الحراسة القضائية على المصارف في العراق

م. م. مها أبراهيم أحمد

الجامعة المستنصرية – المركز الوطني لعلاج وبحوث السكري، بغداد \ العراق

Judicial Receivership Over Banks in Iraq

Assist. Lact. Maha Ibrahim Ahmed

Al-Mustansiriya Univ., National Center for Treatment and Researches for Debates Diseases, Baghdad / Iraq

المستخلص

تلعب المصارف دوراً مهماً في توظيف الأموال المدخرة في الاستثمار وتطوير النظام الاقتصادي، وقد اهتمت قوانين الدول ومنها العراق في تنظيم عمل هذه المصارف لضمان حسن قيامها بعملها وحماية المتعاملين معها.

وعلى اعتبار المصارف مؤسسات تجارية قد يرافق عملها حدوث خلل يؤثر على المتعاملين لذلك كان لابد من فرض الرقابة على عملها إلى الحد الذي يمكن فيه فرض حراسة قضائية عليها.

إن الحراسة القضائية على المصارف نيابة يوليها القضاء بإجراء مستعجل ووقتي يأمر به استناداً إلى نص في القانون بناءً على طلب صاحب المصلحة إذا رأى القاضي إنها إجراء ضروري للمحافظة على حقوق ذوي الشأن ومصالحهم ويعهد القاضي للحارس بموجب هذا الإجراء بمال سواء أكان منقولاً أم عقاراً أم مجموعاً من الأموال لحفظه وإدارته.

وتخضع الحراسة القضائية على المصارف لشروط محددة خاصة أن المشرع العراقي لم يخضعها لأحكام الإفلاس في القانون التجاري.

الكلمات المفتاحية: الحراسة، الأنشطة المصرفية، الاستعجال، نيابة قضائية

Abstract

Banks play an important role in employing the saved funds in investment and in developing the economic system. The laws of countries, including Iraq, have been concerned with regulating the work of these banks to ensure that they perform their work well and protect their customers. Considering that banks are commercial institutions, their work may be accompanied by a defect that affects the customers, so it was necessary to impose control over their work to the extent that a judicial receivership could be imposed on them.The judicial receivership of banks is a representation that the judiciary entrusts with an urgent and temporary procedure that it orders based on a provision in the law based on the request of the interested party if the judge deems it a necessary measure to preserve the rights and interests of the concerned parties. According to this procedure, the judge entrusts the receiver with money, whether it is movable or real estate, or a group of funds for safekeeping and management. The judicial receivership of banks is subject to specific conditions, especially since the Iraqi legislator did not subject them to the provisions of bankruptcy in the commercial law.

Keywords: Judicial receivership, Bank activities, Iraqi legislator and Economic system

المقدمة

إن المصارف تعدّ مؤسسات تجارية، تمارس أنشطة مصرفية وفق القوانين الناظمة لها. ونظراً لأهمية دور هذه المصارف وقدرتها على توظيف الأموال المدخرة في الاستثمار وتطوير النظام الاقتصادي، لذلك اهتمت قوانين الدول ومنها العراق في تنظيم عمل هذه المصارف لضمان حسن قيامها بعملها وحماية المتعاملين معها من خلال ممارسة الرقابة عليها، أو من خلال التدخل ووضع الحراسة القضائية عليها عند وجود ما يستدعي ذلك.

وتخضع الحراسة القضائية على المصارف لشروط محددة خاصة أن المشرع العراقي لم يخضعها لأحكام الإفلاس في القانون التجاري. وتعد الحراسة نيابة يوليها القضاء بإجراء مستعجل ووقتي يأمر به استناداً إلى نص في القانون بناءً على طلب صاحب المصلحة. ولكنها تخضع لشروط محددة. حيث لابد لفرض الحراسة القضائية من وجود خطر عاجل أو استعجال، وهذا يعد شرط جوهري لقبول دعوى الحراسة، حيث لا يتصور قيام الحراسة إلا بوجود خطر عاجل، بالإضافة إلى أنه يشترط وجود نزاع جدي وقابلية إدارة المال من الغير.

أهمية البحث

تعود أهمية البحث إلى أهمية دور المصارف ونشاطها في توظيف الأموال واستثمارها بما يخدم الاقتصاد الوطني، لذلك كان لابد من بيان وضع هذه المصارف عند حدوث خلل في عملها من خلال فرض الحراسة القضائية عليها.

إشكالية البحث

يثير البحث عدة تساؤلات تتمحور حول ما هو المقصود بالحراسة القضائية على المصارف، وبيان تعريفها تشريعياً وفقهياً، وما هي شروط فرض الحراسة القضائية على المصارف.

منهجية البحث

تم اعتماد المنهج الاستقرائي التحليلي المقارن، بهدف استقراء النصوص القانونية في أكثر من نظام قانوني مقارن والآراء الفقهية وتحليلها للوصول إلى قواعد تطبق على إشكالية البحث.

خطة البحث

قسم البحث إلى المطلبين الآتيين:

المطلب الأول: التعريف بالحراسة القضائية على المصارف

المطلب الثاني: شروط الحراسة القضائية على المصارف

المطلب الأول
التعريف بالحراسة القضائية على المصارف

عرفت الحراسة القضائية لغةً واصطلاحاً، ثم قانوناً وكما مبين بالفروع التالية:

الفرع الأول تعريف الحراسة القضائية لغةً واصطلاحاً

الحراسة لغةً هي مصدر الفعل حَرَسَ، يُقال حَرَسهُ حرساً وحراسة، وحَرَسَ الشيء يحرسه، ويحرسه حرساً أي حفظه، ويُقال وضع فلاناً تحت الحراسة أي منعه من التصرف في مالهِ[1].

ويقال تحرست من فلان أو احترس منه بمعنى تحرز، ويُقال محترس من مثله، وهو حارس، يُقال ذلك للرجل الذي يؤتمن على حفظ شيء لا يؤمن أن يخون فيه، والحرس حرس السلطان وهم الحراس، والواحد حرسيّ لأنه صار اسم جنس فنسب إليه، ولا تقل حراس إلا أن تذهب به إلى معنى الحراسة[2].

وجمع حَرَسَ حُرّاس والحُرس والأحراس، ويقال للشاة التي تسرق ليلاً الحِرْسَة والجمع حِرسات[3].

والحراسة اسم موصوف، وحدد بصفة معينة لتمييزه عن غيرها من أنواع الحراسات الأخرى، بأن تكون حراسة قضائية، لأن مصدرها القضاء الذي يضفي عليها هذه الصفة، وللحراسة معانٍ متنوعة، منها ما يطلق على الزمان، فيقال: "مضى عليه حرس من الدهر، ومنها ما يطلق على المكان، والحِرس والحرز يتشابهان لفظاً ومعنىً ولكن الحرس يستعمل للمكان أكثر، ويستعمل الحرز في المال ويستعمل للأمتعة، ويقال البناء الأحرس أي القديم، كما قد تطلق الحراسة على غير العاقل، فيقال المِحراس: القدح، السهم، عظيم القدر، كما

1- المعجم الوسيط، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ص166، ومختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، طبعة 1926، ص120.

2- ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، ب. ط، دار صابر، بيروت، ص48.

3- لسان العرب، الجزء السادس، ص49 والقاموس المحيط، الجزء الثاني، ص206.

قد تأتي الحراسة لمعانٍ لغوية أخرى كالحمى وهي جزية وصدقة، والرباط، هو الإقامة بالثغر، والثغر: كل مكان يخيف أهله العدو ويخيفهم[1]. أما الحراسة اصطلاحاً: فهي وضع مال متنازع عليه أو يكون الحق غير ثابت في يد من يتكفل بحفظه وإدارتهِ لحساب أصحاب ورده مع غلتهِ إلى من يثبت له الحق فيه سواء أكان هو واضع اليد عليه قبل الحراسة أم لا[2].

نجد من خلال من هذا التعريف أنه يشمل أنواع الحراسة سواء كانت حراسة اتفاقية أي عند اتفاق الأطراف فيما بينهم على تعيين حارس على المال أو الحق المتنازع عليه، أم كانت حراسة قانونية وهي التي تقع بحكم القانون، أم قضائية تقع بأمر القضاء بناءً على طلب أحد الخصوم. وقد اختلف الفقهاء في تعريفهم للحراسة القضائية، منهم من عرّفها بأنها: "نيابة قانونية وقضائية فهي نيابة قانونية لأن القانون هو الذي يحدد نطاقها ويبين حالاتها، ويوضح أركانها ويعين آثارها، وهي نيابة قضائية أيضاً، لأن القضاء هو الذي يضفي على الحارس صفته، فلا تؤول إليه صفة النيابة إلا بمقتضى حكم منه"[3]. يظهر من هذا التعريف أنه عرّف الحراسة القضائية استناداً إلى صفتها، فإنها قانونية، وهذا طبيعي لأن القانون هو من يحدد نطاقها وحالاتها، فلا حراسة إلا استناداً إلى نص، أما اعتبارها قضائية فهذا لا خلاف عليه بين الفقهاء على اعتبار أنها تصدر بحكم من القضاء إلا أن هذا التعريف لم يتناول محل هذه الحراسة وطبيعتها. والبعض الآخر عرّفها: "إجراء تحفظي مؤقت يأمر به القاضي بناءً على طلب صاحب المصلحة بوضع عقار أو منقول أو مجموع من المال يقوم في شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت وتحديد أمين يتولى حفظه وإدارته ليرده مع غلتهِ المقبوضة لمن يثبت له الحق فيه"[4].

1- القاموس المحيط، الجزء الثاني، ص207، وكذلك المنجد في اللغة والإعلام، ب. ط دار المشرق، بيروت، 1994، ص126.

2- د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد السابع، القسم الأول، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995، ص8007.

3- د. عبد الحميد الشواربي، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001، ص19.

4- د. محمد عبد اللطيف، القضاء المستعجل، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة مصر، 1955، ص177، وكذلك د. نزيه شلال، دعوى الحراسة القضائية، دراسة مقارنة من خلال اجتهاد المحاكم وآراء الفقهاء، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، 2001، ص10، وكذلك حسنين القيسي، الحراسة القضائية في القانون العراقي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط، 2018، ص16 وما بعدها.

يُلاحظ من هذا التعريف أنه بيّن طبيعة الحراسة القضائية، فهي لا تتعلق بموضوع الحق أو أصله ولا تفصل بالنزاع، بل فقط إجراء تحفظي مستعجل يتطلب فيه توافر شروط العجلة والحظر من أجل تعيين حارس أمين على المال المتنازع عليه. كما عرّفها البعض بأنها: "نيابة يوليها القضاء بإجراء مستعجل ووقتي يأمر به استناداً إلى نص في القانون بناءً على طلب صاحب المصلحة إذا رأى القاضي إنها إجراء ضروري للمحافظة على حقوق ذوي الشأن ومصالحهم ويعهد القاضي للحارس بموجب هذا الإجراء بمال سواء أكان منقولاً أم عقاراً أم مجموعاً من الأموال لحفظه وإدارته ليرده مع غلته لمقبوضة لمن يثبت حقه فيه"[1].

من خلال هذا التعريف نجد أنه شَمَلَ كل محتوى الحراسة، فقد حدد أركانها وطبيعتها وواجبات الحارس، وعليه يمكن القول إن هذا التعريف أشار إلى صفات الحراسة القضائية التالية:

1 – الحراسة القضائية إجراء قضائي

يقصد بذلك أن الحراسة القضائية تعد إجراء وقتي تحفظي يدخل في سلطة قاضي الأمور المستعجلة، فهي تهدف إلى الحفاظ على الحق أو المال المتنازع عليه من خلال طلب أحد الخصوم لتعين أمين أو حارس على هذا المال.

وقد ذهب المشرع العراقي إلى جعل الحراسة القضائية من اختصاص القضاء المستعجل وذلك في المواد "141 – 150" من قانون المرافعات المدنية رقم /83/ لسنة 1969.

وعليه فإن الحراسة القضائية تنشأ بقرار قاضي الأمور المستعجلة، وتبقى من اختصاصه ما دامت محافظة على شروط الطلب المستعجل.

2 – الحراسة القضائية إجراء وقتي تحفظي

تعد الحراسة القضائية قرار وقتي الهدف منه حماية حقوق الأطراف، ولا يقصد بالقرار الوقتي أن يكون صدوره لمدة قصيرة، لأنه قد تكون المدة طويلة تمتد لسنوات طالما شروط الاستعجال متحققة، وكل ذلك متروك لتقدير القاضي، والذي قد يصدر قرار

1– د. عبد الحكيم عبد الحميد فراج، الحراسة القضائية في التشريع المصري، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية، 1952، ص54.

بإنهائها أو تمديدها حسب الظروف ومصلحة الطرفين، وهذا ما قررته أغلب التشريعات ومنها التشريع العراقي والمصري. فالحراسة إجراء وقتي لكونها لا تحسم أصل النزاع وإنما تحقق له حماية مؤقتة وعاجلة[1]. كما تعد الحراسة إجراء تحفظي لأن الغاية منها المحافظة على المال والأشياء المتنازع عليها بناءً على طلب أحد الخصوم، بحيث يقوم الحارس القضائي المعين بالحفاظ على تلك الأموال والأشياء لحين صدور قرار من القضاء يحكم وينهي النزاع، وهذا ما تضمنه قانون المرافعات المدنية العراقي في المادة "148/1-1" والتي نص على: "يلتزم الحارس بالمحافظة على الأموال المعهودة إليه حراستها وإدارتها وأن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد، وأن يقدم للمحكمة حساباً بما تسلمه وبما أنفقه معززاً بالمستندات".

نلاحظ من هذا النص أنه ذكر عبارةً المحافظةً على الأموال مما يؤكد على هدف الحراسة القضائية[2]. ولذلك ذهب جانب من الفقه إلى تعريف الحراسة القضائية بأنها: "إجراء تحفظي يقوم به قاضي الأمور المستعجلة بوضع المنقول أو العقار تحت الحراسة القضائية"[3].

يتبين من خلال هذا التعريف أنه افتقد لصفة المال محل الحراسة – بأن يكون متنازع عليه، كما أنه حدد صفات الحراسة بأنها إجراء تحفظي.

كما عُرّفت بأنها: "وضع مال متنازع عليه ويتهدده خطر عاجل تحت يد عدل لحفظهِ وإدارته وإعادته مع غلتهِ لصاحبه"[4]. نلاحظ هنا أن التعريف السابق ركّز على الشيء المتنازع عليه الموجود تحت يد القضاء فقط. وأيضاً عّرفت الحراسة بأنها: "وضع المنقول أو العقار تحت يد شخص محدد حفاظاً على حقوق من يهمه ذلك المنقول أو العقار"[5]. يتبين من هذا التعريف أنه لم يتطلب وجود نزاع حول محل الحراسة – المنقول أو العقار.

1- د. وجدي راغب فهمي، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، العدد الأول، 1973، ص224.

2- راجع في ذلك أيضاً المادة /896/ من القانون المدني الأردني رقم 43 لسنة 1976.

3- ضياء شيت خطاب، الحراسة القضائية في الفقه الإسلامي، مجلة القضاء، نقابة المحامين، العدد الثاني، السنة 1970، ص12، وأيضاً ختام الصبح، أحكام الحراسة القضائية في القانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، 2017.

4- د. محمد علي عرفة، التقنين المصري الجديد، الطبعة الأولى، بلا سنة نشر، ص497.

5- د. عبد الحميد أبو هيف، طرق التنفيذ والحفظ في المواد المدنية والتجارية، 1923، ص1312.

من جهة أخرى، فقد عُرّفت الحراسة القضائية قضائياً، حيث ذهبت محكمة النقض المصرية إلى أنها: "إجراء تحفظي والحكم الصادر فيها ليس قضاءً بإجراء يحتمل التنفيذ المادي في ذاته، إنما هو تقرير بتوافر صفة قانونية للحارس لأداء المهمة التي تُناط به في الحد الذي نص عليه الحكم..."[1].

وكما قررت في حكم آخر: "طالما أن الحراسة القضائية تعد إجراء تحفظياً مؤقتاً لا يمس موضوع الحق فهي بذلك لا تعّد من إجراءات التنفيذ ولا تقوم مقام التنبيه أو الحجز في قطع التقادم، فضلاً على أن القضاء برفض الدعوى يؤدي إلى إلغاء صحيفتها وما يكون قد ترتب عليها من آثار"[2].

وفي بيان طبيعة مهمة الحارس القضائي، ذهبت محكمة النقض إلى أن: "الحارس القضائي يصبح بمجرد تعيينه وبحكم القانون نائباً نيابة قضائية عن صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة"[3].

من مجمل التعاريف الفقهية والقضائية السابقة، نخلص إلى تعريف الحراسة القضائية بأنها: نيابة قضائية قانونية بإجراء وقتي تحفظي لا يتصل بأصل الحق، يقوم فيه حارس أمين بناءً على طلب صاحب المصلحة بالمحافظة وإدارة مال "عقار – منقول" سواء كان متنازعاً عليه أو كان الحق فيه غير ثابت، وسواء كان تحت يد القضاء أو لم يكن، طالما أنه إجراء ضروري للحفاظ على حقوق ذوي الشأن.

الفرع الثاني التعريف بالحراسة القضائية في القوانين

ذهبت مختلف التشريعات إلى تعريف الحراسة القضائية، ومن هذه التشريعات، التشريع المدني المصري حيث عرّف الحراسة القضائية في المادة /729/ بأنها: "عقد يعهد الطرفان بمقتضاه إلى شخص آخر بمنقول أو عقار أو مجموع من المال يقوم في

1- حكم محكمة النقض المصرية رقم 36 تاريخ 1995/2/10 مذكور لدى د. مصطفى الشاذلي موسوعة أسباب الحراسة والجزء السياسي في قانون المدعي العام الاشتراكي، دار المطبوعات جامعة الإسكندرية، ص 11. د. محمد عبد العزيز أبو ستة، نحو نظرية عامة للحراسة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة بنها 2019 ، ص33.

2- حكم محكمة النقض المصرية رقم 825 تاريخ 1979/6/4، مذكور لدى د. مصطفى الشاذلي، المرجع السابق، ص 12.

3- حكم محكمة النقض المصرية رقم 1653 تاريخ 1983/5/22 ، مجموعة المكتب الفني ، ص 1262.

شأنه نزاع أو يكون الحق فيه غير ثابت، فيتكفل هذا الشخص بحفظهِ وبإدارته وبردهِ مع غلتهِ المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه".

كما عرّفها في المادة /730/ بأنها: "يجوز للقضاء أن يأمر بالحراسة: في الأحوال المشار إليها في المادة السابقة، إذا لم يتفق ذوي الشأن على الحراسة.

أما المشرع العراقي، فقد أورد تعريف الحراسة القضائية في قانون المرافعات المدنية في الباب الخاص بالقضاء المستعجل ولم يورده في القانون المدني كالمشرع المصري، فقد نصت الفقرة الأولى من المادة /147/ من قانون المرافعات: "يجوز لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار إذا تجمع لديه من الأسباب المعقولة ما يخشى معه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه أن يطلب من القضاء المستعجل وضع هذا المال تحت الحراسة وإدارته ورده مع غلتهِ المقبوضة إلى من يثبت له الحق فيه".

وهذا النص مشابه للفقرة الثانية من المادة /730/ من القانون المدني المصري.

كما عرّف المشرع الأردني الحراسة، حيث أورد أحكامها الموضوعية في الفصل الخامس من الباب الثاني الخاص بالعقود الواردة على العمل في القانون المدني الأردني رقم "43" لسنة 1976، حيث عرّفت المادة /894/ الحراسة بأنها: "عقد يعهد بمقتضاه الطرفان المتنازعان إلى آخر بمال ليقوم بحفظه وإدارته على أن يرده مع غلته إلى من يثبت له الحق فيه"[1].

كما عرّفت المادة /896/ الحراسة القضائية بنصها: "يجوز لأحد المتنازعين على مال عند عدم الاتفاق أن يطلب من القضاء وفقاً لخطر عاجل أو استناداً لسبب عادل تعيين حارس يقوم باستلام هذا المال لحفظه وإدارته أو تخويله أي حق يرى فيه القضاء مصلحة الطرفين".

كما عرّفها المشرع الأردني في قانون أصول المحاكمات المدنية رقم "42" لسنة 1988 والمادة /32/ والتي جاء فيها: "يحكم قاضي الأمور المستعجلة بصفة مؤقتة مع عدم المساس بالحق، بالأمور التالية على أن هذا لا يمنع من اختصاص محكمة الموضوع أيضاً بهذه المسائل إذا رفعت إليها بطريق التبعية.... 2 – النظر في طلبات تعيين وكيل أو قيم على مال أو الحجز التحفظي أو الحراسة أو منع السفر".

1- راجع أيضاً قانون التنفيذ الأردني رقم (25) لسنة 2007.

يلاحظ أن تعريفات المشرع الأردني تؤكد بأن الحراسة القضائية هي إجراء تحفظي وقتي وليس منهي للنزاع، يحكم بِهِ قاضي الأمور المستعجلة بهدف المحافظة به المال وإدارته.

كما نجد من تعريف الحراسة في التشريعان المصري والعراقي أنها إجراء تحفظي مؤقت، الغاية منه حفظ حقوق الأطراف المتنازعة على المال إلى حين أنهاء النزاع دون أساس بأصل الحق.

أما المشرع اللبناني فقد عرّف الحراسة القضائية في المادة "719" من قانون الموجبات والعقود بأنها: "الحراسة هي إيداع شيء متنازع عليه بين يدي شخص ثالث، ويجوز أن يكون موضوع الحراسة أموالاً منقولة أو ثابتة وهي تخضع للأحكام المختصة بالوديعة العادية".

وكما تنص المادة /760/ من ذات القانون على أن: "يعهد في الحراسة إلى شخص يتفق جميع ذوي الشأن على تعيينه، ويمكن أيضاً تعيينه من قبل القاضي، وللقاضي أن يقرر تعيين حارس:

1 – للشيء الذي يكون موضوع نزاع أو موضوع علاقات قانونية مشكوك فيها إلى أن يزول النزاع أو الشك أو للشيء الذي يعرضه المديون لإبراء ذمته.
2 – للأموال المنقولة وغير المنقولة التي يخشى صاحب الشأن لأسباب مشروعة أن يختلسها واضع اليد عليها أو يتلفها.
3 – للأموال المنقولة المؤمنة لحق الدائن إذا أثبت الدائن عجز مديونهِ أو كان لديه من الأسباب المشروعة ما يحمله على الخوف من هربه أو اختلاسهِ لتلك الأشياء.

وسنعرض تعريفات الحراسة القضائية في بعض التشريعات الأخرى:

فقد تناولها القانون المدني الفرنسي في المادة /1956/ بأنها: "الإيداع الذي يتم بطريق واحد أو أكثر من الأشخاص للشيء المتنازع عليه بين يدي الغير، الذي يتم بردهِ بمجرد انتهاء المنازعة للشخص الذي قضي له بالحصول عليه"[1].

كما عرّفت المادة /1963/ منه الحراسة بـ: "تُخصص الحراسة القضائية إما للشخص الذي اتفق عليه الخصوم المعنين فيما بينهم وإما للشخص المعين بطريق

1- Bénabcot, Driotcivil, Lescantrats spéciaux, 2éme, éd, Montchrestien 1995, p. 446.

القاضي، وفي كلتا الحالتين يخضع الشخص الموكول له حراسة الشيء لكافة الالتزامات المفروضة بشأن الحراسة الاتفاقية"[1].

من خلال نصوص القانون المدني الفرنسي نجد أنه تناول الحراسة الاتفاقية في المادة /1956/ وتناول الحراسة القضائية في المادة /1963/، إلا أنه لم يُعرّف الحراسة القضائية بل حدد كيفية تعيين الحارس والالتزامات المفروضة عليه.

كما تناولها قانون المرافعات اليمني في المادة /392/: "الحراسة القضائية إجراء تحفظي يأمر به القاضي المختص في الأحوال المنصوص عليها في القانون"[2].

الفرع الثالث التعريف بالحراسة القضائية على المصارف

بدايةً لابد من القول إن المصارف تعدّ مؤسسات تجارية، تمارس أنشطة مصرفية وفق القوانين الناظمة لها. ونظراً لأهمية دور هذه المصارف وقدرتها على توظيف الأموال المدخرة في الاستثمار وتطوير النظام الاقتصادي، لذلك اهتمت قوانين الدول ومنها العراق في تنظيم عمل هذه المصارف لضمان حسن قيامها بعملها وحماية المتعاملين معها من خلال ممارسة الرقابة عليها، أو من خلال التدخل ووضع الحراسة القضائية عليها عند وجود ما يستدعي ذلك. والجدير بالذكر أن المصارف بوضعها الحالي لم تظهر دفعة واحدة، بل خضعت لتطورات النظم الاقتصادية[3]. ويعد المصرف والبنك كلمتان ذات مدلول واحد، وتُستخدم كلمة مصرف نسبةً لأصلها العربي بخلاف البنك الإنكليزي الأصل[4].

وذهب جانب من الفقه إلى تعريف المصارف بأنها: "مؤسسات ائتمانية غير متخصصة تضطلع أساساً بتلقي ودائع الجمهور القابلة للسحب لدى الطلب أو بعد أجل قصير والتعامل بصفة أساسية في الائتمان القصير الأجل"[5].وذهب جانب آخر إلى إنها: "المؤسسات التي تمارس عمليات الائتمان "الإقراض والاقتراض"[6]، كما عرفها البعض: "منشأة تنّصب عملياتها

1- Ph. Malaurie, L. Aynés, et p. y. Gautier, les contrats spéciaxu, 5éme, éd, Pfrenois, 2011, p. 532.

2- د. محمد عبد العزيز أبو ستة، نحو نظرية عامة للحراسة القضائية، المرجع السابق، ص28.

3- د. فؤاد مرسي، العقود والبنوك، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة، 1958، ص142.

4- المنجد في اللغة العربية، المرجع السابق، ص821.

5- A. SHornby, Oxford Advanced learnecs Dictionary of current English, sixth edition, 2004, p. 1006.

6- د. ضياء الموسوي، الاقتصاد النقدي، دار الفكر، الجزائر، ص94.

الرئيسة على تجميع النقود الفائضة عن حاجة الجمهور أو منشآت الأعمال أو الدولة لغرض إقراضها للآخرين وفق أسس معينة أو استثمارها في أوراق مالية محددة"[1].

أو أنها: "مؤسسات مالية تقدم خدمات مالية ومصرفية"[2]. ووفق قانون الشركات العراقي، فإن المصارف العراقية هي المصارف التي تؤسس في العراق وفقاً لأحكام القانون ويكون مركزها الرئيسي في العراق[3]. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع العراقي المصرفي لم يستعمل عبارة "المصارف العراقية"، بل استعمل عبارة "محلي" للإشارة إلى المصارف العراقية، وكلمة الأجنبي للإشارة إلى المصارف غير العراقية.

وحسب القانون اللبناني، فإن المادة "20" من القانون رقم "2" والصادر في "1976/1/16" والخاص بإخضاع المصارف التي تتوقف عن الدفع لأحكام خاصة نصت على: " وفي كل ما لا ينص عليه هذا القانون وما لا يتنافى مع مضمونه تبقى نافة وسارية المفعول فيما يتعلق بالمصارف المتوقفة عن الدفع، جميع احكام قانون التجارة المتعلقة بالأصول والقواعد التي تطبق لدى إعلان الإفلاس والنتائج المترتبة على إعلان الإفلاس".

ووفق المادة "2" من قانون إخضاع المصارف المتوقفة عن الدفع لأحكم خاصة لسنة "1967" فإن المصرف يعتبر متوقفاً عن الدفع في عدة حالات منها إذا لم يتم تسديد دينا مترتباً عليه لمصرف لبنان عند استحقاقه".

وأيضاً هذا ما ذهب إليه القانون المصري وفق المادة "2" من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد رقم "88" لعام 2003 والتي تضمنت: " تسري على البنوك الخاضعة لأحكام القانون المرافق فيما لم يرد بشأنه نص أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم "159" لسنة 1981 وتسري أحكام قانون التجارة على معاملات البنوك مع عملائها تجاراً أو غير تجار أياً كانت طبيعة هذه المعاملات".

1- د. زينب عوض الله، وأسامة الغولي، أساسيات الاقتصاد النقدي والمصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2002، ص99.

2- د. ضياء الموسوي، المرجع السابق، ص100، وكذلك د. نالان المدرس، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف العراقية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة صلاح الدين، أربيل، 2012، ص43.

3- راجع المادة /23/ من قانون الشركات العراقي والمادة /12/.

وعليه نخلص إلى أن المشرعان اللبناني والمصري أخضعا إفلاس المصارف إلى نظم الإفلاس التجاري وإلى أحكام القانون التجاري، لكون المصرف تاجراً متخذاً شكل من اشكال الشركات التجارية. وذلك بخلاف المشرع العراقي والذي نص على عدم سريان الإفلاس التجاري المنصوص عليه في القانون التجاري على إفلاس المصارف، بل جعلها خاضعة إلى احكام مستقلة وخاصة، وها ما عبرت عنه صراحةً المادة "70" من قانون المصارف والذي نصت على أنه: "لا ينطبق على المصارف قانون إشهار الإفلاس ولا أي قانون أخر تعدل قانون إشهار الإفلاس أو تحل محله كلياً أو جزئياً".

وأيضاً المادة "564" من تعديل احكام الإفلاس العراقي والصادر بالأمر رقم "78" لسنة 2004 والذي استثنى المصارف من أحكام الإفلاس الواردة في قانون التجارة رقم "149" لسنة "1970".

ولعل موقف المشرع العراقي محل نقد لأن المصرف يعدّ تاجر والإفلاس يتصل بالتجار فقط، كما أن عدم إخضاع المصارف لقواعد الإفلاس قد يؤدي إلى نقص القواعد التي تحكم الإفلاس، فضلاً عن أن قواعد الإفلاس يجب أن تكون بمثابة القواعد العامة لأي إفلاس ومنه إفلاس المصارف حتى لو تم تخصيصها بقواعد خاصة.

بناءً على ما سبق يمكن أن نقول إن الحراسة القضائية على المصارف تشمل فرض الحراسة على أموال هذا المصرف "سواء كانت عقاراً أم منقول" لضرورات نزاع قائم أو وفقاً للأسباب حددتها المادة /71/ من قانون المصارف العراقي رقم /94/ لسنة 2004.

المطلب الثاني
شروط الحراسة القضائية على المصارف

سنبين في هذا المطلب الشروط العامة والشروط الخاصة للحراسة القضائية على المصارف وكما يلي:

الفرع الأول: الشروط العامة للحراسة القضائية على المصارف

لفرض الحراسة القضائية على المصارف لابد من تحقق شروط عامة تتمثل بالآتي:

أولاً- وجود خطر عاجل "الاستعجال"

لابد لفرض الحراسة القضائية من وجود خطر عاجل أو استعجال، وهذا يعد شرط جوهري لقبول دعوى الحراسة، حيث لا يتصور قيام الحراسة إلا بوجود خطر عاجل على حقوق طالبيها بغية اتخاذ إجراء تحفظي مؤقت لحماية تلك الحقوق.

وهذا ما أشار إليه قانون المرافعات المدنية العراقي في المواد "141 – 147" تحت عبارة: "المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت".

كما نص على هذا الشرط القانون المدني الأردني في المادة /896/ والمادة /32/ من قانون أصول المحاكمات، وكذلك القانون المدني المصري في المادة /730/ منهُ.

وقد جاء في نص المادة /141/ من قانون المرافعات المدنية العراقي: "تختص محكمة البداءة بنظر المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت بشرط عدم المساس بأصل الحق".

وهذا يتطلب وجود خطر داهم أو ضرر للخصم لا يمكن تلافيه، كما نص عليها المشرع العراقي بصورة أدق في المادة "1/147" والتي أجازت لكل صاحب مصلحة في منقول أو عقار إذا تجمع لديه من الأسباب ما يخشى منه خطراً عاجلاً لبقاء المال بيد حائزه أن يطلب تعيين حارس قضائي[1].

1- د. ضياء شيت خطاب، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد، 1973، ص160.

وتطبيقاً للنصوص السابقة، قررت محكمة التمييز العراقية أن الحراسة لا تتقرر إلا عند توافر الخطر العاجل، فقد جاء بقرار لها: "إذا لم توجد مصلحة من خطر عاجل فلا تتقرر الحراسة"[1].

وفي قرار آخر قررت: "يشترط لقبول وضع طلب المال تحت الحراسة القضائية أن يقوم نزاع بين الطرفين يقتضي عدم جواز بقاء المال تحت يد حائزة لوجود خطر عاجل من بقائهِ"[2].

وهـذا أيضاً مـا ذهبت إليـه محكمـة التمييـز اللبنانية في عـدة قرارات لهـا، منها علـى سـبيل المثال: " لا يمكـن لقاضي الأمور المسـتعجلة تعيين حـارس قضائي إلا إذا كان الطلـب مبنيـاً على عجلـة متفرعة عـن خطر اختلاس الشـيء أو هلاكـه أو إتلافه أو تعيبه..."[3].

كما ذهبت في قرار أخر: " إن لقاضي العجلة في حال توفر شرطي العجلة وعدم التصدي للأساس، الحق في تعيين حارس قضائي على الأموال المنقولة وغير المنقولة تلافياً للضرر الذي يخشاه طالب الحراسة".

وهذا ما يظهر لنا بوضوح ضرورة توافر العجلة ليتمكن قاضي الأمور المستعجلة من تعيين حارس قضائي.

وإذا كان القانون قد اشترط توافر حالة الاستعجال إلا أنه لم يحدد ماهية الاستعجال، بل ترك لك للفقه والقضاء، حيث عرّفها جانب من الفقه بانها: "الخطر المحدق بالحق والمطلوب رفعه بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية"[4].

كما عُرّف بأنها: "ضرورة الحصول على الحماية القانونية العاجلة التي لا تتبينها، إتباع الإجراءات العادية"[5].

1- الدعوى رقم 159 تاريخ 1970/11/26، مذكور لدى حسنين القيسي، المرجع السابق، ص38.

2- قرار محكمة التمييز 276، هيئة عامة أولى تاريخ 1973/22/17، مذكور لدى د. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم قانون المرافعات المرتبة، مطبعة الحافظ، بغداد، 1990، ص216.

3- قرار محكمة التمييز اللبنانية رقم 23 تاريخ 1953/3/31 مجموعة باز ، ص 158.

4- د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص 24.

5- د. رضا محمد عبد السلام، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007، ص43.

أو هي "الخطر الواقع أو يحتمل الوقوع الذي يهدد مصلحة رافعها من ترك المال تحت يد حائزه"[1]. وبحسب جانب من الفقه، فإن الحظر العاجل يختلف عن الاستعجال، ويجب لانعقاد الاختصاص للقضاء المستعجل أن يكون الخطر غير ممكن الدفع من خلال اللجوء للتقاضي العادي أي يجب أن يكون الخطر مستعجلاً وليس عاجلاً[2].

في حين يذهب جانب آخر عكس ذلك، ويرى أنه لا فرق بين الاستعجال والخطر العاجل، وحيث يوجد الاستعجال يوجد الخطر العاجل ويدخل كلاهما في اختصاص القاضي المستعجل والذي يتوجب عليه اتخاذ الإجراء التحفظي لحماية الحق[3]. وقد نصت محكمة التمييز الأردنية لصفة الاستعجال في قرارها رقم "3/402" والذي جاء فيه: "من المبادئ الفقهية المستقرة أنه وإن كانت مهمة القضاء المستعجل عدم التعرض لأصل الحق أو صميم النزاع إلا أن هذا لا يمنع محكمة القضاء المستعجل من اتخاذ كافة الإجراءات الضرورية لحماية الطرفين ووضع الحلول التي تستقر معها العلاقة القانونية مؤقتاً ريثما يقول القضاء الموضوعي كلمته، ولها في سبيل أداء مهمتها هذه أن تتناول موضوع الحق وأن تبحث في ظاهر الأدلة المقدمة لاتخاذ الإجراء التحفظي الذي يكفل هذه الحماية، ومن خلال ذلك لها أن تتعرف حكم القانون في طبيعة العلاقة القائمة بين الطرفين والتفضيل بين الآراء الفقهية المختلفة في نطاق الدعوى المستعجلة تفضيلاً المفروض فيه ألا يقيد محكمة الموضوع ولا يحوز حجية قبلها وإنما تتحسن به محكمة القضاء المستعجل مبلغ الجد بالنزاع"[4].

كذلك الأمر بالنسبة لمحكمة النقض المصرية، حيث جاء في إحدى قراراتها بأن: "قاضي الأمور المستعجلة يختص وفقاً لأحكام المادة /45/ مرافعات بالحكم بصفة مؤقتة مع عدم المساس بأصل الحق في المسائل المستعجلة التي يخشى عليها من فوات الوقت فأساس اختصاصه أن يكون المطلوب الأمر باتخاذ قرار عاجل لا يمس أصل الحق"[5].

1- د. رضا محمد عبد السلام، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، المرجع السابق،ص44.
2- د. عبد الحميد الشواربي، الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء، المرجع السابق، ص51.
3- د. رضا عبد السلام، النظرية العامة للحراسة، المرجع السابق، ص44.
4- قرار محكمة التمييز الأردنية، حقوق رقم (73/402) من مجلة نقابة المحامين، ص (603، 1973).
5- د.عبد الحميد الشواربي الحراسة القضائية، المرجع السابق، ص(29)، د. وجدي راغب، مبادئ قانون المرافعات، 1974، ص(98)، و(نقض مدني، جلسة 1977/6/22 الطعن رقم (772) لسنة (43) ق، ص(29).

ومن خلال النصوص القانونية في القانون المدني الأردني والمصري نجد بأن المشرعين لم يعرفا الاستعجال لكن تمت الإشارة إليه في قانون أصول المحاكمات المدنية الأردني وقانون المرافعات المصري، ونجد أن المشرع الأردني قد اشترط لفرض الحراسة القضائية توفر شرط الخطر العاجل، أو السبب العادل، بينما المشرع المصري استخدم مصطلح الخطر العاجل وجميع هذه المعاني تحمل معنى واحداً وهو الاستعجال كون أن دعوى فرض الحراسة القضائية إجراء استثنائي الهدف منه حفظ حقوق المتنازعين ودرء الخطر، كما أنه لم يتم تحديد المقصود من السبب العادل، ولم يحدد له شروطاً خاصة، وإنما ترك أمر تقدير السبب العادل إلى القاضي الذي ينظر الدعوى ويتم استخلاص ذلك من ظروف ووقائع الدعوى[1].

وعرّفت محكمة النقض المصرية الخطر العاجل في العديد من قراراتها واشترطت وجود شرطين لتحديد اختصاصها بهذه الأمور، أولهما: أن يكون المطلوب إجراء لا يفصل في أصل الحق، وثانيهما: قيام حالة الاستعجال يخشى معها فوات الوقت الذي تستلزمه إجراءات التقاضي لدى محكمة الموضوع[2]. وتقوم القرارات المستعجلة، وأياً كان موضوعها، وفق ما استقر عليه القضاء وسنداً للقانون، على شرطين أساسيين مجتمعة، لا تقوم أن تخلف أي شرط منها، وهي: - شرط الاستعجال، وشرط عدم المساس بأصل الحق[3].

1- د. نشأت الأخرس، شرح قانون أصول المحاكمات المدنية، المرجع السابق، ص(375).

2- د. محمد محمود إبراهيم، الوجيز في المرافعات، ملزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي، 1983 ص(372)، د. محمد عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الأول، بلا سنة نشر، ص102، و(حكم نقض رقم 51/11/29 السنة 129/3).

3- قرار محكمة التمييز الأردنية (حقوق)، رقم 2013/1792، (هيئة خماسية)، تاريخ 2013/7/14، منشورات مركز عدالة: (يستفاد من المواد (32) من قانون أصول المحاكمات المدنية أن اختصاص القضاء المستعجل ينعقد بتوافر شرطي الاستعجال وعدم المساس بأصل الحق، فشرط الاستعجال هو الخطر الحقيقي المحدق بالحق المراد المحافظة عليه والذي يلزم لدرنه عنه بسرعة لا تكون عادة في القضاء العادي، وأما شرط عدم المساس بأصل الحق فيقتضي بالا يكون لحكم القضاء المستعجل تأثيراً في الموضوع بمعنى أنه ليس له بأي حال أن يقضي في أصل الحق وجوداً وعدماً فيدخل في ذلك ما يمس صحته أو يؤثر في كيانه أو يغير فيه أو في الآثار القانونية التي رتبها له القانون أو التي قصدها العاقدان الأمر الذي يترتب عليه أنه ليس لقاضي الأمور المستعجلة عند البحث في المنازعات الموضوعية التي تثار أمامه أن يحكم في حقيقة المسائل المتنازع عليها أو في مدى تأثيرها على حقوق الطرفين الأمر المنوط بقاضي الموضوع وحده (لطفاً انظر بهذا الخصوص د. رمزي سيف – الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – القاهرة د. أحمد أبو الوفا – المرافعات المدنية والتجارية)، وعليه فإن القرار الذي يصدر في الطلب المستعجل يحوز على حجية مؤقتة وعلى ذمة الدعوى الموسوعة عملاً بالمادة (3/33) من القانون ذاته).

ومما قضت به محكمة التمييز الأردنية بشأن شرط الاستعجال أنه: "عرف الفقه والقضاء الاستعجال بأنه الخطر المحدق بالحق المطلوب حمايته بإجراء وقتي لا تسعف فيه إجراءات التقاضي العادية ويتحقق ركن الاستعجال إذا استبان لقاضي الأمور المستعجلة أن الإجراء الوقتي المطلوب اتخاذه محافظة على الحق المطلوب حمايته لا يحتمل الانتظار حتى يعرض أصل النزاع على قضاة الموضوع، وعليه فإن اختصاص القضاء المستعجل يقف عند حد اتخاذ إجراء وقتي مبناه ظاهر الأوراق ولا يمس أصل الحق، وحيث إن "وقف تنفيذ أعمال إخلاء المواقع المستثمرة "الكاونترات" العائدة للمميز ضدها بحدود ما توصل القرار المطعون فيه والذي لم يتعرض إلى سحب التصاريح يدخل ضمن اختصاص قاضي الأمور المستعجلة وفقاً لأحكام المادة /32/ من قانون أصول المحاكمات المدنية، ومن استعراض أوراق هذه الدعوى وظاهر البينة المقدمة فيها نجد أن ما توصل إليه القرار المطعون فيه بوقف أعمال إخلاء المواقع ينفق والقانون فيكون القرار المطعون فيه واقعاً في محله وفي هذه الحدود"[1].

ولقد أشار كل من القانونين المدني الأردني والمدني المصري إلى شرط الخطر العاجل والاستعجال، فاشترطا أن يجتمع لدى رافع الدعوى من الأسباب المعقولة ما يخشى منه خطراً عاجلاً من بقاء المال تحت يد حائزه، والخطر العاجل هو خطر فوري يهدد مصلحة ذوي الشأن ولا يمكن دفعه إلا بوضع المال تحت الحراسة، وتقدير ما إذا كان هناك خطر عاجل يتوقف على ظروف كل حالة[2] ويجب أن يكون جدياً أي قائماً على سند من الجد يكشف عنه ظاهر أوراق الدعوى وظروفها، ولذلك كان الخطر العاجل أمراً تقديرياً متروكاً إلى قاضي الموضوع لا معقب عليه في ذلك من محكمة التمييز وإذا تبين للقاضي عدم جدية الخطر الذي يزعمه المدعي فإنه يقضي برد الدعوى كأن يتضح أن الخطر موهوم في نظر المدعي أو خطر مفتعل من جانبه بتصرفات ارتكبها هو خدمة للدعوى[3].

1- قرار محكمة التمييز الأردنية، (حقوق) رقم (2010/1379)، (هيئة خماسية)، تاريخ 2010/4/28، منشورات مركز عدالة.

2- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص(793)، د. نبيل إسماعيل عمر، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى، 1984، ص(82).

3- د. إسماعيل غانم ، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988، ص(95)،

ويكمن الخطر العاجل في طبيعة الحالة التي تستوجب الحراسة القضائية ولا شأن لها بإرادة الخصوم، وإنما تستخلصه المحكمة من وقائع الدعوى ومستنداتها ومن طبيعة الحق المطالب به والظروف المحيطة بالدعوى، والعكس كذلك فاتفاق الخصوم على انتفاء الخطر العاجل لا يمنع من قيامه[1].

والخطر العاجل هو شرط موضوعي لا تقوم دعوى الحراسة دونه، ويتعين تحققه سواء رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل أو القضاء الموضوعي، بالتالي إذا رفعت الدعوى أمام القضاء المستعجل ورأى القاضي أن الشرط لم يتوفر جاز أن يحكم برد الدعوى أو بعدم الاختصاص لأن الخطر العاجل أمام القضاء المستعجل هو شرط موضوعي وشرط اختصاص في وقت واحد[2].

وبالتالي إذا رفض القضاء المستعجل دعوى الحراسة لعدم توافر الشرط لا يجوز رفعها من جديد أمام محكمة الموضوع ما لم تتغير الوقائع وتنشأ وقائع جديدة يتحقق معها الخطر العاجل[3].

ويشترط في جميع أحوال الحراسة القضائية أن يكون هناك استعجال وهو شرط مطلوب في جميع الأحوال. ويعتبر الخطر العاجل موجوداً إذا وقع نزاع على ملكية المال أو على حيازته ويخشى على المال من ضياعه أو تلفه أو تبديد الريع، إذا بقي في حيازة واضع اليد ويتحقق الخطر العاجل في إدارة المال الشائع إذا وقع خلاف بين الشركاء، بحيث يصبح بعضهم مهدداً بضياع نصيبه في الريع[4]. وبما أن شرط الخطر العاجل هو شرط موضوعي، فينبني على ذلك أنه إذا رفعت دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع جاز

1- د. عبد الرزاق أحمد السنهوري ، المرجع السابق، ص(793).

2- د. حسين محمد خليل ، المسؤولية القانونية للحارس على الأموال، بلا دار نشر، القاهرة، مصر، 2005، ص166).

3- قرار محكمة الاستئناف، رقم (1995/1090) (هيئة خماسية)، تاريخ 1995/6/13، منشورات مركز عدالة تطلب القانون توافر الشروط التالية لإيقاع الحراسة القضائية: {أ. أن يكون هناك نزاع على مال ما بين الخصوم، ب. حالة الخطر الداهم أو المحدق، ج. صفة الاستعجال في الطلب، د. أن يكون المال المطلوب وضعه تحت الحراسة قابلاً للحراسة، هـ. عدم المساس بأصل الحق. إذا خلا طلب تعيين القيم من نزاع على ملكية العقار موضوع الدعوى، ولم يوجد خطر داهم يستوجب تعيين حارس ولم يتوافر بالطلب صفة الاستعجال كما أن العقار غير قابل بطبيعته لوضعه تحت الحراسة فإنه يتعين رده}.

4- أما إذا قام النزاع بشأن حساب الإدارة من حيث صحة الأرقام ومطابقتها للحقيقة فإن ذلك لا يكفي لفرض الحراسة، إذ أن مال الفصل في النزاع لا ينطوي إلا على احتمال انشغال ذمة المدعي عليه بمبلغ معين.

الدفع بانتفاء الخطر العاجل في أية حالة كانت عليها الدعوى ولأول مرة، أمام محكمة الاستئناف، ولا يجوز رفع دعوى الحراسة أمام محكمة الموضوع إلا كإجراء وقتي تابع للدعوى بأصل الحق، فلا ترفع أمام هذه المحكمة كدعوى مستقلة، ذلك أنها بطبيعتها دعوى تحفظ وقتي لذا لا تتغير طبيعتها سواء، رفعت أمام القضاء المستعجل أو رفعت أمام محكمة الموضوع فإن رفعت أمام هذه المحكمة الأخيرة رفعت بإجراء وقتي تابع لدعوى أصلية[1]. والجدير بالذكر أن الخطر العاجل في التشريع العراقي يعدّ شرط أساسي لكل دعاوى الحراسة، بحيث لا تقبل بدونه، ولكي يتحقق الاستعجال يجب أن يحيط بالحق خطر حقيقي، أما الخطر المحتمل فقط فلا يكفي لقبول فرض الحراسة، وكل ما سبق هو تطبيق لنص المادة "1/147" من قانون المرافعات المدنية العراقي.

وأيضاً أكدت محكمة التمييز العراقية أن: "على المحكمة تعيين حارس قضائي إذا قامت أسباب معقولة على وجود مصلحة محتملة تقضي بتعيينه ومنعاً لخطر عاجل"[2].

وقد ذهبت محكمة استئناف بغداد في قرار لها إلى: "... ولدى عطف النظر على القرار وُجِد مخالفاً للقانون لأن محكمة بداءة الكاظمية وضعت الحجز الاحتياطي على موجودات المحل – موضوع الحراسة – وإيداعها لدى شخص ثالث، ومعنى ذلك أن الأموال أصبحت في مأمن من الخطر ولا يوجب وضعها تحت الحراسة القضائية، لذا تقرر نقض القرار"[3].

استناداً لما سبق وتطبيقاً لشرط الاستعجال على الحراسة القضائية على المصارف وبناءً على المادة /71/ من قانون المصارف العراقي رقم "94" لسنة 2004، يمكن القول إن المشرع العراقي حدد في قانون المصارف الأسس التي يمكن استناداً لها فرض الحراسة القضائية وهي الأسس التي حددتها المادة /71/ والتي نصت على: "حال استلام التماساً أصولياً.... تقوم محكمة الخدمات المالية بمنح الالتماس وإقامة دعوى إفلاس ضد المصرف استناداً إلى واحد أو أكثر من الأسس التالية:

1- د. عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص(795).

2- قرار محكمة التمييز العراقية رقم -605 مدينة ثانية تاريخ 1972/12/2، مذكور لدى د. إبراهيم المشاهدي، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد، 1990، ص215.

3- قرار محكمة استئناف بغداد رقم 668 تاريخ 1992/12/27، غير منشور.

أ- عدم وفاء المصرف بالتزاماته المالية بما فيها مطلوبات الودائع عند استحقاقها.

ب- إذا حدد البنك المركزي العراقي أن رأسمال المصرف يقل عن 25% من رأس المال المطلوب عملاً بالفقرة "1" من المادة /16/.

ج- إذا حدد البنك المركزي العراقي أن قيمة موجودات المصرف تقل عن قيمة مطلوباته.

د- إذا قرر البنك المركزي العراقي بوجود الأسس الواردة في المادة /59/ والتي على أثرها تم تعيين الوصي".

كما قررت المادة /78/ من قانون المصارف السالف الذكر أنه: "بناءً على قرار المحكمة الموافقة على التماس إقامة دعوى إفلاس ضد مصرف، يعلن إفلاس المصرف وتبدأ إقامة دعوى ضد المصرف، ويعين حارس قضائي من قبل المحكمة".

ثانياً- عدم التعرض لأصل الحق

نصت المادة "1/141" من قانون المرافعات المدنية العراقي، والمادة /32/ من قانون أصول المحاكمات المدنية، والمادة /45/ من قانون المرافعات المصري على عدم جواز تعرّض قاضي الأمور المستعجلة إلى أصل الحق، وعليه أن يقرر عدم اختصاصه في حالة طُلب منه المساس بأصل الحق.

أي أن القاضي الذي يحكم بالحراسة لا يقيد محكمة الموضوع عند نظرها للنزاع، بل إن قرار قاضي الأمور المستعجلة طبقاً للمادة "1/141" من قانون المرافعات العراقي هو تدبير مؤقت وليس حكماً قضائياً نهائياً، بحيث يمكن التراجع عنه حسب تغير الظروف، دون أن يكون لقاضي الأمور المستعجلة التصدي لموضوع القضية على اعتبار أنها من اختصاص قاضي الموضوع فليس لقاضي الموضوع مثلاً النظر بحق الملكية أو فسخ العقد.

وتأكيداً لما سبق قررت محكمة التمييز العراقية أن: "يجب أن يتبع طلب وضع الأموال تحت الحراسة القضائية قبل إقامة الدعوى، فإن وقع الطلب قبل إقامة الدعوى فعلى المحكمة أن ترده وتكلف مقدمهُ بمراجعة المحكمة المختصة بنظر النزاع في أصل الحق"[1].

1- قرار محكمة التمييز العراقية رقم 477 تاريخ 1972/8/7، مذكور لدى د. إبراهيم المشاهدي، المرجع السابق، ص21.

وأيضاً أكدت على ذلك محكمة التمييز الأردنية في حكم لها جاء فيه: "حيث إن إعطاء القرار بوقف تنفيذ إخلاء العقار من شاغليه فيه مساس بأصل الحق المدعى به من أن البنك المميز ضده لم يتقيد بما التزم به في الاتفاقية وهو التنازل عن العقار المميز، فإن عدم توافر الشروط الواردة في المادة /32/ من قانون أصول المحاكمات المدنية يجعل الطلب خارجاً عن اختصاص القضاء المستعجل"[1].

وهذا أيضاً ما أشارت إليه المادة "713" من قانون الموجبات اللبناني من عدم جواز تصدي قاضي الأمور المستعجلة لأساس الحق كشرط من شروط الحراسة، حيث ينبغيإلا يؤثر على حقوق الطرفين في موضوع الحق، وإذا كان النزاع المعروض على القضاء المستعجل يتصل بأصل الحق فيجب عليه أن يعلن عدم اختصاصه.[2] بناءً على ما سبق، فإن هذا الشرط ينطبق على الحراسة القضائية على المصارف، لأنه يشكل شرط عام للحراسة القضائية لا يختلف أياً كان موضوع الحراسة هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى فإن المادة /103/ من قانون المصارف العراقي نصت على: "تنطبق على المصارف أحكام قانون الشركات العامة أو أي قانون آخر قد يحل محله بقدر عدم تعارض هذه الأحكام مع أحكام هذا القانون والأنظمة والأوامر الصادرة بمقتضاه". مما يعني إمكان تطبيق المادة "1/141" من قانون المرافعات العراقي على الحراسة القضائية على المصارف.

الفرع الثاني: الشروط الخاصة للحراسة القضائية على المصارف

تخضع الحراسة القضائية على المصارف لذات الشروط الخاصة بالحراسة القضائية وتتمثل بالآتي:

أولاً- وجود نزاع جدي

يشترط لفرض الحراسة القضائية وجود نزاع جدي، إلا أن المشرع العراقي كغيره من المشرعين، لم يحدد المقصود بالنزاع الجدي تاركاً هذه المهمة للقضاء يقدره حسب ظروف كل قضية على حدا. ويدخل في مدلول النزاع مثلاً، النزاع بين

1- قرار محكمة التمييز الأردنية رقم (3237 – 99) مذكور لدى حسنين القيسي، المرجع السابق، ص41.

2- المحامي بدوي حنا، الحراسة القضائية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت، 2015، ص121 وما بعدها.

البائـع والمشـتري علـى وضـع الثمـن أو تسـليم المبيـع وكذلـك النـزاع بيـن المؤجـر والمستأجر على المنفعة[1].

وأيضاً كالخلاف بين المالكين على الشيوع والورثة عند عدم الاتفاق على إدارتها أو استغلالها حسب نص المادة /147/ من قانون المرافعات المدنية العراقي[2].

ومن أمثلة ما سبق نذكر قرار محكمة استئناف بغداد والذي جاء فيه: "لدى عطف النظر على القرار المميز وُجد أنه صحيح وموافق للقانون لأن الخلاف الحاصل بين الشركات في المعمل – موضوع طلب الحراسة القضائية – ثابت، ذلك أن إقامة دعوى إزالة شيوع المعمل تؤيد شدة الخلاف الواقع بين الشركاء"[3]. من جهتها حددت محكمة النقض المصرية مفهوم النزاع المطلوب لفرض الحراسة: "على أنه يشترط في النزاع أن يكون جدياً وعلى أساس من الصحة يؤكده ظاهر المستندات وظروف الحال فلا يكفي لفرض الحراسة مجرد القول من جانب المدعي بوجود نزاع بينه وبين المدعي عليه، بل يجب أن تكون المنازعة على أساس جدي"[4]. **من خلال ما سبق يمكن القول** إن وجود النزاع يتطلب وجود جدية وأن يتعلق النزاع في الأموال المراد وضعها تحت الحراسة، وهذا ما ينطبق على الحراسة القضائية على المصارف، فوجود نزاع بين المصرف ودائنيه يستدعي فرض الحراسة، أو حتى إذا تحققت الأسس التي نصت عليها المادة /71/ من قانون المصارف العراقي لأن من شأنها إضعاف الثقة بالمصرف وعدم قدرته على وفاء التزاماته المالية، عند استحقاقها مما يتطلب فرض حراسة قضائية عليه.

ثانياً- قابلية إدارة المال من الغير

حدد المشرع العراقي في المادة /147/ من قانون المرافعات المال الذي يقبل إدارته من الغير وهو المنقول أو العقار.

1- د. عبد الحميد فراج، الحراسة القضائية في التشريع المصري، ط2، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية، 1954، ص91.

2- د. عبد الرحمن العلام، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة بابل، بغداد، 1977، ص65.

3- قرار صادر عن محكمة استئناف بغداد رقم 88 لسنة 1969، بغداد، 1994، ص191.

4- حكم محكمة النقض المصرية مذكور لدى مرزوق العموش، الحراسة القضائية في التشريع الفقه الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت، 2005، ص 60.

وتطبيقاً لذلك قرر القضاء العراقي: "يجب أن ينصب النزاع على مال معلوم متنازع فيه، وحيث أن المطلوب الحراسة ضده مستأجر بعقد أقر به طالب الحراسة، فإن واردات المأجور تكون من حق المستأجر ما دام عقد الإيجار ساري، وأن طلب وضع الحراسة عليها للأسباب الواردة في طلب وضع الحراسة لا سند له من القانون"[1]. من جهته عرّف المشرع الأردني المال في نص المادة /53/ من القانون المدني الأردني بأنه: "كل عين أو حق له قيمة مادية في التعامل".

1- قرار محكمة استئناف بغداد رقم 460 تاريخ 1991/11/12، غير منشور.

خاتمة

من خلال ما تقدم نحصل على النتائج والتوصيات الآتية:

1 - نيابة قضائية قانونية بإجراء وقتي تحفظي لا يتصل بأصل الحق، يقوم فيه حارس أمين بناءً على طلب صاحب المصلحة بالمحافظة وإدارة مال "عقار – منقول" سواء كان متنازعاً عليه أو كان الحق فيه غير ثابت، وسواء كان تحت يد القضاء أو لم يكن، طالما أنه إجراء ضروري للحفاظ على حقوق ذوي الشأن.

2 - إن الحراسة إجراء وقتي لكونها لا تحسم أصل النزاع وإنما تحقق له حماية مؤقتة وعاجلة.

3 - أن المشرعان اللبناني والمصري أخضعا إفلاس المصارف إلى نظم الإفلاس التجاري وإلى أحكام القانون التجاري، لكون المصرف تاجراً متخذاً شكل من اشكال الشركات التجارية. وذلك بخلاف المشرع العراقي والذي نص على عدم سريان الإفلاس التجاري المنصوص عليه في القانون التجاري على إفلاس المصارف، بل جعلها خاضعة إلى احكام مستقلة وخاصة.

4 - إن المادة /103/ من قانون المصارف العراقي نصت على: "تنطبق على المصارف أحكام قانون الشركات العامة أو أي قانون آخر قد يحل محله بقدر عدم تعارض هذه الأحكام مع أحكام هذا القانون والأنظمة والأوامر الصادرة بمقتضاه".

مما يعني إمكان تطبيق المادة "1/141" من قانون المرافعات العراقي على الحراسة القضائية على المصارف. والخاصة بشروط فرض الحراسة.

5 - لا يجوز فرض الحراسة القضائية على الأموال التي تخصص لمنفعة عامة، لأن المشرع أعطى هذه الأموال حصانة قانونية لا تجيز التعامل بها أو الحجز عليها.

أي أن الأموال – محل الحراسة – يجب أن تكون قابلة للحجز عليها قانوناً، وبالرجوع إلى نصوص قانون المصارف العراقي رقم /84/ لسنة 2004 نجد أن أموال المصارف تعدّ من الأموال التي يجوز فرض الحراسة عليها بدليل نص المادة /71/ و/78/ من القانون السالف الذكر.

6 - منح المشرع العراقي في قانون المرافعات المدنية في المادة (148، ب/) الحارس القضائي سلطة إدارة الأموال التي توضع تحت الحراسة، وبمجرد أن يصدر الحكم بتعيينه فإنه يصبح نائباً قضائياً عن أطراف الخصومة.

أي أن المشرع العراقي لم يعتبر الحراسة عقد وديعة أو وكالة لأنها تفرض من القضاء وليس من الأطراف.

التوصيات

نوصي المش المصادر ورع العراقي بالاقتداء بمسلك المشرعان اللبناني والمصري بإخضاع إفلاس المصارف إلى نظم الإفلاس التجاري وإلى أحكام القانون التجاري، لكون المصرف تاجراً متخذاً شكل من اشكال الشركات التجارية. والعدول عن موقفه والذي نص على عدم سريان الإفلاس التجاري المنصوص عليه في القانون التجاري على إفلاس المصارف، بل جعلها خاضعة إلى احكام مستقلة وخاصة. لأن المصرف يعدّ تاجر والإفلاس يتصل بالتجار فقط، كما أن عدم إخضاع المصارف لقواعد الإفلاس قد يؤدي إلى نقص القواعد التي تحكم الإفلاس، فضلاً عن أن قواعد الإفلاس يجب أن تكون بمثابة القواعد العامة لأي إفلاس ومنه إفلاس المصارف حتى لو تم تخصيصها بقواعد خاصة.

قائمة المصادر والمراجع

المراجع باللغة العربية

1. د. مصطفى الشاذلي موسوعة أسباب الحراسة والجزء السياسي في قانون المدعي العام الاشتراكي، دار المطبوعات جامعة الإسكندرية،
2. حسنين القيسي،(2018)، الحراسة القضائية في القانون العراقي والأردني، رسالة ماجستير، جامعة الشرق الأوسط.
3. د. ختام الصبح،(2017)، أحكام الحراسة القضائية في القانون المدني الأردني، رسالة دكتوراه، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن.
4. د. إبراهيم المشاهدي،(1990)، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم قانون المرافعات المرتبة، مطبعة الحافظ، بغداد.
5. د. إبراهيم المشاهدي،(1990)، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، قسم المرافعات المدنية، مطبعة الجاحظ، بغداد.،
6. د. إسماعيل غانم ،(1988)، النظرية العامة للالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية.
7. د. حسين محمد خليل ، (2005)،المسؤولية القانونية للحارس على الأموال، بلا دار نشر، القاهرة، مصر.
8. د. رضا محمد عبد السلام،(2007)، النظرية العامة للحراسة في القانون المدني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر.
9. د. رمزي سيف- الوسيط في شرح قانون المرافعات المدنية والتجارية – دار النهضة العربية – القاهرة
10. د. زينب عوض الله، وأسامة الغولي،(2002)، أساسيات الاقتصاد النقدي والمصرفي، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت.
11. د. ضياء الموسوي، الاقتصاد النقدي، دار الفكر، الجزائر
12. د. ضياء شيت خطاب،(1973)، الوجيز في شرح قانون المرافعات المدنية، مطبعة العاني، بغداد.
13. د. عبد الحكيم عبد الحميد فراج،(1952)، الحراسة القضائية في التشريع المصري، الطبعة الثانية، دار النشر للجامعات المصرية.

14. د. عبد الحميد أبو هيف، (1923)، طرق التنفيذ والحفظ في المواد المدنية والتجارية.

15. د. عبد الحميد الشواربي،(2001)، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر.

16. د. عبد الحميد فراج،(1954)، الحراسة القضائية في التشريع المصري، ط2، القاهرة، دار النشر للجامعات المصرية.

17. د. عبد الرحمن العلام،(1977)، شرح قانون المرافعات المدنية، الجزء الثالث، الطبعة الأولى، مطبعة بابل، بغداد.

18. د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، العقود الواردة على العمل، المجلد السابع، القسم الأول، دار النهضة العربية، القاهرة،

19. د. فؤاد مرسي،(1958)، العقود والبنوك، الطبعة الأولى، دار المعارف، القاهرة.

20. د. محمد عبد العزيز أبو ستة، (2019)، نحو نظرية عامة للحراسة القضائية، رسالة دكتوراه، جامعة بنها .

21. د. محمد عبد اللطيف، (1955)، القضاء المستعجل، الطبعة الأولى، دار النشر للجامعات المصرية، القاهرة مصر.

22. د. محمد عبد الوهاب العشماوي، قواعد المرافعات، منشأة المعارف، الإسكندرية، الجزء الأول، بلا سنة نشر

23. د. محمد علي عرفة، التقنين المصري الجديد، الطبعة الأولى، بلا سنة نشر

24. د. محمد محمود إبراهيم،(1983)، الوجيز في المرافعات، ملزم الطبع والنشر، دار الفكر العربي.

25. د. نالان المدرس، (2012)، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف العراقية الخاصة، رسالة دكتوراه، جامعة صلاح الدين، أربيل.

26. د. نبيل إسماعيل عمر،(1984)، سلطة القاضي التقديرية في المواد المدنية والتجارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، الطبعة الأولى.

27. د. نزيه شلال، دعوى الحراسة القضائية، دراسة مقارنة من خلال اجتهاد المحاكم وآراء الفقهاء، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان،

28. د. وجدي راغب فهمي، (1973)، نحو فكرة عامة للقضاء الوقتي في قانون المرافعات، مجلة العلوم القانونية والاقتصاد، العدد الأول.

29. ضياء شيت خطاب، (1970)، الحراسة القضائية في الفقه الإسلامي، مجلة القضاء، نقابة المحامين، العدد الثاني، السنة.

30. المحامي بدوي حنا، (2015)، الحراسة القضائية، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الأولى، بيروت.

31. مرزوق العموش، (2005)، الحراسة القضائية في التشريع الفقه الأردني، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت

المعاجم

- المعجم الوسيط، الجزء الأول، مجمع اللغة العربية، القاهرة، ص166، ومختار الصحاح، المطبعة الأميرية، القاهرة، طبعة 1926
- ابن منظور، لسان العرب، المجلد السادس، ب. ط، دار صابر، بيروت
- المنجد في اللغة والإعلام، ب. ط دار المشرق، بيروت، 1994،

المصادر باللغة الأجنبية

- -Bénabcot, Driotcivil, Lescantrats spéciaux, 2éme, éd, Montchrestien (1995).
- -Ph. Malaurie, L. Aynés, et p. y. Gautier, les contrats spéciaxu, 5éme, éd, Pfrenois, (2011).
- -A. SHornby, Oxford Advanced learners Dictionary of current English, sixth edition, (2004).