مجلة الدراسات حول فعلية القاعدة القانونية
ISSN : 2602-7380
EISSN: 2773-2665
المجلد 05، العدد 01-2021
ناظم عبد مشعان، رائد ناجي أحمد، صدّام فيصل كوكز المحمدي، مجالات تطبيق أَحْكام القانون الخاص على مراحل إنعقاد قُرُوض المَصارف العامّة "دراسة تطبيقية مقارنة"، ص ص. 54-103.

مجالات تطبيق أَحْكام القانون الخاص على مراحل إنعقاد قُرُوض المَصارِف العامّة "دراسة تطبيقية مقارنة"*

ناظم عبد مشعا
باحث في القانون الخاص
ديوان الرقابة المالية الاتحادي كلية القانون
tr3yvapyy@gmail.com

أ د. رائد ناجي أحمد
أستاذ الماليّة العامّة والتشريع المالي
جامعة الفلوجة كلية القانون
raed_law@uofallujah.edu.iq

أ د. صدّام فيصل كوكز المحمدي
أستاذ القانون الخاص
جامعة الفلوجة
saddam.faisal@uofallujah.edu.iq

الملخص:

إنّ عدم وضوح النظام القانوني الذي تخضع له قروض المصارف العامّة، كونها لا تخضع من حيث الأصل إلى قانون خاص يحكمها بشكل مباشر، يمثّل الإشكالية الرئيسة التي عالجتها هذه الدراسة، حيث بيّنت الدراسة الكيفية التي تطبّق فيها أحكام القانون المصرفي وأحكام القانون الإداري على قروض المصارف العامّة بعدّها عائدة للدولة، كونها مملوكة لها، وهي بحكم نشاطها تتمكن من دخول ميدان القطاع الخاص للحصول على الأرباح، التي يمكن أن تستخدمها وتستثمرها في تغذية الخزينة العامّة العائدة لها، وهي بذات الوقت تمثّل وسيلة الدولة في توجيه

* تاريخ إرسال المقال 2021/10/14، تاريخ مراجعة المقال 2021/11/08، تاريخ نشر المقال 2022/01/30

نشاطها الإقتصادي والتجاري، وسبيلها في تنفيذ رؤيتها وعكس فلسفتها وأيدلوجيتها الإقتصادية على أرض الواقع.

ولذلك تسعى الدراسة إلى بيان المدى الذي يمكن فيه تطبيق أحكام القانون الخاص على إنعقاد هذه القروض، ومدى كفاية هذه الأحكام لها والأحكام الخاصة بالقانون العام؛ المالي والإداري التي يجري تطبيقها هنا، ووقفنا في هذه الدراسة على التعريف بقروض المصارف العامة، تعرّفنا على كيفية تطبيق أَحْكام القانون الخاص على قرض المصرف العام في مرحلة ما قبل التعاقد، وكيفيّة تطبيق أَحْكام القانون الخاص على قَرْض المَصْرَف العام في مرحلة تكوين العقد.

الكلمات المفتاحية:

القرض المصرفي. المصرف العام، انعقاد قرض المصرف العام، الكفالة المصرفية.

The Areas of Provisions of the Private law Application on the Public Bank Loans Stages “Comparative Applied Study”

Summary

The clarity lack of the legal system to which public bank loans are subject, as they are not originally subject to a special law that directly governs them, is the main problem addressed by this study, as the study showed how the provisions of the banking law and the provisions of the administrative law are applied to public bank loans. Then it belongs to the state, as it is owned by it, and by virtue of its activity it is able to enter the field of the private sector to obtain profits, which it can use and invest in feeding the public treasury belonging to it, and at the same time it represents the state’s means in directing its economic and commercial activity, and its way of implementing its vision and reflecting Its economic philosophy and ideology on the ground.

Therefore, the study seeks to show the extent to which the provisions of the private law can be applied to the holding of these loans, and the adequacy of these provisions for them and the provisions of the public law; The financial and

administrative that is being applied here, and we stopped in this study on the definition of public bank loans, we learned how to apply the provisions of the private law to the public bank loan in the pre-contracting stage, and how to apply the provisions of the private law to the public bank loan at the stage of contract formation.

key words:

bank loan. The public bank, the public l bank loan, the bank guarantee.

Les domaines d'application des dispositions du droit privé sur les étapes de contraction des prêts auprès de banques publiques : "Étude comparative appliquée".

Résumé :

Le manque de clarté du système juridique des prêts bancaires publics, du fait qu'ils ne sont pas soumis, à l'origine, directement à une loi spéciale, est la principale problématique abordée par cette étude. Ainsi cette étude montre les modalités d'application des dispositions de la loi bancaire et celles du droit administratif aux prêts bancaires publics, du moment qu'ils reviennent à l'Etat et lui appartiennent. De par la nature de leur activité, ils sont capables de pénétrer dans le domaine du secteur privé pour réaliser des bénéfices, qu'ils peuvent utiliser et investir pour alimenter le Trésor public. En même temps, ils représentent le moyen de l'Etat pour orienter son activité économique et commerciale, la voie de mise en œuvre de sa vision et de concrétiser sa philosophie et son idéologie économique sur le terrain.

Par conséquent, l'étude cherche à montrer dans quelle mesure les dispositions du droit privé peuvent-elles être appliquées à la contraction de ces prêts, leur suffisance et leur adéquation avec les dispositions spéciales de droit public financier et administratif qui s'appliquent ici.

Nous nous sommes arrêtés dans cette étude sur la définition des prêts bancaires publics, nous avons appris comment appliquer les dispositions du droit privé au prêt bancaire public dans la phase précontractuelle, et comment appliquer les dispositions du droit privé au prêt bancaire public au stade de la formation du contrat.

Mots clés :

Prêt bancaire. La banque publique, le prêt bancaire public, la garantie bancaire.

مقدمة:

إنّ الإطار الطبيعي الذي تخضع له التصرّفات والمعاملات الماليّة، وتطبّق فيه أَحْكامه هو قواعد القانون المدني؛ كون هذه المعاملات تدخل ضمن مفهوم العلاقات القانونية في مجال القانون الخاص، سواءا في مجال الإِلْتِزامات أم في مجال العقود عموما باعتباره الشريعة العامّة لكافة القوانين، ليس في إطار العلاقات القانونية الخاصة فحسب بل تمتد إلى تلك العلاقات التي تكون الإدارَة أَو أَحَد أَشْخاص القانون العام طرفاً فيها، خصوصاً في المعاملات التي تتوسل فيها أَشْخاص القانون العام بوسائل القانون الخاص عند إتمامها وإنْجازها، بل وتنزل تلك الأَشْخاص إلى مرتبة الأَشْخاص القانونية الخاصة في التصرّف والتعامل.

ولما كانت المَصارِف العامّة، أَشْخاص قانونية عامّة تابعة للدولة وتمارس أعمالاً تعد من صميم الأعمال التِّجاريَّة، فإنّها ستخضع بالنتيجة لنوعين من القواعد هما قواعد القانون الإداري، التي ستطبق في إدارة وتسيير أعماله وإستثمار أموالها الخاصة، كما تخضع لقواعد القانون التجاري الذي ينظّم الأعمال التِّجارية عموماً، ومنها العمل المَصْرَفي ضمن إطار مجموعة القانون التجاري النافذة.

وتتمحور إشكالية الدراسة حول عدم وضوح النظام القانوني الذي تخضع له قروض المصارف العامّة، فهي لا تخضع من حيث الأصل إلى قانون خاص يحكمها بشكل مباشر، وتطبّق عليها أحكام القانون المصرفي وأحكام القانون الإداري بعدّها عائدة للدولة، كونها مملوكة لها، وهي بحكم نشاطها تتمكن من دخول ميدان القطاع الخاص للحصول على الأرباح، التي يمكن أن تستخدمها وتستثمرها في تغذية الخزينة العامّة العائدة لها، وهي بذات الوقت تمثّل وسيلة الدولة في توجيه نشاطها الإقتصادي والتجاري، وسبيلها في تنفيذ رؤيتها وعكس فلسفتها وأيدلوجيتها الإقتصادية على أرض الواقع.

ولذلك تسعى الدراسة إلى الإجابة على تساؤل مهم مفاده: ما هو المدى الذي يمكن فيه تطبيق أحكام القانون الخاص على إنعقاد هذه القروض، وهل تكفي هذه الأحكام أم أنّ أحكام القانون المالي والإداري هي التي يفترض أن تطبّق هنا؟

وإنّ التركيز على إستخدام قواعد القانون الخاص في المجالات التي يفترض أن ينطبق عليها القانون العام في موضوع قُرُوض المَصارِف العامّة، لا يسبب حرجاً سواءًا لجهة الإدارَة أم لجهة

القضاء الإداري في حالة وقوع التنازع بين الطرفين، فيمكن اللجوء إلى تلك القواعد عند الحاجة إليها، وذلك لمواجهة القصور التشريعي في القانون العام إن وجد، أَو تلبيةً لحاجات عَمَلِيَّة وغايات تحاول الدّولة تلبيتها بعدّ أنّ القانون بفرعيه العام والخاص هو وحدة واحدة يكمّل بعضه بعضاً. صحيح أنّ الأصل هو تطبيق قواعد القانون العام (الإداري) على مؤسسات الدّولة كافةً ومنها المَصارِف العامّة؛ لا سيما عندما تمارس نشاطها بمظهر السلطة العامّة، فإذا ما خلعت الإدارة عن نفسها قناع هذه السلطة وباشرت نشاطها كشخص عادي، وأصبحت تتوسل بوسائل القانون الخاص فإنّها ستخضع لأَحكام هذا القانون.

أمّا بالنسبة لهيكليّة البحث، فإنّ طبيعة موضوع البحث يفرض علينا إعتماد المنهج العلمي التحليلي، والذي يساعدنا في الوقوف على الأَحْكام القانونية وصولا للقواعد والأَحكام المنظمة لقرض المَصْرَف العام، إذْ يساعدنا ذلك في تبيان مدى إنطباق قواعد القانون الخاص على قُرُوض المَصارِف العامّة، كما سنعتمد على المنهج الوصفي في إيضاح كيفية إنْعقاد العقد وطبيعة الأَمْوال المُقْرِضة، وما يترتب على عقد القرْض من إلْتِزامات والجزاء المترتب على الإخلال ببعض الشروط التعاقدية، بما يؤدي إلى قيام المسؤولية من خلال تحليل بعض الجزئيات لموضوع البحث في النصوص القانونية في التشريع العراقي التي نظمت ذلك التصرّف القانوني.

وعليه؛ فإنّنا سنبين مواطن تطبيق أَحكام القانون الخاص على قُرُوض المَصارِف العامّة في مرحلة الإنعقاد، من خلال إستعراض المراحل التي يمر بها عقد القرض من المَصْرَف العام، من جهة. كما وتقتضي طبيعة هذا البحث وخصوصيّة موضوعه؛ تقسيمه وفق خطة علميّة تنطوي على ثلاثة مباحث، أولها مبحث تمهيدي، يتناول التعريف بقروض المصارف العامة، والثاني نخصصه للبحث في تطبيق أَحكام القانون الخاص على قرض المصرف العام في مرحلة ما قبل التعاقد، ونخصص المبحث الثالث للبحث في تطبيق أَحكام القانون الخاص على قرض المَصْرَف العام في مرحلة تكوين العقد.

وسننهي دراستنا بخاتمة، تتضمن أبرز الإستنتاجات التي توصلنا إليها وعدد من التوصيات التي نأمل تبنّيها وأخذها بعين الإعتبار.

المبحث التمهيدي: التعريف بقروض المصارف العامّة

المصارف العامّة في العراق هي مرافق إقتصادية عامة، بهيئة مؤسسات ماليّة تمّ تأسيسها برؤوس أموال عامّة، عن طريق قيام الدّولة بتخصيص رأس مال محدد لإنشاء مَصْرَف عام، تهدف الدّولة من خلاله إلى تحقيق أهْدافها وأغْراضها الإقْتِصادية، ويظهر فيه دور بارز للمشرّع، وبطريقة مباشرة عند إنشائه لمرفق عام إقْتِصادي جديد، ومنحه الإستقلال المالي والإداري،[1] وذلك إتساقاً مع متطلبات النظام القانوني في العراق، حيث لا يمكن إنشاء المرافق العامّة الإقْتِصادية في العراق ومنها المَصارِف العامّة إلّا بقانون أو بناءًا على قانون.[2]

وتعرّف المَصارِف العامّة بأنّها " تلك المَصارِف التابعة للقطاع العام في الدّولة، وتكون مؤسسات عامّة إقْتِصادية، تؤسس على شكل شركات تجارية تملكها الدّولة، أو أيّ شخص معنوي آخر، يخضع للقانون العام".[3] وتدار المَصارِف العامّة في العراق بواسطة مجلس إدارَة [4]، معين أغلب أعضائه من قبل وزارة الماليّة، وهو خاضع لإشراف السلطات العليا في الدّولة[5]، وتقوم الحكومة بتقديم ما يلزم لها من رأس المال، عند تأسيسها وتعيين الموظفين لغرض مباشرة نشاطاتها[6].

([1]) د. طعيمة الجرف، القانون الإداري، دار النهضة العربية للطباعة، القاهرة، 1978، ص391.

([2]) د. وسام صبار العاني، الإختصاص التشريعي للإدارة في الظروف العادية، ط1، مطبعة الميناء، بغداد، 2003م، ص93.

([3]) سهام ميلاط، النظام القانوني للمؤسسات المصرفية في الجزائر، رسالة ماجستير، قانون أعمال، جامعة العربي بن مهيدي، 2014م، ص13.

([4]) المادة(17) من قانون المَصارِف العراقي رقم94 لسنة 2004.

([5]) وقد اورد المشرع العراقي تعريفا في قانون المَصارِف العراقي رقم 94 لسنة 2004 في الباب الأول من الأَحْكام العامّة بأن كلمة مصرف تعني شخصا يحمل ترخيصا أو تصريحا بمقتضى هذا القانون لمباشرة الأعمال المصرفية، بما في ذلك شركة حكومية منشأة وفق قانون الشركات الحكوميّة المرقم 22 لسنة 1997المعدل. وهو تعريف لا يسلم من النقد فقد إستخدم المشرع العراقي لفظ شخص يحمل تصريحا في حِين أنّ هذا اللفظ يستخدم للتعبير عن الأشخاص الطبيعية والأشخاص العدّية ولا يمكن للشخص الطبيعي ان يقوم بالأعمال المصرفية لطبيعة وحجم الأموال المستخدمة في تلك الأعمال .

([6]) احمد محمد حسين، حكم المعاملات المصرفية في الشريعة الإسلامية والقانون، ط1، دار الهادي للطباعة والنشر والتوزيع، لبنان، 2003، ص23 .

وقد عرّف القانون المدني العراقي النافذ المعدّل رقم 40 لسنة 1951م القرْض عموماً، بأنّه " دفع شخص لآخر عينا معلومة من الأعيان المثلية التي تستهلك بالإنتفاع بها ليرد مثلها "[7]. وعادة ما يتم القرْض بصيغة العقد، بإرتباط الإرادَة بين المُقْرِض والمقترض، فيكون عقد القرْض هو الأساس في نشوء العلاقة بين الطرفين، ويعد القرْض عقدا عينيا في القانون العراقي[8]، لا يتم بمجرد إرتباط الإيجاب بالقبول، بل يقتضي تمام التسليم لإنْعقاده [9].

ويعرّف بعض الفقه القرض المصرفي بأنّه " إتّفاق يتعهد بمقتضاه المَصْرَف بأن يوفّر للمُقْتَرِض مبلغاً من النقود أَو لشخص آخر يحدده هذا المُقْتَرِض خلال فترة محددة أَو غير محددة وفي حدود مبلغٍ نقديٍّ معيّنٍ أَو قابلٍ للتعيين، القدرة على إستخدام هذا المبلغ بأي أداة من أدوات الوفاء أَو الإئتمان التي يضمنها الإتّفاق، أَو يتم تحديدها عند تنفيذ المَصْرَف تعهده بناءًا على طلب المُقْتَرِض أَو الشخص الذي حدّده، وذلك مقابل إلْتِزام المُقْتَرِض بالرد وبدفع الفوائد المستحقة والعمولة المتفق عليها"[10]، وفي ذات السياق؛ نجد أنّ هناك من الفقهاء من يركز على الطبيعة العقدية، فيعرّفه بأنّه "عقد يتعهد بمقتضاه المُقْرِض أن يسلم مُقْتَرِضه المقترض مبلغا من النقود أَو يقيده في حسابه، وذلك مقابل إلْتِزام المُقْتَرِض برد هذا المبلغ عند حدود الأجل المتفق عليه، بالإضافة إلى عوائد القرْض وعمولة المَصْرَف ".[11]

إلّا أنّ ما يؤخذ على هذه التعريفات؛ أنّها توصيف لعملية القرض وآليّته، إذ تركز على الطبيعة العقدية للقرض، وما ينتج عنه من آثار، دون تحديد مضمونه بشكل واضح.

---

(7) المادة 684 من القانون المدني العراقي . أمّا القانون المصري فقد عرف القرض بأنّه عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقترض ملْكيّة مبلغا من النقود أَو أي شيء اخر على أن يرد اليه المقترض عند نهاية القرض شيئا مثلة في مقداره ونوعه وصفته ينظر المادة 538 من القانون المدني المصري رقم 131 لسنة 1948م.

(8) د. عصمت عبد المجيد بكر، الوجيز في العقود المسماة، ط1، منشورات زين الحقوقية، بيروت، 2019م، ص249.

(9) وذلك على وفق نص المادة 2/686 من القانون المدني العراقي. بخلاف ما ذهب إليه القانون المدني المصري حيث يعد عقداً رضائياً ينعقد بارتباط الإيجاب بالقبول وإنّ التسليم ليس ركنا في العقد بل هو إلْتِزام يقع في ذمة المقرض، بعد إنْعقاد العقد.

(10) عباس عبدالغني، مسؤولية المصرفي في القانون الجزائري، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون، فرع الأعمال، جامعة مولود معمري، تيزي وزو، 2005، ص15.

(11) د. محمد علي محمد البنا، القرض المصرفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006م، ص452 ؛ د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، دار النهضة العربية، القاهرة، مجلة المحاماة، العدد17، ص392.

أمّا إذا رجعنا إلى التشريعات القانونية ذات الصلة، فنجد بوضوح عدم إستقرارها على تعريف محدد قانونياً للقرض المَصْرَفي، فبينما ترك بعضها المهمة للفقه والقضاء، كما فعل المُشرّع العراقي الذي لم يورد تعريفا للقرض المَصْرَفي سواءً في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984 أو قانون المَصارِف العراقي رقم 40 لسنة 2004م، وكذ الحال في القوانين الخاصة الأخرى المنظمة للعمل المَصْرَفي، [12] وهو توجه محمود لأنّ مسألة التعريف أمر يترك للفقه مما قد يشوب التعريفات التشريعية من نقص وقصور[13]، في حين نجد أنّ المُشرّع الفرنسي والمُشرّع الإماراتي قد خرجا عن ذلك، إذْ عرّف المُشرّع الفرنسي عَمَلِيَّة قَرْض المَصْرَف العام (الإئتمان) بأنّه "إلْتِزام شخص بأن يضع أو يعد بأن يضع تحت تصرّف شخص آخر أمْوالاً بعوض مع تعهد هذا الأخير بتقديم ضمان أو كفالة "[14]، والملاحظ على هذا التعريف أن المُشرّع الفرنسي قد إكتفى بتعريفه للقرض المَصْرَفي من خلال تبيان عناصره فقط، ويعود ذلك إلى صعوبة وضع تعريف يحتوي على كل الجوانب القانونية للموضوع نتيجة تنوع الأسباب والأهْداف المنتظرة من كل قرض، ولأنّ هذه العمليّات تظهر في المناخ الذي يتسم بكونه شديد التنوع والحركية[15].

أمّا المُشرّع الإماراتي الإتّحادي؛ فقد عرّف القَرْض المَصْرَفي عموماً بأنّه "عقد بمقتضاه يقوم المَصْرَف بتسليم المقترض مبلغا من النقود على سبيل القرْض أو يقيّده في الجانب الدائن لحسابه في المَصْرَف، وفق الشروط والآجال المتفق عليها".[16] ولمّا كان التعريف يتعلّق بعَمَلِيَّة مصرفيّة ضمن الأعمال المصرفية التي تقوم بها المصارف عموماً بشكل إعتيادي، فقد ركّز المشرّع الإماراتي على الصفة العقدية التي ينعقد بها القرض، ويعكس هذا التعريف مدى سلطان الإرادَة للمتعاقدين في عَمَلِيَّة القرض المصرفي، وهذا لا ينسجم مع طبيعة قرض المصرف العام.

([12]) مثل قانون البنك المركزي العراقي رقم 56 لسنة 2004م وقانون مكافحة غسيل الأمْوال، وكذلك فعل المشرع المصري حيث لم يورد تعريفا للقرض المصرفي في القانون التجاري رقم 17 لسنة 1999.

([13]) د. أنور محمد صدقي المساعدة، المسؤولية الجنائية عن الجرائم الإقتصادية، ط 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2007م، ص94 .

([14]) المادة 1892 من قانون البنوك رقم(84 /64) الصادر في 24/اب/ 1984م.

([15]) بلول أعمر، إشكاليات التنفيذ على الضمانات البنكية – دراسة مقارنة في القانون الجزائري والفرنسي، أطروحة دكتوراه في العلوم، قسم القانون، جامعة مولود معمري، 2018م، ص3.

([16]) المادة(409) من قانون المعاملات التجارية لدولة الإمارات العربية المتحدة رقم 18 لسنة 1993م.

وعوداً على بدء؛ فإننّا يمكن أن نخلص من خلال المقاربة بين التعريفات الفقهية المطروحة للقروض المصرفية، وخصوصية المركز القانوني للمصرف العام، فنقول بأنّها (عَمَلِيَّة قانونية ذات صفة تجارية، يدفع فيها المَصْرَف التابع للدولة بعدّه شخصاً معنوياً عامّاً مستقلاً، مبلغاً من النقود للمُقْتَرِض أَو يقيّدها في حسابه لمدة محددة مقابل إلْتِزام الأخير برد المبلغ مع أيّة فائدة أو ميزة مالية أخرى أو بدونها، وبما ينسجم مع فلسفة الدولة وغاياتها).

ومن أجل أن يضمن المَصْرَف العام رد النقود مع الفائدة، يقوم بطلب تقديم ضمانات كافية من المقترض، والتي تختلف في نوعها حسب نوعية القرْض المطلوب [17].

وبموجب التعريف المتقدم؛ فإنّ قُرُوض المَصارِف العامّة؛ تتميّز بكونها عَمَلِيَّة قانونية مركّبة من حيث الموضوع ومن حيث الإجراءات، أمّا من حيث الموضوع فهي تتضمن ربطاً بين عِدّة عقود مسماة في القانون المدني، وأداءات مختلفة ضمن إتّفاق واحد وتندمج مع بعضها البعض، لتكوّن نظاما قانونيا مركّبا يتكون من عقد قرض وعقد كفالة وعقد رهن وإلْتِزام بالإفصاح عن بيانات معينة، فيسلّم المَصْرَف العام بموجب هذا الإتّفاق مُقْتَرِضهُ مبلغاً من النقود، على أن يقوم بردّها مع الفوائد بعد مرور مدّة معينة من الزمن [18]، ويظهر عنصر الإئتمان في هذه العَمَلِيَّة، بصورة واضحة وجليّة عند إنْعقاد القرْض، وفي الجانب القانوني منه، والذي يتمثل بفكرتي المديونية والضمان العام، وتتجلى أهميّة الوظيفة الإئتمانية للمَصارِف العامّة من خلال مساهمتها الفعّالة في تغذية مختلف المشاريع التِّجاريَّة والإقتِصادية الضخمة في البلد [19].

وإنّ ما يميّز إنعقاد قُرُوض المَصارِف العامّة عن بقية القُرُوض أنّها تعقد بين شخصين؛ الأوّل هو المصرف العام وهو المُقْرِض؛ ويتمثّل بإحدى المؤسسات المَصْرَفية التي تعود ملْكيّتها بشكل كامل للدولة ويسمّى المَصْرَف العام، والذي يدار بأسلوب الشركة العامّة وتنطبق عليه أحكام قانون الشركات العامّة رقم 22 لسنة 1997 النافذ المعدّل[20]، وينطوي عمله بشكل رئيسي على

(17) د. محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981 م، ص543.

(18) د. إلياس ناصيف، الكامل في قانون التجارة، عمليات المَصارِف، ج3، ط2، منشورات البحر المتوسط، 1996م، ص263.

(19) جليلة مصعور، مسؤولية البنك عن الإئتمان المصرفي في القانون الجزائري، أطروحة دكتوراه، قانون الأعمال، جامعة باتنة 1، الجزائر، 2006م، ص25

(20) ينظر المادة الاولى والمادة 103 من قانون المَصارِف العراقي رقم 94 لسنة 2004م.

إستلام الودائع المختلفة والقيام بالأعمال المَصْرَفية اللازمة للنشاط التجاري والمالي والإقْتِصادي ومن بينها عَمَلِيَّة منح القُرُوض.[21]

والثاني هو شخص طبيعي أو معنوي سواء إكتسب عمله الصفة التِّجاريَّة أم لم يكتسبها. ولهذا تفرض الطبيعة القانونية الخاصة لقُرُوض المَصارِف العامّة، إزدواج النظام القانوني الذي تخضع له هذه العقود، وفي الوقت الذي تأتي فيه هذه الإزدواجية من كون المَصارِف العامّة؛ شركات عامّة ذات طبيعة إقْتِصادية، تهدف إلى تحقيق النّفع العام، وكونها تمارس نشاطاً في الأصل يقع تنظيمه القانوني ضمن إطار القانون الخاص من جهة.

ومن جهة أخرى؛ فإنّه لمّا كانت القوانين المَصْرَفية العراقية ذات الصلة، لا تنظم عَمَلِيَّة منح قَرْض المَصْرَف العام بشكل مفصل، لتعدد أنواعها وتطورها المستمر، فإنّ هذا يكون مدعاة لتجسيد حقيقة واقعيّة مفادها؛ أنّ تنظيم هذه القروض بقواعد قانونية جامدة وغير مرنة أمر يصعب تصوّره، كونها من الأعمال التِّجاريَّة التي يقوم بها المَصْرَف العام على وجه الإحتراف، ينطبق عليها القانون العام من حيث التنظيم الإداري، وينطبق عليها القانون الخاص من حيث النشاط والأعمال .

المبحث الأول: تطبيق أَحْكام القانون الخاص على قرض المصرف العام في مرحلة ما قبل التعاقد

نظّم المُشرّع العراقي في القانون المدني، عدداً من المسائل المتعلقة بالمرحلة التمهيدية التي تسبق عَمَلِيَّة التعاقد بشكلها النهائي، وهذه المسائل تمثل المرحلة السابقة على التعاقد، وفي إطار القُرُوض المَصْرَفية التي تعقدها المَصارِف العامّة، يمكن أن نجد مثل تلك المسائل متوافرة، وتحكمها أيْضاً المبادئ العامّة الواردة في القانون الخاص عموماً، والقانون المدني على وجه الخصوص. والتي تمثل مواطن لتطبيق أَحْكام القانون الخاص على هذه القُرُوض، مثل مسائل الدعوة إلى التعاقد والتعبير عن الإرادَة، وإلْتِزام المَصْرَف العام بإعلام مُقْتَرِضه عن الأمور ذات الأهميّة العَمَلِيَّة المصاحبة لعَمَلِيَّة منح القرْض، والضمانات الواجب عليه تقديمها لغرض الحصول على القرْض.

---

(21) ينظر المادة 27 من القانون اعلاه.

وللإحاطة بكل هذه المواضيع؛ فإنّنا سوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى عِدّة مطالب، نبحث في الأول منها الوعد بالتعاقد في قرض المصرف العام، ونخصص الثاني لتناول تبادل العروض التعاقدية في المرحلة السابقة لإبْرام العقد، فيما سنعقد المطلب الثالث لبحث الإلْتِزام بالإعلام في عقد قَرْض المَصْرَف العام ، أمّا المطلب الرابع والأخير فسيكون لبحث الإلْتِزام قبل التعاقد بتقديم الضمانات الكفيلة بسداد قرْض المَصْرَف العام، وكما يأتي:-

المطلب الأول: الوعد بالتعاقد في قرض المصرف العام

يعرّف الوعد بالتعاقد بأنّه " عقد يلتزم به أَحَد الطرفين أو كلاهما بإبرام عقد معين في المستقبل إذا أعلن الموعود له عن رغبته في ذلك خلال المدة المتفق عليها " [22]. وهو عرض أولي من قبل المَصْرَف العام، لا يرقى إلى مرتبة الإيجاب في العقد، ولا يكفي مجرد القبول من قبل الطرف الآخر لإنْعقاد عقد القرْض من المَصْرَف العام، لأنّ إرادَة الأخير لم تتجه إلى إبرام العقد بصفته النهائية، لمجرّد قيام شخص من الأشْخاص بالإستجابة إلى دعوته.[23]

ولا يقصد من ذلك أيْضاً الدخول في مفاوضات مع ذلك الطرف، ولكن يهدف من وراء ذلك إلى تحفيز الجمهور ودعوته إلى التعاقد، ويتم ذلك بصورة مسبقة ومن دون مناقشة أَو تفاوض، على شروط الإيجاب بحيث لا يستطيع من يستجيب لهذه الدعوة سوى قبول أَو رفض الإيجاب المقدم له بأكمله[24]، إلّا أنّه يحتوي على نيّة حقيقية من قبل المَصْرَف العام لقبول التعاقد مع الأشْخاص الذين تتوفر فيهم هذه الشروط، وما سيطلب منهم من ضمانات.

حيث تقوم المَصارِف عامّة بالدعاية والترويج لخدماتها، بما فيها المَصارِف العامّة، عن طريق عرض ما تقدمه من خدمات للجمهور بواسطة الإعلانات المرئية والمسموعة، أَو في الصحف المحلية، أَو عن طريق المنشورات، والوثائق التي توزع على الأشْخاص المعنوية العامّة والخاصّة،

---

[22] د. محمد صبري السعدي، شرح القانون المدني الجزائري، النظرية العامّة للإلْتِزام – مصادر الإلْتِزام – العقد والإرادة المنفردة، ج1، ط1، دار الهدى – عين مليله، الجزائر، 2004، ص133.

[23] د. رجب عبد اللاه، التفاوض على العقد ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع ، القاهرة ، 1998، ص90.

[24] د. محمد صبري، المرجع السابق، ص104.

من أجْل إحاطة علم موظفي هذه المؤسسات بالقُرُوض الممنوحة[25]، وإجتذاب الراغبين منهم في الحصول على القرْض، وبما يعود بالنفع على الفرد والمجتمع.

والمَصْرَف العام كشخص معنوي، يمثله في التعامل موظف أو مجموعة موظفين وتجمعهم بالمَصْرَف العام علاقة تنظيمية[26]، يحكمها قانون الخدمة المدنية وقانون إنضباط موظفي الدّوْلة، ويتفاوضون بإسم هذا المَصْرَف ونيابة عنه، وبالتالي فإنّ الإعلانات التي تصدر من قبل المختصين منهم، يجب أن تكون واضحة وغير مضلّلة، وإلّا أثيرت مسؤولية المَصْرَف العام بالتبعيّة، بصفته متبوعاً يسأل عما يرتكبه تابعيه من أخطاء.[27]

وإذا حصل أَحَد الأشْخاص على وعد بالقرْض (إعتماد السحب على المكشوف)، فإنّ ذلك لا ينشئ إلا إلْتِزامات شخصية وهو لا ينشئ حقوقاً عينية حتى ولو كان العقد المراد إبرامه من شأنه أن يؤدي إلى إنشاء حقوقا عينية، فمثلاً قيام المَصْرَف العام بالتعاقد مع طالب القرْض لغرض منحه مبلغاً معيناً، ويقوم بفتح حساباً لهذا المُقْتَرِض، دون أن يقوم بتنزيل المبلغ في حسابه المفتوح، فيكون هذا وعداً من المَصْرَف بالإقراض عند حاجته إلى ذلك، وإنّ الوعد بالإقراض هو عقد ملزم لجانب واحد وهو الواعد أمّا المُقْتَرِض فلم يلتزم بشيء، [28] فلا يستطيع هذا المُقْتَرِض الحجز على أمْوال المَصْرَف العام أو تتبعها، بل إن كل ما يملكه هو حق شخصي يجيز له أن يطلب تعويض الضرر الذي أصابه في حالة حصول التعسف في إستخدام حق الرفض،[29] ولا يستطيع القضاء إرغام المَصْرَف العام على منحه القرْض.[30]

([25]) سعدية مكدال، التمويل البنكي لقطاع السكن في الجزائر، أطروحة لنيل شهادة الدكتوراه في العلوم – القانون، جامعة مولود معمري، الجزائر، 2019، ص94.

([26]) المادة48 من القانون المدني العراقي المعدل.

([27]) د. أحمد محمود أحمد الربيعي: مسؤولية الإدارة دون خطأ وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، دار الكتب القانونية، دار شتات للنشر، القاهرة، 2015، ص83.

([28]) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، د. عبدالرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ،ج1، نظرية الإلْتِزام بوجه عام، مصادر الإلْتِزام، دار إحياء التراث العربي، مصر، د س ن، ص250.

([3]) د. علي جمال الدين عوض، الإعتمادات المصرفية وضماناتها، مج 1، ط1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، 1994م، ص16 .

([30]) د.سليمان محمد الطماوي، الأسس العامّة للعقود الإدارية، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1983، ص271.

المطلب الثاني: تبادل العروض التعاقدية في المرحلة السابقة لإبرام العقد

إنّ قُرُوض المَصارِف العامّة يتم منحها عن طريق عقد يبرم بين المَصْرَف العام والشخص المقترض وقد عرّف المُشرّع العراقي العقد بأنّه " إرتباط الإيجاب الصادر من أَحَد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"[31]، مما يحتاج معه إلى صدور إيجاب من قبل أَحَد الأطراف وقبول من قبل الطرف الآخر، من أجل إبرام العقد، لذلك فإنّنا سنقسم هذا المطلب إلى فرعين نبحث في الفرع الأول عن صدور العرض في المرحلة السابقة على التعاقد. أمّا في الفرع الثاني فسنتناول فيه تلقّي العروض في قروض المصارف العامة. وكما يأتي:-

الفرع الأول: صدور العرض في المرحلة السابقة على التعاقد

يصدر العرض بالتعاقد أو التعبير غير البات عن إرادَة الشخص، ويتجه به إلى شخص آخر يعرض عليه التعاقد بحسب أسس وشروط معينة، فإذا ما لاقى هذا العرض إستجابة من الطرف الآخر، تبدأ مرحلة التفاوض على إبرام العقد، والتي تمهّد لصدور إيجاب يمكن أن ينعقد به العقد إذا ما إقترن بقبول مطابق له، مع مراعاة ما يتطلب فيه القانون شكلاً خاصاً لإنْعقاده، ويعدّ الإيجاب الإرادَة الأولى في العقد، ولكي يرتب هذا الإيجاب أثره، فيجب أن تتوافر فيه جملةً من الشروط وهي، أن تكون الإرادَة موجودة، وأن يتم التعبير عنها، وأن تتجه إلى إحداث أثر قانوني، وغيرها من الشروط التي يستلزمها القانون.[32]

ويعدّ الإيجاب نقطة إلتقاء مرحلة المفاوضات مع مرحلة إبرام العقد، فإذا وجد الإيجاب إنتهى التفاوض وبدأت مرحلة إبرام العقد، وإذا إنتهى الإيجاب، دون أن يقترن بالقبول، ظل الطرفان في مرحلة المفاوضات العقدية، فمرحلة الإيجاب تتخطى مرحلة التردد وعدم الجزم، وتدخل في مرحلة العزم وإبرام العقد، والواقع أن التفاوض على العقد هو بمثابة مقدّمة للإيجاب، فإذا كان الإيجاب خطوة إلى العقد فإنّ التفاوض خطوة لصدور الإيجاب.[33]

([31]) المادة 73 من القانون المدني العراقي المعدل.

([32]) د. أسماعيل غانم، النظرية العامّة للإلْتِزام، ج1، مصادر الإلْتِزام، مكتبة عبدالله وهبة، الإسكندرية 1968م، ص104؛ د. عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلْتِزام، ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 2011 ، ص38.

([33]) د. علي أحمد صالح، المفاوضات في العقود التجارية الدولية، ط1، دار هومه للنشر والتوزيع، الجزائر، 2012، ص 124 .

ويصدر الإيجاب من قبل المَصْرَف العام، بعد ان يتحقق من توفر الشروط الأولية، في الشخص طالب القرْض، وعلى ضوء ما دار في اللقاء بين الطرفين، ويكون الإيجاب على شكل ورقة مطبوعة معده من قبل المَصْرَف العام، ويقوم المُقْتَرِض بملئها وتوقيعها، وتسليمها إلى من يمثل المَصْرَف، لأنّ القانون في مجال إبرام العقود، لا يعتد إلا بالإرادَة الظاهرة والمعبر عنها، من أجل إيصالها إلى المعني بها [34]، ويشترط في هذه الإرادَة ان تكون باتة وغير معلقةِ على شرط، فإنّ إختل أَحَد هذين الشرطين فإنّها ستكون دعوة للتفاوض وليست إيجابا.

وإن التطبيق العملي يوضح بأنّ المَصْرَف العام، هو الذي يقوم بإعداد شروط العقد، ويعرضها على الشخص طالب القرْض، ويملك المَصْرَف العام الحرية في تسليم مبلغ القرْض من عدمه، وعلى ضوء ما يتبين له من دراسة ملف المقترض، والمعلومات التي حصل عليها، سواء من المقترض نفسه أَو من مصادر الإستعلام الأخرى، الداخلية والخارجية على حد سواء.

فإذا ما قام المَصْرَف العام بعرض التعاقد على أشْخاص معينين بصفاتهم، كما هو الحال في القُرُوض الزراعية والعقارية، وكانت هذه الصفات محل إعتبار، فلا يعد ذلك إيجابا من قبله حتى لو بين كافة أركانه بل يكون دعوة إلى التعاقد [35]، لأنّ شخصية هؤلاء كانت محل إعتبار لدى التعاقد، فإذا ما إستجاب أَحَد لهذه الدعوة كانت هذه الإستجابة إيجاباً يمكن للمَصْرَف العام أن يرفضه، عند توفر الأسباب المشروعة لذلك، وإلّا كان متعسفاً في هذا الرفض، كأن يكون في شخصية المُقْتَرِض أَو تعاملاته الماليّة، ما يجعله شخصاً غير جدير بمنحه هذا القرْض.[36]

ويشترط من أجل عدّ الإيجاب عنصراً في عقد قَرْض المَصْرَف العام، إحتواءه على جميع العناصر الأساسية للإيجاب البات، من حيث مقدار المبلغ الممنوح، والمدة المحددة لردّه، ومقدار الفائدة، ونوعية الضمانات المطلوبة، وإيضاح وافي لجميع الشروط المطلوبة، وهي عادةً ما تكون شروطاً معدّة مسبقا من قبل المَصْرَف العام وبشكل موحد لجميع المقترضين [37].

([34]) ينظر د. عبد الحي حجازي، النظرية العامّة للإلْتِزام، ج1، مصادر الإلْتِزام الإرادية، 1982م، مطبعة نهضة مصر، ص586.

([35]) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص39.

([36]) ينظر المذكرة الإيضاحية في مجموعة الأعمال التحضيرية، ج2، ص50، د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني، ط1، دار النهضة العربية للطبع والنشر والتوزيع، 1979، هامش رقم 1، ص71 .

([37]) علي فيلالي، الإلْتِزامات والنظرية العامّة للعقد، ط2، مكتبة الكاهنة، الجزائر، 1997م، ص88

وتختلف الشروط الذاتية الخاصة بكل نوع من أنواع القُرُوض ولا تتغير الحال من مقترض لآخر، بالشكل الذي يجعل القُرُوض المقدمة من قبل المَصارِف العامّة من قبيل العروض الموجهة للجمهور [38]، وإنّ التعبير عن الإرادَة لا ينتج أثره ما لم يعلم به من وُجّه إليه، وحيث أنّه لا توجد قواعد عامّة بقَرْض المَصْرَف العام، لذا فإنّ القواعد العامّة هي التي تسري، طبقاً لنصوص القانون المدني العراقي، المادة 2/87 منه التي تنص على أنّه " يكون مفروضا أن الموجب قد علم بالقبول في المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما علمه ".

والإيجاب في قُرُوض المَصارِف العامّة، هو إيجاب محدد بمده معينه، ينقضي الإيجاب بإنتهائها، وتقتضي طبيعة التعامل المَصْرَفي أن تكون هناك مدة من الزمن بين تقديم الإيجاب وصدور القبول من المَصْرَف العام، بعد دراسة حالة المُقْتَرِض، من النواحي الشخصية والماليّة، قبل القبول وإبرام العقد.

الفرع الثاني: تلقّي العروض في قروض المصارف العامة

يتم تلقّي العروض من قبل طالب القرض من المصرف العام، وبعد إتمام عملية الإطلاع والتفاهم الأولية على مضامين العقد وبنوده، يمكن أن يصدر من الشخص طالب القرض هنا قبولاً باتّاً للعقد، تنتهي به مرحلة التفاوض، وتبدأ به مرحلة الإنعقاد وسريان العقد، ويعرّف القبول بأنّه التعبير البات عن إرادَة الطرف الذي وجه إليه الإيجاب [39]، وهو الرد على الإيجاب الصادر من الموجب والذي يطابق العرض المقدم له، وبه ينعقد العقد [40]، ويخضع لشروط الإرادَة والتعبير عنها فيشترط فيه.

1- يشترط في هذا القبول أن يكون موجوداً أو معبراً عنه، ويهدف إلى إحداث أثر قانوني.

2-يجب أن يصدر القبول في الوقت الذي يكون فيه الإيجاب ما زال قائما، فإذا كان الإيجاب محدداً بمدة معينة فيجب أن يصدر القبول خلال هذه المدة.

([38]) المادة 80 من القانون المدني العراقي المعدل.

([39]) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، المرجع السابق، ص 41.

([40]) د. حسن علي الذنون، د. حسن علي الذنون ود. محمد سعيد الرحو، الوجيز في النظرية العامّة للإلْتِزام، ج1، دار وائل للطباعة والنشر والتوزيع، 2002، ص71.

3- تلاقي الإيجاب مع القبول وأن يكون مطابقاً له مطابقة تامّة.[41]

ويلاحظ في هذا الصدد، أنّ حرية المَصْرَف العام في قبول أو رفض منح مبلغ القرض ليست مطلقة في جميع الأحوال، وإنّما هي مقيدة بعدم التعسّف بإستعمال رخصة الرفض، وخاصةً فيما إذا كان المَصْرَف العام، هو من دعا طالب القرْض إلى التعاقد، بواسطة الإعلانات الصادرة من قبله، بعد أن حدّد شروط التعاقد، إذْ لا يجوز له أن يرفض القبول، إلا لسبب مشروع ولا يقوم المَصْرَف العام، بإبداء موافقته إلّا بعد البحث والتحري في مجموعة من البيانات المقدمة من طالب القرْض، ومن ثم تخضع هذه البيانات للدراسة والتحليل من قبله.

ولكن ما هي المعلومات التي يحرص المَصْرَف العام على تدقيقها قبل إصدار قراره بالرفض أو الموافقة؟

بما أنّ عَمَلِيَّة منح قَرْض المَصْرَف العام، هي عَمَلِيَّة تعاقدية يحتل فيها الإعتبار الشّخصي موقعاً متميزاً،[42] نظراً لخطورتها على أداء عمل المَصْرَف العام، وإحتماليّة ضياع أمواله، والتي هي أموال تعود للدولة بسبب عَمَلِيَّة منح القرْض وخاصةً عند عدم قدرة المُقْتَرِض على إرجاعها في الوقت المحدد[43]، لذا فإنّ المَصارِف العامّة تولي إهتماماً كبيراً، لسمعة عملائها وما يحيط بهم من ظروف، وكونهم جديرين بالثقة التي ستمنح لهم من عدمه، لذلك يتوجب على المَصْرَف العام التحري عن عملائه من جانبين الشخصي والموضوعي، وعلى النحو الآتي:

أولاً- الجانب الشخصي: ويتمثل بالجدارة المعنوية لطالب القرْض، من حيث إخلاصه ومدى حرصه على الوفاء بإلْتِزاماته السابقة تجاه المَصْرَف أو غيره، ورد الديون المترتبة عليه عند حلول آجال إستحقاقها، والبحث فيما إذا كان جديراً بالحصول على ثقة المَصْرَف العام من عدمه، فإذا ما كانت هناك شكوكاً خطيرةً في عدم قيامه بالوفاء بإلْتِزاماته فيجب على المَصْرَف العام أن يمتنع عن إقراضه.[44]

([41]) د. علي فيلالي، المرجع السابق، ص96.

([4]) د.محمود مختار بريرى، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الإعتمادات، المرجع السابق، ص37.

([43]) د. محمد لفروجي، العقود البنكية بين مدونة التجارة والقانون البنكي، ط2، مطبعة النجاح الجديدة، الدار البيضاء، 2001، ص425.

([44]) بلول أعمر، إشكاليات التنفيذ على الضمانات البنكية، المرجع السابق، ص19.

كما يتمتع المَصْرَف العام بصلاحية رفض طلب المُقْتَرِض إذا ما ثبت لديه لجوئه إلى طرق إحتيالية لغرض الحصول على القرْض أَو وجود ما يمس نزاهة وأمانة هذا الشخص (طالب القرْض)، وحتى لو قدم الضمانات اللازمة، لإمكانية لجوئه إلى أساليب غير مشروعة من أجل الحصول عليها. وإنّ فرص إتّخاذ القرار السليم تزداد كلما قام المَصْرَف بالتحري وجمع المعلومات من المصادر المختصة وربطها بالمحيط الإقتِصادي الذي يعمل المشروع في ظلّه[45]، لذلك يعد الإستعلام عن كفاءة المُقْتَرِض وقدرته على الوفاء بمبلغ القرْض ومتطلباته من الإلْتِزامات الرئيسية الملقاة على عاتق المَصْرَف مانح القرْض، [46] ومن ثم فإنّ حصول أَي خطأ في جانبه دون التحري عن جدارة طالب القرْض، تؤدي إلى إثارة مسؤولية المَصْرَف العام القانونية، المدنية منها والإدارية، وحتى الجزائية في بعض الحالات[47]، لاسيما وإنّ المَصْرَف العام بالإضافة إلى هدفه في الربح كونه مؤسسة إقتِصادية، إلّا أنّه يدير أمْوال عائده للدولة وليس لجهة خاصة، ولذلك يتحرى دائماً كل الظروف المحيطة بنجاح عَمَلِيَّة الإقتراض ومستوى الخطورة التي تكمن وراء عدم سداد القرْض في المواعيد المحددة.

ثانياً- الجانب الموضوعي: فهو توفر الأهْليّة القانونية للمُقْتَرِض طالب القرْض[48]، لأنّ الإستعلام عن الإسم والموطن والنشاط الذي يمارسه طالب القرْض، يعد بوابة الدخول للتأكد من توافق الإعتبار الشّخصي في الشخص الذي ينوي المَصْرَف منحة قرضاً من القُرُوض.[49]

([45]) جليلة مصعور، مسؤولية البنك عن الإئتمان المصرفي في القانون الجزائري، المرجع السابق، ص81.

([46]) ويعرف الإستعلام بأنّه الجهد المنظم المتواصل وفق ضوابط مستقرة ومفاهيم محددة وأساليب متنوعة بهدف إمداد صانع القرار الإئتماني بكم متدفق من البيانات والمعلومات بالجملة والشكل والتكلفة المناسبة، ينظر د. صلاح ابراهيم شحاتة، د. صلاح إبراهيم شحاتة، ضوابط منح الإئتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، 2008، ص288.

([47]) الفقرة الخامسة من التعليمات رقم 4 لسنة 2010، تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المَصارِف العراقي رقم94 لسنة 2004م.

([48]) السيد محمد اليماني، مسؤولية البنك تجاه الغير عن خطئه في فتح الحساب وتشغيله، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسيوط، العدد التاسع، مصر، 1987م، ص251.

([49]) وقد الزمت المادة 15/ سابعا من تعليمات تسهيل تنفيذ قانون المَصارِف العراقي رقم 4 لسنه 2010 م المَصارِف للحصول على صورة من هوية الأحوال المدنية وعدد من المتمسكات الرسمية الأخرى، أمّا إذا كان الشخص معنويا فقد إستوجب القانون الحصول على نسخة من شهادة التأسيس والنشرة الصادرة عن وزارة التجارة، وفي حالة كون العميل شخصا معنويا

وتولي المَصارِف العامّة مسألة توخي مخاطر ضياع أموالها أهميّة كبيرة، ومنح الثقة والإئتمان لشخص ذي يسار، يعد أول ما يسعى المَصْرَف العام إليه[50]، ولا يكتفي المَصْرَف العام وهو بصدد فحص طلبات الإقراض بالتحقق من الملاءة الماليّة بمعنى زيادة أصول المشروع على خصومة بالنسبة للأشْخاص المعنوية، ولكنه يهتم بشكل كبير لمكونات هذه الأصول وتلك الخصوم ومدى ما يتمتع به المشروع من سيولة مباشرة أو قيم منقولة يسهل تحويلها إلى نقود [51]، وبعد الوقوف على كل هذه العوامل تكون لدى المَصْرَف صورة واضحة عن الشخص الذي يطلب القرْض، مما يمكنه من إتّخاذ القرار المناسب.

المطلب الثالث: الإِلْتِزام بالإعلام في عقد قَرْض المَصْرَف العام

يعرف الإِلْتِزام بالإعلام بأنّه " الواجب الذي فرضه المُشرّع على المتعاقد المحترف أَو الطرف المتفوق معرفياً بتقديم كافة المعلومات المتعلقة بموضوع ومحل العقد للمتعاقد الآخر"[52]، وهو إِلْتِزام قانوني يجد مجاله في مبدأ حسن النية في إبرام وتنفيذ العقود، ولا يقتصر مبدأ حسن النية على مرحلة تنفيذ العقد فحسب بل يشمل أيْضاً المرحلة السابقة للتعاقد[53]، مما يستلزم على المَصْرَف العام بوصفه شخصاً محترفاً، إعلام ونصح عميله المقترض بالبيانات والمعلومات الضرورية عن عَمَلِيَّة التعاقد، ومن أمثلتها قيمة القرْض الأصلي، وقيمة الأقساط، ومبلغ الفائدة،

على شكل شركة ترفق صورة من شهادة التأسيس والنظام الداخلي للشركة وتعديلاته بالإضافة الى صور عن هويات المخولين بالتوقيع، وحيث أن عمليات الإقراض المصرفي من الأعمال التجارية لذلك يشترط لمنح القرض توافر الأهلية القانونية للعميل سواء كان يباشر العمل اصالة أَو نيابة فاذا كان شخصاً طبيعياً فيستطيع المصرف إبْام عقد القرض معه إذا كان كامل الاهلية .

(50) سعداني نورة، المسؤولية المدنية للبنك عن أخطائه المهنية في مجال الإعتماد المالي، أطروحة دكتوراه، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان/ كلية الحقوق والعلوم السياسية، 2001، الجزائر، ص21

(51) د. محمود مختار أحمد بريرى، المسؤولية التقصيرية للمصرف عند طلب فتح الإعتمادات، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1986، ص41

(52) فضيلة سويلم، حماية المستهلك من الشروط التعسفية، رسالة ماجستير، جامعة وهران، كلية الحقوق، الجزائر، 2011، ص111.

(53) د. محمد جاسم محمد العتابي، مدى إنطباق صفة الإذعان على العمليات المصرفية، ط1، مكتبة القانون المقارن، بغداد، 2021، ص143.

والمتبقي من الأقساط، ومتابعة تنفيذ العقد بحسب إتّفاق الطرفين، [54] وتزويد المقترض بكشف مفصل عند حاجاته إلى ذلك، على أن يكون ذلك مقابل أجور معينة يحددها المَصْرَف، وألّا يكتم عنه أيّة معلومات مهمة ذا تأثير على قراره بإبرام القد.[55]

وقد تم تكريس هذا الإلْتِزام في بادئ الأمر من قبل الفقه الفرنسي، مستندا إلى مبادئ حسن النية والإنصاف، التي يجب أن تراعى في إنشاء، وتنفيذ العقود بشكل عام، بحيث يتوجب على الطرف الذي يملك معلومات عن موضوع العقد والظروف المحيطة به، أن ينقلها إلى الطرف الآخر الذي يجهلها كليا أَو جزئيا، حيث يقدم على العقد وهو على بينه تمكنه من إبرام العقد وتنفيذه، على قدر من التوازن المطلوب بين الأطراف، ثم بعد ذلك تم تكريسه بموجب القوانين المختلفة، والتي جعلته كواجب مفروض على المَصْرَف بوصفه ممتهنا في مجال تقديم الخدمات المَصْرَفية، ويلتزم المَصْرَف بموجبه بنقل المعلومات إلى مُقْتَرِضه بكافة الوسائل المتاحة.[56]

ويعدّ الإلْتِزام بالإعلام من الإلْتِزامات الموضوعية، التي يقتصر إلْتِزام المَصْرَف فيها على تقديم هذه المعلومات، وأن يبذل في ذلك عناية الشخص المعتاد، أَي تلك التي يبذلها مَصْرَف محترف محاط بنفس الظروف[57]، بعكس واجب النصح والإرشاد الذي يعدّ عملاً إيجابياً، من أجل قيام المَصْرَف باختيار أنسب الخيارات المطروحة له، وتوفير أفضل الشروط والظروف للتعاقد، ومن ثم أصبح هذا الإلْتِزام ذو طبيعة عقدية، ملحق بالخدمات المرتبطة بالعمليّات الإئتمانية بشكل عام، وعَمَلِيَّة الإقراض بشكل خاص.[58]

([54]) د. ذكرى محمد حسين الياسين، وسائل إدارة مخاطر القُرُوض المصرفية- دراسة مقارنة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الثاني، السنة التاسعة، 2017م، ص502.

([55]) ينظر المادة 2/150 من القانون المدني العراقي التي تنص على " ولا يقتصر العقد على إلْزام المتعاقد بما ورد فيه، ولكن يتناول ايضاً ما هو من مستلزماته وفقاً للقانون أَو العرف والعدالة بحسب طبيعة الإلْتِزام.

([56]) لبنى عمرو مسقاوي، المسؤولية المصرفية في الإعتماد المالي، ط1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت 2006م، ص 168 وانضر ايضاً :

Fatiha Benmansur, Devoir de conseil du banquier et fidélisation de son client, 2008, p.19.

([57]) تنص المادة(251) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 على أنّه "1/ في الإلْتِزام بعمل إذا كان المطلوب من المدين أن يحافظ على الشي أَو أن يقوم بإدارته أَو كان مطلوبا منه أن يتوخى لحيطة في تنفيذ إلْتِزامه فإنّ المدين يكون قد وفى بالإلْتِزام إذا بذل في تنفيذه من العناية ما يبذله الشخص المعتاد حتى ولو لم يتحقق الغرض المقصود.

([58]) جليلة مصعور، المرجع السابق، ص113.

وتبعا لما تثيره فكرة النصح والإرشاد، من قبل المَصْرَف تجاه عملائه، من إشكالات كثيرة بخصوص مسؤولية المَصْرَف العام، إلى الحد الذي ينكر فيه البعض كونه إلْتِزام على عاتق المَصْرَف، بحجة ان المَصْرَف لا يعد موجها للوعي الإقْتِصادي للمُقْتَرِض ولا يحل محله.[59] في حين عده البعض الآخر إلْتِزام ببذل عناية، يقع على عاتق المَصْرَف، مقتضاه إلْتِزام المَصْرَف بتقديم المعلومات التي يعرفها، [60] وظهر راي اخر في الفقه يقر بالزام المَصْرَف بمراقبة إستعمال القرْض، من دون وجود إلْتِزام مكرس في إتّفاق منح القرْض، وأصبح المَصْرَف محل مسؤولية مدنية، عن عدم تناسب حجم القرْض مع حجم المشروع وإمْكانياته فقط.[61]

كما أنّ الإلْتِزام بالإعلام يعد أَحَد الأسس التي يقوم عليها التوازن العقدي، الذي أوجبه المُشرّع العراقي في قانون حماية المستهلك رقم (1) لسنة 2010، لما له من مبررات قانونية وواقعية، فالإلْتِزام بالإعلام من أهم الضمانات القانونية الكفيلة بإيجاد رضا سليم للمتعاقد، بما يساهم في إيجاد التوازن العقدي المطلوب.[62]

ولم يقتصر أساس هذا الإلْتِزام على ما ورد في قواعد القانون المدني العامّة والخاصة، أو ما سار عليه المُشرّع في قانون حماية المستهلك، بل أيْضاً ورد النص عليه في تعليمات وضوابط النظام المَصْرَفي العراقي حيث اشارت إلى " أن الإفصاح الكامل هو من ركائز الإدارَة الرشيدة، ويتطلب إبلاغ المساهمين وأصحاب المصالح، والمتعاملين مع المَصْرَف بالمعلومات الكافية حول هيكلية المَصْرَف وأهدافه وسياساته، التي من خلالها يمكن الحكم على فعالية مجلس الإدارَة والإدارَة العليا ".[63] فقد ألزمت هذه المادة المَصارِف عامّة بضرورة الإفصاح الكامل وتقديم المعلومات الكافية للمتعاملين مع المَصْرَف، بكل احتراف وشفافية.

([59]) د. خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الإئتمان الداخلي القرض - الإعتماد البسيط، ج1، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015.

المرجع السابق، ص142.

([60]) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك – المرجع السابق، ص1168.

([61]) د. عبد الحميد الشواربي: عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، ط1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2005 م، ص152.

([62]) د. محمد جاسم محمد العتابي، المرجع السابق، ص145 وما بعدها.

([63]) المادة(72) من تعليمات تسهيل قانون المَصارِف العراقي رقم 94 اسنة 2004 المرقمة 4 لسنة 2011.

وبالرغم من أنّ قانون البنك المركزي العراقي ينتمي إلى فرع القانون العام، إلّا أنّنا نلاحظ قيام البنك بوضع ضوابط التوعية المَصْرَفية وحماية الجمهور لسنة 2016 التي أشارت إلى أنّه يتوجب على المَصْرَف " قبل التوصية بتوفير الخدمة للزبون إعلامه بالآثار المحتملة للتقلبات في الأسعار بما فيها تقلبات أسعار الصرف وأسعار الفائدة "[64]، وإطلاع المُقْتَرِض على كل بند من بنود العقد، والتوقيع عليها، وإستلامه نسخة مصدّقة منها بعد توثيقها من الدائرة القانونية في المَصْرَف، وتوفير نسخة مكتوبة من الأَحكام والشروط العامّة والخاصة، المرتبطة بكل خدمة مقدمة من قبله. [65]

ويظهر من خلال ذلك أهميّة الدور الذي يؤديه هذا الإِلْتِزام، من خلال النص عليه في عدد من القواعد العامّة الواردة في القانون المدني العراقي، والتأكيد عليه بموجب التعليمات الصادرة عن البنك المركزي، لغرض تنظيم العمليّات المَصْرَفية بصورة عامّة، ومن ضمنها عَمَلِيَّة منح القرْض من المَصْرَف العام بصورة خاصة.

المطلب الرابع: الإِلْتِزام قبل التعاقد بتقديم الضمانات الكفيلة بسداد قرْض المَصْرَف العام

يقصد بالضمانات عموماً، كل تأْمين خصص لضمان الدين حتى لو تقرر بعد الكفالة، وكل تأمين مقرر بحكم القانون.[66] وإنّ تمتع طالب القرض بسمعة حسنة وقدرة على الدفع، لا يعدّان في بعض الأحيان كافيين لمنح قَرْض المَصْرَف العام، فقد تتغير الظروف الإقتِصادية مما يؤدي إلى عدم مقدرته على تنفيذ إِلْتِزاماته إذا ما أبرم العقد.

ولذلك فإنّ المَصْرَف العام يشترط مقدّماً على طالب القرض تقديم ضمانات كافية[67]، وهذه الضمانات قد ورد النص عليها بصورة عامّة في القانون المدني أو التجاري، من أجل تسهيل حصول الدائن على حقه، عند قيامه بتلك الإِجراءات على الوجه المطلوب، مما يعني قدرة

([64]) المحور الثاني / النقطة 15 من ضوابط التوعية المصرفية وحماية الجمهور لسنة 2016.

([65]) النقطة 16 من الضوابط اعلاه.

([66]) المادة 1027 /2من القانون المدني العراقي المعدل.

([67]) نصت المادة 1/270 من قانون التجارة العراقي. للمصرف ان يطلب من طالب الإعتماد تقديم كفالة شخصية أَو عينية قبل منحه الاعتماد .

المَصْرَف العام بالإستفادة منها، بعدّها قواعد عامّة، يستطيع من خلال تضمينها في عقوده، المحافظة على أمواله، والتنفيذ عليها أو إستعمالها حال تأخر المُقْتَرِض في السداد أو إمتناعه عنه، بما يضمن إستيفاء مبلغ القرْض والفوائد المستحقة ومبلغ العمولة المترتبة على ذلك.[68]

ولم يتضمن قانون المَصارِف العراقي بيان نوعية الضمانات المطلوبة، لإجراء عَمَلِيَّة الإقتراض، بل إن تعليمات منح القرْض التي يصدرها المَصْرَف العام بمناسبة تقديم القرْض تتطلب وضع عدد من الضمانات الوارد ذكرها في القانون المدني أو القانون التجاري تؤمن حصول المَصْرَف العام على حقه، عند حصول التعثر أو المماطلة وعدم الدفع من قبل المدين.

وإنّ المَصْرَف العام عندما يطلب هذه الضمانات ليس في نيته أَو تخطيطه أن يلجا إلى تصفية مشروع المُقْتَرِض أو المؤسسة طالبة القرْض ولكنه نوع من التأمين لإسترداد أمواله [69]، ولا يعتمد فقط على الضمانة العامّة المنصوص عليها في القانون المدني والتي تقضي بأن جميع أموال المدين ضامنة للوفاء بإلْتِزاماته [70]، لأنّ هذه الأموال ستكون الضمانة العامّة لجميع دائني المقترض، وإنّما يتم إعمالها في حالة عدم حصول المَصْرَف العام على حقه كاملاً من جراء التنفيذ على الضمانات الموضوعة تحت تصرّفه، والتي له حق التقدم عليها طبقاً لأَحكام القانون المدني وقانون التنفيذ[71]، أمّا أموال المدين الأخرى فسيتقاسمها قسمة غرماء مع بقية الدائنين، فيما إذا كانوا مساوين له في الدرجة.

وتعتبر الضمانات كنوع من الحماية والتأمين للمَصْرَف من مخاطر توقف المُقْتَرِض عند السداد، ويمكن تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتولى الأول بيان الضمانات الشخصية في قرض المصرف العام ، ويبحث الفرع الثاني في الضمانات العينية في قرض المصرف العام، وكما يأتي:-

---

([68]) د. صبري مصطفى حسن السبك، القرض المصرفي كصورة من صور الإئتمان وأداة للتمويل، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2011، 139.

([69]) د. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك – المرجع السابق، ص492.

([70]) المادة 1/260 من القانون المدني العراقي المعدل .

([71]) د. بختيار صابر بايز، الإعتماد للسحب على المكشوف ، ط1، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، 2010، ص209.

الفرع الأول: الضمانات الشخصية في قرض المصرف العام

الضمانات الشخصية تتمثّل بتعهد شخص طبيعي أو معنوي أو مجموعة من الأشْخاص على تنفيذ إلْتِزام المدين الرئيسي، في حالة عجزه أَو تجاوزه الأجل المحدد لتاريخ الإستحقاق لمصلحة الدائن (المَصْرَف) [72]، وقد تولى القانون المدني بيان أنواعها والقواعد القانونية المنظمة لها، وتتمثل في العقود المبرمة بين المَصْرَف والشخص الذي يتعهد بتسديد مبلغ القرْض بدلاً عن طالب القرْض، وما يميز هذه الضمانات هو سرعة وبساطة الحصول عليها، أمّا ما يعيبها فهو صعوبة معرفة المركز المالي الحقيقي لهذا المتعهد، خاصةً إذا تعمد إخفاء بعض المعلومات بسوء نيّة، وما إذا كان هو نفسه في وضعية مدين رئيسي لأشْخاص آخرين.[73]

وأهم صور التأمينات الشخصية وأبرزها هي الكفالة، والتي تعتبر التطبيق النموذجي للتأمين الشخصي، والتي تكاد أن تنحصر التأمينات الشخصية فيها، إذا ما أخذنا بالمفهوم الفني الدقيق للكفالة، والتي لا يكون الكفيل فيها مسؤولاً مع المدين إلّا بصفة تبعية.[74]

وقد عرّفها المُشرّع العراقي بأنّها "ضم ذمة إلى ذمة للمطالبة بتنفيذ إلْتِزام "[75]. وصورتها أن يكفل شخص تنفيذ إلْتِزام شخص آخر بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الإلْتِزام إذا لم يقم المدين بالوفاء به بنفسه.

والملاحظ على قُرُوض المَصارِف العامّة أن أغلبها تتطلب تقديم كفيل شخصي سواءا كان موظفاً أَو غير ذلك، يتعهد بتنفيذ إلْتِزامات طالب التمويل إذا تأخر أو إمتنع عن تنفيذ إلْتِزامه عند حلول الأجل المتفق عليه.[76]

والكفالة قد تكون بسيطة حيث يتكفل شخص واحد في القرْض، وقد تكون كفالة تضامن حيث يلتزم عِدّة كفلاء للوفاء بمبلغ القرْض وفوائده عند حلول أجَلَها، ويحق للمَصْرَف العام الرجوع على أي منهم للمطالبة بكل الدين، مع المُقْتَرِض أَو بدونه بالشكل الذي يجعل هذا الكفيل

([72]) د. صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص276.

([73]) تعليمات مصرف الرافدين بعدد2761في 2017/5/29.

([74]) د. مصطفى عبد الجواد حجازي، عقد الكفالة في القانون المدني، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2006، ص8.

([75]) المادة 1008 من القانون المدني العراقي المعدل.

([76]) ينظر تعليمات مصرف الرافدين ذات العدد(1/2761) بتاريخ 2017/11/26 الخاصة بمنح قُرُوض للمواطنين لغرض إنشاء مساكن خاصة بهم، وعقود قرض مصرف الرافدين الخاصة بمنح قُرُوض لأصحاب المشاريع الصغيرة.

مسؤولاً بصفة شخصية عن هذا الدين في مجموعه، مما لا يجنب المَصْرَف العام خطر إفلاس هؤلاء جميعا. [77]

الفرع الثاني: الضمانات العينية في قرض المصرف العام

تعرّف الضمانات العينية بأنّها "تخصيص مال أو أكْثَر للوفاء بالدين"[78]، وسميت بهذا الإسم لأنّ ما يضمن حق الدائن، هو عين تخصص للوفاء بالدين عند تأخر المدين عن السداد، أو إمتناعه عنه وتكون مملوكه للمدين في الغالب، إلّا أنّه لا يوجد ما يمنع أن تكون مملوكه لغيره، بشرط أن يضعها صاحبها كضمانة للوفاء بمبلغ القرْض، بموجب عقد رهن يبرم بين الدائن والمدين (الراهن)، ويضل المال المخصص للوفاء بالإلتِزام، مثقلا بالتأمين حتى لو تصرّف به المدين للغير، ويجوز للدائن أن يتتبع هذا المال، في أي يد يكون والتنفيذ عليه لغرض إستيفاء الدين وملحقاته، متقدما على الدائنين العاديين والتاليين له في المرتبة.[79]

ولابد أن نشير هنا إبتداءً إلى أن المَصْرَف العام، قد يشترط قيام المقترض (المُقْتَرِض) بتقديم ضمانات عينية تكون مرافقة للضمانات الشخصية أو بدونها، يضمن من خلالها المقترض رد القرْض أو سداده، وعموماً تشترك الضمانات الشخصية والضمانات العينية في أنها توجد لضمان الوفاء بالحقوق الشخصية العائدة للمَصْرَف العام أياً كان موضوعها أو سببها، الناشئة عن عَمَلِيَّة منح القرْض.[80]

وإنّ الضمانات العينية تدور حول فكرة أساسية، وهي تخصيص مال معين، يضمن الوفاء بحقوق المَصْرَف في أجل معين، ويمكن للأخير حجزه في حالة عدم تسديد المدين لدينه، لإستيفاء مبلغ القرْض مع كافة ملحقاته، ويكون المَصْرَف العام فيها دائن مرتهن أو دائن ممتازاً، حيث

([77]) د. شاكر القزويني، محاضرات في إقتصاد البنوك، ط4، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2008، ص127.

([78]) د. سعد حسين عبد ملحم ، محاضرات في الحقوق العينية ألقيت على طلبة المرحلة الرابعة، جامعة الفلوجة، 2010م، ص144.

([79]) د. عيد عادل عبد الفضيل، الإئتمان والمداينات في البنوك الإسلامية، ط1، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية 008 2، ص89.

([80]) د. بشرى خالد تركي المولى، ضمانات الإئتمان المصرفي- دراسة مقارنة، ط1، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2015، ص145.

تطبق بشأنها أَحكام الحقوق العينية التبعية الواردة في القانون المدني العراقي، وهي أمّا ترد على منقول أَو على عقار، عن طريق رهن العقار رهناً تأْمينياً أَو حيازياً.[81]

وقد تضمن القانون المدني العراقي نوعين من الرهن الأول الرهن التأْميني، والثاني رهن المنقولات، أمّا الرهن التأْميني كضمان لوفاء دين القرْض من المَصْرَف العام؛ عرفت المادة 1285 من القانون المدني العراقي الرهن التأْميني بأنه؛ "عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حق عيني يكون له بمقتضاه حق التقدم على الدائنين العاديين والتاليين له بالمرتبة في إستيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أَي يد يكون ".[82] وتعد كل أنواع التأْمينات العينية الواردة في القانون المدني بمثابة ضمان للمَصْرَف العام من أجل الحصول على حقه، بعدّه دائناً بهذه الحقوق. وحيث أن المُشرّع أبرز جانب العقد إلّا أنّ المهم هو جانب الحق العيني الناشئ عن العقد والذي يسميه الفقه، بحق الرهن والذي عرّف بأنّه" سلطة يرتبها القانون للدائن المرتهن على العقار المرهون يستطيع بها أن يستوفي دينه من ثمن هذا العقار متقدما على الدائنين العاديين والمرتهنين التالين له في المرتبة وأخذ العقار بأي يد يكون ".[83]

ويستطيع المَصْرَف العام المرتهن للعقار، عند حلول أَجَل الدين أن ينزع ملْكيّة العقار المرهون من يد الحائز، وذلك بعد إنذار المقترض بوجوب دفع الدين [84]، فإذا لم يختر الحائز أن يقوم بالوفاء بمبلغ القرْض ومصاريفه، أو بتحرير العقار كان للمَصْرَف العام بيع العقار، وفقا للإِجْراءات المنصوص عليها في قانون التنفيذ.[85]

أمّا الرهن الحيازي كضمان لوفاء دين القرْض من المَصْرَف العام؛ فإنّه يعرف الرهن الحيازي بأنّه " عقد يجعل به الراهن مالا محبوسا في يد المرتهن أَو في يد عدل بدين يمكن للمرتهن إستيفاءه منه كِلا أَو بعضا مقدما على الدائنين العاديين والدائنين المرتهنين التالين له في

([81]) ينظر المادة(1322) من القانون المدني العراقي النافذ، وتقابها المادة(1096) من القانون المدني المصري، والمادة(2071) من القانون المدني الفرنسي النافذ.

([82]) وهو تعريف مطابق لنص المادة 1030 من القانون المدني المصري ما عدا أن المشرع المصري إستخدم مصطلح الرهن الرسمي في حين إستخدم المشرع العراقي الرهن التأميني.

([83]) د. سعد حسين عبد ملحم، محاضرات في الحقوق العينية ، المرجع السابق، ص144.

([84]) المادة 1306 من القانون المدني العراقي المعدل.

([85]) المادة 1304 من القانون المدني العراقي ؛ المادة10، 14من قانون تحصيل الديون الحكوميّة حيث أحال الأخير مسائل التنفيذ المتعلقة بالعقار الى قانون التنفيذ.

المرتبة في أي يد يكون فيها هذا المال"[86]، ويرتكز الرهن الحيازي كفكرة عامّة، على إنتقال حيازة الشي المرهون من الراهن إلى المرتهن دون نقل ملْكيّته. [87]

ويمكن للمَصارِف العامّة، أن تمنح عِدّة أنواع من القُرُوض تكون الضمانة فيها رهناً حيازياً، كما في القرْض العقاري، ويمكن أن يرد الرهن الحيازي على المحال التِّجاريَّة أيضاً، عن طريق رهن سندات الملْكيّة للبضائع والعقارات وبعض أنواع الأمْوال المنقولة، ويمكن أن يرد الرهن الحيازي على العقار أيضاً، وهو ينشأ عن طريق عقد بين المَصْرَف العام والمدين المرتهن رهنا حيازيا ٍ ولابد من تسجيله في دائرة التسجيل العقاري[88]، ويكون الرهن حيازياً في هذه الحالة، عن طريق قيام المَصْرَف العام برهن سندات هذا العقار. وإنّ كان الرهن الحيازي في المنقولات يترتب عليه نزع حيازة المدين للشيء المرهون وحرمانه من الإنتفاع به.

وبالنسبة للرهن الحيازي الواقع على العقار فإنّه يبقى بحيازة المُقْتَرِض[89]، وإلى حين إنتهاء الحق الذي وضع للوفاء به ، ومع نشأة هذا الرهن يترتب للمَصْرَف العام حق عيني تبعي، يضمن من خلاله قيام المُقْتَرِض بتنفيذ إلْتِزاماته، ويصبح كل جزء من العقار المرهون ضامنا لكل الدين، وكل جزء من الدين مضمون بكل العقار المرهون. [90]

والمَصْرَف العام بوصفه دائنا مرتهناً يستطيع أن يستوفي حقه من العقار المرهون رهناً حيازياً، حتى لو إنتقلت ملْكيّته إلى أجنبي، وإستيفاء حقه متقدما على الدائنين العاديين والتالين له في المرتبة[91]، ويقوم المَصْرَف العام بإستيفاء حقه من المرهون أولاً، فإذا لم يكفِ للوفاء بجميع حقوقه، فله أن يستوفي ما تبقى من الأمْوال الأخرى، بوصفه دائناً عادياً من سائر أمْوال المُقْتَرِض.[92]

([86]) المادة 1321من القانون المدني العراقي المعدل.

([87]) د. نبيل أبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالإئتمان، ط1، منشاة المعارف، الاسكندرية، 1991، ص200 .

([88]) المادة 325 من قانون التسجيل العقاري رقم 43 لسنة 1971 المعدل.

([89]) المستشار تامر ريمون فهيم، المرجع السابق، ص132.

([90]) المادة(1249) من القانون المدني العراقي المعدل .

([91]) د. فائق محمود الشماع، المرجع السابق، ص256

([92]) المادة 1304 من القانون المدني العراقي المعدل .

ويمكن أن يرد الرهن الحيازي الواقع على منقول كضمان لسداد قرض المَصْرَف العام؛ حيث يعد الإقراض بضمان الأمْوال المنقولة أَحَد صور التسهيلات المَصْرَفية التي تمنحها المَصارِف لعملائها، وهو صورة من صور الرهن الحيازي، ويخضع للقواعد العامّة في إنْعقاد الرهن الحيازي، كما ينظمها القانون المدني[93]، وإنّ الرهن بأصله لا يعد تجارياً أَو مدنياً، بل هو حق تابع يتولد من عقد، يضمن الوفاء بحق فيأخذ عقد الرهن وصف الدين الذي أنشأ الرهن للوفاء به، فهو عمل محايد، والعبرة تتمثل هنا بوصف الدين المضمون ولا عبرة بصفة طرفي الرهن.[94]

ويوجد إلى جانب ذلك رهن المحل التجاري، وهو نوع من أنواع الرهن الحيازي، إلّا أنّه لا ينقل حيازته للدائن المرتهن، بل يبقى في حيازة المدين الراهن، الذي يقع عليه الإلْتِزام بالمحافظة عليه دون أن يحصل على مقابل نظير ذلك[95]، ويتم حماية هذا الحق عن طريق الشهر والإعلان، ويعد من الرهون الرسمية التي تحتاج إلى تسجيل في السجل التجاري، ومن حيث أنّه عقد فإنّه يتطلب توفر كافة شروط العقد، ويشمل الرهن الإسم التجاري وحقوق الإجارة وكافة حقوق الملْكيّة الصناعية والأدبية المرتبطة به.[96]

فاذا لم تكفِ هذه الأمْوال للوفاء بدين المَصْرَف العام، شارك غيره من الدائنين في إستيفاء دينه من الأمْوال الأخرى، وتقاسموا الأمْوال البقية قسمة غرماء فيما بينهم، فيما إذا كانت جميعا في نفس المرتبة، وهو من حيث كونه عقد تابع فإنّه لا يوجد إلا لضمان الوفاء بإلْتِزام معين، وهو الوفاء بمبلغ معين، ويسقط الرهن إذا إنتهى قَرْض المَصْرَف العام بسبب من أسباب إنْقضاء الإلْتِزام، أَو لأي سبب آخر يقرره القانون.[97]

([93]) د.صلاح إبراهيم شحاتة، المرجع السابق، ص370.

([94]) د. سميحة القليوبي، الأسس القانونية – المرجع السابق، ص67.

([95]) د.خليفة بن محمد الحضرمي، مسؤولية البنك في عمليات الإئتمان الداخلي القرض- الإعتماد البسيط، ج1، ط1، دار الفكر والقانون، المنصورة، 2015، ص99 .

([96]) المستشار إبراهيم ممدوح زكي، الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي ، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع 1989، ص96.

([97]) ينظر المواد 1346/ 1353 من القانون المدني العراقي المعدل.

ويمكن أن يقع الرهن الحيازي الواقع على الإسهم والسندات؛ ويشمل رهن الإسهم والسندات الإسمية (الأوراق الماليّة)[98]، فبالنسبة لرهن السندات الإسمية والأذنية، فيتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون في المادة (1355) من القانون المدني العراقي، والتي تنص على أنّ "السندات الإسمية يتم رهنها بالطريقة التي رسمها قانون التجارة لحوالة هذه السندات، على أن يذكر بأنّ الحوالة قد تمت على سبيل الرهن، وينفذ الرهن دون الحاجة إلى الإعلان"[99]، أَي يتم الرهن في هذه الحالة بالتظهير، وأن يكون قابلاً للإنتقال بالحوالة، أمّا بالنسبة للسند لحامله، وإن كان يتضمن حقاً شخصياً، إلّا أنّ المُشرّع إعتبر هذا الحق مندمجاً في السند ومتشعباً فيه، بحيث يتداول بتداوله، الأمر الذي أدّى به إلى تطبيق أَحْكام رهن المنقول المادي على رهن السند لحامله [100]، وعلى ذلك لا ينفذ رهن السندات لحاملها في حق الغير إلّا إذا دون الرهن في ورقة ثابتة التاريخ، مبين فيها المال المرهون والحق المضمون بياناً كافياً، وذلك بالإضافة إلى نقل حيازة هذه السندات إلى المرتهن [101].

إلا أن قانون الشركات رقم (21) لسنة 1997 قد منع رهن الإسهم المملوكة للدولة في الشركات المساهمة والمحدودة، ويقتصر حق الرهن على الإسهم المملوكة للقطاع الخاص، على أن يؤشر عقد الرهن في سجل خاص لدى الشركة ولا ترفع إشارة الرهن إلا بعد تسجيل موافقة المرتهن على فك الرهن أَو بصدور حكم بات من محكمة مختصة.[102]

ويمكن أن يرد الرهن الحيازي الواقع على الأوراق التِّجاريَّة؛ حيث يتم من خلال رهن الأوراق التِّجاريَّة بالإتّفاق بين الراهن والمرتهن، ولا يتم هذا الرهن إلا بتظهير الورقة التِّجاريَّة، بأن القيمة للضمان أَو للرهن، أمّا إذا كان الحق في الورقة لحامله فيكفي بإتّفاق الطرفين وتسليم

---

[98] السند الاسمي، يندرج تحت هذا المصطلح جميع القيم والأوراق المالية الإسمية الصادرة عن الشركات بالأسهم وهي في القانون العراقي الشركات المساهمة والمحدودة المختلطة والخاصة وكذلك سندات القرض أيا كانت الجهات التي تكون قد أصدرتها من شركات أَو أشخاص معنوية أخرى يجيز لها القانون إصدارها. أمّا السند لأمر فيشمل جميع الأوراق التجارية القابلة للتظهير والقابلة للرهن أَو أَي ورقة انشئت بمناسبة عَمَلِيَّة تجارية، وكان محلها أداء مبلغ من النقود أَو تسليم بضائع... للتفصيل أكثر عن الموضوع ينظر د. أكرم ياملكيّ، المرجع السابق، ص162/ 163.

[99] المادة 1355 من القانون المدني العراقي المعدل.

[100] المستشار تامر ريمون فهيم، المرجع السابق، ص179.

[101] المادة(1354) من القانون المدني العراقي تقابلها المادة 1118 من القانون المدني المصري.

[102] المادة 71 من قانون الشركات رقم 21 لسنة 1997 المعدل.

الورقة للراهن، وتعتبر الكمبيالة من أبرز الأوراق التِّجاريَّة التي تعتمدها المَصارِف العامّة في ضمان قُرُوضها. [103]

المبحث الثاني: تطبيق أَحْكام القانون الخاص على قَرْض المَصْرَف العام في مرحلة تكوين العقد

لا ينعقد قَرْض المَصْرَف العام بمجرد توافر الرضا بين أطرافه، بل يستلزم توافر الأرْكان الضرورية اللازمة لإبْرام كل عقد والمتمثلة في التراضي والمحل، وتحقيق غاية مشروعة وهي السبب[104]، وبما أنّ القرْض في القانون المدني العراقي يعد عقداً عينياً مما يستلزم معه التسليم للمبلغ محل القرْض لإتمام العقد، [105] ووجود إرادَة أخرى مدركة ترتبط بها وتقترن معها، ويتجهان إلى ترتيب أثر قانوني معين، وأن تكون كلتا الإرادتين، خالية من عيوب الإرادَة، المعروفة في القانون المدني مثل الإكراه، والغلط...الخ.[106]

ولا يحتاج عقد قَرْض المَصْرَف العام إلى شكلية معينة، إلّا أنّ العرف المَصْرَفي قد جرى على أن العقد الذي يبرم بين المَصْرَف العام وعميله المُقْتَرِض يكون مكتوباً، ليتسنى للمَصْرَف العام دراسته وتقرير موقفه بشكل سليم.[107]

ومن ثم فإنّ ما نصّ عليه المُشرّع العراقي في القانون المدني من أَحْكام لصحة العقد هي- بإعتقادنا- ذاتها التي تنطبق على عقد القرْض الذي يمنحه المَصْرَف العام إلى الغير من رضا ومحل وسبب، مما يجعل حسب ما نرى أَحْكام القانون الخاص هي المطبقة على هذا الأمر.

ويمكن التفصيل في ذلك في أربعة مطالب يتناول الأول التراضي في عقد قرض المَصْرَف العام. والثاني أَحْكام المحل في عقد قرض المَصْرَف العام. أمّا الثالث فسيكون لمناقشة أَحْكام السبب في عقد قَرْض المَصْرَف العام. والرابع والأخير القبض في عقد قرض المَصارِف العامّة، وكما يأتي:-

---

([103]) د. صلاح إبراهيم شحاته، المرجع السابق، ص383.

([104]) د. أكرم ياملْكيّ ود. فائق الشماع، القانون التجاري، ط1، مطبعة جامعة بغداد، بغداد ، 1980م، ص362.

([105]) د. عبد المجيد الحكيم واخرون، مصادر الإلْتِزام – المرجع السابق، ص24.

([106]) المادة112 من القانون المدني العراقي المعدل.

([107]) د أكرم ياملْكيّ ؛ د. فائق الشماع، المرجع السابق، ص367.

المطلب الأوّل: التراضي في عقد قرض المَصْرَف العام

يقصد بالتراضي في هذا الموضع إنصراف نية المصرف العام وطالب القرض نحو إبْرام عقد قَرْض المَصْرَف العام[108]، ويرتبط الرضا بوجود إرادَة حرة مدركة، وتتجه إلى إحداث أثر قانوني في ذمة أَحَد الطرفين أَو كلاهما، ولكي يظهر هذا الرضا للعالم الخارجي يجب أن يعبر عنه[109]، ويجب كذلك أن توجد إرادَة أخرى مطابقة لها بحيث يتحقق التوافق بين الإرادتين، ويشترط في التراضي أن يكون صحيحا صادرا من ذي أهْليّة لأنّ تعيين الرضا في العقد أَو تحديد نوعه لا يكفيان للقول بوجوده.[110]

وسوف نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نبحث في الأول وجود التراضي في عقد القرْض من المَصْرَف العام، ونخصص الفرع الثاني لصحة التراضي في عقد قرض المَصْرَف العام:

الفرع الأول: وجود التراضي في عقد قرْض المَصْرَف العام

يوجد التراضي بوجود إرادتين متطابقين من حيث الإيجاب والقبول، ولابد لكلا الطرفين من التعبير عن إرادته بشكل واضح وصريح، ووجوب إنصراف هذا الرضا إلى قبول الطرفين، بشروط القرْض والآثار التي يرتبها،[111] ولكون عقود قُرُوض المَصارِف العامّة؛ من العقود التي تشكل نوعا من أنواع التصرّفات التي ترتفع فيها نسبة المخاطر بالنسبة للمَصْرَف العام مانح القرْض، لذا يلجأ المَصْرَف العام دائما إلى كتابة عقوده، لعدّه أَحَد مستندات المَصْرَف المهمة التي يستعين بها في إثْبات حقوقه قبل المُقْتَرِض المستفيد من القرْض[112]، لما تمتاز به من سرعة وسهولة في الإثْبات.

وفي قُرُوض المَصارِف العامّة فإنّ رضاء المُقْتَرِض يعبر عنه من خلال قيامه بتقديم طلب للحصول على القرْض، والذي يتمثل باستمارة معدّة مسبقاً والتي هي عبارة عن وثيقة مطبوعة يقدمها المَصْرَف للمُقْتَرِض تحتوي على عدد من البيانات عن التسهيل المطلوب من حيث قيمة

---

[108] د. عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص142.

[109] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص31.

[110] د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط –ج1 المرجع السابق، ص170.

[111] د. بختيار صابر بايز، المرجع السابق، ص84.

[112] إبراهيم ممدوح زكي، المرجع السابق، ص8.

المبلغ المطلوب، والطريقة التي يقدم فيها، والضمانات التي يستطيع المستفيد تقديمها[113]، وتحتوي على مجموعة من الاسئلة يطلب فيها المَصْرَف من المُقْتَرِض الاجابة عنها عن طريق ملئ الاستمارة المقدمة إليه وتوقيعها، ليتسنى للمَصْرَف العام دراستها، وتحديد موقفه النهائي، في منح مبلغ القرْض من عدمه.[114]

ولم تتضمن التعليمات الصادرة من المَصارِف العامّة شكلا معينا للطلب، وإنّ الشرط الأساسي فيها هو التوقيع عليها من قبل طالب القرْض، علما أن البيانات المتعلقة بالقرْض تختلف من مَصْرَف إلى آخر فيما عدا البيانات الشخصية مثل إسم طالب القرْض وعنوانه وصنعته[115]، وهي غير وارده على سبيل الحصر، مما يعني بإمْكانية قيام المَصْرَف بإضافة أَي بيان يراه ضروريا، مثل الإسم التجاري أَو المهنة أَو رقم صندوق البريد ونحوها.

ويجوز لكل شخص طبيعي أَو معنوي، أن يقدم طلباً لمنحه قرضاً مَصْرَفيّاً، سواءا قدمه الشخص بنفسه أم من خلال ممثله القانوني، إذا كان ذلك ضمن حدود النيابة الإتّفاقية أَو القانونية، وتخضع هذه الطلبات للدراسة والتدقيق من قبل المَصْرَف العام، ليصدر قراره بعد ذلك بقبول طلب الإقتراض أَو رفضه.

وجدير بالذكر هنا؛ أنّه في مرحلة إنْعقاد العقد، ينفّذ المتعاقدين إلْتِزاماتهما طبقا للقانون وما إتفقا عليه بحسن نية[116]، وتطبق قواعد القانون المدني فيما يتعلق بتوفر الأرْكان العامّة للعقد، وإتجاه الإرادة إلى إحداث أثر قانوني وسلامته من عيوب الإرادَة[117]، وصدورها من شخص ذي أَهْليّة قانونية وتنفيذ إلْتِزامات كِلا الطرفين، على ضوء ما تم الإتّفاق عليه وعلى ضوء ما يتطلب مبدا حسن النية، فإذا لم يقم أَحَد الطرفين بتنفيذ إلْتِزاماته جاز للطرف الآخر ان يطلب التنفيذ العيني أَو ان يطلب فسخ العقد مع التعويض[118]، عمّا لحقه من ضرر بعد إعذار المدين،

---

(113) د. بسام هلال مسلم، المرجع السابق، ص105.

(114) د. عبد المجيد محمد عبودة، النظام البنكي في المملكة العربية السعودية، مطابع معهد الإدارة العامّة، الرياض، 1406هـ، ص194.

(115) تعليمات مصرف الرافدين رقم 2548 لسنة 1988.

(116) المادة 150 من القانون المدني العراقي سابق الذكر.

(117) المواد 141/93 من القانون المدني العراقي سابق الذكر.

(118) المادة 177 من القانون المدني العراقي سابق الذكر.

أَو من دون الحاجه إلى الإعذار في حالات معينة[119]، كما تسري قواعد القانون المدني في تحديد نوع المسؤولية التي يتعرض إليها أَحَد المتعاقدين عند إخلاله بأحد الإِلْتِزامات التي يفرضها عليه القانون أَو العقد. [120]

وفي مجال الإثْبات؛ فإنّ المبدأ العام في هذا المجال يقضي بأنّ التصرّفات التِّجاريَّة يجوز إثْباتها بكافة طرق الإثْبات، إلّا أنّ المَصارِف العامّة لا تترك هذا الأمر لإثْباته بهذه الطرق، بل توثق كل ما يتم الإتّفاق عليه مع المقترض في نموذج عقد معد سلفاً، ويتم التوقيع عليه ليكون دليلاً عند حدوث المنازعة بين الطرفين.[121]

ولمّا كان قانون الإثْبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 المعدل، قد وحّد الإثْبات في المسائل المدنية والتِّجاريَّة بقانون واحد مما يجعل إثْبات جميع المسائل المتعلقة بقروض المصارف العامّة، يتم إثْباتها وفق أَحْكام هذا القانون.

ويخضع هذا العقد للأَحْكام العامّة لنظرية العقد المنصوص عليها في القانون المدني من حيث تكوينه وصحته وإثْباته والظروف التي قد تطرأ عليه.

وتحتوي عقود قُرُوض المَصارِف العامّة على كثير من صفات العقود الإدارية، من أجْل المحافظة على أمْوال المَصْرَف العام، فنرى أنّه قد يتضمن شروط إسْتثنائية غير مألوفة في نطاق القانون الخاص والمتمثلة في نسبة الفوائد المرتفعة التي يتقاضاها المَصْرَف العام عمّا موجود في القُرُوض العادية وحق المَصْرَف العام في مراقبة الغرض الذي يستخدم مبلغ القرْض لأجْلِه [122]، إضافة إلى عدم إمْكان الحجز على مبلغ القرْض من قبل الجهات الحاجزة الأخرى لأمر غير متعلق

([119]) المادة 256/ 258 من القانون المدني العراقي سابق الذكر.

([120]) المادة 186 من القانون المدني العراقي سابق الذكر.

([121]) د. محمود الكيلاني، المرجع السابق، ص39.

([122]) جيروم هوييه، المطول في القانون المدني/ العقود المدنية الرئيسية الخاصة، ترجمة منصور القاضي، مج2، القسم الأول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت 2008، ص992.

بالوفاء بمبلغ القرْض وفوائده من قبل المَصْرَف ذاته، وهذه الشروط لا يمكن أن تتضمنها العقود الخاصة.[123]

وقد يحتفظ المَصْرَف العام بحقه بإصْدار تعليماته اللّاحقة إلى المقترض فيما يخص موضوع العقد، وعدّها جزءاً لا يتجزأ من العقد، أو أن يحتفظ بحقه في تعديل سعر الفائدة، تبعا لسعر الفائدة المقرر من قبل البنك المركزي، بالنسبة للقُرُوض الممنوحة من قبله للمَصارِف التِّجاريَّة، وخاصة فيما إذا كانت الطريقة المتبعة في تمويل مشاريع المقترض هي السحب على المكشوف، ويسري هذا التغيير إعتباراً من تاريخ نفاذ قرار البنك المركزي العراقي، بإِجْراء هذا التعديل لسعر الفائدة.[124]

وإن كان عقد القرْض في القانون المدني الغالب فيه أن يكون بدون ضمانات، أي أنّه يعتمد على الثقة الشخصية،[125] إلّا أنّ قُرُوض المَصارِف العامّة تعتمد على الثقة والإئتمان معا، فإلى جانب إشتراط ثقة المَصْرَف بمُقْتَرِضه وقدرته على الإيفاء بإِلْتِزاماته يتطلب منه تقديم ضمانات كافيه قد تكون شخصية أو عينية.[126]

ولا يعني ذلك؛ أنّ المَصْرَف العام لا يثق بعميله المقترض، لأنّ المَصْرَف لا يقوم بمنح القرْض إلّا إلى الأشْخاص الذين يثق بهم، وأثبتت الدراسات الإئتمانية التي قام بها المَصْرَف على مقدرته ورغبته في الإيفاء بمبلغ القرْض.[127] وفي حالة كون مبلغ القرْض كبيراً نسبياً، فإنّ المَصارِف العامّة لا تكتفي عادةً بالضمانات الشخصية مثل الكفالة بل تطلب زياده في هذا الضمان عن طريق وضع كمبيالة حين الطلب بالمبلغ الذي تحدده [128]، أو أن ترتب عقد رهن على أَحَد

([123]) سهام ميلاط، النظام القانوني للمؤسسات المصرفية في الجزائر، المرجع السابق، ص40.

([124]) د. إلياس ناصيف، المرجع السابق، 436 ؛ د. بختيار صابر بايز حسين، المرجع السابق، ص263.

([125]) د. صبري مصطفى حسن السبك، المرجع السابق، ص139

([126]) المادة 1/270 من قانون ا لتجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 المعدل

([127]) د. أحمد حسين الكبيسي، سياسة الإقراض في البنوك، بحث منشور في مجلة التجارة والصناعة، مجلة شهرية تصدر عن غرفة تجارة وصناعة قطر، العدد الحادي والعشرون، السنة الثالثة، قطر، 1996، ص34

([128]) د. عبد الحميد الشواربي، عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، المرجع السابق، ص649.

العقارات العائدة للمقترض أَو غيره من الأشْخاص بشرط موافقته مقدما على أن يضع عقاره كضمانة لصالح المقترض للوفاء بمبالغ هذه القُرُوض.[129]

الفرع الثاني: صحة التراضي في عقد قرض المصرف العام

إذا كان وجود التراضي وتسليم مبلغ القرْض كافياً لوجود العقد، فإنّه لا يكفي لصحته، بل يجب لكي يعد عقد قرض المَصْرَف العام صحيحاً، أن يكون صادراً من شخصين يتمتعان بالأهْليّة اللازمة لعقده، وأن يكون رضا كِلا منهما سليماً وخالياً من العيوب، التي قد تشوب إرادتهما

لذلك فإنّنا سنتناول البحث في هذا المطلب في نقطتين، الأولى نتناول فيها أَحْكام الأهْليّة، والثانية لعيوب الرضا.

أولاً- الأهْليّة:

نصت المادة (93) من القانون المدني العراقي على أن "كل شخص آهل للتعاقد ما لم يقرر القانون عدم أهليته أَو يحد منها "[130]، ويميّز الفقهاء عادةً بين أهْليّة الوجوب وأهْليّة الأداء [131]، والذي يهمنا التكلم عليه في هذا المجال هو أهْليّة الأداء، لمعرفة الأهْليّة اللازمة للشخص الطبيعي أَو المعنوي، لإبْرام عقد قُرُوض المَصارِف العامّة.

ولا شك أن المَصْرَف العام، يتمتع بالأهْليّة اللازمة لإبْرام عقد قَرْض المَصْرَف العام، والتي ورد النص عليها، أمّا في قانون تأميمها أَو في القانون الذي نصّ على إنشاء تلك المَصارِف،[132] وذلك لأنّ قَرْض المَصْرَف العام، يعد نوع من أنواع العمليّات المَصْرَفية، التي يباشرها المَصْرَف العام، وهي من صميم أعماله، وتملكه للشخصية المعنوية المستقلة، وبالتالي فلا توجد إشكالية في ذلك.[133]

([129]) د. نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالإئتمان، المرجع السابق، ص160..

([1]) وتقابلها المادة(109) من القانون المدني المصري النافذ

([2]) أهلية الوجوب هي صلاحية الشخص لثبوت الحقوق له ولوجوب الإلْتِزامات عليه، أمّا أهلية الأداء فهي صلاحية الشخص لصدور العمل القانوني منه على وجه يعتد به شرعاً. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص63/ 64

([132]) د. فتحي عبد الصبور، الشخصية المعنوية للمصرف العام، عالم الكتب، القاهرة، 1973م، ص348المرجع السابق، ص84 ؛ د. طعيمة الجرف، القانون الإداري – المرجع السابق، ص391

([4]) د. أكرم ياملْكيّ ود. فائق الشماع، المرجع السابق، ص363

أما بالنسبة لأهْليّة الشخص طالب قَرْض المَصْرَف العام، فيجب أن تتوافر فيه الأهْليّة القانونية حين التصرّف أصالة، والصلاحية في حالة التصرّف نيابةً.[134]

وهنا ينبغي التمييز بين كون طالب القَرْض شخصاً طبيعياً أم معنوياً، فبالنسبة للشخص الطبيعي، فإنّ المَصْرَف العام يستطيع أن يبرم عقد القرْض معه عند بلوغه سناً معينة، تمكنه من مباشرة كافة التصرّفات القانونية بنفسه، ويكون الشخص كامل الأهْليّة، إذا أتم الثامنة عشر من العمر، دون التعرض لأي عارض من عوارض الأهْليّة، و "سن الرشد ثماني عشرة سنة كاملة "، في القانون المدني العراقي، أَي ان المُشرّع هنا يتطلب أهْليّة الإلْتِزام الكاملة. [135]

إلا أن ذلك لا يعد قرينة قاطعة على تمام الأهْليّة، فقد عَدّ المُشرّع أشْخاصاً معينين كاملي الأهْليّة إسْتثناءًا قبل إكمالهم لسن الرشد [136]، كما أنّه من جهة أخرى، لم يعد آخرين بلغوا هذا السن ذوي أهْليّة كاملة، إذا كانت أهليتهم مشوبة بأي عارض من عوارض الأهْليّة، يعدمها بشكل دائم أَو مؤقت[137].

وفي ظل قانون رعاية القاصرين رقم 78 لسنة1980، أجاز للوصي أَو القيم بالإقتراض نيابةً عن ناقصي الأهْليّة، بعد الحصول على إذن وموافقة مديرية رعاية القاصرين المختصة [138]، إلّا أنّ قرار مديرية رعاية القاصرين بالرفض يخضع للطعن فيه بالتظلم، أمام نفس الجهة التي أصدرته، ثم التمييز أمام محكمة الإستئناف بصفتها التمييزية.[139] علماً أن قَرْض المَصْرَف العام وإن كان ينطوي على إلْتِزام بدفع فوائد، قد تعد مضرةً بمصلحة المقترض للوهلة الأولى، إلّا أنّ القرْض قد يكون مهماً لتنمية المشاريع الخاصة به أَو توسيعها، ومن ثم يمكن أن يتناولها الولي أَو الوصي أَو القيم نيابة عن الشخص الذي أصيب بأحد عوارض الأهْليّة أَو كانت فيه منذ البداية.

([134]) د. عبد المنعم حسني، العقود المصرفية إنْعقادها وشروط صحتها، (د، م، ن)، 1989، ص6

([6]) إسْتناداً لأَحْكام المادة (106) من القانون المدني العراقي.

([136]) المادة(98) من القانون المدني العراقي النافذ.

([137]) د. ذكرى محمد علي الياسين، وسائل إدارة مخاطر القُرُوض المصرفية، المرجع السابق، ص497.

([2]) أمّا القانون المدني المصري فقد جعل الأمر مقرون بموافقة المحكمة. ينظر .أحمد إسماعيل عبد العزيز، المرجع السابق، ص14.

([3]) د. عصمت عبد المجيد، أَحْكام رعاية القاصرين، ط3، المكتبة القانونية، بغداد، 2007م، ص221. وهو يستند في ذلك الى نص المادة 43 من قانون رعاية القاصرين العراقي رقم 78 لسنة 1980المعدل.

ويجدر بالذكر بهذا الصدد أن الشخص قد لا يفقد أهليته، ولكن يفقد الولاية على ماله كالمفلس فالأخير لا ولاية له على أمْواله، بمجرد صدور قرار الحكم بالحجز عليه، وعلى الرغم من أنّه كامل الأهْليّة، وذلك لأنّ يده قد غُلت عن إدارَة هذه الأمْوال من هذا التاريخ[140]، وبالتالي فإنّه لا يستطيع، أن يقدم طلبا للحصول على القرْض من المَصْرَف العام بحسب ما نعتقد.

وقد يجعل الشخص لغيره ولاية على ماله بإرادته، وذلك بتوكيله لهذا الغير بإدارَة هذه الأمْوال، والتصرّف فيها لمصلحة الأول، ويستطيع هذا الوكيل أن يعقد قرضاً مع أَحَد المَصارِف العامّة، شرط أن تكون الوكالة أصولية ومقبولة لدى المَصْرَف، ونافذة المفعول وتتضمن تخويلاً للوكيل لعقد القرْض بإسم موكله.[141]

وإن توافر الأهْليّة اللازمة في الشخص الطبيعي أَو المعنوي، ليست كافية للقول بصحة الرضا، وإنّما لا بد من أن يكون هذا الرضا خالياً من عيوب الإرادَة، التي تؤثر فيه كالإكراه والغلط والغبن مع التغرير والإستغلال[4]، وإن كان الواقع عملا، إنّ عيب الإرادَة في القرْض الذي يصدر عن المَصارِف العامّة، يقتصر في الغالب على عيبي الإكراه والغلط فقط، دون بقية العيوب الأخرى [142]، لذا فإنّنا سنتكلم عن هذه العيوب بشكل مختصر.

1- الإكراه هو "ضغط غير مشروع على إرادَة الشخص، فيبعث في نفسه رهبةً تحمله على التعاقد".[143] ولا يشترط أن تستخدم الوسائل المادية فعلاً في الإكراه، بل يكفي مجرد

([140]) المادة 566 من الباب الخامس النافذ من قانون التجارة العراقي 149رقم لسنة 1970.

([1]) دليل المعاملات المصرفية الصادر من مصرف الرافدين/ القرض الجاري/ الفقرة الثانية/ عاشراً وانظر نموذج منح القرض الجاري بالوكالة الصادر من مصرف الرافدين. د. علي حسن يونس، الشركات التجارية – النظرية العامّة للشركات وشركات التضامن والتوصية، ط1، دار الفكر العربي، 1981، عمان، ص11

([4]) المواد من 112/ 125 من القانون المدني العراقي المعدل.

([1]) إن الإتفاق على نسبة الفائدة مع المصرف العاميغني عن ذلك، ولا يستطيع المصرف العام تجاوز نسب الفوائد المتفق عليها بين الطرفين، وإنّ المَصارِف في الوقت الحاضر تهيأ عقوداً نموذجية تحدد فيها شروط منح القُرُوض المصرفية وتعد الإعلانات والدوريات التي تحث فيها الأفراد على التعاقد معها، مما يتيح متسع من الوقت للزبون من أَجَل دراسة الموضوع من كافة جوانبه. ينظر د. بختيار صابر بايز، المرجع السابق، ص102/ 103.

([2]) د. عبد المجيد الحكيم ود.عبد الباقي البكري ود. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلْتِزام، ج1، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، بغداد، 2011.
عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص76.

التهديد بها متى تولد الخوف في نفس المكرَه بحيث تفسد رضاه. ولا يشترط في الشخص المُكرِه، أن يستعمل الوسائل المادية فقط، وإنّما قد يستخدم الوسائل المعنوية [144]، عن طريق التهديد بها وإحداث الخوف في نفس المكرَه، بالشكل الذي يفسد الرضا، فإذا توصل شخص إلى إكراه شخصاً أخر، على إبْرام قرض مع المَصْرَف العام، وكان له مصلحة في ذلك، إكراهاً معتبراً بأحد نوعي الإكراه، وكان هذا الشخص قادراً على إيقاع تهديده، وتولّد الخوف في نفس المقترض، ورهبةً دفعتهُ إلى إبْرام عقد القرْض، فيكون هذا التصرّف معيباً [145]، بعيب الإكراه ويكون عقد القرْض الأخير موقوفاً على إجازة المكرَه، لأنه لم يتم عن إرادة حرّة بل عن إرادَة معيبة.[146]

2- الغلط: يراد به "إعتقاد مخالف للواقع يقوم في ذهن الإنسان فيدفعه للتعاقد [147] "، وما كان ليتعاقد لو علم الحقيقة[148]، وليس كل غلط يقع فيه المتعاقد يفسد رضاه، فالغلط المقصود هنا هو الذي يشل الإرادَة ويكون واقعاً أثناء مرحلة تكوين العقد، ويكون من شأنه أن يمنع نفاذ العقد، وهو يكون كذلك إذا وقع في صفة جوهرية للشيء، أو وقع في ذات المتعاقد أَو صفة من صفاته، وكانت هذه الذات أَو تلك الصفة هي السبب الرئيسي للتعاقد. [149]

وبما ان عقد قُرُوض المَصارِف العامّة من العقود التي تقوم على الإعتبار الشّخصي، وإنّ لشخصية المتعاقدين أثر كبير على إنْعقاد العقد [150]، فإنّ أَي غلط في شخص أَحَد المتعاقدين أَو في مقدرته الماليّة على الوفاء تجعل العقد موقوفاً، على إجازة الطرف الذي وقع في الغلط [151]، فإذا قام المَصْرَف العام مثلا، بمنح قرض لشخص آخر غير الذي تعاقد معه، فعقد القرْض يكون

(3) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامّة للإلْتِزام – مصادر الإلْتِزام، الدار الجامعية، بيروت، 1988، ص153

(145) د. محمد علي محمد البنا، القرض المصرفي، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 2006، ص168.

(146) د. عبد المجيد الحكيم، المرجع السابق، ص360

(147) د. محمد لبيب شنب، دروس في نظرية الإلْتِزام – مصادر الإلْتِزام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1977م، ص143.

(148) د. توفيق حسن فرج، النظرية العامّة للإلْتِزام – مصادر الإلْتِزام، الدار الجامعية، بيروت، 1988 ، ص360.

(149) المادة 118 من القانون المدني العراقي المعدل.

(150) د. علي البارودي، العقود التجارية وعمليات البنوك، ط1، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1968، ص389

(151) د. عزيز العكيلي، القانون التجاري، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1995م، ص404.

موقوفاً للغلط الذي وقع فيه المَصْرَف، بشرط أن يكون المُقْتَرِض المستفيد وقع في نفس الغلط أَو كان على علم به أَو كان من السهل عليه أن يعلم.[152]

عليه فإذا وجد الرضا بشكل كامل، بانصبابه على موضوع محدد، وكان صحيحاً في إتجاهه إلى هذا الموضوع، تحقق الركن الأول لإمْكانية منح قَرْض المَصْرَف العام، وينظر بعده إلى مدى توافر الأرْكان الأخرى، المتمثلة بالمحل والسبب.[153]

المطلب الثاني: أَحْكام المحل في عقد قرض المَصْرَف العام

يمثل محل القرْض بالنسبة للمَصْرَف العام، جانب الحقوق التي تكون للقابض بمواجهته، والمتمثلة بتسليم مبلغ القرْض، أمّا بالنسبة للمقترض فهي دين المَصْرَف في مواجهة القابض، والمتمثلة برد مبلغ القرْض والفوائد، والتي نشأت عن عَمَلِيَّة الإقراض[154]، وهو في الحالتين مبلغ من النقود، وإزاء عدم وجود نصوص خاصة بالمحل في قُرُوض المَصارِف العامّة، فإنّ شروط المحل، الواردة في نظرية الإلْتِزام ستطبق هنا، من حيث وجود المحل وقابليته للتعيين والتعامل فيه [155]، والتي هي الشروط الأساسية، التي نصّ القانون المدني العراقي عليها، بالنسبة للمحل، وسوف نحاول أن نسحب أَحْكامها على المحل بالنسبة لقرض المَصْرَف العام، على النحو الآتي:-

الشرط الأول: وجود محل قَرْض المَصْرَف العام:

إنّ الشرط الاول الذي يلزم توفره في المحل، هي أن يكون موجوداً وقت التعاقد أَو قابل للوجود في المستقبل [156]، وإنعدام وجوده عند التعاقد أَو في المستقبل، يجعل تنفيذ الإلْتِزام

([152]) المادة 119 من القانون المدني العراقي المعدل.

([153]) د. عبد الحميد الشواربي: عمليات البنوك في ضوء الفقه والقضاء والتشريع، المرجع السابق، ص455.

([154]) المادة 126 من القانون المدني العراقي المعدل.

([155]) د. جلال وفاء محمدين، المبادئ العامّة في العقود التجارية وعمليات البنوك، الدار الجامعية للطباعة، الإسكندرية، 1988، ص86.

([1]) د. عصمت عبد المجيد بكر، النظرية العامّة للإلْتِزامات، ج2، منشورات جامعة جهان الخاصة، اربيل، 2011. المرجع السابق، ص236.

مستحيلا، وقد أجاز القانون المدني العراقي أن يكون المحل معدوماً عند التعاقد إذا أمكن وجوده في المستقبل، بشرط أن يعيّن تعيناً نافياً للجهالة الفاحشة والغرر. [157]

تجيز القواعد العامّة التعاقد على أشياء مستقبلية، إذا كان ممكن الوجود في المستقبل وعين تعينا كافياً[158]، والعبرة في ذلك إلى ما إتجهت إليه إرادَة المتعاقدين، خاصة وأنّ المحل في قُرُوض المَصارِف العامّة هو مبلغ من النقود، لذلك فهي موجودة دائما وإن لم تكن في حيازة المَصْرَف وقت إنْعقاد القرْض [159]، كما أنّ المَصارِف التِّجاريَّة العامّة، تستطيع أن توفر الأمْوال حتى قبل وجودها لديها عن طريق ما تخلقه من إئتمان، أَو أإن تقوم بالإقتراض من المَصارِف العامّة التِّجاريَّة الأخرى أَو الإقتراض من البنك المركزي العراقي، بوصفه الملجأ الأخير للإقراض بالنسبة للمَصارِف التي تعاني من نقص في السيولة.[160] وإنّ الأمْوال التي يتاجر فيها المَصْرَف العام، إمّا أن تكون فائض الأرْباح التي حصل عليها المَصْرَف العام جراء قيامه بالأعمال المَصْرَفية، أَو هي أمْوال الودائع التي يقوم المَصْرَف العام بإسْتثْمارها لصالحه، لقاء دفع مبلغ فائدة معينة لأصحابها، بشرط أن يحتفظ المَصْرَف العام بالحد الأدنى لرأس المال الذي يجوز للمَصْرَف العام إقراضه[161]، ونسبة الإحتياطي التي يحتفظ بها لدى البنك المركزي لمواجهة مخاطر القُرُوض المتعثرة، وعادةً ما يحدّد المَصْرَف العام الطريقة التي يتم صرف المبلغ المقترض بها، فإذا لم يحدد تلك الطريقة فإنّ العرف المَصْرَفي ونية الطرفين هي المرجع في تحديده.[162]

الشرط الثاني – تعيين المحل في قرض المَصْرَف العام:

لا يكفي في محل القرْض الممنوح من قبل المَصارِف العامّة أن يكون موجوداً أَو قابلاً للوجود في المستقبل، بل يلزم إضافة إلى ذلك أن يكون معينا لحظة إنْعقاد العقد أَو قابلا للتعيين وهو يكون كذلك إذا ما كان معلوما لدى الطرفين المتعاقدين بشكل واضح وصريح.[163]

([2]) المادة 1/127 من القانون المدني العراقي المعدل سابق الذكر.

([3]) المادة 1/129 من القانون المدني العراقي المعدل.

([4]) د. علاء الدين خروفة، المرجع السابق، ص180 .

([160]) د. ذكرى محمد حسين، وسائل إدارة مخاطر القُرُوض المصرفية، المرجع السابق، ص507.

([161]) المادة(56 /2) من قانون البنك المركزي العراقي النافذ.

([162]) د. علي جمال الدين عوض، المرجع السابق، ص442.

([163]) المادة 1/128 من القانون المدني العراقي وتقابلها المادة 133 من القانون المدني المصري .

وتطبيقا لذلك يستلزم الأمر تعيين محل عقد قُرُوض المَصارِف العامّة، تعيناً نافيا للجهالة الفاحشة، وذلك بتحديد محلّه قدراً وجنساً ونوعاً فإذا كان معدوداً وجب ذكر طريقة العد وكم وحدة تمثل عدداً واحداً، ويتحقق ذلك بتحديد جنس أو نوع العملة التي ستكون محلاً للعقد، هل هي بالدينار العراقي أم بالعملة الأجنبية (دولار امريكي) أو دينار أردني أو غير ذلك، لأنّ المقترض ملتزم برد مثل هذه النقود نوعاً، أو ما يعادل قيمتها إذا إشترط ذلك في العقد، وهو ما يتفق مع طبيعة القرْض[164]، فإذا كان المحل لم يعين على النحو المتقدم فالعقد باطل.[165]

إنّ مقدار المبلغ الذي سيمنح للمقترض، في هذه العَمَلِيَّة يختلف إرتفاعاً وإنخفاضاً، وذلك حسب ضوابط معينة، يأخذها المَصْرَف بعين الإعتبار، منها ثقة المَصْرَف بملاءة المُقْتَرِض، وإستعداده للوفاء بديونه وإحتياجات تجارته إلى هذه المبالغ، وقوة الضمانات التي يقدمها لسداد الدين[166]، وأن يذكر في العقد مقدار المبلغ بصورة دقيقة.

أمّا في حالة قيام المَصْرَف العام، بمنح المُقْتَرِض إعتماد للسحب على المكشوف، في حالة كونه من التجار أو إستخدم لأغْراض تجارية، فإنّه لا يمكن أن يتم تحديد المبلغ الذي يستخدمه المُقْتَرِض مقدماً،[167] أو ما سيحتاجه في نشاطه، وله مطلق الحرية في إستخدام مبلغ القرْض بكامله أو جزء منه [168]، وإنّ ما يجب تحديده في الإتّفاق الإبتدائي، هو الحد الأقصى الذي يضعه المَصْرَف تحت تصرّف المُقْتَرِض والذي لا يجوز له تجاوزه، في أي حال من الأحوال[169]، فليس من المعقول أن يضع المَصْرَف جميع أمْواله تحت تصرّف المُقْتَرِض، معتمدا على تحديده في المستقبل [170]، فإذا أغفل الطرفان عن تحديده، فهذا الإتّفاق يعد باطلا لعدم تعيين المحل.[171]

الشرط الثالث – قابليّة محل القرْض للتعامل:

---

[164] د. محمد علي محمد البنا، المرجع السابق، ص175/ 182

[165] د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص 98

[166] د. بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص99

[167] بختيار صابر بايز حسين، المرجع السابق، ص109.

[168] د. أكرم ياملْكيّ ود. فائق الشماع، المرجع السابق، ص373

[169] د. بسام هلال مسلم القلاب، المرجع السابق، ص67

[170] ينظر المادة(128) من القانون المدني العراقي المعدل.

[171] المادة 128 /3 من القانون المدني العراقي المعدل.

كل شيء لا يخرج من التعامل بطبيعته أَو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للعقد، أَي أنّ كل مال لا يخرج عن التعامل بحسب طبيعته أَو بحكم القانون، يصح أن يكون محلا للتعامل[172]، إلّا أنّ المُشرّع قد يخرج بعض الأمْوال من التعامل بنصوص خاصة، كما في حالة تخصيص بعض الأمْوال للمصلحة العامّة أَو مراعاةً لمصلحة المودعين، مثل إخراج نسبة معينة من أمْوال المَصْرَف من التعامل، تضمن لهم سحب ودائعهم في الوقت المناسب، وبالتالي لا يجوز للمَصْرَف إستخدامها لمنح القرْض.

وبالرجوع إلى القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 المعدل، نلاحظ أن هذا القانون قد نصّ في المادة (71) منه على أنّه "1. تُعد أمْوالاً عامّة العقارات والمنقولات التي للدولة أَو للأشْخاص المعنوية والتي تكون مخصصة لمنفعة عامّة بالفعل أَو بمقتضى القانون.

2- وهذه الأمْوال لا يجوز التصرّف فيها أَو الحجز عليها أَو تملكها بالتقادم ".[173]

وعلى أساس هذا النص نرى أنّ أمْوال المَصارِف العامّة في العراق تُعد من حيث الأصل أمْوالاً عامّة[174]، وذلك لأنّ هذه الأمْوال تعود في ملْكيّتها للدولة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنّها مخصصة لمنفعة عامّة وهي تحقيق التنمية الإقْتِصادية.[175]

ويترتب على عدّ أمْوال المَصارِف التي تعود في ملْكيّتها إلى الدّوْلة أمْوالاً عامّة نتيجة مهمة ألا وهي خضوع هذه الأمْوال للنظام القانوني للأمْوال العامّة، وشمولها بالحماية المخصوصة للمرافق العامّة الإقْتِصادية من أجْل تأدية وظيفتها الرئيسية والمتمثلة في تحقيق التنمية الإقْتِصادية على أتم وجه، وأنّ هذه الحماية تتمثل في عدم جواز التصرّف في هذه الأمْوال [176] وعدم جواز الحجز

---

[172] ينظر نص المادة 61 من القانون المدني العراقي النافذ، والمادة(1/131) منه، وتقابلها المادة(135) من القانون المدني المصري النافذ.

[173] نبيل عبد الرحمن حياوي، النظرية العامّة للإلْتِزام، ج1، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2001، ص25.

[174] ويذهب بعض الفقهاء إلى أنّه في ظل قانون المؤسسة الإقتصادية رقم(98) لسنة 1964(الملغى) فإنّ أمْوال هذه المؤسسة تُعد من حيث الأصل أمْوالاً عامّة ولكنها مع ذلك تُعد أمْوالاً خاصة نظراً لأنّ نشاط هذه المؤسسة يُعد تجارياً ويخضع للقانون الخاص من ناحية استثمار الأمْوال وإبْرام العقود.

[175] حامد مصطفى، النظام القانوني للمؤسسات العامّة والتأميم في القانون العراقي، المرجع السابق، ص194.

[176] د. علي محمد بدير ود. عصام عبد الوهاب البرزنجي ود. مهدي ياسين السلامي، مبادى وأحْكام القانون الإداري، دار السنهوري، بغداد، 2015 ، ص395.

عليها أو تملكها بالتقادم[177]. وفي هذا الصدد تنص المادة (62) من قانون التنفيذ رقم (40) لسنة 1980 المعدل[178]، على أنّه " لا يجوز حجز أو بيع الأمْوال المبينة أدناه لقاء دين: أولاً- أمْوال الدّوْلة والقطاع العام..".

وإذا كان الأصل يقضي بعدّ أمْوال المَصارِف العامّة في العراق أمْوالاً عامّة إلّا أنّه يجب التمييز بين حالتين:

الأولى: أن تكون الأمْوال مخصصة لتسيير المَصارِف العامّة مثل الأبنية والآلات والمكائن ورأسمال المَصارِف المملوكة للدولة...إلخ، فهذه الأمْوال تُعد أمْوالاً عامّة وتخضع للنظام القانوني للأمْوال العامّة.

الثانية: أن تكون الأمْوال على شكل مبالغ وخدمات تقدمها المَصارِف العامّة لعملائها، فهذه الأمْوال تُعد أمْوالاً خاصة لأنها لا تندمج بالمَصارِف العامّة وإنّما تمر بها فقط، ويترتب على ذلك نتيجة مهمة ألا وهي أن هذه الأمْوال لا تخضع للنظام القانوني للأمْوال العامّة وإنّما تعامل معاملة الأمْوال الخاصة ويجوز تبعاً لذلك الحجز عليها أو التصرّف بها غير أنّه لا يجوز تملكها بالتقادم وذلك من أجْل حماية هذه المَصارِف وتمكينها من أداء وظيفتها الإقْتِصادية.

وقد أخذ مجلس الدّوْلة بهذا التقسيم لأمْوال المَصارِف العامّة، إذْ جاء في أحَد قراراته ما يلي"

1- إنّ رأسمال مَصْرَف الرافدين الإسمي يُعد من الأمْوال العامّة المملوكة للدولة بالكامل.

2- يجوز حجز أمْوال الأشْخاص والشركات المودّعة لدى المَصْرَف بإسْتثناء الأمْوال التي تعود ملْكيّتها إلى الدّوْلة إسْتناداً إلى أحْكام المادة (62/ أولاً) من قانون التنفيذ رقم (40) لسنة 1980 المعدل، والمادة (248/ أولاً) من قانون المرافعات المدنية رقم (83) لسنة 1969 المعدل..." [179].

---

[177] المادة(71/ 2) من القانون المدني المذكور.

[178] منشور في جريدة الوقائع العراقية، العدد 2762، الصادرة في 17/ 3/1980، ص29.

[179] يُنظر قرار مجلس الدّوْلة (مجلس الدولة العراقي حالياً) المرقم(88/ 2008) والصادر في 2008/6/5، المنشور في مجموعة قرارات وفتاوى مجلس شورى الدّوْلة لعام 2008، الصادرة عن وزارة العدل، بغداد، ص232. ونود أن نذكر في هذا المجال أنّه جاء في الأسباب الموجبة لقوانين التأميم التي صدرت في 14 تموز 1964((أن تأميم البنوك هو نقل رأسمال البنوك إلى الدّوْلة ولا علاقة لذلك بودائع الأفراد التي ستبقى ملكاً للأفراد إذْ لا يشمل التأميم الودائع، سيصبح وضع البنوك المؤممة مثل وضع بنك الرافدين الآن وتبقى العلاقات الحالية للبنوك المؤممة بعملائها قائمة كما كانت قبل التأميم وتتم على أساس مصرفي))، ينظر الأسباب الموجبة لتشريع قانون تأميم البنوك والمصارف التجارية، رقم 100 لسنة 1964. المنشور في الوقائع العراقية بالعدد 975 في 1964/7/14.

والجدير بالذكر في هذا الصدد هنا؛ أنّ قانون البنك المركزي رقم (56) لسنة 2004، أجاز في المادة (72) منه الحجز على أمْوال المَصارِف لدين ناشئ من طبيعة عملها، وذلك بحكم قضائي يصدر من محكمة الخدمات الماليّة أو من أيّة محكمة أخرى، وهذا يعني أنّه يمكن تصنيف الأمْوال العامّة إلى أمْوال عامّة تجارية وأمْوال عامّة عادية - غير تجارية - فأما الأمْوال العامّة التِّجاريَّة التي تستغل في أعمال المَصارِف فيجوز الحجز عليها، إذْ تصبح الجهة الإدارية في مثل هذه الحالة كأي مدين عادي يجوز الحجز على أمْواله، بخلاف الأمْوال العامّة العادية، التي لا يجوز الحجز عليها ويسري بشأنها النظام القانوني الخاص بالأمْوال العامّة[180]، ونرى أنّ الغرض من إجازة الحجز على أمْوال المَصارِف هو إظهار الإستقلال المالي لها، وتوسيع نطاق خضوع نشاطها للقانون الخاص لتشجيع المستثمرين على التعامل معها.

وبما أن المحل في قُرُوض المَصارِف العامّة هو مبلغ من النقود، والنقود يمكن التعامل بها، ما دامت ملْكيّتها تنتقل بالتداول وتعتبر ملكاً لمن هي في حيازته، إلى أن يثبت خلاف ذلك، وبغض النظر عن الشخص المتعامل بها وكونه شخصاً طبيعياً أو معنوياً، وعليه فإنّ المحل في عقود قُرُوض المَصارِف العامّة، يكون مشروعاً وقابلاً للتعامل فيه دائماً، كونه مبلغاً من النقود.[181]

المطلب الثالث: أَحْكام السبب في عقد قَرْض المَصْرَف العام

ركن السبب في عقد قرض المصرف العام وثيق الصلة بالإرادَة، إذْ لا يتصور أن تتحرك الإرادَة دون سبب، وهو ركن جوهري في العقد، ولا ينعقد العقد بدونه[182]، ويوجد للسبب عِدّة معاني، فقد يقصد به سبب الإلْتِزام أي الغرض المباشر المجرد الذي يقصد الملتزم الوصول إليه من وراء إلْتِزامه (النظرية التقليدية) ولكن قد يفهم السبب بمعنى آخر، بأنّه الباعث الدافع

---

[180] د. وسام صبار العاني، القضاء الإداري- مبدأ المشروعية والرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار السنهوري القانونية والعلوم السياسية ، 2015، بغداد ، ص165.

[181] أكرم ياملْكي، د. فائق الشماع، المرجع السابق، ص365.

[182] د. محمد عبد الله الدليمي، النظرية العامّة للإلْتِزام، القسم الاول : مصادر الإلْتِزام، منشورات الجامعة المفتوحة، طرابلس، 1998، ص114

للتعاقد [183]، والباعث الدافع هو الغرض البعيد أو غير المباشر الذي جعل الملتزم يتعاقد، وهو يختلف من متعاقد إلى آخر (النظرية الحديثة).[184]

وقد أخذ المُشرّع العراقي في القانون المدني حين تحديده للسبب بمفهوم مزدوج، يتمثل بالغرض المباشر المقصود من العقد، كما يتمثل أيْضاً بالباعث الدافع، إذْ يشترط المُشرّع العراقي من أجْل أن يكون العقد صحيحا، أن يكون السبب فيه مشروعاً، وإفترض المُشرّع وجوده ومشروعيته، ولو لم يذكر في العقد.[185] فطبقا للمفهوم الأول للسبب يتحدد سبب إلْتِزام أَحَد المتعاقدين، بإلْتِزام الطرف الآخر، فيكون سبب إلْتِزام المقترض هو الحصول على مبلغ القرْض، وسبب إلْتِزام المَصْرَف العام هو الحصول على الفائدة، مع رد مبلغ القرْض(الغرض المباشر)، وبما أنّ قَرْض المَصْرَف العام يعدّ من العقود الملزمة للجانبين، فقد أصبح سبب إلْتِزام كل طرف فيه، هو الحصول على ما إلتزم به الطرف الآخر، وهو موجود دائما في هذا النوع من العقود.

أما السبب وفقا لمفهوم أصحاب الرّأي الثاني، أَي الباعث الدافع للتعاقد، والذي عبر عنه المُشرّع العراقي بالسبب المشروع، فإنّه يتغير بتغير الأشْخاص وهو من الأمور الشخصية المتعلقة بنوايا الملتزم، وخارجه عن العقد.[186]

ونرى أنّه في القرْض الذي يمنحه المَصْرَف العام يكون الباعث الدافع لعَمَلِيَّة الإقتراض هو الحصول على الفوائد التي تستخدم في تعزيز إيْرادات الخزينة العامّة، وتوفير الأمْوال لقطاعات إقْتِصادية مهمه مثل القطاع الزراعي والصناعي والتجاري، من أجْل النهوض بالواقع الإقْتِصادي لهذه القطاعات، وبالمقابل يكون الباعث الدافع للمقترض هو الحصول على مبلغ من النقود، من أجْل إستخدامه في أغْراضه المدنية منها أَو التِّجاريَّة، كما في حالة إستخدامه لتشييد مسكن له، أَو شراء بضاعة، أَو شراء آلات صناعية، ويشترط في الباعث الدافع أن يكون غير مخالف للنظام العام، وإلاّ كان العقد باطلا وهذه الأَحْكام هي تطبيق للقواعد العامّة.[187]

([183]) د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص101.

([184]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص456.

([185]) المادة 2/132 من القانون المدني العراقي المعدل على أن " ويفترض في كل إلتزام أن له سبباً مشروعاً ولو لم يذكر هذا السبب في العقد ما لم يقم الدليل على غير ذلك .

([186]) د. عبد الرزاق أحمد السنهوري، مرجع سابق، ص 440.

([187]) د. عبد الحكيم وآخرون، مصادر الإلْتِزام – المرجع السابق، ص103.

ومع ذلك فإنّ المُشرّع العراقي، قد عدّ ذكر السبب في العقد بمثابة السبب الحقيقي، حتى يقوم دليل على خلاف ذلك، ومن ثم يبطل العقد إذا لم يوجد له سبب.

ويلاحظ أيْضاً بأنّ المُشرّع العراقي ينسب السبب إلى الإلْتِزام لا إلى العقد، وهذا يتفق أكْثَر مع النظرية التقليدية في السبب، مما يستلزم وجود السبب ابتداءًا وبقاءًا، وأن يكون صحيحا غير موهوم أَو صوري، وأن يكون غير متعارض مع نصّ صريح في القانون.[188]

وكان بإمْكان المُشرّع العراقي، أن يأخذ بالنظرية الحديثة فقط، بمعنى أن يكون السبب في القرْض لكلا الطرفين، هو الهدف البعيد الذي يسعيان الوصول إليه، من جراء عَمَلِيَّة التعاقد، وإذا ذكر في العقد فيجب الإعتداد به، ما دام الطرف الآخر عالما به، أَو ينبغي عليه أن يعلم.[189]

المطلب الرابع: القبض في عقد قُرُوض المَصارِف العامّة

الأصل في عقود قُرُوض المَصارِف العامّة، أنّها تنعقد بالصفة الرضائية[190]، إلّا أنّ هذه القاعدة ليست مطلقة، إنّما يرد عليها إسْتثناءات عديدة ومنها العقد العيني، والذي لا يكفي لإنْعقاده مجرّد التراضي بين الطرفين، وإنّما يلزم قبض المبلغ المتفق عليه.[191]

ولابد لنا من التوقف عند نصّ المادة (1/686) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على "يملك المستقرض العين المقترضة بالقبض، ويثبت في ذمته مثلها " حيث يمكن لنا أن نستنتج منها بأنّ عقد القرْض عقد عيني، في القانون العراقي، وأنّ المقترض يصبح مالكا لمحل القرْض من لحظة تسلمه للمال، ومعلوم أنّ مفهوم العقد العيني يستلزم أن يكون القبض ركناً للإنْعقاد في العقد، ويترتب على تخلفه بطلانه.[192]

([188]) المادة 1/132 من القانون المدني العراقي المعدل على أن " يكون العقد باطلا إذا إلتزم المتعاقد دون سبب أَو لسبب ممنوع قانونا ومخالف للنظام العام أَو للآداب .

([189]) ينظر د.محمود جمال الدين زكي، العقود المسماة، ط1، دار الفكر العربي، القاهرة، 1952م، فقرة 92، ص188.

([190]) العقد الرضائي هو العقد الذي يكفي لإنْعقاده مجرد التراضي، أي إرتباط الايجاب بالقبول وتوافقهما على نحو يعتد به قانونا. د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، المرجع السابق، ص23.

([191]) د. منذر الفضل، الوسيط في شرح القانون المدني، ط1، دار ئاراس للطباعة والنشر، أربيل، 2006، ص54، د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، نظرية العقد، مج1، مطبعة وائل للنشر والتوزيع، عمان، د س ن، ص135.

([192]) د. عصمت عبدالمجيد، المرجع السابق، ص249، د. حسن علي الذنون، المرجع السابق، ص223.

وينتج عن القبض عِدّة آثار قانونية نوجزها بما يأتي:-

أوّلاً: عدم قيام مسؤولية المقترض عن رد القرْض إلاّ بعد القبض، وبصريح المادة (686) من القانون المدني العراقي، لأنّ ملْكيّة المبلغ المقترض، لا تنتقل من المَصْرَف العام إلى عميله المقترض، إلّا بعد قبضه للمبلغ المتفق عليه في العقد، وأنّه أصبح منذ هذه اللحظة هو المالك الحقيقي لهذا المال، ولأنّ المسؤولية المدنية تدور مع التسليم وجوداً وعدماً.[193]

ثانياً: في تحديد تبعة الهلاك، حيث نلاحظ إنطباق نصّ الفقرة الثانية من المادة أعلاه، على قُرُوض المَصارِف العامّة والتي جاء فيها"... فإذا هلكت العين بعد العقد وقبل القبض، فلا ضمان على المقترض"[194]. وإنّ الحد الفاصل، بالنسبة لتحمل تبعة الهلاك، بالنسبة للمقترض هو قبضه لمبلغ القرْض، فإذا حدث الهلاك بعد إنْعقاد العقد وقبل القبض، فلا يتحمل المقترض هذه التبعة، لأنّ عقد القرْض في القانون المدني العراقي، يعد قبل القبض من العقود النافذة غير اللازمة، ولا يصبح العقد لازماً إلاّ بالتسليم، وهذا الحكم هو تطبيق للقواعد العامّة التي تربط بين التسليم وتبعة الهلاك.[195]

ويتحقق القبض في قُرُوض المَصارِف العامّة؛ عند قيام المَصْرَف العام بوضع مبلغ تحت تصرّف المقترض في الزمان والمكان المتفق عليهما في العقد.[196] والقبض وفقاً لهذا المفهوم يمكن أن يكون مادياً، وذلك بقيام المَصْرَف العام بوضع المبلغ النقدي المتفق عليه تحت تصرّف المقترض، بما يمكنه من حيازته عيناً.[197] كما يمكن أن يكون قيديّاً، وذلك بأن يفتح المَصْرَف

---

(193) ففي قرار لمحكة التمييز الأردنية جاء فيه "حيث ثبت ان المميز لم يقم بتسليم المال محل القرض الى المميز ضدّه ولم يم الطرف الأول بقبضه وفقا لأحْكام القانون ومتطلبات شروط التمويل الأمر الذي يجعل المميز غير محق بدعواه". قرار محكمة التمييز الأردنية / حقوق رقم 4009/ 2004 بتاريخ 2005/3/9م.

(194) المادة 686 / 2 من القانون المدني العراقي المعدل.

(195) نسرين سلامة محاسنة، عقد القرض في القانون الأردني، مجلة مؤتة للبحوث والدراسات، مج 23، العدد5، جامعة مؤتة، 2008، ص197.

(196) د. عبد الله حسن، العمليات المصرفية في قانون وقضاء دولة الإمارات العربية المتحدة، ط1، مطبوعات جامعة الامارات العربية المتحدة، 2001، ص186.

(197) د. فراس بحر محمود، مجلس العقود العينية في الفقه الإسلامي والقانون، مجلة كلية الحقوق، جامعة النهرين العدد 2، مجلد 18، 2016، ص105.

العام للمُقْتَرِض حسابا مَصْرَفيا، ويقيد مبلغ القرْض في الجانب الدائن منه ويستطيع السحب منه متى شاء، وإستعماله في الغرض الذي منح القرْض لأجلَه.[198]

فيما توجد آراء أخرى في الفقه القانوني؛ تذهب إلى أنّ عقد قَرْض المَصْرَف العام، هو عقد رضائي ينعقد بمجرد تلاقي الإيجاب مع القبول، دون الحاجة إلى التسليم، أمّا نقل الملْكيّة فيحتاج إلى القبض للمال محل القرْض، وإنّ التسليم هو إلْتِزام في ذمة المُقْرِض وليس ركنا في العقد ذاته[199]. ويترتب على هذا الرّأي أنّ ملْكيّة المال محل القرْض تنتقل من المَصْرَف العام بمجرد إبْرام العقد، وهذا ما لم يصرح به المُشرّع بالنسبة لعقد القرْض.

ومع تقديرنا لحجة ووجاهة هذا الرّأي؛ إلّا أنّنا لا نتّفق معه، كون عقد القرْض في القانون العراقي، عقد عيني يتطلب تمام التسليم للمال محل القرْض من أجْل تمام إنْعقاده، ولا يمكن إجبار المُقْتَرِض على الوفاء بمبلغ القرْض، ما لم يكن قد تسلم مبلغ القرْض مقدماً.

الخاتمة

بعد أن إنتهينا في هذا البحث من دراسة مدى إنطباق قواعد القانون الخاص على إنعقاد قُرُوض المَصارِف العامّة، فقد توصلنا في ذلك إلى جملة من الإستنتاجات وإرتأينا أن نقدم بعض التوصيات، وسنعرض هذه الإستنتاجات أولاً، ثم نبين التوصيات ثانياً، وعلى النحو الآتي :

أوّلاً:- الإستنتاجات:

1- إنّ قُرُوض المَصارِف العامّة؛ عمليّات مصرفية قانونية ذات صفة تجارية، يدفع فيها المَصْرَف التابع للدولة بعدّه شخصاً معنوياً عامّاً، مبلغاً من النقود للمقترض أَو يقيدها في حسابة لمدة محددة مقابل إلْتِزام الأخير برد المبلغ إضافةً إلى الفوائد والعمولة المقدرة. ويسري على القرْض من المَصْرَف العام قواعد قانونية مستسقاة من فرعي القانون العام والخاص معا فمن جهة تسري قواعد القانون العام من حيث نشأة هذه المؤسسات الماليّة المانحة للقرض وإدارتها وتسيرها والرقابة عليها، ومن جهة أخرى نلاحظ قيام المشرّع بإستعارة القواعد القانونية

---

[198] د. هاني محمد دويدار، المرجع السابق، ص211.

[199] د. سعد ربيع عبد الجبار، التمويل بوساطة القرض العادل، مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية، العدد 1/ 2، مج 3، حزيران، 2010م، ص163.

المنصوص عليها في فرع القانون الخاص عند ولوج ميدان العمل التجاري والقيام بنشاط يشبه نشاط الأشْخاص الخاصة.

2- إنّ للقرض من المصرف العام وظائف مختلفة تتماشى ومفهومه المعاصر، الذي يجعل من المصرف العام وعاء لتحقيق عوائد تحسب ضمن موارد الموازنة العامة للدولة، وذلك كون إدارة هذه المصارف لا تشكل مرفقا عاماً يرتب نفس الآثار القانونية التي تترتب على فكرة المرفق العام في القانون الإداري، بل نشاطاً خاصاً للإدارة مما يدرج أموالها المستخدمة في منح القرض ضمن دائرة التعامل المدني والتجاري (الوظيفة العامة) وفي نفس الوقت تشكل هذه الأموال أداة لتحقيق أهدافها الإقتصادية والإجتماعية، نظراً لإرتباطها بمالكها، وهو شخص معنوي يهدف إلى تحقيق المصلحة العامة .

3- إنّ وصف أمْوال المَصارِف العامّة بكونها أمْوالاً خاصة لا يؤثر في الطبيعة القانونية لها بعدّها من المرافق العامّة الإقْتِصادية، حسبما يستفاد من إستقراء النظم الإدارية ووفقاً للفلسفة التشريعية السائدة، إذْ يجري الإقرار بوصف العموم لهذه المَصارِف رغم إسباغ وصف الخصوص على أمْوالها للتخفيف من بعض قيود وإِجْراءات التصرّف.

4- يعد عقد القرْض من المَصْرَف العام عقد ذو طبيعة خاصة يجمع بين صفات العمل الإداري الحكومي وعقد قرض بالصفة التجارية ويستلزم التسليم لإنعقاده، ويخضع لقواعد مشتركة من كلا فرعي القانون العام والخاص ،أمّا بالنسبة للقروض الممنوحة من قبل المصرف العام للدولة أو أحد الأشخاص المعنوية العامة التابعة لها فيعد قرضاً عاماً سواءا تم تكييفه على أنّه ذو طبيعة عقدية أم عمل من أعمال السيادة مما يقتضي أن يصدر بقانون وأن يعدل أو يلغى بقانون.

5- لم ينظّم المُشرّع العراقي في قانون المَصارِف عدد من المسائل الضرورية منها على سبيل المثال:

أ- الإِلْتِزام بالإعلام والذي يقضي بإلزام كافة المَصارِف أن تعلم عملائها بكافة البيانات والمعلومات التي تتعلق بتنفيذ عقد القرْض قبل إِجْراء عَمَلِيَّة التعاقد معهم.

ب- كما لم ينظم الإيجاب والقبول في عقد قَرْض المَصْرَف العام بصورة واضحة ومفصلة من حيث طبيعة القرْض وشروطه وأوصافه.

ت- منح مهلة مناسبة للمقترض من أجْل التروي والتفكير في الشروط التي تّطلبها عَمَلِيَّة منح القرْض له وعدم الإستعجال في إبْرام عقد القرْض.

6- تتمتع أمْوال الدّوْلة الخاصة بما فيها الأمْوال المستخدمة في عَمَلِيَّة منح القرْض من المَصْرَف العام بنظام قانوني خاص بها، فهي وإنّ كانت خاضعة في معظم أَحْكامها للقوانين الخاصة التي تنظم إدارَة وتصرّف الدّوْلة بأمْوالها، إلّا أنّ ذلك لا يمنع إطلاقاً من خضوعها لأَحْكام وقواعد القانون المدني بعدّها أمْوالا خاصة تعود للدولة.

7- لا مندوحة من أن يخضع نشاط المرافق العامّة الإقْتِصادية ومن ضمنها المَصارِف العامّة في بعض جوانب عملها لأحكام القانون الخاص، ومنها القانون المدني والقانون التجاري، وإن لم ينص المُشرّع على ذلك، وهذا الخضوع للقانون الخاص لا يمنع إطلاقاً من خضوعها للقانون العام فيما يتعلق بإنشاء هذه المَصارِف وتنظيمها وإلغائها وممارستها لإمْتيازات السلطة العامّة، فَضْلاً عن ما يتعلق بالمبادئ التي تحكم سيرها وإدارتها وملْكيّة أمْوالها، لعدم إمْكان تطبيق قواعد القانون الخاص على هذه المسائل.

ثانياً:- التوصيات:

إستكمالاً للفائدة المرجوة من هذا البحث وبعد أن إستعرضنا أبرز الإستنتاجات التي توصلنا إليها لذا يمكننا في هذا المقام أن نوصي بمجموعة من الإقتراحات التي نأمل أن يتم تبنّيها من قبل المُشرّع العراقي، وكما يأتي:-

1- تعديل نصّ المادة الأولى من قانون المصارف العراقي رقم(94) لسنة 2004 والتي يفترض فيها أنها قد عرفت الإئتمان المَصْرَفي بشكل أفضل مما هي عليه لأنّ هذا القانون يعد قانوناً خاصاً جاء لمعالجة جميع العمليّات المَصْرَفية الحالية التي تقوم بها المَصارِف وما سيتم إستحداثه من هذه العمليات، حيث جاءت صياغة هذه المادة بصورة غير دقيقة فقد وردت بصيغة المثال والتعداد بحيث لم يكن هذا التعريف جامعاً مانعاً مع مراعاة الدقة في الصياغة اللغوية وإستخدام المصطلحات الشائعة في نصوص هذا القانون .

2- إيراد نصّ قانوني في قانون التجارة رقم 30 لسنة 1984، يحدد فيه سريان أَحْكام القانون التجاري على العمل المختلط ومن ضمنها جميع القُرُوض التي تعقدها المَصارِف العامّة، خاصة وأنّ قَرْض المَصْرَف العام يعد عملا مختلطاً في حالة تسلمه من قبل المقترض من المَصْرَف العام وكان الغرض منه إنشاء دار سكن مثلاً، حيث أنّ القرْض في هذه الحالة يعد عملاً تجارياً

من وجهة نظر المَصْرَف ومدنياً من وجهة نظر المقترض، طبقا لنظرية الأعمال المختلطة وتفاديا للتعقيد الذي ينشئه هذا الوضع وتماشيا مع فكرة توسيع نطاق عمل القانون التجاري.

3- إيراد نصّ في قانون المَصارِف يمنع المَصْرَف من منح أي إئتمان دون الحصول على تأْمينات تكفل له إستيفاء حقه وعدم الإكتفاء بشخصية طالب القرْض من أجْل منحه القرْض المطلوب على عكس ما هو عليه الحال في المادة الأولى من قانون المَصارِف العراقي التي أجازت أن يتم منح مبلغ الإئتمان بضمانات معينة أو بدون ضمان، ولأنّ الإعتبار الشّخصي يتأثر بكثير من العوامل، لذلك فلابد من الحفاظ على أمْوال المَصارِف العامّة عن طريق الحفاظ على التأْمينات المقدمة من المقترض من أجْل التنفيذ عليها عندما تدعو الحاجة إلى ذلك.

4- إلزام جميع المَصارِف العامّة بإعلام المقترض قبل التعاقد معه عن طبيعة القرْض وشروطه من حيث مبلغ القرْض والمدة المحددة للوفاء به ومقدار الفائدة الكلية وعدد الأقساط، ومبلغ كل قسط، ومقدار الفائدة المفروضة عليه، من أجْل حمايته من الإعلانات التِّجاريَّة الكاذبة والمضلّلة. وقيام المَصْرَف العام بتنظيم مسائل الإيجاب والقبول في عقد القرْض من المَصْرَف العام، من حيث طبيعة القرْض وشروطه وأوصافه، وإلزام المَصْرَف العام بالبقاء على إيجابه مدّة لا تقل عن (30) يوماً، ومنح الشخص طالب القرْض مدة للتفكير وعدم قبول العرض المقدم من قبل المَصْرَف إلاّ بعد مرور (10) أيام من تسلم هذا العرض.