفوائد التي تستوفيها المصارف والمؤسسات المالية الاجنبية والتي وصلت الى نسبٍ تزيد كثيراً عن نسب الفوائد التي تستوفيها المصارف والمؤسسات المالية العراقية والمحددة بموجب المادة (172) من القانون المدني ، ولغرض تجنب الخسائر التي تتحملها المصارف والمؤسسات المالية العراقية نتيجة للفرق بين سعري الفائدة في الداخل والخارج " [3]، بيد ان البنك المركزي العراقي في التعليمات رقم (7) لعام 2004 قد حدد سعر الفائدة التي من الممكن ان يشترطها المصرف مقابل فتح عقد الاعتماد للسحب على المكشوف تتراوح بين (17 %) بوصفها حد اً ادنى و (22 %) حداً اعلى ، بيد انه خفض هذه النسبة حالياً الى

([1]) انظر المادة (L.312-92) من قانون الاستهلاك الفرنسي ، والمادة (118 /2) من قانون التجارة الاردني ، والمادة (269/ ثانيا) من قانون التجارة العراقي .

([2]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – آثار الالتزام ، مصدر سابق ، ص 840 .

([3]) انظر د. باسم محمد صالح ، مصدر سابق ، ص 41 .

(11%) بوصفها حداً ادنى و (14 %) حداً اعلى [1] ، و " يحق للمصرف مانح الاعتماد ان يغير من سعر الفائدة المتفق عليها بموجب عقد الاعتماد في اثناء تنفيذ العقد وذلك اذا قرر البنك المركزي تغييرها على ان يتم الاعلان عن ذلك التغيير من سعر الفائدة بلوحة اعلانات المصرف مانح الاعتماد ، ويسري هذا التغيير ابتداءً من تاريخ نفاذ قرار البنك المركزي العراقي " [2] . وكيف كان فان الاتفاق على هذه الفوائد هو الذي يحدد كيفية دفعها سواء كانت بشكلٍ شهري ام غير ذلك .

بيد ان التساؤل الذي يثار هنا ، ان استحقاق الفوائد كما هو معلوم يكون مرهونا بمقدار المال والزمن المحدد لاستحقاقها ، فكيف يكون ذلك عند ممارسة المصرف لخيار الرجوع ؟ .

الاجابة عن هذا التساؤل تستبطن شطرين ، الاول يتعلق بمقدار المال ، اما الثاني فهو الزمن ، ففي ما يتعلق بالشطر الاول من التساؤل نقول ، اننا لا زلنا في فرضية استعمال جزء من مبلغ الاعتماد من قبل العميل ، فالمنطق يحكم بوجوب ارتباط الفائدة بمقدار ما تم سحبه من مبلغ ، وليس المبلغ المحدد بالعقد كله ، لان المبلغ المتبقي انما يكون في حيازة المصرف ، ولا يمكن الاحتجاج علينا بان المصرف قد وضع المبلغ تحت تصرف العميل ، ولم يقم هذا الاخير باستعماله ، لذلك تجب الفوائد المشروطة ، وهذا الاحتجاج يصح في الفرض الذي ينتهي به العقد دون سحب كل المبلغ ، فضلا عن عدم استعمال المصرف لخيار الرجوع ، ولكننا نقول ان الفوائد يجب ان تقابل ما يكون في حيازة العميل من مبالغ ؛ لسبب ان إعمال الخيار يكونُ مانعاً من منحه للعميل ، الامر الذي لا يستطيع معه استعماله ، واذا كان المنطق يدلنا على النتيجة هذه ، فان القانون بطبيعة الحال يؤيد ما سلكناه وسلمنا به ، فقد نصت الفقرة الثانية من المادة (172) من القانون المدني العراقي على انه ((وكل عمولة او منفعة ايا كان نوعها اشترطها الدائن إذا زادت هي والفائدة المتفق عليها على الحد الاقصى المتقدم ذكره ، تعتبر فائدة مستترة وتكون قابلة للتخفيض اذا ثبت ان هذه العمولة أو المنفعة لا تقابلها خدمة حقيقية يكون الدائن قد اداها ولا منفعة مشروعة)) ، فرجوع الدائن عن العقد سيجعل منه محتفظاً بما في حيازته من مبلغ الاعتماد ، ومن ثم سوف لا يستفيد منه العميل ، الامر الذي يجعل من اشتراط فائدة على المبلغ كله دون الجزء المسحوب ، غير قانوني ، فاستحقاق الفائدة لا تقابله خدمة حقيقية اداها المصرف للعميل ، والقول بخلاف ذلك يعني تجني على النص القانوني ، زد

([1]) انظر التعليمات الصادرة من قسم الدراسات والعمليات المصرفية في البنك المركزي العراقي رقم (7) لعام 2004 ، بتاريخ 15 / 1 / 2004 .

([2]) بختيار صابر بايز حسين ، مصدر سابق ، ص 147 .

على ذلك ان القول باستحقاق فائدة على المبلغ كله بصرف النظر عن المبلغ المسحوب من قبل العميل في فرضية عدم استعماله لمبلغ الاعتماد كله، يعني اثراء المصرف على حساب العميل[1] .

اما الشطر الثاني والمتعلق بالزمن المحدد لاستحقاق الفائدة ، فنقول ان زمن استحقاقها هو الزمن الذي يكون فيه العميل ملزما بإعادة الحال الى ما كان عليه ، وذلك بإلزامه برد ما يكون بذمته من مبلغ العمولة ان لم تكن مدفوعة ، فضلا عن المبلغ المسحوب بالإضافة الى فوائد هذا الثمن ، ويؤخذ بنظر الاعتبار زمن استعماله للمبلغ، اذ لا يمكن تلقي فوائد على جزء المبلغ دون احتساب الوقت الذي انتفع فيه العميل من هذا الجزء ، ولا نعلم الوقت الذي سوف يتحقق فيه الرجوع ، ولا وقت ممارسته من قبل المصرف ، ونعتقد ان هذا الحال يخضع تقديره الى قاضي الموضوع للبت فيه ، اذا لم يكن المصرف عادلاً في احتسابه .

ومن نافلة القول فان امتناع العميل عن دفع المبلغ مع الفائدة المتفق عليها ، فهنا ينتج هذا المبلغ بطبيعة الحال فوائد تأخيرية ، بيد ان ذلك مقيد من وجهة نظر المشرع بقيود ، اذ يجب ان لا يكون الدائن قد تسبب بخطئه في اطالة امد النزاع [2] ، فضلا عن انه لا يجوز تقاضي فوائد على متجمد الفوائد ، ولا يجوز على اي حال ان يكون مجموع الفوائد التي يستحقها الدائن اكثر من رأس المال [3] .

ثالثا – حالة استعمال مبلغ الاعتماد كله : تعتبر هذه الفرضية قياساً بسابقاتها من اعقد الفرضيات التي تجابه المصرف عند تحقق احدى المخاطر، والتي يكون فيها العميل قد سحب كل مبلغ الاعتماد ولم يقم بسداد جميع التزاماته قبل إعمال او ممارسة خيار الرجوع من قبل المصرف .

فعند ممارسة خيار الرجوع من قبل المصرف ، ففي هذه الفرضية يكون العميل ملزماً بدفع ما التزم به من مبلغ الاعتماد والعمولة والفوائد المتفق عليها ، بيد ان هذه الاخيرة يجب ان تراعى من حيث الزمن الذي كان المبلغ في حيازة العميل ، فقد لا تطول المدة ومن ثَم لا ينتفع هذا الاخير من المبلغ عند رجوع المصرف، فهو يبقى ملزما بدفعها الى المصرف ، وعند

([1]) يمكن ان نستلهم هذا المعنى من نص الفقرة الاولى من المادة (233) من القانون المدني العراقي والتي نصت على انه ((من دفع شيئاً ظاناً انه وجب عليه فتبين عدم وجوبه فله الرجوع به على من قبضه بغير حق)) .

([2]) انظر الفقرة الثالثة من المادة (172) من القانون المدني العراقي.

([3]) انظر المادة (174) من القانون ذاته .

التصرف بها (اي بالأموال المستحقة ككل) يكون تصرفه موقوفاً على ارادة المصرف [1]، لان الاموال تعتبر عندئذ ملكاً له ومستحقة الدفع .

هذا وعند قيام العميل بدفع هذه المبالغ ، فهنا ينشأ التزام على المصرف برد ما تسلمه من ضمانات عينية او الشخصية ، سواء بتحريرها من الرهن ، او انهائها او تسليمها اذا كانت منقولة .

هذا واستكمالاً لكل ما طرح من فرضيات ، بقي ان نشير الى فرضية في غاية الاهمية، التي تتمثل بأثر الهلاك على التزامات كل من المصرف والعميل بعد ممارسة خيار الرجوع المصرفي ، بيد ان الامر يحتاج الى تبيان هذا الاثر في فقراتٍ مستقلةٍ .

1- **اثر الهلاك على التزامات المصرف :** في اغلب التعاقدات التي يجريها المصرف ، فهو يسعى الى البحث عن الضمانات التي تجعله بمأمن مما يواجهه من مخاطر سواء كانت محتملة ام لا ، فيطلب تقديمها من قبل العميل ، وفي الغالب تكون ضمانات عينية ، وقد تكون في بعض الاحيان شخصية ، بيد ان ممارسة المصرف لخياره بالرجوع يرتب التزاماً بالردّ ، فيكيف يكون ذلك في فرضية الهلاك ؟ .

لأول وهلة لا يمكن الحديث عن الهلاك عندما نكون امام تأمينات شخصية ؛ على اساس ان الكفالة تتعلق بشخصٍ وليس بشيء ، فتنتهي بحالاتٍ محددة قانوناً ، اذ قد يكون انتهاؤها بأداء الدين المكفول به [2]، او ابراء الدائن مدينه ، او احالة المدين او الكفيل الدائن بالدين المكفول به على آخر بحوالة مقبولة من المحال له والمحال عليه ، او اشتراط الكفيل براءة نفسه في حوالته [3]، او عند الصلح مع الدائن على مقدار الدين[4]، وقد يكون انقضاؤها عند فسخ العقد [5]، او موت الكفيل فيطالب عندئذ بالمال المكفول به من تركته [6] .

([1]) نصت الفقرة الاولى من المادة (135) من القانون ذاته على انه ((من تصرف في ملك غيره بدون اذنه انعقد تصرفه موقوفاً على اجازة المالك)).

([2]) المادة (1040) من القانون المدني العراقي .

([3]) المادة (1043) من القانون ذاته

([4]) المادة (1044) من القانون ذاته .

([5]) المادة (1045) من القانون ذاته .

([6]) المادة (1047) من القانون ذاته .

اما الهلاك المقصود هنا يتعلق بالشيء المرهون سواء كان عقاراً ام منقولاً .

ففي ما يتعلق برهن العقار عندما يكون ضمانا لفتح عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، فان رجوع المصرف عن هذا العقد ، يرتب التزاماً بردها سواء بتحريرها [1]، او تنازله عن حق الرهن [2] .

الا اننا نواجه فرضية هلاك العين المرهونة بعد إعمال خيار الرجوع وقبل تسليمها الى العميل ، فهنا تجب ملاحظة ان العقار قد يهلك كان يحترق او تنزع ملكيته للمنفعة العامة عند ذلك ينقضي الرهن وذلك لزوال محله ويكون زواله باثر غير رجعي [3]، بيد ان هلاكه اذا كان ناشئاً عن سبب اجنبي (قضاءً او قدراً) ، فهنا يكون هلاكه او تعيبه على الراهن ، وعليه فان لم يقبل المرتهن بقاء الدين بلا تأمين ، فان الخيار يكون للمدين في ان يقدم تأميناً كافياً او ان يوفي الدين فوراً ، [4]، اما اذا تسبب شخص الراهن في هلاك المرهون او تعيبه بخطئه فان للمرتهن الخيار بين ان يطلب تأميناً كافياً او ان يستوفي فوراً [5]، ولكن دفع العميل لكل المبالغ المستحقة للمصرف ، فان هلاك المرهون او تعيبه يقع على عاتق المصرف المرتهن ، وليس له شيء ، بل يدفع تعويضاً الى الراهن عما اتلفه بموجب خطئه [6] ، فان لم يكن العميل قد دفع مبلغ الاعتماد وهلك الشيء المرهون بخطئه (المصرف) فلا يستحق شيئاً اذا كانت قيمة الشيء تساوي مبلغ الاعتماد ، اذا كانت اكثر من ذلك فيجوز للعميل المطالبة بما يزيد عن مبلغ الاعتماد ، اما اذا كانت قيمة الشيء اقل من مبلغ الاعتماد فللمصرف الرجوع بالمتبقي على العميل ، وهذه الاحكام هي نفسها اذا كان الشيء المرهون منقولاً ، اللهم الا في بعض

([1]) يراد بالتحرير " اجراء بمقتضاه يعرض الحائز على الدائنين المسجلة حقوقهم قبل تسجيل سند ملكيته قيمة العقار ، فاذا قبلوا هذا العرض دفع لهم الحائز هذه القيمة حسب ترتيب استحقاقهم وترتب على ذلك تخليص العقار من جميع الرهون حتى التي لم يصب اصحابها شيئا من قيمة العقار ، واذا لم يقبل الدائنون كلهم او بعضهم هذا العرض طمعاً الحصول على ثمن ازيد وجب عليهم ان يطلبوا بيع العقار في الحال ولو كانت ديونهم غير حالة وترتب على ذلك ايضا تحرير العقار، فعلى اي حال يترتب على اتباع اجراءات التحرير تطهير العقار مما يثقله من رهون " د. غني حسون طه ، محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 456.

([2]) المادة (1318) من القانون المدني العراقي .

([3]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – في التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، دون سنة نشر ، ص 652 .

([4]) انظر الفقرة الاولى من المادة (1297) من القانون المدني العراقي .

([5]) انظر الفقرة الثانية من المادة ذاتها .

([6]) انظر ، د، غني حسون طه ، د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 423 .

الجزئيات، كما في انقضاء شخصية احد اطراف عقد الرهن ، اذ لا ينقضي ذلك بموت احدهما[1].

2- **اثر الهلاك على التزامات العميل :** عند النظر الى مجمل التزامات العميل ، سنجد انها تنصب على مبالغ نقدية ، وهي تمثل مبلغ العمولة ومبلغ الاعتماد ، فضلا عن الفوائد ، فيندر جداً الاتفاق على ان يكون مقابل فتح الاعتماد شيء عيني ، بل الغالب الاعم هو النقود بصورها المتقدمة ، فالسؤال الذي ينقدح في الذهن ، هل للهلاك اثراً على التزامات العميل قِبَل المصرف ؟

بداهة ان النقود تعدّ من الاشياء المثلية ، وبطبيعة الحال لها ما يماثلها ، ومن ثَمَ يقوم بعضها مقام البعض في الوفاء ، اذ جرى العرف على التعامل بها بالعدد ، فهلاكه لا يؤثر على حياة العقد ، اذ لا ينفسخ بسبب هذا الهلاك ، بل يبقى ما التزم به العميل (المدين)، على اساس من ان هلاك النقود لا يستحيل معه تنفيذ الالتزام اما اذا تسبب شخص الراهن في هلاك المرهون او تعيبه بخطئه فان للمرتهن الخيار بين ان يطلب تأميناً كافياً او ان يستوفي فوراً [2]، وعليه لا أثر لهلاك الشيء محل التزام العميل على التزاماته قِبَل المصرف ، ومن ثَمَ يبقى ملتزم بدفع مثلها .

([1]) نصت المادة (1351) من القانون المدني العراقي على انه ((لا يبطل الرهن الحيازي بموت الراهن او بموت المرتهن)) .

([2]) انظر د. غني حسون طه ، د. محمد طه البشير ، مصدر سابق ، ص 20 – 22 .

المبحث الثاني

انقضاء خيار الرجوع المصرفي

يُعدُّ مبدأ استقرار المعاملات المالية من المبادئ الراسخة في القوانين الوضعية التي تعنى بها ، فما يتعارض مع هذا المبدأ لا يجد له نصيباً في الواقع التشريعي ، وهو ما يأباه المشرع ، اذ غالباً ما يسعى الى وضع انظمة قانونية تكون مصداقاً لهذا المبدأ ، وهي تحول دون إثارة المشاكل القانونية او إطالة امدها ، لذلك وفي نطاقِ بحثنا ، فلا مجال لاعتبار خيار الرجوع المصرفي وضعاً قانونياً يكون بالضد من هذا المبدأ ، ولكي يكون كذلك (أي ليس بالضد من هذا المبدأ) لابد من وضع حدوده التي يفنى عندها ، تحقيقاً لوضوح المراكز القانونية للاطراف المتعاقدة كلها، فضرورة انقضائه امر يحكم به العقل والمنطق ؛ على اساس من ان الغايات السامية لا يمكن الوصول اليها وهي تتجسد بمبدأ الاستقرار المالي ، ما لم يكن للخيار دور مؤقت ، وهو ما سلمنا به من كون الخيار يُعدُّ من الخيارات المؤقتة ، سواء بالإيجاب (كما لو قام المصرف بإعماله او ممارسته) ، ام بالنفي (أي بعدم اللجوء اليه) ، ولا يقتصر الأمر على ما يحكم به المنطق والعقل ، بل ان المتتبع لكل الخيارات القانونية التي اوردها المشرع في القانون المدني والذي يُعدُّ موطنها في اطار القانون الخاص ، يجد ان المشرع قد نص على انقضائها بطرق شتى، وخيارنا لا يخرج من سنخ هذه الخيارات، من حيث امكانية انقضائه حقيقةً قانونية او واقعاً ، واذا كان الخيار كذلك ، فهو يتفق مع بقية الخيارات القانونية من حيث انقضائه بطرق اصلية واخرى تبعية ، و لأجله سنحاول الاحاطة بانقضاء الخيار وذلك في مطلبين ، نتناول في الاول انقضاء خيار الرجوع المصرفي بصفةٍ اصلية ، في حين نبين في الثاني انقضاء خيار الرجوع المصرفي بصفةٍ تبعية .

المطلب الاول

انقضاء خيار الرجوع بصفة اصلية

تُعَدُّ الصفة المؤقتة لخيار الرجوع ، امراً لازماً له ، ومن ثَمَ ينقضي بصرف النظر عن الصورة التي انقضى بها ، فالعدالة توجب ان يتحرر العقد مما يجعله قابلاً للزوال ، وان لا يبقى مهددا به امداً غير معلوم ، وقد سبقت الاشارة الى ان الخيار يمارس خلال مدة معينة ، وهذه المدة بطبيعة الحال تمثل حقاً يتفرع من تشريع الخيار للمصرف ، اذ بها يجد ما يحافظ على مصلحته سواء بالاستمرار بالعقد بالنزول عن الخيار ، ام بإعمال او ممارسة الخيار وذلك بالرجوع عن العقد ، وكل ذلك في ضوء ما يدرسه المشرع عند تحقق او احتمالية تحقق احد المخاطر ، التي تهدد ائتمانه لدى العميل ، ولغرض التعرف على الصورة التي يفنى بها الخيار، سنحاول تبيان انقضائه بصفة اصلية وذلك في فرعين ، نتناول في الاول الانقضاء الصريح لخيار الرجوع ، في حين نوضح في الثاني الانقضاء الضمني لخيار الرجوع .

الفرع الاول

الانقضاء الصريح لخيار الرجوع

يعد من مصاديق الانقضاء اتخاذِ أيّ مسلكٍ يكون دالاً عليه ، فمن الممكن ان يتخذ المصرف اي وسيلة للتعبير عن إرادته بالاستغناء عن الخيار ، فدلالة المعنى الظاهر من مصطلح الخيار ، تؤول الى ما ينقدح في الذهن من معنى له ، ويمكن الترجيح ما بين المعنيين ، بالفعلِ او الترك ، ولا يوجد في القوانين محل المقارنة نص يوجب إعمال الخيار عند تحقق او احتمالية التحقق لمخاطر الائتمان ، كما لا يوجد ما يمنع الاتفاق على منع إعمال الخيار من قبل المصرف .

ومن هنا ، فإن للمصرف التنازل عن حقه بالرجوع ، وذلك بأي تعبيرٍ صريح ، بيد ان هذا التعبير بإسقاط مكنة الرجوع ، لا يمكن ان تكون الا بعد ثبوت الخيار ، لان " السقوط يقتضي الثبوت اولاً، ومن ثُمَ السقوط بالإسقاط . كأن يقول الدائن للمدين تنازلت عن الفسخ فلا يبقى الا الامضاء ، وقد يكون هذا التنازل شفاها او كتابة ، فلا عبرة الا بالمضمون ، وإن كانت الكتابة ادعى لحفظ الحقوق وإثباتها " [1] .

([1]) انظر استاذنا د. باسم العقابي ، خيار التأخير – دراسة قانونية معمقة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 5 ، العدد 22 ، 2013 ، ص 330 .

بيد ان التساؤل الذي يثار هنا ، هو انه هل يمكن الاتفاق على اسقاط الخيار قبل ثبوته ؟

لو افترضنا ان الجواب بالإيجاب ، فهذا يدل على سوء فهم لمعنى خيار الرجوع ، اذ ان هذا الخيار يختلف عن بقية الخيارات من حيث ثبوته ، فعلى سبيل المثال خيار الرؤية[1] ، فهو يثبت للمشتري فور الانعقاد ؛ على اساس من ان جهالة العلم بالمبيع تبيح للمشتري تقرير مصير العقد عند رؤية المبيع ، إما بالفسخ واعادة الحال الى ما كان عليه ، او اقراره للعقد ، والجدير بالذكر في هذا الصدد ، فقد ذهب رأي في الفقه الى ان خيار الرؤية يفترض ان يثبت اولاً من ثم يسقط [2] ، بيد اننا لا نؤيد هذا الرأي ؛ لان المشرع اجاز النزول عن الخيار قبل الرؤية ، وخير ما نستدل به على ذلك المادة (523) من القانون المدني العراقي [3] ، وعليه فهو يثبت عند التعاقد ، ومتى ما تحققت الرؤية فعندئذ يقرر المشتري ما يراه مناسباً في مصلحته .

في حين ان خيار الرجوع على خلاف ذلك ، اذ لا نعلم الوقت الذي يثبت فيه على وجه التحديد ، فهو مرهونٌ بما يجابه المصرف من مخاطر ، وهي قد تتحقق او تكون احتمالية ذلك بنسبة معينة ، وقد تنتفي اصلاً، لذلك فان توقيت الخيار يكون عند ثبوته ، ومن ثم جواباً على ما تقدم من تساؤل ، يكون بالنفي ، إذ لا نزول عن الخيار قبل تحقق الثبوت ، وهو على حد تعبير البعض " ان الاسقاط يقتضي رفع الخيار لا دفعه ، والرفع يتحقق للثابت ، بخلاف الدفع الذي

([1]) يراد بخيار الرؤية هو " رخصة تثبت للمشتري الذي لم يرَ المبيع وقت التعاقد او قبله وتخوله متى رآه ان يفسخ العقد او ان يمضيه " ، د. جعفر الفضلي ، الوجيز في العقود المدنية ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، 1997 ، ص33.

([2]) انظر د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية – مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011 ، ص 233 .

([3]) نصت الفقرة الاولى من المادة (523) من القانون المدني العراقي على انه ((يسقط خيار الرؤية بموت المشتري وبتصرفه في المبيع قبل ان يراه وبإقراره في العقد انه قد رأى الشيء وقَبِلهُ بحالته وبوصف الشيء في عقد البيع وصفاً يقوم مقام الرؤية وظهوره على الصفة التي وصفت وبتعيب المبيع او هلاكه بعد القبض وبصدور ما يبطل الخيار قولاً او فعلاً من المشتري قبل الرؤية او بعدها وبمضي وقت كافٍ يمكن المشتري من رؤية الشيء دون ان يراه)) .

يمنع ثبوته اصلاً ، فالأسقاط قبل تحقق الخيار يعني دفعه ، ومعنى ذلك انه مانع من الثبوت رأساً ، لا رافع له بعد ثبوته " [1] .

واذا كان الثبوت شرطاً لصحة اسقاط المصرف لخياره بالرجوع ، فهذا الحال يتطلب ان يكون الاسقاط بعد الثبوت صحيحا من حيث التصريح به ، فلا يمكن الاعتداد بأي مسلكٍ ما لم يكن يندرج تحت مفهوم الانقضاء الصريح ، ويكون كذلك في صورة إعلان المصرف كتابة عن عدم رجوعه عن العقد ، ومن الممكن ان يكون شفاهاً ، وان كان الإعلان كتابة يمثل الصورة الافضل ، كونه مانعاً من امكانية تحقق الرجوع ؛ لان العميل سوف يجد بيده ما يثبت اسقاط الخيار من جهة المصرف ، ومن ثَمَ يترتب على إعلان الرجوع من قبل هذا الاخير نتيجة هامة ، اذ بمجرد إسقاط الخيار يصبح العقد لازماً للمصرف ، وأي تصرف يصدر بعد ذلك يُعدُّ خطأً عقدياً ، ناشئاً عن عقدٍ ملزمٍ ، فإذا لم يوفِ بما انبثق من العقد من التزامات (وهي دفع مبلغ الاعتماد في فرضنا هذا) ، فعندئذ يجوز للعميل المتعاقد معه بعد الإعذار ان يطلب الفسخ ، وإعادة الحال الى ما كان عليه ، فضلا عن امكانية طلب التعويض عما اصابه من ضرر [2] ، وفي الغالب يكون العميل بحاجة الى مبلغ الاعتماد بشكلٍ كامل لغرض استكمال النشاط الذي دفعه الى ابرام العقد (أي السبب من وراء فتح الاعتماد)، لذلك لا نراه يلجأ الى طلب الفسخ ، بل يصار به الحال الى جبر المدين بمبلغ الاعتماد (المصرف) على دفعه، متى كان ممكناً حسب القواعد العامة [3] ، وهو حسب تقديرنا ممكناً ؛ على اساس من ان الالتزام بدفع مبلغ من النقود يكون ممكناً بالنظر الى المؤسسة التي ابرم العقد معها (المصرف)، إذ لا يكون فيه إرهاق له[4]؛ لان القانون يلزم المصارف عموماً بأن تحتفظ برأس مال كاف وسيولة نقدية كافية ، ويجب عليها فوق ذلك ان تتخذ ما يلزم من احتياطيات تكفي لما يواجهه من انخفاض في قيمة الموجودات او لإداء التزاماتها ، بالإضافة الى الخسائر التي من الممكن ان تواجهه [5] ، وهي في الاحوال كلها يجب ان تحتفظ برأس مال يشمل رأس ماله السليم واحتياطياته السليمة في العراق ، وذلك بما لا يقل عن (12 %) من قيمة اجمال

([1]) استاذنا د. باسم العقابي ، مصدر سابق ، ص 330 .

([2]) انظر الفقرة الاولى من المادة (177) من القانون المدني العراقي .

([3]) انظر الفقرة الاولى من المادة (246) من القانون ذاته

([4]) نصت الفقرة الثانية من المادة (246) من القانون ذاته على انه ((على انه اذا كان في التنفيذ العيني ارهاق للمدين جاز له ان يقتصر على دفع تعويض نقدي اذا كان ذلك لا يلحق بالدائن ضرراً جسيماً)) .

([5]) انظر الفقرة الثانية من المادة (26) من قانون المصارف العراقية .

الموجودات المحددة ، ويكون ذلك مراعاة لما يمثل عنصر مخاطرة يواجه المصرف ، وبذلك يكون لدى المصرف ما لا يقل عن نصف رأس المال الاساسي [1] .

وكيف كان فإسقاط الخيار باتخاذِ اي مسلكٍ صريح ، يثار بصدده تساؤل يتمثل بانه ، هل بالإمكان الاتفاق على إعادة الخيار بعد إسقاطه بإرادة المصرف ؟

الاجابة عن ذلك بالنفي ، اذا كان بمعنى الخيار (أي كما لو لم يسقط ، بمعنى لا يعود كما كان) ؛على اساس من ان القواعد العامة لا تبيح ذلك [2] ، لكن لو حصل الاتفاق على إعادة هذا الخيار ، فما هو التكييف القانوني لهذا الاتفاق ؟

لأول وهلة قد تكون الاجابة عن هذا الامر بجواز ذلك ، إذ ان الإرادة هي الدَّعامة التي تبنى عليها النظريات القانونية ، بل هي ابعد من ذلك ، فكل الالتزامات القانونية تركن اليها (أي الإرادة الحرة) ، ولا مغالاة في القولِ بانها المرجع لكل ما تترتب على الالتزامات من آثارٍ قانونيةٍ ، فهي التي تهيمن على الالتزامات من حيث مصدرها ، وتتجلى قوة في العقد ، وليس في انشاء الالتزامات وحدها ، بل في تقرير الحقوق كلها [3] ، وخير ما نستدل به على مصاديق مبدأ سلطان الإرادة في موطن القانون المدني العراقي هو المادة (146) ، اذ نصت الفقرة الاولى منها على انه ((اذا نفذ العقد كان لازماً ولا يجوز لأحد العاقدين الرجوع عنه ولا تعديله الا بمقتضى نص في القانون او بالتراضي)) .

ولأجله نقول ان للإرادة ان تنشئ ما تشاء من التزامات وحقوق ، بيد ان ذلك مقيد حسب تقديرنا بعدم مخالفتها للنظام العام ، والآداب ، وعليه يكون الاتفاق على إعادة خيار الرجوع جائز .

وعطفاً على سؤالنا المتقدم ، بخصوص تكييف هذا الاتفاق (أي الاتفاق على إعادته بعد النزول عنه) ، فنقول بان هذا الاتفاق يُكَيَف ْعلى انه (خيار الشرط) [4]، بيد ان التسليم بهذا

([1]) انظر الفقرة الاولى من المادة (16) من القانون ذاته .

([2]) نصت الفقرة الثانية من المادة (4) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا زال المانع عاد الممنوع ، ولكن الساقط لا يعود)).

([3]) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 144 – 145.

([4]) يراد بخيار الشرط هو " الخيار الذي يشترطه احد العاقدين او كلاهما لنفسه او لغيره ، بفسخ العقد او امضائه خلال مدة يتفقان عليها ، وقد شرع خيار الشرط على خلاف القياس ، لان الاصل في عقود المعاوضة هو اللزوم ، وانها لا تتحمل التعليق على شرط ، في حين ان العقد الذي فيه خيار الشرط عقد غير لازم من جانب من له الخيار بحيث يجوز له الرجوع فيه " ، انظر د. عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع ، الايجار) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2009 ، ص 81 – 82 .

التكييف يجعل من هذا الخيار يتمايز عن خيارنا محل البحث من اوجه عدة ، فخيار الرجوع المصرفي هو خيار قانوني ، في حين ان خيار الشرط هذا هو خيار اتفاقي [1] ، ومن جانب آخر ان خيار الرجوع المصرفي هو خيار مقرر لمصلحة المصرف [2] ، في حين ان خيار الشرط ، إما ان يكون لمصلحة احدهما او كليهما او لشخصٍ اجنبي عن العقد حسب الاتفاق .

زد على ذلك ان خيار الرجوع المصرفي ، انطلاقاً من كونه خياراً قانونياً ، فهو يفترض ان يزاول خلال المدة التي اقترحناها وهي مدة قانونية بطبيعة الحال ، وغير قابلة للتعديل او الاتفاق على خلافها ، في حين ان خيار الشرط يفترض ان يزاول في المدة المتفق عليها ، وهي غير ثابتة ، تختلف من اتفاق لآخر .

من جانب آخر ان خيار الرجوع لا يتم الا في عقد من العقود المصرفية بإرادة القانون وحده (كما في عقد الاعتماد للحسب على المكشوف) ، في حين ان خيار الشرط يرد في العقود اللازمة والتي يجري بها الفسخ[3]، ويمكن اضافة الى ذلك ان خيار الرجوع انما يثبت عند تحقق احدى المخاطر او احتمالية تحققها ، ولا نعلم تحققه من عدمه على وجه الدقة ، بمعنى انه لا يثبت بمجرد التعاقد عند الاتفاق على فتح اعتماد للسحب على المكشوف ، في حين ان الاشتراط اذا ما حصل فهو يحصل عند التعاقد ، فهنا يتضح دور الارادة وتنتج فاعليتها باشتراطه ، بيد ان هذا لا يمنع من الاتفاق على اشتراطه بعد العقد على ان تحقق احد المخاطر او احتمالية تحقق احدها ، مما يسبب ضرراً جسيماً بالمصرف يجيز لهذا الاخير فسخ العقد .

بيد ان ملاحظة اخيرة في خصوص التمييز بين الاثنين ، هي ان لخيار الرجوع الاثر العكسي الحتمي ، والمتمثل بإعادة الحال الى ما كان عليه الى ما قبل التعاقد ، في حين ان خيار الشرط وان كان يرتب اثراً رجعياً ، بيد ان هذا الاثر حسب ما يذهب البعض اليه ينتج فاعليته من يوم تحقق الشرط لا من وقت انعقاد العقد [4] .

([1]) انظر المادة (509) و (510) من القانون المدني العراقي .

([2]) وان كان القانون الفرنسي قد جعله للعاقدين معاً، اما قانونا العراقي والقانون الإردني فقد جعل الخيار للمصرف ، كما قدمنا سابقاً .

([3]) د. سعيد مبارك ، د. طه الملا حويش ، د. صاحب عبيد الفتلاوي ، مصدر سابق ، ص 50 .

([4]) المصدر نفسه ، ص 51 .

الفرع الثاني

الانقضاء الضمني لخيار الرجوع

قد لا يكون التعبير عن إسقاط الخيار باتخاذ مسلكٍ صريح ، فلربما نكون امام سلوك لا تدع شبهة في عَدّهِ تعبيراً عن الإرادة بشكلٍ ضمني ، وبداهة ان التعبير الضمني مُعتدٌ به قانونا [1] ، فيراد بها ان التعبير " يكون ضمنياً اذا كانت الوسيلة المستعملة فيه لا تدل بذاتها مباشرةً على حقيقة المعنى المقصود ولكن ظروف الحال تسمح بترجيح المعنى المقصود على غيره من المعاني المحتملة " [2] ، وبناءً على ذلك ، فمن الممكن ان نرى من المصرف بعض التصرفات الدالة في معناها على التعبير عن إرادته ضمنياً بالنزول عن الخيار .

بيد ان هذه التصرفات قد لا تكون على نحو الايجاب دوماً، بل من المحتمل ان تكون بالنفي ، فصفة التأقيت الملازمة لخيار الرجوع ، هي المعيار في تحديد ما يمكن ان يُعدُّ إسقاطاً للخيار من عدمه ، والتعبير عن الإرادة سواء بالفعل ام الترك لا يوجب علينا سبق الحكم على القول بانه إعمال للخيار او نزول عنه ، والصحيح في ذلك هو تفسير مظهر الإرادة على نحو الجزم ، ومن ثَمَ تحديد ما يرومه المصرف .

وعلى اي حال ، وتماشاً مع ما يسوقنا البحث من فرضيات تكون مصداقاً لمعنى الاسقاط الضمني (الانقضاء)، فإننا نقول انه إذا كانت مدة الخيار هي المعيار في تبيان فاعلية الخيار من عدمه في تقرير مصير العقد ، الذي به يحدد المصرف مصلحته ، فلو كنا امام سكوت المصرف عن التعبير عن رغبته في الرجوع عن العقد ، فيفسر هذا السكوت بأنه نزول من المصرف عن إعمال الخيار ، وبالنتيجة ان مرورها دون أي تعبير معتدٍ به، يعني على وجه اليقين أسقاط الخيار من جهة المصرف .

ويمكن ان يجاب بغير ذلك ، تفسيراً لسكوت المصرف عن اتخاذ اي مسلكٍ ، بانه قبول منه بما تحقق او يحتمل تحققه من مخاطر ، ايماناً منه بالثقة الممنوحة لشخص العميل ، ولا مناص في الاتيان بأي تقدير لخطورة او جسامة هذه المخاطر بالنسبة الى الائتمان الممنوح من قبل المصرف ؛ على اساس انه هو صاحبُ الشأن في تقدير ما يكون مُهدداً لمصلحته و ائتمانه من عدمه ، وهذا السكوت من وجه أخر يستبطن فكرة النزول عن الخيار ، فالنتيجة هي انتقال العقد من صفة عدم اللزوم للمصرف في مدة الخيار ، الى اللزوم بعد مرور المدة

([1]) نصت الفقرة الاولى من المادة (155) من القانون المدني العراقي على انه ((العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني))

([2]) د. سليمان مرقس ، نظرية العقد ، دار النشر للجامعات المصرية ، القاهرة ، مصر ، 1956 ، ص 96 وما بعدها .

اللازمة، دون ممارسة او إعمال الخيار ، وبذلك لا مجال لاحدهم بعد ذلك في الرجوع عن العقد او نقضه الا بالاتفاق كما في الاقالة [1] ، فيكون على ما تقدم حسب تقديرنا ان السكوت هو تعبير عن إرادة ولكن بشكلٍ سلبي ، وهناك ما يناظر هذا التسليم، الكثير من المصاديق القانونية [2] .

وإذا كان الخيار يسقط ومن ثَـمَ ينقضي بمرور مدته وذلك بالسكوت أي دونما اي تعبيرٍ ، فهو يسقط من وجهٍ آخر بالتعبير ، ونستبعد في هذا الفرض التعبير الصريح ، ونسلط الضوء فحسب على ما يمثل تعبيراً ضمنياً ، يُعدُّ مسقطاً للخيار المصرفي بالرجوع .

فقد نجد ما يدعنا امام تعبير عن إرادةِ المصرف ضمناً ، كما في دفع المصرف لما تبقى من مبلغ الاعتماد الى العميل عند تحقق الخيار ، وهذا المسلك يدل يقيناً على اعراض المصرف عن فناء العقد بممارسة او إعمال الخيار ، ولا يمكن ان يحتج علينا بعدم علم المصرف بالمخاطر ؛ لسبب انه يُعدُّ الطرف الاقوى في العقد من نواحٍ عدة ، سواء كانت اقتصادية ، او فنية ، ولربما العلم الكاف في الانظمة والقوانين ، مقارنة بالعميل، تبعاً لاختصاصه في التعامل المستمر في ابرامه كثيراً من العقود المصرفية، وهذا يعني ان المصرف هو المعني بالعلم به ، ويقع عليه عبء اثبات العكس ، أي عدم العلم بها ، وعليه فقيام المصرف بتنفيذ التزاماته المنبثقة من العقد ، دون اي اشعار للعميل بنيته في الرجوع او ممارسته ، فيعد هذا التصرف نزولاً ضمنياً منه عن الخيار .

وهذا يعني بصريح العبارة ، ان هذا الشكل من التصرفات ، يعني قبول المصرف الالتزام بالعقد بكل ما يترتب عليه من التزامات وحقوق .

([1]) نصت المادة (188) من القانون المدني العراقي على انه ((للعاقدين ان يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده)) .

([2]) نصت الفقرة الاولى من المادة (780) من القانون المدني العراقي على انه ((اذا انتهى عقد الايجار وبقي المستأجر منتفعاً بالمأجور بعلم المؤجر دون اعتراض منه ، اعتبر الايجار قد تجدد بشروطه الاولى ولكن لفترة غير محددة ..)) .

المطلب الثاني

انقضاء خيار الرجوع بصفة تبعية

لا يقتصر انقضاء خيار الرجوع المصرفي على سقوطه بصفة اصلية كما قدمنا ، بل ينقضي بصفة تبعية في حالات عديدة ، وهذه لا تمثل من وجهة نظرنا طريقاً مباشراً لانقضاء الخيار ؛ كونها خارجة عن حقيقته (أي لا تتعلق بالخيار) ، ويكون انقضاؤه عندئذ تبعاً لها ، ومن الفروض التي يفنى بها الخيار بشكلٍ تبعي ، هي انقضاؤه تبعاً لانقضاء صاحب الحق فيه وهو المصرف ، وقد يكون انقضاؤه تبعاً لبطلان العقد الذي يستبطنه ، وعلى ذلك سنحاول الاحاطة بانقضاء الخيار بصفة تبعية ، وذلك في فرعين ، نتناول في الاول انقضاء شخصية المصرف ، في حين نوضح في الثاني بطلان العقد .

الفرع الاول

انتهاء شخصية المصرف

يُعدُّ المصرف في حقيقته شركة مساهمة ذات شخصية معنوية ، بصرف النظر عن كونها عامة او خاصة او مختلطة ، بيد انه تجب ملاحظة ان موضوعنا (انتهاء شخصية المصرف) ليس مقصوداً بذاته ، بل لغيره ، بمعنى اننا لسنا بصدد البحث تفصيلاً عن انتهاء شخصية المصرف كأحد مفردات البحث ، بل ساقنا الحال الى ذلك ، لمعرفة الصورة التي ينقضي بها خيارنا بصفةٍ تبعية ، لذلك يستلزم المقام التعرف على كيفية انتهاء شخصية المصرف ، والتي ينسحبُ أثرها على الخيار محل البحث .

وكيف كان فان انتهاء الشخصية المعنوية للمصرف انما يتم بصورٍ عدة ، بيد اننا سوف نتجاوز الصور التي ينقضي بها ، والتي تعد قاسماً مشتركاً بين الشركات جميعها ، ونركز على بعض الصور التي لها الخصوصية من حيث التنظيم القانوني ، وهي التصفية و الاندماج ، وذلك في فقرتين مستقلتين .

اولا – تصفية المصرف : يراد بالتصفية " مجموع العمليات التي تستهدف انهاء اعمال الشركة التي بدأتها قبل انقضائها ، وحصر موجوداتها واستيفاء حقوقها وسداد ديونها لغرض وضع المتبقي من اموالها بين ايدي الشركاء لاقتسامهِ وتوزيعه فيما بينهم " [1] ، واذا ما نتج عن هذه العمليات بقاء موجودات

([1]) د. باسم محمد صالح ، د. عدنان احمد ولي العزاوي ، القانون التجاري – الشركات التجارية ، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، دون سنة نشر ، ص 88 ، واذا كانت التصفية بهذا المعنى ، الا ان تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف توحي بمعنىً اخر حسب تقديرنا ، فيراد بها الانهاء بِعدّهِ طريق او سبباً مستقلاً لإنهاء الشخصية المعنوية للمصرف ، ولا يعدُّ في حقيقته كمرحلة لاحقة لحل الشركة او المصرف ، انظر في ذلك المادة (9) ، ايضا انظر ما يقابلها في معنى التصفية وكيفية اجرائها المواد (Article 266 –Article 292) من قانون الشركات الفرنسي في (23) مارس 1967 المعدل . وايضا المواد (252 الى 272) من قانون الشركات الاردني رقم (22) لعام 1997 .

الشركة (المصرف) ، فإن مهمة المصفي تحدد هذه الواجبات وتحويلها الى مبالغ مالية تمهيداً لتوزيعها [1] ، هذا وتعد التصفية امراً ضرورياً ولازماً لانقضاء الشركة ، تحقيقاً لحصول المتعاملين على حقوقهم بصرف النظر عن سبب الانقضاء [2] ، وإذا كان المشرع العراقي قد اولى التصفية اهتماماً كبيراً من حيث التنظيم، وذلك في الفصل الرابع منه في المواد (158 الى 180) ، الا ان تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقية ، قد بينت اجراءاتٍ تختلف عما هو منصوص عليه في قانون الشركات ، فقد اجازت المادة (9) من التعليمات ، للمصرف انهاء نشاطه التجاري بشكلٍ طوعي [3] ، بيد ان ذلك مقيدٌ بشروطٍ [4]، اذ يجب ان يصدر قرار الانهاء الطوعي لنشاط المصرف من قبلِ الهيئة العامة للمصرف ، بعد ان يكون قد اوفى بجميع التزاماته المالية قِبَل الغير ، ولديه ما يؤيد ذلك من وثائق يقبلها البنك المركزي العراقي ، فضلا عن حصول موافقة هذا الاخير على التصفية .

هذا ويلجأ المصرف الى إنهاء نشاطه المهني طوعا ، عند تحقق بعض الاسباب الموضوعية ، والتي يُبنى عليها قرار الهيئة العامة للمساهمين في المصرف بحله ، وانهاء عملياته المصرفية جميعها، وقد يكون السبب في ذلك ، هو رغبة المصرف بالاندماج [5] .

واذا كانت التصفية على ما تقدم ، طريقاً لإنهاء الشخصية المعنوية للمصرف ، فان التعليمات المشار اليها آنفاً ، قد حددت الاجراءات المتبعة في ذلك ، اذ اوجبت على المصرف ان يقدم طلباً الى مديرية الصيرفة والائتمان العامة في البنك المركزي ، متضمناً لقرار المساهمين الذين يمتلكون ما يجاوز (50%) من حقوق التصويت ، وحسابات ختامية لثلاث سنوات سابقة على تقديم الطلب ، او اي وثائق يطلبها البنك ، وعند موافقته فيبلغ المصرف بذلك ، ويقع على عاتقه ن يقوم بعد ذلك بعدم ترتيب اي التزامات مالية او تغيير في هيكليته او نظامه الداخلي ، على انه تبقى شخصية المصرف المعنوية في حدود اجراء تصفيته والايفاء بالتزاماته، فضلا عن بقاء الهيئة العامة للمساهمين ، بيد ان مجلس الادارة يعد منحلاً وتنتهي بذلك مهمة مديره المفوض ، ويصار عندئذ الى تعيين المصفي والذي يُعدُّ وكيلاً عن المصرف [1] ، وبعد

([1]) د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، الطبعة الخامسة ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2011 ، ص 234 .

([2]) د. فاروق إبراهيم جاسم ، الموجز في الشركات التجارية ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، 2018 ، ص 217، بيد انه تجدر الملاحظة ان التصفية إما ان تكون طوعية او قسرية ، انظر المادة (68 و 69) من قانون المصارف العراقية.

([3]) انظر الفقرة اولا من المادة (9) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقية ، بدلالة المادة (12) من قانون المصارف العراقية .

([4]) انظر الفقرات (أ ، ب ، ج) اولاً من المادة (9) من التعليمات اعلاه .

([5]) انظر الفقرة ثانياً من المادة (9) من التعليمات اعلاه .

([1]) انظر الفقرة ثالثاً من المادة (9) من التعليمات اعلاه .

ان يقوم المصفي بواجباته القانونية [1] ، يصدر ((البنك المركزي قراره بإلغاء رخصة أو إجازة ممارسة النشاط المصرفي وشطب المصرف من سجل المصارف بعد إتمام جميع الوثائق القانونية المتعلقة بأعمال التصفية واقتناع البنك المركزي العراقي بصحة وسلامة جميع الاجراءات المتبعة من المصفي)) [2] ، وبعد ذلك ((ينشر قرار الإلغاء في الجريدة الرسمية ويتم إشعار مسجل الشركات بتصفية المصرف وإلغاء ترخيص أو إجازة النشاط المصرفي لإصدار قرار شطب المصرف من سجل الشركات وسجل المصارف ونشر قراره في النشرة التجارية وصحيفة يومية واحدة خلال (10) عشرة أيام من تاريخ صدوره))[3]، هذا وتنتهي الشخصية المعنوية عندئذ للمصرف من تأريخ القرار بشطب اسم المصرف من سجل الشركات [4] .

واذا كانت هذه الشخصية تنتهي عند اتخاذ المصرف قراره بالتصفية ، فإن له طريقاً آخر تنتهي به الشخصية المعنوية له ، ولكن بشكلٍ قسري ، وذلك بموجب قرار صادر من جانب البنك المركزي العراقي ، وذلك في فرضين ، الاول هو اخلال المصرف بما يوجبه القانون او تعليمات البنك المركزي ، كما نصت عليها الفقرة الاولى من المادة (13) من قانون المصارف العراقية ، وهذه الحالات واردة على سبيل الحصر[5] ، إذ يترتب على هذا الاخلال صدور قرار من قبل البنك المركزي بإلغاء ترخيص او إجازة ممارسة الأعمال المصرفية ، اما الفرض الثاني هو حالة افلاس المصرف ، فقد يشهر إفلاس المصرف بناءً على قرار المحكمة بمناسبة دعوى مقامة ضده ، ويُعين عندئذ حارس قضائي ، ويعمل تحت إشراف البنك المركزي وتوجيهه [6] ، ويصبح عندئذ الممثل القانوني الوحيد للمصرف ، وتؤول اليه الصلاحيات التي يتمتع بها حملة اسهم المصرف كافة ، فيما يخص سهامهم من رأس المال او إدارة المصرف ، فضلا عن كونه يحل محل المدير المفوض ، وله ان يحتفظ

([1]) نصت الفقرة رابعاً من المادة (9) من التعليمات اعلاه على انه ((أ ـ يلتزم المصفي بتقديم تقرير الى البنك المركزي العراقي عن الوضع العام للمصرف خلال أسبوعين من تاريخ المباشرة بأعمال التصفية على أن يتضمن التقرير، على أقل تقدير، العناصر الآتية : 1- تقويم الوضع العامل رأسمال المصرف واحتياطياته القانونية. 2- تقويم موجودات المصرف ومطلوباته، بما في ذلك مطالبات المصرف المتعلقة بقيمة الأسهم غير المدفوعة واتفاقات القروض والضمانات واتفاقات الشراء أو البيع وكذلك القيمة الدفترية والقيمة السوقية للموجودات. 3- العقود التي تحصل بموجبها أطراف أخرى على أموال المصرف بما في ذلك الإيجار والتأجير والضمان. 4- العقود التي يتلقى المصرف الخدمات بموجبها. 5- المعاملات المهمة التي دخل فيها المصرف خلال مدة (60) ستين يوماً عمل والتي تسبق تاريخ تقديم الطلب. ب ـ يقوم المصفي بتحديث هذا التقرير بناء على طلب البنك المركزي العراقي وكلما كان ذلك ضرورياً)) .

([2]) الفقرة (أ) خامساً من المادة (9) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقية .

([3]) الفقرة (ب) خامساً من المادة (9) من التعليمات اعلاه .

([4]) الفقرة (ج) خامساً من المادة (9) من التعليمات اعلاه .

([5]) انظر الفقرة (أ ، ب ، ج ، د ، هـ ، و ، ز ، ح ، ط ، ي) من الفقرة اولاً من المادة (13) من قانون المصارف العراقية.

([6]) انظر المادة (80) من قانون المصارف العراقية .

بالدفاتر والسجلات وموجودات المصرف وله صلاحية تشغيله وتصفيته [1] ، وبعد اتمام الأعمال المنوطة به بموجب القانون [2] ، تنتهي عندئذ الشخصية القانونية للمصرف.

ثانيا – الاندماج : هو " العملية التي يتم بموجبها جمع شركتين او عدة شركات لتكوّن شركة واحدة يمكن ان تنجم إما بإنشاء شركة جديدة وإما بابتلاع شركة من قبل شرك اخرى " [3] ، واذا كان الاندماج بهذا المعنى ، بيد ان الملاحظ على القوانين محل المقارنة انها لم تأتِ بتعريف للمراد بالاندماج ، وانما اكتفت تلك القوانين بتبيان اجراءاته ، في حين ان تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقية ، قد اشارت الى تعريف الاندماج وذلك في الفقرة اولاً من المادة (10) والتي نصت على انه ((يقصد بالتعابير التالية لأغراض هذه التعليمات المعاني المبينة إزاؤها : أ – الدمج : هو اتفاق بين مصرفي او اكثر على اندماجهما في مصرف واحد بحيث يتخلى احدهما على استقلاليته وشخصيته المعنوية لصالح الآخر ، ب – الاتحاد : هو اتفاق بين مصرفين او اكثر على الانضمام في مصرف واحد بحيث تنتهي الشخصية المعنوية لجميع المصارف الداخلة في الاتحاد لصالح المصرف الجديد الذي يتمتع بشخصية معنوية جديدة واسم تجاري جديد)) . فالملاحظ على هذا التعريف انه جاء بمفهوم عام للاندماج شمل معناه صورتين ، الدمج والاتحاد [4] ، وكيف كان فان الاندماج المصرفي يُعَدُّ " عقداً بمقتضاه يندمج مصرفان او اكثر اما بضم احدهما الى الاخر ، او بمزجهما معاً في مصرف واحد جديد يحل محلهما ، مما يؤدي الى حل المصارف المندمجة بدون تصفية ، وانتقال الذمة المالية كلها بإيجابياتها وسلبياتها ، إذ تنتقل حقوق سائر شركاء المصرف المندمج الى المصرف الدامج او الناتج عن الدمج ، فيمتلك هذا الاخير كل حقوق المصرف المندمج والتزاماته تجاه الغير " [5].

([1]) انظر المادة (81) من القانون ذاته .
([2]) انظر المواد من (85 الى 93) من القانون ذاته .
([3]) ج . ريبير – ر. روبلو ، المطول في القانون التجاري – الشركات التجارية ، ترجمة منصور القاضي و د. سليم حداد ، الجزء الاول ، المجلد الثاني ، الطبعة الثانية ، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 2011، ص881 .
([4]) انظر في المعنى ذاته ، د. سميحة القليوبي ، الشركات التجارية ، مصدر سابق ، ص 173 وما بعدها .
([5]) حسن توفيق فيض الله ، كازاو قادر ابراهيم شيخه ، الاندماج والاستحواذ المصرفي واثرها على حقوق الدائنين – دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ، المجلد (5) العدد (1) ، 2021 ، ص 92.

واذا كان الاندماج طريقاً تنتهي به الشخصية المعنوية للمصرف (صاحب خيار الرجوع) ، فان هناك اجراءات قانونية لابد من مراعاتها [1] لتحقق تلك النتيجة (أي انتهاء شخصية المصرف) ، التي تبدأ بقرار من قبل الهيئة العامة بالأغلبية المطلقة سواء عند الدمج او الاتحاد، وعندئذ يقدم طلب بذلك الى البنك المركزي العراقي يتضمن اسم المصرف بعد الدمج او الاتحاد ، والاتفاقية التي تتضمن صوره ، فضلا عن آلية توزيع رأس المال في المصرف بعد الاندماج ، ومن يكون مخولاً بمتابعة الإجراءات القانونية لذلك ، بالإضافة الى صورة من قرار الموافقة على الاندماج الصادر من الهيئة العامة ، كما يجب ان يتضمن الطلب دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية لإسباب الدمج ونتائجه المستقبلية المتوقعة ، وميزانية المصارف محل الدمج لثلاث سنواتٍ اخيرة ، وأي بيانات يستلزم البنك المركزي تقديمها .

وبعد ذلك يقوم البنك المركزي بتقييم وضع المصارف محل الدمج من الناحية المالية بالاستعانة بخبراء ومستشارين ، ويحدد مهامهم واجورهم ، على ان تتحمل المصارف تلك الاجور ، ويجب ان يصدر قرار البنك المركزي خلال (60) يوما من تأريخ تسلم الطلب بناءً على قرار الخبراء سواء بالقبول ام الرفض ، بيد ان للمصارف الاعتراض على قرار البنك لدى محكمة الخدمات المالية ، وعلى ان يقدم خلال (10) أيام من تاريخ تسلم قرار البنك المركزي نسخة من دراسة الجدوى الاقتصادية والفنية وقرار المصادقة عليها في المصارف المعنية الى مسجل الشركات لتسجيله ونشره في صحيفتين ذات تداول واسع ، وبعد ذلك على المصارف ان تدعو هيئاتها الى اجتماع مشترك لتعديل العقد الناتج عن الاندماج خلال (60) يوماً من اخر نشر لقرار الاندماج ، ويعد ذلك نافذاً من تأريخ آخر نشر في الجريدة الرسمية للعقد المعدل او الجديد ، تعد الشخصية المعنوية منتهية بالنسبة للمصارف المندمجة من هذا التأريخ ، بيد ان تصديق مسجل الشركات لعقد التأسيس يُعَدُّ بمثابة اجازة تأسيس للمصرف الجديد، وتنتقل عندئذ الحقوق والالتزامات الى المصرف الجديد الذي يُعَدُّ مسؤولاً مباشراً عنها قِبَل الغير من مودعين او متعاملين او مساهمين في المصارف المندمجة ، بيد انه يقع على عاتق البنك المركزي شطب المصارف المندمجة من سجل المصارف ، بعدما يزود بعقد التأسيس الجديد ، وعندئذ يُمنح المصرف الجديد ترخيصاً جديداً بشروطٍ واحكام تتلاءم مع هيكليته الجديدة ويضاف بعد ذلك الى قائمة المصارف المسجلة.

وكيف كانت الصورة التي تنقضي بها الشخصية المعنوية للمصرف سواء بطريق التصفية او الاندماج ، فانه ينقضي تبعاً لها خيار الرجوع المصرفي ، لان ذلك يعد مكنةً

([1]) انظر الفقرة ثانياً وثالثاً من المادة (10) من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقية ، وسنكتفي بالاشارة اليها هنا ، وشرح مضمونها في متن الرسالة .

قانونية لمن شرعت لأجله ، وعند تخلف صاحبها فلا اعتداد عندئذ بهذه المكنة بعد ذلك ، بمعنى ان زوال شخصية المصرف القانونية تؤدي بالضرورة الى زوال كل ما له من حقوق او التزامات او مِكنْ قانونية ، وهذا امر ليس منطقياً فحسب ، بل قانونياً ، كما اشرنا اليه آنفاً .

الفرع الثاني

بطلان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف

اشرنا سلفاً الى المراد بالبطلان ، في مطلع حديثنا عن تمييز خيار الرجوع عما يلابسه من انظمة قانونية ، وتجنباً للتكرار سوف نحاول تبيان اثر هذا البطلان على خيار الرجوع المصرفي .

فقد يكون العقد باطلاً سواء أكان السببُ شكلياً ، اي عندما ينص القانون على استلزام ركن الشكلِ فيه ، وهذا البطلان يعود الى إرادة المشرع ، فقد يجعل العقد قابلاً للإجازة ، وقد لا يجيز ذلك ، هذا وقد يكون البطلان لأسباب موضوعية ، كما لو اختلت احدى اركانه من رضا ومحل وسبب [1]، فعندئذ لا نكون امام عقد ، لانتفاء احد اركانه ، وهذا البطلان بطبيعة الحال منعدم طبيعةً او شرعاً ، ومن ثَمَ لا ينتج أيُ اثرٍ [2]، بيد انه يجوز لكلِ ذي مصلحة التمسكِ به ، كما يجب على المحكمة ان تقضي به من تلقاءِ نفسها ، ولا ترد عليه الإجازة [3] ولا التقادم [4] ، وعليه فان بطلان العقد يرتب أثراً عكسياً يتمثل بإعادة الحال الى ما كان عليه قبل ابرامه ، فإذا تعذر هذا الحال جاز الحكم بتعويضٍ عادل [5] ، بيد انه تجب ملاحظة انه لا يترتب على ناقص الاهليةِ اي التزاماتٍ عندما نكون امام فرضية بطلان عقده ، تبعاً لنقص اهليته ، اللهم الا بقدر ما عاد عليه من منفعةٍ بسبب تنفيذ العقد [6] .

واذا ترتب على بطلان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف ، فان ذلك يؤدي بطبيعة الحال الى سقوط خيار المصرف بالرجوع عنه ، اذ يُعَدُّ العقد هو الاصل الذي يبنى عليه الخيار ، فلو انتفى فانه بالضرورة ينتفي الخيار ، على اساس من ان الخيار يعد متفرعاً من هذا الاصل، وسقوطه متوقف على انعدام مصدره ، وهو العقد الاصلي .

---

(1) نصت الفقرة الثانية من المادة (137) من القانون المدني العراقي على انه ((فيكون العقد باطلاً اذا كان في ركنه خلل كأن يكون الايجاب والقبول صادرين ممن ليس اهلاً للتعاقد او يكون المحل غير قابل لحكم العقد ، او يكون السبب غير مشروع))

(2) نصت الفقرة الاولى من المادة (138) من القانون ذاته على انه ((العقد الباطل لا ينعقد ولا يفيد الحكم اصلاً)) .

(3) انظر المادة (141) من القانون ذاته .

(4) انظر د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الاول ، مصدر سابق ، ص 492 وما بعدها.

(5) انظر الفقرة الثانية من المادة (138) من القانون المدني العراقي .

(6) انظر الفقرة الثالثة من المادة ذاتها .

الخاتمة

الخاتمة

بعد انتهاء دراستنا الموسومة بـ (خيار الرجوع المصرفي – دراسة مقارنة) والتي تعرفنا فيها على احكامه في القوانين المقارنة ، يهمنا بعد ذلك ان نلقي نظرة عامة وموجزة عن اهم الافكار التي تناولناها في مسيرة هذه الدراسة ، وذلك في فصولها المختلفة ، والتي اعطت الباحث الفرصة في تبيان مواقف التشريعات ، ومكامن الخلل او القصورِ فيها ، مع الإشارة الى ما نراه كفيلاً بمعالجة تلك القصورِ ، وذلك عن طريق تبيان اهم ما توصلنا اليه من استنتاجات ومقترحات ، والتي سنوجزها بما يأتي .

اولا – الاستنتاجات : تمخضت دراستنا لهذا الخيار الكثير من النتائج ، نوجزها بما يأتي :

1- لم نجد بحثاً او مؤلفاً يتناول موضوعنا بشيء من التفصيل ، بل اننا كنا امام مهمة تكاد تكون مستحيلة التوفيق بين توجهات التشريعات ، فقد استعملت التشريعات محل المقارنة مختلفة للتعبير عن خيار الرجوع المصرفي ، منها الالغاء والنقض والاغلاق والانهاء ، بيد اننا اخترنا مصطلح الخيار بوصفه مفهوماً عاماً يستبطن المعنى المترادف لكل المفردات التي تضمنتها التشريعات المقارنة ، فضلاً عن تماثله مع الكثير من المفاهيم القانونية التي وردت في القواعد العامة في القانون المدني .

2- توصلنا الى ان غايات المشرع في منح المصرف خيار الرجوع لها ما يسوغها ، فقد يكون ذلك دعما للاقتصاد الوطني ، وقد يكون وسيلة فاعلة في تجنب المخاطر المصرفية ، فضلا عن كونه حماية لا نظير لها في القواعد العامة الواردة في القانون المدني .

3- توصلنا الى ان خيار الرجوع يمثل استثناء من القواعد العامة الواردة في القانون المدني ، التي تكون حاكمة على العقود كلها وهي (العقد شريعة المتعاقدين) وبما انه استثناء ، فانه لا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه كما نعلم .

4- توصلنا الى ان لخيار الرجوع معناً يتميز به عن غيره من الانظمة القانونية التي تشترك معه في الاثر المترتب على اعمال كل منها ، ومن ثم يختلف عنها في مواطن كثيرة لا يمكن القول بالتلابس فيما بينها.

5- بعد ان تعرضنا الى طبيعة الرجوع المصرفي ، فقد توصلنا بانه لا يعد حقاً بالمعنى القانوني للحق ، لان ذلك ينسحب على اثارة التساؤل بصدد نوعه ، هل هو حق

شخصي ام عيني ، وقد تجاوزنا تلك المعاني لنصل الى كونه مكنة قانونية ، على اساس من ان ذلك انما يقع في مرحلة متوسطة بين الحق والحرية .

6- توصلنا الى ان خيار الرجوع انما يدور في فلك عقد الاعتماد للسحب على المكشوف دون غيره من العقود المصرفية .

7- توصلنا الى ان معنى العميل المصرفي ، يصدق على معنى المهني و غير المهني و المستهلك ، وكل هؤلاء من الممكن ان يكونوا طرفاً في عقد الاعتماد للسحب على المكشوف .

8- توصلنا الى ان الرجوعَ يُعدُّ خياراً مصرفياً بحتاً في القوانين محل المقارنة ، وان كان المشرع الفرنسي في قانون الاستهلاك ، قد انفرد بتشريع الخيار لكلا طرفي عقد الاعتماد للسحب على المكشوف.

9- توصلنا الى ان المشرع العراقي كان قد اخذ بالمعنى الواسع للمراد بشخص المستهلك على خلاف القوانين المقارنة سواء الفرنسي ام الاردني .

10- توصلنا الى ان خيار الرجوع المصرفي انما يكون مرهونا بتحقق بعض المخاطر ، وهذه قد تكون ارادية (كما في فرضية عدم الرغبة في الدفع) ، وقد تكون غير إرادية ، كما في عدم القدرة على الدفع ، كإفلاس العميل مثلاً .

11- توصلنا الى ان التشريعات المقارنة لم تنظم هذا الخيار من حيث الصورة المثلى له ، اذ لم تتضمن مدة قانونية يمارس فيها الخيار ، وهذا يعد نقصاً تشريعياً .

12- توصلنا الى ان مدة خيار الرجوع لا تمثل مدة تقادم ، بل هي مدة سقوط ، اذ يترتب عليها سقوط الخيار دون اعمال او ممارسة من قبل المصرف .

13- توصلنا الى ان المصرف يجب ان لا يكون متعسفاً في إعمال خياره في التحلل من العقد ، فتعد عندئذ ممارسته للخيار غير جائزة من الوجهة القانونية .

14- توصلنا الى ان اعمال الخيار يستلزم توافر شروط عدة ، ومن ثم يمكن القول ان هناك ضوابط قانونية تكون حاكمة على ممارسته او اعماله .

15- توصلنا الى ان آثار خيار الرجوع لا تنسحب على طرفٍ دون آخر ، بل تشمل ما رتبه العقد من آثارٍ قانونيةٍ بشكلٍ رجعي من لحظة الانعقاد .

16- توصلنا الى انه لا يمكن تحديد التزامات المصرف بمقدار محدد ، بل هناك فرضيات مختلفة ، مرتبطة بمدى استعمال العميل لمبلغ الاعتماد من عدمه .

17- توصلنا الى ان التزامات العميل بعد إعمال الخيار ، مرتبطة بمدى استعماله لمبلغ الاعتماد من عدمه ، وقد طرحنا في صدد ذلك فرضياتٍ ثلاث .

18- توصلنا الى ان خيار الرجوع ينقضي بصفتين ، اصلية كما في السقوط الصريح والضمني ، وينقضي بصفة تبعية كما في انقضائه تبعاً لانقضاء شخصية المصرف ، وبطلان عقد الاعتماد للسحب على المكشوف .

ثانيا – المقترحات : فضلا عما سجلناه من نتائج ، فإننا توصلنا الى مقترحاتٍ جمة ، وهي مبثوثة في ثنايا الرسالة ، نوجز اهمها بما يأتي :

1- نظراً لما يمثله خيار الرجوع من كونه استثناءً على مبدأ العقد شريعة المتعاقدين ، لذا نقترح على المشرع ان ينظم احكامه بشكلٍ لا يجعل منه أداة قانونية لتعثر المعاملات المالية .
2- نقترح على المشرع عند تعديل قانون التجارة ، ان ينص على الضمانات التي تحول دون تعسف المصرف في استعمال خياره في التحلل من العقد ، ويكون ذلك بالنص على بعض المخاطر التي يجد معها سبباً مشروعاً في افناء العقد وهدم قيمته بعد انعقاده.
3- اقترحنا تعريفاً لخيار الرجوع بانه ((منح المشرع المصرف مكنة التحلل من العقد عند تحقق سبب مشروع)) .
4- نقترح على المشرع العراقي عند تنظيمه لخيار الرجوع بشكلٍ شامل ان يأخذ بنظر الاعتبار المدة القانونية التي يجب ان يمارس فيها الخيار ، وكنا قد اقترحنا ان تكون (7) ايام عمل ، وهي ليست بالمدة الطويلة او القصيرة ، ونعتقد بكفايتها في تحقيق غاية المشرع .
5- نقترح على المشرع العراقي عند تعديل قانون التجارة ، ان يلزم المصرف بتحديد شكل خاص لممارسة خياره في الرجوع عن العقد ، اذ يكون من مصلحة شخص العميل والمصرف ان يتم الرجوع في شكلٍ معين ، فهذا ما يسهل عبء الاثبات بالنسبة اليهم ، ويقطع دابر كل نزاع بصدد التعبير عن الارادة في إعمال الخيار من عدمه .
6- نقترح على المشرع العراقي ان يأخذ بنظر الاعتبار الاحكام القانونية التي جاءت بها التشريعات محل المقارنة ، وبالخصوص قانون الاستهلاك الفرنسي ، بما يكفل تحقيق الحماية المصرفية المنشودة .

7- نقترح على المشرع العراقي ان يحدد الحالات التي يسقط بها خيار الرجوع المصرفي ، فقد رأينا سابقاً ان خيار الرجوع من الخيارات المؤقتة بمدة معينة ، ومن ثَم يترتب على تحديد تلك الحالات ان يرتفع الاجتهاد بمورد النص ، ويكون كفيلاً بعدم التوسع في تفسيرها ، وإمكانية ادخال صورة عديدة ، انطلاقاً من كون خيارنا استثناءً ، فلا يجب التوسع فيه ، وهذا ينصرف الى وجوب تحديدها على نحو الدقة .

8- نقترح اخيراً على المشرع العراقي ، وانطلاقاً من غايات تشريع الخيار ، ان يجعل القواعد الخاصة به من النظام العام ، ومن ثم عدم جواز الاتفاق على خلافها .

قائمة المصادر والمراجع

قائمة المصادر والمراجع

القرآن الكريم .

اولا – المؤلفات العربية - الكتب :

1- د. ابـراهيم الدسـوقي ابـو الليـل ، العقـد غيـر الـلازم ، ذات السلاسـل ، جامعـة الكويـت ، 1994 .

2- د. احمـد ابـراهيم البسـام ، قاعـدة تطهيـر الـدفوع فـي ميـدان الاوراق التجاريـة ، مطبعـة العاني ، بغداد ، 1969 .

3- د. احمـد شـعبان محمـد علـي ، البنـوك الاسـلامية فـي مواجهـة الازمـات الماليـة ، دار الفكـر الجامعي ، الاسكندرية ، 2010 .

4- د. اكـرم يـاملكي ، الاوراق التجاريـة وفقـا لاتفاقيـات جنيـف الموحـدة والعمليـات المصـرفية وفقـا للأعـراف الدوليـة ، الطبعـة الاولـى ، الـدار العلميـة الدوليـة ودار الثقافـة للنشـر والتوزيع ، عمان ، 2001 .

5- د. اكـرم يـاملكي ، الـوجيز فـي شـرح القـانون التجـاري ، الجـزء الاول ، شـركة الطبـع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1966- 1967.

6- د. اكرم ياملكي ، د. فائق الشماع ، القانون التجاري ، دون دار نشر ، بغداد ، 1980 .

7- د. انور سلطان ، احكام الالتزام، دار النهضة العربية ، بيروت ، 1983 .

8- د. انـور سـلطان ، النظريـة العامـة للالتـزام – احكـام الالتـزام ، دار الجامعـة الجديـدة للنشـر ، الاسكندرية، 2005 .

9- د. باسـم محمـد صـالح ، القـانون التجـاري – النظريـة العامـة – التـاجر- العقـود التجاريـة – العمليـات المصـرفية – القطـاع التجـاري الاشـتراكي ، القسـم الاول ، مكتبـة السـنهوري ، بغداد ، 2015 .

10- د. باسـم محمـد صـالح ، د. عـدنان احمـد ولـي العـزاوي ، القـانون التجـاري – الشـركات التجارية ، شركة العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة ، دون سنة نشر.

11- د. بسـام حمـد الطراونـة ، د. باسـم محمـد ملحـم ، الاوراق التجاريـة والعمليـات المصـرفية ، الطبعة الاولى ، دار المسيرة ، عمان ، 2010 .

12- ج . ريبيـر – ر. روبلـو ، المطـول فـي القـانون التجـاري – الشـركات التجاريـة ، ترجمـة منصـور القاضـي و د. سـليم حـداد ، الجـزء الاول ، المجلـد الثـاني ، الطبعـة الثانيـة ، مجـد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع ، بيروت – لبنان ، 2011.

13- د. جعفـر الفضـلي ، الـوجيز فـي العقـود المدنيـة ، مكتبـة دار الثقافـة للنشـر والتوزيـع ، عمـان ، 1997

14- د. حسـن الحسـني ، عقـود الخـدمات المصـرفية ، دون مكـان للنشـر ، دون مكـان طبـع ، 1986 .

15- د. حسـن علـي الـذنون ، النظريـة العامـة للالتزامـات ، دار الحريـة للطباعـة ، بغـداد ، 1976 .

16- د. حسن كيرة ، المدخل الى القانون ، الطبعة الرابعة ، الاسكندرية ، 1971 .

17- د. سـامي خليـل ، اقتصـاديات النقـود والبنـوك – الكتـاب الاول – النقـود والبنـوك ، شـركة كاظمة للنشر والترجمة والتوزيع ، دون سنة نشر ، دون مكان نشر .

18- د. سـليمان مـرقس ، نظريـة العقـد ، دار النشـر للجامعـات المصـرية ، القـاهرة ، مصـر ، 1956.

19- د. سـميحة القليـوبي ، الاسـس القانونيـة لعمليـات البنـوك ، الطبعـة الثانيـة ، دار النهضـة العربية ، القاهرة ، 2003 .

20- د. سـميحة القليـوبي ، الشـركات التجاريـة ، الطبعـة الخامسـة ، دار النهضـة العربيـة ، القاهرة ، 2011 .

21- د. سـمير عبـد السـيد تنـاغو ، مصـادر الالتـزام ، الطبعـة الاولـى ، مكتبـة الوفـاء القانونيـة ، الاسكندرية، 2009 .

22- د. صـادق راشـد الشـمري ، اساسـيات الاسـتثمار فـي المصـارف الاسـلامية ، الطبعـة الاولى ، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2011.

23-

24- د. طالـب حسـن موسـى ، العقـود التجاريـة والعمليـات المصـرفية فـي قـانون التجـارة الاردني ، مؤسسة رام للتكنولوجيا والكمبيوتر ، مؤتة ، 1995 .

25- د. عـادل عبـد الفضـيل عيـد ، الاحتيـاط ضـد مخـاطر الاسـتثمار فـي المصـارف الاسـلامية ، الطبعة الاولى ، دار الفكر الجامعي ، الاسكندرية ، 2011 .

26- د. عباس العبودي ، شرح احكام العقود المسماة في القانون المدني (البيع ، الايجار) ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان – الاردن ، 2009 .

27- أ .عبد الباقي البكري ، م . زهير البشير ، المدخل لدراسة القانون ، مكتبة السنهوري ، دون سنة نشر .

28- د. عبد الحميد الشواربي ، عمليات البنوك في ضوء الفقه – القضاء – التشريع وصيغ العقود والدعاوى التجارية وفقا لقانون التجارة رقم 17 لعام 1999 ، دار الكتب والدراسات العربية ، الاسكندرية ، 2017 .

29- د. عبد الرحمن السيد قرمان ، العقود التجارية وعمليات البنوك ، الطبعة الثانية ، مكتبة الشقري ، السعودية ، 2010 .

30- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، اصول القانون – محاضرات القاها على طلبة السنة الاولى لطلبة كلية الحقوق في علم اصول القانون ، مطبعة فتح الله ياس واولاده ، مصر، 1936 .

31- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – الاثبات – آثار الالتزام ، الجزء الثاني ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1968.

32- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني – في التأمينات الشخصية والعينية ، الجزء العاشر ، دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، دون سنة نشر

33- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، نظرية الالتزام بوجه عام ، الجزء الاول ، دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، دون سنة نشر.

34- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، مصادر الحق في الفقه الاسلامي – دراسة مقارنة بالفقه الغربي - الجزء الاول، الطبعة الاولى ، دار احياء التراث العربي ، بيروت – لبنان ، دون سنة نشر .

35- د. عبد الرزاق احمد السنهوري ، نظرية العقد ، الجزء الاول ، الطبعة الثانية ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت – لبنان ، 1998 .

36- د. عبد العزيز المرسي حمود ، الحماية المدنية الخاصة لرضا المشتري في عقود البيع التي تتم عن بعد ، جامعة المنوفية ، 2005 .

37- د. عبد الفتاح عبد الباقي ، نظرية العقد والارادة المنفردة – دراسة مقارنة بالفقه الاسلامي ، الكتاب الاول ، دون مكان نشر ، 1984 .

38- د. عبد الفضيل محمد احمد ، عمليات البنوك ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، 2010 .

39- عبد الكريم محمد احمد اسماعيل ، العمولات المصرفية – حقيقتها واحكامها الفقهية ، الطبعة الثانية ، دار كنوز اشبيليا للنشر والتوزيع ، السعودية – الرياض ، 2011 .

40- د. عبد المجيد الحكيم ، ا، عبد الباقي البكري ، ا ، محمد طه البشير ، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي ، الجزء الاول ، دون دار نشر ، 1980 .

41- د. عبد المجيد الحكيم ، ا. عبد الباقي البكري ، أ محمد طه البشير ، القانون المدني واحكام الالتزام ، الجزء الثاني ، العاتك لصناعة الكتاب ، القاهرة ، دون سنة طبع .

42- د. عبد المجيد الحكيم ، الوسيط في نظرية العقد ، الجزء الاول ، شركة الطبع والنشر الاهلية ، بغداد ، 1967 .

43- د. عزيز العكيلي ، الوجيز في شرح قانون التجارة الجديد – احكام الافلاس – الطبعة الاولى ، مطبعة دار السلام ، بغداد ، 1973 .

44- د. عزيز العكيلي ، الوسيط في شرح القانون التجاري – الاوراق التجارية وعمليات البنوك ، دار الثقافة – عمان – الاردن ، 2013 .

45- د. عزيز كاظم جبر الخفاجي ، الخيارات القانونية واثرها في العقود المدنية – مقارنة بالفقه الاسلامي ، دار الكتب القانونية ، مصر ، 2011 .

46- د. علي البارودي ، العقود وعمليات البنوك التجارية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، دون سنة نشر .

47- د. علي جمال الدين عوض ، عمليات البنوك من الوجهة القانونية ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 1969.

48- د. غني حسون طه ، ا . محمد طه البشير ، الحقوق العينية ، الجزء الاول ، طبع لدى وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ، دون سنة نشر .

49- د. فاتن حسين حوى ، الوجيز في قانون حماية المستهلك – دراسة في احكام القانون اللبناني مع الاشارة الى حماية المستهلك المتعاقد عن بعد (الكترونيا) ، الطبعة الاولى، منشورات الحلبي الحقوقية ، لبنان ، 2012 .

50- د. فاروق إبراهيم جاسم ، الموجز في الشركات التجارية ، شركة العاتك لصناعة الكتاب ، بيروت ، 2018 .

51- د. محمد حسين منصور ، الحقوق العينية الاصلية ، دار الجامعة الجديدة ، الاسكندرية ، 2007 .

52- د. محمود الكيلاني ، الموسوعة التجارية والمصرفية – عمليات البنوك – دراسة مقارنة – المجلد الرابع ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، الاردن ، 2009 .

53- ئارام محمد صالح سعيد ، المكنة القانونية بين النظرية والتطبيق في القانون المدني ، الكتب القانونية ، مصر ، 2010.

ثانيا – الأطاريح والرسائل :

1- بختيار صابر بايو حسين ، الاعتماد للسحب على المكشوف – دراسة قانونية مقارنة ، رسالة ماجستير ، جامعة الموصل ، 2004 .

2- علاق عبد القادر ، اساس القوة الملزمة للعقد وحدودها ، رسالة ماجستير ، جامعة بلقايد – تلمسان – الجزائر ، 2007.

3- مريم حفظي حمزة الخفاجي ، تأثير المخاطر السوقية في التعثر بالسداد وبعض مؤشرات السيولة للمصارف ، رسالة ماجستير ، جامعة كربلاء – كلية الادارة والاقتصاد ، 2019 .

4- ميرفت علي ابو كمال ، الإدارة الحديثة لمخاطر الائتمان في المصارف ً للمعايير الدولية وفقا "بازل " II دراسة تطبيقية على المصارف العاملة في فلسطين ، رسالة ماجستير ، الجامعة الاسلامية ، غزة ، 2007 .

ثالثا – البحوث والمقالات :

1- د. انور مطاوع منصور ، حماية العميل المهني في الائتمان المصرفي في القانونين المصري والفرنسي ، بحث منشور في مجلة الدراسات القانونية ، العدد الثالث والخمسون (الجزء الاول) ، سبتمبر ، 2021 .
2- د. باسم العقابي ، خيار التأخير – دراسة قانونية معمقة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد 5 ، العدد 22 ، 2013 .
3- حسن توفيق فيض الله ، كازاو قادر ابراهيم شيخه ، الاندماج والاستحواذ المصرفي واثرها على حقوق الدائنين – دراسة تحليلية مقارنة ، بحث منشور في المجلة العلمية لجامعة جيهان – السليمانية ، المجلد (5) العدد (1) ، 2021.
4- د. ذكرى محمد حسين ، عبد الخالق غالي مهدي ، الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي، بحث منشور في محلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (8) العدد(4)، 2016 .
5- د. ذكرى محمد حسين ، محمود شاكر ارحيم ، وسائل إدارة مخاطر القروض المصرفية – دراسة مقارنة ، بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية ، المجلد (9) العدد (2) ، 2017 .
6- د. سلام عبد الزهرة الفتلاوي ، نظرات في قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لعام 2010 ، بحث منشور في مجلة كلية الاسلامية الجامعة، 2013، المجلد ، العدد22.
7- د. عباس علي محمد ، د. حسن حنتوش رشيد ، التعويض القانوني – نظرية الفائدة – بحث منشور في مجلة جامعة كربلاء العلمية ، المجلد السادس ، العدد الاول ، 2008 .
8- عماد خضير علاوي ، دور الإرادة في انهاء العقد ، بحث منشور في مجلة الانبار للعلوم القانونية والسياسية ، العدد الثالث .
9- عمار حمد خلف ، قياس تأثير تطور الجهاز المصرفي على النمو الاقتصادي ، بحث منشور في مجلة العلوم الاقتصادية والادارية ، 2011 ، المجلد 17 ، العدد 64 .
10- د. محمد حسن قاسم ، نحو الفسخ بالإرادة المنفردة ، مجلة الحقوق للبحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق ، جامعة الاسكندرية ، العدد الاول ، 2010 .

رابعا – القوانين والتعليمات :

(أ) – القوانين :

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لعام 1951 .
2- قانون التجارة العراقي السابق رقم (149) لعام 1970 .
3- قانون التجارة العراقي رقم (30) لعام 1984 .
4- قانون الشركات العراقي رقم (21) لعام 1997 المعدل .
5- قانون المصارف العراقية رقم (94) لعام 2004 .
6- دستور جمهورية العراق لعام 2005 .
7- قانون حماية المستهلك العراقي رقم (1) لعام 2010 .
8- القانون المدني الاردني لعام 1976 .
9- قانون التجارة الاردني لعام 1966 .
10- قانون اصول المحاكمات المدنية الاردني رقم (24) لعام 1988 المعدل.
11- قانون الشركات الاردني رقم (22) لعام 1997
12- قانون البنوك الاردني رقم (28) لعام 2000 .
13- قانون حماية المستهلك الاردني رقم (7) لعام 2017 .
14- القانون المدني الفرنسي لعام 1804 .
15- قانون التجارة الفرنسي لعام 1807 .
16- من قانون الشركات الفرنسي في (23) مارس 1967 المعدل .
17- القانون النقدي والمالي الفرنسي المعدل لعام 2017 .
18- قانون حماية المستهلك الفرنسي المعدل لعام 2020 .

(ب) – التعليمات :

1- التعليمات الصادرة من قسم الدراسات والعمليات المصرفية في البنك المركزي العراقي رقم (7) لعام 2004 ، بتاريخ 15 / 1 / 2004 .
2- مسودة دليل العمل الرقابي / ضوابط إدارة المخاطر في المصارف التقليدية (التجارية) لعام 2019.
3- ضوابط ادارة المخاطر في المصارف الاسلامية لعام 2018 .
4- تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المصارف العراقية رقم (4) لعام 2011 .

خامساً – المؤلفات الاجنبية :

1 - Stephaie Gross ، Bank and shareholders value – An Overiew of bank Valuation and Empirical Evidence on Shareholder Value for Bank، Deutscher Universitats، Verlag / Germany ، 2006.

2 - JEAN VAN RYN : DE DROITCOMMERCIAL ، TOME PREMIER ، ÉTABLISSEMENTS ÉMILE BRUYLANT ، Société anonyme d'éditions juridiques et scientifiques 67، RUE DE LA RÉGENCE ، 1954.

3 - Davy HUET : LE PETIT PROFESSIONNEL DANS SES RAPPORTS CONTRACTUELS ، Sous la direction de Monsieur le Professeur Frédéric BUY et de Monsieur le Professeur Julien THÉRON ، L'Université Clermont Auvergne2020.

4 - J. Van Ryn ، Droit commercial ، T. 3 ، Bruxelles ، ed ، 1961 .

Abstract

Banking operations are among the commercial contracts that are indispensable in the commercial community، and the presence of banks after them are necessary cash financing means in this medium، represented by granting credit to the customer، as it is often based on a banking trust in him، and this trust does not mean recognition of it without trying to protect The bank itself، as it is not without risks، seeks to surround the operations it presents with a kind of guarantees by taking a set of measures، whether material or contractual، by which it tries to avoid those risks or perhaps mitigate their effects.

The process of granting bank credit may precede the process of inquiring about the customer who wishes to conduct a banking operation، or to follow up on what he has provided or provide in terms of legal or material guarantees. It burdens him، and she is a ruler over him، and then، according to the general rules of civil law، the concluded contract cannot be reversed or modified except by agreement or the text of the law.

In view of this and the specificity of banking operations، the legislator intervened in an attempt to provide an atmosphere of legal reassurance for the operations conducted by the bank، as he decided legal rules that deviated from the general rules known as the binding force of the contract or what is known as the contract، the law of the contracting parties، as he granted the bank an exception the possibility Detachment from the contract and reversal of it in specific assumptions، which naturally represents the most effective thing that can be said with a legal guarantee that can be given to the bank، which is a situation and situation different from what we see in the legal reality، as the legislator often intervenes to try to protect the weak party in the contractual relationship، Whereas the legislator here only intervenes in favor of the financially، administratively and technically stronger party than the client or

customer، which is an exceptional situation that can only be justified by a legal vision that seeks a higher goal، which is to protect bank credit and support it with legal guarantees، and the best guarantees provided is the approval of the option of recourse Which represents a banking legal guarantee through which the latter can avoid the risks it faces or mitigate its negative effects.

The research revolves around that legal guarantee that was granted to the bank، which we called the option of banking recourse، and this designation we reached by interrogating the legal texts that were granted to the bank، and not for every banking work، but rather that the legislator approved this guarantee in the narrowest scope and in a type of banking business، which is Credit for overdraft (financial credit) (non-documentary credit) in one legal article (271). This reference to the possibility of derogation from the subject of the contract was not regulated at the level of ambition، as it represents an effective legal guarantee in protecting the bank when granting credit to the customer.

Karbala University

College of Law

Private law

(Banking revoking Option)
A comparative study

To the Council of the College of Law - University of Karbala
It is part of a master's degree in law requirements

Written by
(Haneen Hassan Hadi)

The super vision of
Prof. .Dr. Akeel Majeed Kadom

1444 A. H. 2023 A. D.