دار المنظومة
DAR ALMANDUMAH
الرواد في قواعد المعلومات العربية

العنوان:	إلتزام البنك بإدارة الاوراق المالية المودعة لديه
المصدر:	مجلة القضاء التجاري - المغرب
المؤلف الرئيسي:	الشماع، فائق محمود محمد
المجلد/العدد:	س 1, ع 1
محكمة:	نعم
التاريخ الميلادي:	2013
الشهر:	ربيع
الصفحات:	53 - 87
رقم MD:	521466
نوع المحتوى:	بحوث ومقالات
قواعد المعلومات:	IslamicInfo, EcoLink
مواضيع:	البنوك، الاوراق المالية، الودائع البنكية
رابط:	http://search.mandumah.com/Record/521466

© 2018 دار المنظومة. جميع الحقوق محفوظة.
هذه المادة متاحة بناء على الإتفاق الموقع مع أصحاب حقوق النشر، علما أن جميع حقوق النشر محفوظة. يمكنك تحميل أو طباعة هذه المادة للاستخدام الشخصي فقط، ويمنع النسخ أو التحويل أو النشر عبر أي وسيلة (مثل مواقع الانترنت أو البريد الالكتروني) دون تصريح خطي من أصحاب حقوق النشر أو دار المنظومة.

التزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه

د. فائق محمود محمد الشماع
أستاذ القانون التجاري بكلية القانون
جامعة اليرموك، أربد، المملكة الأردنية الهاشمية

نشاط ذائع الصيت تباشره المصارف التجارية ينصب على الأوراق المالية، ويطلق عليه اسم "وديعة الأوراق المالية" (Dépôt des titres)". ويبرر تعاطي المصارف لهذا النشاط بفكرة أن إدارة المحافظ المالية تحتاج إلى دراية ومتابعة لا تتهيئان لكثير من الأفراد، فيستعينون بالمصارف لحفظ أوراقهم، وجني أرباحها أو فوائدها أو قيمتها واستعمال الحقوق المتصلة بها.

وتاريخيا، يعد ظهور هذه العملية المصرفية وشيوعها بسبب النهضة الصناعية، وما ترتب عليها من ازدهار شركات المساهمة، وكثرة إصدار الأوراق المالية وتداولها[1]، الأمر الذي اقتضى البحث عن أفضل السبل لحسن إدارة هذه الأوراق المالية، والعناية بحفظها خوفا عليها من السرقة والضياع، وابتغاء تحصيل الأرباح والفوائد الناتجة عنها على الوجه الأفضل، سواء من حيث توفير الوقت والنفقات، أو من حيث استخدامها في شتى وسائل الإيفاء والاستثمار، فلجا مالكو الأوراق المالية إلى إيداعها في المصارف التي تتوافر لديها وسائل الأمان من جهة، وخدمات الاستثمار والإيفاء والاستيفاء من جهة أخرى[2].

وهكذا، وجد مالكو الأوراق المالية مصلحة في تسليم أمر العناية بها إلى المصارف التي تتولى حفظها وإدارتها، ليتفادوا بذلك مخاطر الضياع والسرقة وعناء القيام بما تستلزم تلك الإدارة، مقابل أجر يتفق عليه بين الطرفين[3].

وبهذا ذاع تعاطي وديعة الأوراق المالية لدى المصارف نظرا لما تحققه من فوائد بالنسبة لطرفي العملية: فمالك الأوراق المالية يستطيع عن طريق إيداعها لدى المصرف المحافظة عليها من الضياع والسرقة، فضلا عن الاستفادة من خبرات المصرف في ميدان إدارة واستثمار الأوراق على الوجه الأفضل، وكل ذلك نظير عوض بسيط يدفعه للمصرف المودع لديه[4].

---

(1) علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية . ط/ 1993 بند (774) ص935/ سعيد سيف النصر: دور البنوك التجارية في استثمار أموال العملاء، مؤسسة شباب الجامعة 2004، ص107 وما بعدها.

(2) إلياس ناصيف: وديعة الصكوك والأوراق المالية في المصارف وايجار الخزائن الحديدية ط/ 1993 ص11.

(3) رزق الله أنطاكي: الحسابات والاعتمادات المصرفية، طبعة 1968، بند 94، ص221. / ادوارد عيد: العقود التجارية وعمليات المصارف، طبعة 1968، بند 199 ، ص530 / سميحة القليوبي: الأسس القانوني لعمليات البنوك ، دار النهضة العربية، بند 39، ص258 .

(4) - G. Ripert et R. Roblot: Traité élémentaire de droit commercial. t. II. p.349 n.2466.

على أن وديعة الأوراق المالية إن كانت تلقي عبئا تقيلا على المصرف المودع لديه[1]، فإنها ليست عديمة النفع بالنسبة إليه. فهو يتلقى غالبا عمولة خاصة على هذه الوديعة. وإذا كانت هذه العمولة غير مجزية، فإنها تكون وسيلة لدى المصرف لجذب العملاء، ذلك لأن المعتاد أن تؤدي وديعة الأوراق المالية إلى معاملات أخرى مع المودع يستفيد منها المصرف[2]. فالمصارف تتوخى نتيجة هذه الودائع أن يزداد عدد المتعاملين معها فيقومون بمختلف العمليات المصرفية من إيداع نقود وخصم أوراق تجارية وفتح اعتمادات، وطلب إصدار خطاب ضمان وغير ذلك من أعمال المصارف[3].

زيادة على ذلك، فإن وديعة الأوراق المالية تشكل وسيلة مجدية لدى المصرف للتعرف على المركز المالي لعملائه، فضلا عن أن وجود الأوراق المالية في حيازة المصرف يتيح له الاتفاق مع مالكها على ترتيب رهن عليها لضمان العمليات الائتمانية التي يقدمها المصرف له[4].

وهكذا، تلعب وديعة الأوراق المالية، إلى جانب عقود الإيداع المصرفية الأخرى، دورا بارزا في حياة المصارف والبنوك، حيث صارت مصدرا أساسيا لغالبية الأنشطة التي تقوم بها البنوك[5].

وقد تطورت هذه العملية المصرفية كثيرا بحيث لم يعد هدفها الرئيسي هو حفظ الأوراق المالية وحمايتها من مخاطر السرقة أو الضياع فحسب، وإنما الاستفادة من الخدمات الأخرى التي تقدمها المصارف لعملائها، إذ لو كان الهدف الرئيس هو مجرد حفظها، لا كتفى العميل باستئجار خزانة مصرفية ليضع فيها ما يشاء مما يحقق له الأمان الكافي وفي سرية تامة فضلا عن أن أجرة الخزانة أقل بكثير مما يتقاضاه المصرف بمناسبة وديعة الأوراق المالية.

وقد انتشرت في الوقت الحالي عمليات إيداع الأوراق المالية لدى المصارف بعد أن كثر صدورها وتداولها في صيغة أوراق لحاملها، بحيث أصبح يقاس نجاح أي مصرف بمقدار ما يحوزه من أوراق مالية وقدرته على زيادتها، فالمصارف تبذل قصارى جهدها لزيادة حجم هذه الأوراق عن طريق جذب العملاء من خلال الخدمات التابعة التي تؤديها لهم وتعود عليها في نفس الوقت بالفائدة الكبرى[6].

وتعتبر وديعة الأوراق المالية من أهم الخدمات التي تؤديها المصارف التجارية لحساب عملائها، وتقوم بها غالبية البنوك. فتنوع الأوراق المالية وتعددها، صار من الصعب على الأشخاص إدارة هذه الأوراق

راجع أيضا: هشام فضلي: إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دار الجامعة الجديدة، 2004 ، ص 3 وما بعدها.

(1) I. Ferronnière et E. de Chillaz : « les opérations de banques » Dalloz 5em éd. Paris, 1975 P. 655n 847.

(2) علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، بند 774، ص935-936.

(3) ادوارد عيد: المرجع المذكور، بند 199، ص 530/ عزيز العكيلي: الأوراق التجارية وعمليات البنوك، المرجع المذكور، القسم الثاني، بند 68، ص279/ جديع فهد الفيله الرشيدي: الودائع المصرفية، المرجع المذكور، ص 366-368.

(4) عزيز العكيلي: المرجع المذكور، بند 68، ص379.

(5) عاشور عبد الجواد عبد الحميد : البنك في خدمة الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة 2002، ص104 وما بعدها./ علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، بند 774، ص935.

(6) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل بصدد إدارة محفظة أوراقه المالية، مجلة الدراسات القانونية ، جامعة أسيوط، العدد / 18، سنة 1955، ص197.

بمبادرتهم الشخصية بمفردهم، حيث تتطلب هذه الإدارة متابعة يومية من الشخص للعمليات التي تجري في البورصات المحلية والعالمية التي تقتضي معرفة كافية عن مختلف أوجه توظيف الأموال فضلا عن تقدير المخاطر التي تنشأ عنها. فالشخص الذي لا يتوفر لديه الوقت الكافي أو تنقصه الخبرة اللازمة للاستثمار في عمليات البورصة، يلجأ إلى المتخصصين في القيام بهذه العمليات للاستفادة من خبراتهم، كما تلجأ الشركات التي يتكون رأس مالها من الأوراق المالية إلى الأشخاص المهنيين بسبب نقص الخبرة والتخصص المطلوب في الأوجه المختلفة للتوظيفات المالية[1]. هذه الأمور كانت سببا لتولي المصارف مهمة إدارة استثمار الأوراق المالية لمصلحة عملائها لقاء عمولات تحصل عليها مقابل هذه العملية، فضلا عن أن هذه العملية تعد أسلوبا لجذب أكبر عدد من العملاء[2].

وفي البداية، كان العميل يقوم بنفسه بإدارة محفظة أوراقه المالية المودعة لدى المصارف من خلال الأوامر والتعليمات التي يصدرها الأوامر والتعليمات التي يصدرها له، مع الاستفادة من الاستشارات التي يقدمها له المصرف؛ فالعميل كان يقوم بإصدار الأوامر الخاصة ببيع وشراء الأوراق المالية في البورصة وغيرها من العمليات التي ترد على الأوراق المالية المودعة، وقد كانت إدارة هذه الأوراق المالية تستند إلى عقد الوديعة، وما يقوم به المصرف من خدمات تابعة لهذا العقد لحساب العملاء، فالمودع لديه ملتزم أصلا بحفظ الأوراق المالية المودعة وردها للمودع عند الطلب، فضلا عن قيامه ببعض العمليات الخاصة بها كقبض قيمة الكوبونات، أو أخطار العميل عند زيادة رأس مال الشركة التي أصدرت الأوراق المالية المودعة، بالإضافة إلى إمكانية تقديم المشورة إلى العميل بمناسبة عملية بيع أو شراء بعض الأوراق المالية[3].

وبهذا الاتجاه يشار إلى حكم صادر عن محكمة استئناف باريس في 16 حزيران عام 1958م، تضمن القول بأن مجرد إيداع العميل سنداته لدى البنك لا يعفيه من حراسة محفظته، وتحميل البنك المودع لديه هذه المهمة، في حين لم يكن بين الطرفين أي عقد بصدد حراسة وإدارة هذه السندات، كما لم يكن هناك اشتراط أي عوض خاص بهذا الشأن لمصلحة البنك المودع لديه[4].

ولوحظ أن هذا الموقف تحكمه فكرتان: أولا يظل المودع هو صاحب الشأن الأول في الأوراق المودعة، وتظل له صفته المستمدة منها كمساهم أو دائن. والمفروض أن عليه هو أن يعلم أكثر من أي شخص بحياة هذه الأوراق وما يطرأ عليها. وثانيا، أن المهمة الأساسية للبنك كوديع هي مجرد الحفظ لا خدمة السندات المودعة، وأنه إذا أمكن أن يصطحب العقد بوكالة ضمنية تلزم البنك القيام ببعض العمليات التي تعتبر عادية في حياة السند (كتحصيل الكوبونات وإبدال الصك)، إلا أنه لا يمكن الذهاب إلى حد القول

(1) حماد مصطفى عزب: المرجع السابق، ص 198.

(2) راجع في هذا الصدد:

- Storck(M): « contrat de gestion de portefeuille » Juris – class Banque et crédit. Fasc.2210.n.1.

(3) حماد مصطفى عزب: المرجع السابق ، ص 198، لاحظ كذلك:

- Colmar.10 Juin 1997: Banque.1982 .P. 1262.obs.L.Martin

(4) أشار إليه:

- Escarra et Rault : Principes de droit commercial. T.6.p.956

بوجود عقد بإدارة السندات (Gérance de portefeuille) يعطي البنك سلطة أوسع تمتد إلى ممارسة الحقوق الاستئنافية في حياة السند[1].

ولكن حاليا، ثمة تطور تحقق بصدور قوانين خاصة بشأن الأوراق المالية والتعامل بها، بحيث لم تعد العمليات ذات الصلة خاضعة لعقد الوديعة التقليدية، وصارت وديعة الأوراق المالية لدى المصارف تخضع لقواعد وردت في قانون التجارة بهذا الشأن، فضلا عن قواعد تشريعية أخرى صدرت بشأن التعامل بالأوراق المالية. وهذا التطور تمثل بوجه خاص في إخضاع هذه العملية المصرفية إلى أحكام قانونية خاصة، بحيث صارت تخضع لنصوص خاصة شتى، منها قواعد إرادية وأخرى تشريعية، الأمر الذي أدى إلى انعقاد الإجماع على أن أثار وديعة الأوراق المالية لدى المصارف لا تقتصر على التزام المصرف بالحفظ والرد للوديعة، بل يتعدى ذلك إلى التزام المصرف بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه.

ولكن، جدير بالملاحظة أن هذا الإجماع بدء على استحياء وتردد، حيث صار الرأي التقليدي يصف هذه (الإدارة) بالآثار التابعة للالتزام بالحفظ، في حين ظهر الرأي المعاصر داعيا دون تردد إلى وصف هذا الالتزام بالادارة، باعتبار التزاما جوهريا يثقل كاهل المصرف بموجب نصوص صريحة أو ضمنية انطلاقا من الطبيعة القانونية لهذه العملية المصرفية. وأكثر من ذلك، فإن دراسة هذا التطور بإمعان يشير إلى وجود نقلة نوعية في مضمون هذا الالتزام بالإدارة.

فالإتجاه التقليدي بقي منحصرا بحدود الإدارة العادية للأوراق المالية المودعة، تأسيسا على اعتبار هذه الإدارة هي من مستلزمات حفظ هذه الأوراق، بينما يذهب الاتجاه الحديث إلى أبعد من ذلك وصولا إلى تقرير الإدارة الاستثمارية للأوراق المالية المودعة.

ولا تخفى أهمية دراسة هذا التطور بالنسبة للقوانين الخالية من نص تشريعي بهذا الشأن (كالقانون الفرنسي والقانون العراقي). كما لا تخفى هذه الأهمية بالنسبة لكل من قوانين التجارة في بلاد الشام (كالقانون الأردني والقانون السوري والقانون اللبناني)، التي لا تتضمن سوى نصوص مقتضبة ومبتسرة بهذا الشأن، وعلى خلاف قوانين تجارية عربية حديثة (كالقانون المصري والكويتي والإماراتي والبحريني) التي تولت تنظيم هذه العملية المصرفية تفصيلا، والتي ستكون نموذجا لإيضاح هذا التطور القانوني من خلال بيان الأساس القانوني لالتزام المصرف بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه أولا، ثم دراسة مضمون هذا الالتزام ثانيا، وصولا لتحديد الجزاء المترتب على مخالفة هذا الالتزام ثالثا، وكل ذلك في مباحث ثلاث متتالية.

المبحث الأول: الأساس القانوني للالتزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه

أن الأساس القانوني لالتزام المصرف بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه يكمن في الطبيعة القانونية الخاصة لهذه العملية المصرفية التي حضت بتوصيفات متعددة بسبب التطور الذي عرفته عبر التطبيق المصرفي.

فابتداء، يلاحظ أن أولى تطبيقات المصارف جرت على إبرام عقد بين العميل والمصرف على إيداع الأوراق المالية Le contrat de dépôt de titreS بحيث يلتزم المصرف المودع لديه بحفظ هذه الأوراق المودعة وردها عند الطلب، ولا يباشر المودع لديه أية عملية متعلقة بإدارة الأوراق المالية المذكورة إلا إذا كانت

(1) علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور، ص 967، هامش 74.

ضرورية لحفظ حقوق العميل المتصلة بتلك الأوراق المودعة. أما إدارة هذه الأخيرة بغرض الاستثمار فيتولاها المودع بنفسه، وينحصر نطاق المعلومات والنصائح التي يسديها إليه المودع لديه في تلك المتعلقة بحفظ الأوراق المالية المودعة[1]. وهكذا طغت صفة عقد الوديعة على هذا التطبيق المصرفي[2].

ولكن، جدير بالملاحظة مع الفقه، بأن تطورا حدث في العمل المصرفي بسبب أسلوب حيازة المصرف للأوراق المالية، فقد لا يكون دخول الأوراق المالية حيازة المصرف على سبيل الوديعة ابتداء، وإنما يكون بمناسبة عقد آخر، كما لو صار المصرف موكلا بشراء أوراق مالية لحساب العميل، فقام بشرائها وتسلمها، فعندئذ تظل في حوزته فترة من الزمن قبل تسليمها إلى العميل، وكذلك الحال لو فوض العميل المصرف ببيع أوراق مالية وسلمها له، فعندئذ تصبح هذه الأوراق في حيازة المصرف فترة من الزمن تستمر إلى حين بيعها، ويسمى البعض هذه الحيازة "وديعة عابرة"، ومع ذلك لا تستند هذه الحيازة، في علاقة المصرف بعميله، إلى عقد وديعة، بل إلى عقد آخر هو عقد الوكالة. وذلك لأن الغرض الأساسي من عقد الوديعة هو تسليم الشيء إلى الوديع بقصد حفظه، أما إذا كان الحائز ملزما بحفظ الشيء كنتيجة تبعية لعقد آخر، وجب تطبيق أحكام هذا العقد. لذا يرى البعض في هذه الصورة التي يحتفظ فيها المصرف بالأوراق المالية المشتراة تحت يده عقد وديعة ضمنا، يستخلص من سكوت العميل وتركه لهذه الأوراق لدى المصرف. أما إذا كان العقد الأصلي وديعة، ثم طلب العميل من المصرف المودع لديه أن يشتري له سندات أخرى، فهذا لا يرفع عن العقد الأصلي وصفه، وإنما يضيف إليه عقد آخر هو الوكالة[3].

لذلك، جرى الفقه على تكييف وديعة الأوراق المالية المصرفية بأنه عقد مركب مزيج من عقدين مختلفين هما عقد الوديعة وعقد الوكالة، سواء كانت هذه الوكالة صريحة أو ضمنية، وعلى القاضي أن يقوم بتحديد التزامات كل من الطرفين وفقا لهذا التكييف حينما يعرض عليه نزاع بهذا الخصوص، علما بأن هذا التكييف القانوني لا يمنع من أن يكون العقد الأساسي بين المصرف والعميل هو عقد وديعة مع اعتبار الوكالة تابعا لها أو العكس، إذ يكون الهدف الأساسي للعقد بين العميل والمصرف، هو توكيل هذا الأخير في إدارة الأوراق المودعة، ويعتبر حينئذ عقد الوديعة عقدا تابعا للعقد الأساسي وهو الوكالة[4].

---

(1) هشام فضلي: إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، المرجع المذكور، ص 4.

(2) راجع: -J.ferroniere et de challaz : op.cit. n. 848. P 656.

- أنظر كذلك في نفس السياق:
- مصطفى كمال طه: العقود التجارية وعمليات البنوك وفقا لقانون التجارة الجديد، رقم 18، لسنة 1999، ط2002، بند 337، ص362.
- روق الله انطاكي: الحسابات والاعتمادات المصرفية، المرجع المذكور، بند 94، ص221،
- ادوارد عيد : العقود التجارية وعمليات المصارف، المرجع المذكور، بند 199، ص530-531.
- محمد السيد الفقي: القانون التجاري، المرجع المذكور، منشورات الحلبي، بند 569، ص670.
- ممدوح الرشيدات: محاظرات في التشريعات المالية والمصرفية ط/ 2001، دار الخليج ، بند 404، ص127.

(3) إلياس ناصيف: وديعة الصكوك والأوراق المالية، المرجع المذكور، ص23.

(4) سميحة القليوبي: الأسس القانونية لعمليات البنوك، المرجع المذكور، بند 47، ص268-269.

ولعل تطورا آخر تحقق بهذا الصدد بسبب تداول الأوراق المالية غير الاسمية[1]، حيث جرت المصارف على إبرام عقد مسك حساب الصكوك (La Tenue de comptes des titres) وذلك في صيغتين:

الأولى- عقد وكالة لإدارة حساب الأوراق المالية الاسمية Un Mandat De Gestion Des Titres Nominatifs.

الثانية- عقد مقاولة لإدارة الأوراق المالية لحاملها Un contrat d'entreprise، وفي الصيغتين، لا يكون للمصرف سوى تنفيذ أعمال الإدارة دون إعمال التصرف، وينحصر التزام المصرف المودع لديه بالإعلام، وإسداء النصيحة بشأن العمليات المتعلقة بحفظ الأوراق المودعة، إذ أن الإدارة المرصودة للمصرف تكون بهدف الحفظ القانوني لهذه الصكوك، وليس بغرض الاستثمار في أسواق المال[2].

وأكثر مما سبق، جرت المصارف أيضا على إبرام عقد بشأن الأوراق المالية يتفق بموجبه على قيام المصرف المودع لديه بمباشرة إدارة الصكوك المودعة إدارة كاملة، بحيث يكون المصرف مفوضا بوضع خطة الاستثمار وتنفيذها في سوق الأوراق المالية، ويطلق على هذا العقد اسم "اتفاق إدارة في ظل وكالة" (Gestion sus mandat) تأسيسا على الوكالة الممنوحة من مودع الأوراق المالية للمصرف المودع لديه، كما يوصف هذا العقد بأنه عقد إدارة مستقلة (Gestion d'office) استنادا إلى استقلال المصرف المودع لديه في اتخاذ قرار الاستثمار، باعتباره العنصر المميز والمهيمن للاتفاق المبرم بهذا الشأن[3].

وهكذا، يلاحظ هيمنة فكرة "الوكالة على تكييف إيداع "الأوراق المالية لدى المصارف. ويجد هذا التوصيف سنده الصريح في القوانين التجارية لبلاد الشام[4]، ومنها قانون التجارة الأردني الذي قضى في المادة (116/ ف3) بأن: "...تطبق قواعد الوكالة على الودائع المصرفية إذا أخذ المصرف على نفسه إدارة الأوراق المالية المودعة مقابل عمولة، وتأسيسا على فكرة الإيداع، قضت المادة المذكورة بأنه: "1- إذا كان ما أودع في المصرف أوراق مالية فملكية هذه الأوراق تبقى للمودع ما لم يثبت إن القصد خلاف ذلك، ويقدر وجود هذا القصد إذا كان المودع قد منع المصرف خطيا بدون قيد حق التصرف في تلك الأوراق، واعترف له بحق إرجاع أوراق من نوعها". وواضح بأن القانون الأردني قد أشار إلى تكييف وديعة الأوراق المالية لدى المصرف من خلال عقد مركب يمتزج بين الوديعة والوكالة، فضلا عن إمكانية توسيع هذه العملية المصرفية في حالة منح المصرف المودع لديه تفويضا كاملا بإدارة الأوراق المودعة ليشمل الحق في التصرف بها، مع الالتزام برد أوراق أخرى من نوعها، وليس بذاتها، وفي هذا خصوصية للطبيعة القانونية لوديعة الأوراق المالية لدى المصارف.

وقد سعى جانب من الفقه إلى تعميق أكثر لصفة المصرف كأمين استثمار باعتباره وكيلا عن العميل المودع للأوراق المالية، انطلاقا من تقسيم أعمال الوكالة إلى أعمال وكالة عادية وأعمال وكالة بالعمولة، ومن

(1) راجع بهذا الخصوص:

- Guyon (y) les aspects juridique du la dématérialisation. Rev. Société 1984.p.451.

(2) هشام فضلي: إدارة المحافظ المالية لحساب الغير، المرجع المذكور، ص5.

(3) هشام فضلي، المرجع السابق.

(4) لاحظ نص المادة (308) من كل من قانون التجارة اللبناني والسوري .

ثم يكون المصرف المودع لديه وكيلا عاديا حينا، يقتصر دوره على تنفيذ تعليمات المودع، في حين يكون المصرف المودع لديه وكيلا بالعمولة تارة أخرى حينما يعمل لحساب العميل المودع ويتلقى منه التعليمات والأوامر، ويقدم إليه حسابا بأعماله باعتباره وكيلا من جهة، ومن جهة أخرى يقابل الغير الذي يتعامل معه بصفته أصيلا، ويكتسب الحقوق باسمه ويلتزم أمامه باسمه، أي أن المصرف المودع لديه (كوكيل بالعمولة) يتصف بصفتين في آن واحد، وكيل في مواجهة العميل المودع، وأصيل في مواجهة الغير، مثال ذلك إذا ما عهد العميل إلى المصرف استثمار أوراقه المالية بالتعامل بيعا وشراء، بحيث يكون المصرف وكيلا عن العميل المودع في العلاقة القائمة بينهما وفي نفس الوقت أصيلا في مواجهة الغير بيعا وشراء وتعاملا، وهو بالصفتين يعمل لحساب العميل[1]. ويمتدح هذا الدور للمصرف المودع لديه باعتباره وكيلا بالعمولة لما يترتب على ذلك من فوائد محققة في التجارة، حيث تطلب "يد الوكيل في التصرف لحساب الموكل الذي ينتظر أن يقوم وكيله بكل العملية دون أن يشغله بإجراءاتها ومتاعبها، وهو يوفر للغير المتعاقد جهد البحث عن الموكل لاختيار ملاءته والتحقق من حدود الوكالة"[2].

صفوة القول، وديعة الأوراق المالية تعد اتفاقا مركبا من عقدين هما عقد الوكالة وعقد الإيداع، هذه الازدواجية في البنية القانونية هي التي اعتبرت أساسا قانونيا للالتزام بإدارة الأوراق المالية المودعة، وذلك استنادا إلى الطبيعة الإيداعية من جهة، والطبيعة التفويضية من جهة أخرى. وذلك على التفصيل الذي يلي:

أولا: التزام المصرف بإدارة الأوراق المودعة ناجم عن الطبيعة الإيداعية للعملية المصرفية

- يلاحظ بأن الاتجاه السائد يؤكد على أن الطبيعة الإبداعية لعملية إيداع الأوراق المالية لدى المصرف هي التي تفرض على المودع لديه الالتزام بإدارة الأوراق المودعة، سواء نظرنا إلى هذه العملية المصرفية باعتبارها عقدا بسيطا أم مركبا.

فمن المقرر بأن وديعة الأوراق المالية باعتبارها عقد وديعة بسيط يرتب التزاما على المصرف المودع لديه بالمحافظة على الأوراق المودعة لديه، وهو التزام يجب تفسيره بالمعنى الواسع بحيث لا يكون هذا الالتزام مقتصرا على الحفظ المادي للأوراق المالية المودعة، بل يجب فضلا عن ذلك أن يقوم المصرف بالعمليات المادية والقانونية الهادفة إلى المحافظة على حقوق العميل المرتبطة بهذه الأوراق، حتى لا يضطر العميل من آن لآخر لاستردادها، واتخاذ الإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه عليها، ثم إعادتها للمصرف مرة أخرى، وهكذا، وإلا لكان من الأوفر والأفضل للعميل استئجار خزانة من المصرف بأجر زهيد، وإيداع هذه الأوراق فيها بعيدا عن يد المصرف بدلا من إيداعها لدى المصرف، وما يترتب على ذلك من التزامات قبل المصرف المودع لديه. لذلك، فإن عقد إيداع هذه الأوراق يرتب في ذاته التزاما على المصرف بإدارة هذه الأوراق لصالح العميل دون حاجة لنص أو اتفاق خاص، والقول بخلاف هذا يعني الارتداد إلى حصر التزام المصرف في حفظ الأوراق المالية وردها عند الطلب فقط، مقابل حصوله على أجر[3].

(1) سعيد سيف النصر: دور البنوك في استثمار أموال العملاء، المرجع المذكور، ص221 وما بعدها.

(2) علي البارودي: العقود وعمليات البنوك التجارية، منشأة المعارف- الإسكندرية، بدون سنة طبع، ص 27، ذكره د. سعيد سيف النصر: المرجع السابق، ص323.

(3) علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور، بند 806، ص966، راجع كذلك:

ولكن ثمة تحليل آخر ينطلق من الطبيعة المركبة، لا البسيطة، لعقد الوديعة الأوراق المالية لدى المصرف باعتبارها مزيجا من عقدي الوديعة والوكالة معا، وهو مزيج يتم بنسب متفاوتة حسبما يتراءى للمتعاقدين، لأن حرية التعاقد هي الأساس الذي يستند إليه المتعاقدين في القيام بهذا المزيج، والواقع أنه مما يجعل هذا المزيج بين العقدين في عملية وديعة الصكوك أمرا مقبولا لا يرفضه الذوق السليم، هو أن طبيعتهما متجانسة، وأن قواعدها غير متنافرة، بل أن هذه القواعد تتدرج في تفاوت مرن بحيث يدق معيار التفرقة بينهما في بعض الأحيان. فالمودع لديه قد ينفق في سبيل حفظ وصيانة الشيء المودع بعض المصروفات، فيلتزم المودع بأن يرد إليه ما أنفقه (المادة 25 قانون مدني مصري). ومن ناحية أخرى يلتزم الوكيل بحفظ الأشياء التي تدخل في حيازته لحساب الموكل بمناسبة عقد الوكالة، فكان عمل كل من الوكيل والمودع لديه يتضمن بعضا من عمل لآخر.

وواضح أن مقتضى هذا التحليل هو أن دور المصرف يتوقف على ما تتجه إليه إرادة العميل والمصرف معا، فقد يكون المصرف مودعا لديه، وقد يكون وكيلا بموجب وكالة صريحة أو ضمنية. وإذا ما أثير نزاع ما حول هذا الدور، فإن لقاضي الموضوع أن يحدده حسبما يقع على المصرف والعميل من التزامات ومسؤولية تجعله- أي المصرف- مودعا لديه أو وكيلا[1].

وقد ذهب آخرون إلى القول بأن العقد الذي يبرمه العميل مع البنك ويتم بمقتضاه إيداع أوراقه المالية لدى البنك إنما ينظم في حقيقة أمره عملية مركبة من عقدين إلى جانب الوديعة، ويرتبطان بها وهما الوكالة (صريحة أو ضمنية)، وكذلك إدارة محفظة الأوراق المالية la gestion de portefeuille بما يسمح للبنك باتخاذ كافة الإجراءات التي يراها ضرورية ومناسبة في إدارة الأوراق المالية دون استئذان العميل أو الرجوع إليه ومباشرة حقوق العميل وأداء التزاماته باعتباره وكيلا عنه، وهذه العمليات التي يقوم بها البنك تكون متصلة عن طريق الارتباط بالحساب المفتوح لدى البنك، وما يجري عليه من قيود ناتجة عن تحصيل قيمة أو ناتج أوراق مالية...، أي أن على البنك أن يقوم بذلك كلما كان إتمام ذلك لا يستدعي تدخلا شخصيا من المودع، فإذا استلزم الأمر تدخله شخصيا وقف واجب البنك عند حد إخطاره بالوقائع الصحيحة التي تهمه في إدارة الأوراق المالية المودعة[2].

وفي ضوء ذلك، فإن دور البنك- وفقا لهذا الرأي- يتمثل في كونه مودعا لديه ينصب التزامه على حفظ الأوراق المالية، وإعادتها عند طلبها وكونه وكيلا بموجب وكالة صريحة أو ضمنية، بما يسمح له بأداء حقوق العميل وأداء التزاماته باعتباره وكيلا عنه، فضلا عن كونه- أي البنك – مديرا يقوم بإدارة هذه الأوراق بما يحفظ حقوق العميل المتعلقة بها، ويسدد التزاماتها بما يحمي بقائها واستمرار حياتها في حالة نماء وتثمير.

- Hamel, Lagarde et Jauffret : traité op cit, n 1843.
- Vizian : la responsabilité du banquier thèse. Préetée n.330.
- Gavalda. Et Stoufflet : droit de banque op cit n 578.

(1) علي البارودي، العقود وعمليات البنوك، مرجع سابق، بند 194، ص268-269.

(2) محمود علي: الأوراق المالية في البنوك، محاضرات طبع معهد الدراسات المصرفية، 1971/1970، ص 21 وما بعدها.

ويلتقي هذا التحليل مع ما يقرره العميد ربيير G. Ripert على أن وديعة الصكوك عبارة عن وديعة عادية في الأصل، ومع ذلك فإن العميل المودع لا ينتظر استرداد الصكوك المودعة فحسب، بل ينتظر أن يقف البنك بإجراء بعض العمليات المرتبطة بإدارة هذه الصكوك التي تنشأ عن الوقائع.

وبعيدا عن فكرة الوكالة طرح رأي بهذا الصدد يؤكد على أن طبيعة وديعة الأوراق المالية لدى المصرف تقوم على افتراض مزيج مترابط بين عقدي الوديعة والإدارة معا بحيث يعتبر البنك أمينا مودعا لديه، لأن هذه العملية المصرفية تعد عملية واحدة غير قابلة للتجزئة فلا يمكن الفصل بين اتجاه المودع نحو إلقاء عبء المحافظة على هذه الأوراق على عاتق البنك ونيته في أن يكفيه البنك تبعة إدارتها، فالعملي المودع نيته دائما إلى تحقيق الغرضين معا دون فصل أيهما عن الأخر، فهو لا يريد مجرد الحفظ فقط وإلا لوجد في استئجار خزانة لحفظها ما يحقق غايته أو إدارة هذه الأوراق فقط لأنه لا يمكن تحقيق هذا الغرض طالما كانت الأوراق في غير حوزة البنك، وفي المقابل يهدف البنك عندما يستلم هذه الأوراق – ليس مجرد حفظها فقط- وإنما إدارتها أيضا لأنه المستفيد من كل عمل يقوم به سواء كان المقابل أجر أو عمولة، إذ لا يتصور عملا أن يقوم البنك بحفظ وديعة الأوراق المالية لديه دون أن يمارس الأعمال التي فيها حياتها واستمرارها، كجني ثمارها المتمثلة في تحصيل قيمة الكوبونات وتحصيل قيمة الجوائز في اليانصيب، أو تحصيل قيمة السندات المستهلكة، واستبدالها لتجديد حياتها"[1].

وأخيرا، ثمة رأي حديث[2]، بل معاصر، يؤكد على الطبيعة المركبة لهذه العملية المصرفية من خلال التركيز على ما يقضي به العرف والعادات المصرفية كأساس لتفسير المزيج العقدي (الإيداع والوكالة) المكون لبنية وديعة الأوراق المالية لدى البنك، فهذه العملية كما يقول أنصار هذا الرأي، لا تخرج عن أحكام الوديعة العادية، حيث يعتبر البنك هو المسؤول عن هذه الأوراق لانتقال حيازتها إليه ويلتزم بالمحافظة عليها كمودع لديه، إلا أن الطبيعة الخاصة بهذه الأوراق المودعة تقتضي قيام البنك ببعض العمليات اللازمة للمحافظة على حقوق العميل فيها، ولذلك يؤيد أنصار هذا الرأي، ما ذهب إليه جانب من الفقهاء[3] إلى أن عقد وديعة الأوراق المالية يكون مصحوبا دائما- في حالة غياب الاتفاق الصريح على الإدارة- بوكالة ضمنية صادرة من العميل المودع لصالح البنك المودع لديه للقيام بالعمليات العادية واللازمة للمحافظة على حقوق العميل في هذه الأوراق المودعة، كتحصيل الكوبونات، والسندات المستهلكة أو التحقق من نتيجة السحب في اليانصيب وغيرها من العمليات التي يقتضيها الالتزام بالحفظ. وهذه الوكالة الضمنية هي التي يقوم بناء عليها التزام البنك بالقيام بالعمليات اللازمة لخدمة هذه الأوراق المالية.

فالشخص يهدف من إيداع أوراقه المالية لدى البنوك إلى التحرر من عبء المحافظة عليها والاستفادة من الخدمات التابعة التي تقدمها له البنوك وتخص هذه الأوراق، كما أن البنك الذي يحوز هذه الأوراق

(1) سعيد محمد سيف النصر : الرسالة المشار إليها ، ص 285.

(2) حماد مصطفى عزب، مسؤولية البنك تجاه العميل بصدد إدارة محفظ أوراقه المالية، البحث المذكور ص 223-224.

(3) الإشارة هنا إلى ما سبق ذكره من الفقهاء يركزون على الطبيعة الإيداعية لهذه العملية المصرفية، فضلا عن: سميحة القليوبي ، الأسس القانونية، المصدر المذكور، بند 47، ص268.

يقوم بهذا الدور في مقابل الفوائد التي تعود عليه من هذه العمليات التابعة لوديعة الأوراق المالية، وغالبا ما يتم النص على هذه الخدمات التي تقدمها البنوك لعملائها في عقد الوديعة ذاته، أو في المطبوعات التي تصدرها وتوزعها على عملائها- بقصد جذب أكبر عدد ممكن من العملاء لديها- بإعلان رغبتها في القيام بتلك الخدمات لحسابهم، وفي حالة عدم النص على هذه الخدمات صراحة لا يعني أن البنك لا يلتزم بالقيام بها، وإنما يتدخل العرف والعادات المصرفية في تحديد ما يلتزم به البنك من عمليات متعلقة بخدمة هذه الأوراق المودعة، فهذه العمليات التابعة التي يؤديها البنك لحساب عميله قد تكون الدافع الأول وراء إيداع العميل أوراقه المالية لدى البنك في غالبية الحالات.

فالأطراف من النادر أن يهتموا في المسائل المصرفية بتحديد مضمون التزاماتهم بدقة، حيث أن الأطراف في العمليات المصرفية يهدفون إلى تحقيق نتائج معينة، دون أن يهتموا بالتحديد للالتزامات التي تؤدي إلى هذه النتائج، فالأطراف يستفيدون من الآليات المصرفية، حيث تتولى العادات المصرفية تحديد هذه الالتزامات وتحديد محتواها.

فالوكالة التي يقوم عليها البنك بإدارة محفظة أوراق عميله المالية يتم تحديدها في حالة عدم النص عليها صراحة من خلال العرف والعادات المصرفية. هذه الوكالة التي يقوم بها البنك، سواء كانت صريحة أو ضمنية، تعتبر وكالة من نوع خاص، خلقها العرف والعادات المصرفية، والتي يجب أن يتم تفسيره في إطار ذلك.

ولا يوجد أي تعارض- عند قيام البنك المودع لديه بإدارتها- بين صفة البنك كمودع لديه أوراق العميل المالية وصفته كوكيل عند القيام بالعمليات اللازمة لخدمة هذه الأوراق، لأن نطاق التزامه يختلف في كلتا الحالتين، حيث يلتزم كمودع لديه بحفظ هذه الأوراق وردها عند الطلب، والتزامه في ذلك هو التزام كمودع لديه بحفظ هذه الأوراق وردها عند الطلب، والتزامه في ذلك هو التزام بتحقيق نتيجة معينة، بحيث يسأل إذا لم تحقق النتيجة المحددة، كما يلتزم كوكيل عن العميل بالقيام بكافة العمليات التي تقتضيها هذه الأوراق، والتزامه في ذلك هو التزام ببذل عناية، بحيث يسأل إذا لم يبذل العناية والحرص اللازمين في تنفيذها[1] .

ثانيا: التزام المصرف بإدارة الأوراق المودعة ناجم عن الطبيعة التفويضية للعملية المصرفية

إن الطبيعة التفويضية (التخويل والوكالة) هي الأخرى التي تؤسس التزام المصرف المودعة لديه بإدارة الأوراق المالية المودعة. فهذه العملية المصرفية تنطوي في جانب منها على تفويض وتوكيل صريح أو ضمني من المودع إلى المودع إليه.

فمن جهة، يلاحظ أن قانون التجارة الأردني قضى صراحة بأن تطبق قواعد الوكالة على الودائع المصرفية إذا أخذ المصرف على نفسه إدارة الأوراق المالية المودعة مقابل عمولة. ومن جهة أخرى، يلاحظ، في التطبيق أن المصارف جرت على طبع نماذج لعقود تتضمن بيان العمليات التي تضطلع بها، ويكون للأطراف حرية مناقشتها وتعديلها بحذف أو إضافة أحد هذه العمليات قبل التوقيع على العقد، وغالبا ما

(1) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل... البحث المذكور، ص39.

تمنح هذه النماذج، المطبوعة مسبقا من المصارف، سلطات واسعة للمصرف في إدارة محفظة الأوراق المالية المودعة، وبالتالي يكون المصرف المودع لديه مخولا صراحة بإدارة هذه الأوراق المودعة نيابة عن العميل المودع، طالما وجد النص الصريح في ذلك بين الطرفين[1].

ولكن، في حالة غياب النص الصريح على التوكيل، فإن ذلك لا ينفي إمكانية اعتبار المصرف المودع لديه وكيلا عن العميل المودع عندما يقوم المصرف المذكور بالعمليات اللازمة لخدمة هذه الأوراق وإدارتها، نظرا لتوافر جميع عناصر الوكالة في العمليات التابعة التي يقوم بها المصرف بناء على عقد الوديعة لديه دون أن تكون هناك حاجة لإعلان إرادة الموكل صراحة، لأن الوكالة هي التصرف الذي بمقتضاه يخول شخص لآخر سلطة التصرف باسمه ولحسابه[2]، وهو ما يتوافر في عمليات إدارة المحفظة المالية للعميل المودع[3].

وهكذا، فإن القواعد العامة تلزم المصرف المودع لديه، في حالة غياب الاتفاق الصريح بالقيام بالعمليات اللازمة للمحافظة على الأوراق المالية المودعة بما يحفظ حقوق العميل المودع، كقيام المصرف بتحصيل أرباح الأسهم وفوائد السندات، أو تحصيل قيمة الصكوك المستهلكة أو المباعة وغيرها من العمليات التي تدخل ضمن نطاق الإدارة العادية للمحفظة، ولا تحتاج إلى تدخل العميل المودع[4] .

أما أعمال الإدارة الأخرى التي تقتضي تدخل العميل المودع، فإن المصرف لا يستطيع القيام بها دون إذن من العميل بذلك، كقيام المصرف باستخدام الأسهم المودعة في حضور الجمعيات العامة للشركات التي أصدرتها، لأن العميل المودع يظل، رغم الإيداع، هو المالك لهذه الأسهم وبالتالي يكون له وحده من ممارسة حقوق التصويت المتعلقة بها، إلا إذا فوض المصرف القيام بذلك وفي حدود التفويض، ما لم تكن هناك ظروف تستدعي تدخل المصرف المودع لديه حفاظا لحقوق العميل المودع[5].

وعليه، يبدو من الثابت بأن المصرف المودع لديه يعد وكيلا عن العميل المودع في إدارة الأوراق المالية المودعة ويمكن الاستدلال على ذلك أكثر من خلال التطبيق القضائي الذي يخضع المصرف المودع لديه إلى أحكام عقد الوكالة، فمثلا قضي في فرنسا بأن العميل لا يلتزم بالعمليات التي يقوم بها البنك الوكيل متجاوزا تعليماته في عمليات بيع وشراء الأوراق المالية[6]، كذلك قضي بمسؤولية البنك الذي يقوم بإدارة محفظة أوراق مالية عن تعويض الضرر الذي لحق هذا العميل نتيجة تقصير البنك في بذل العناية المطلوبة،

---

(1) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل، البحث المشار إليه، ص 30، كذلك راجع:

-Cass.com 12 Juil.1971 : D.S.1972.151 note Gavalda- Ripert et Rablot : op cit, n247.p 352.

(2) أنظر المادة (822) من القانون المدني الأردني والمادة 699 من القانون المدني المصري والمادة 925 من القانون المدني العراقي.

(3) حماد مصطفى عزب : مرجع سابق، ص30.

(4) علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، بند 806 ص 966.

(5) أنظر بهذا الخصوص:

- علي البارودي: المرجع المذكور، بند 692، كذلك : د حماد مصطفى عزب، مرجع سابق.

- Ripert et Roblot : traité .T.2 op cit. n.2468.

(6) - Paris, 10 mars.1936: S.1936.2.143.

حيث قام البنك بإجراء عمليات آجلة لحساب عميله، دون أن يطلب الغطاء المطلوب لهذه العمليات من العميل المذكور، الذي يملك وحده سلطة الترخيص بإجراء هذا النوع من العمليات[1].

وهكذا، يلاحظ أن الطبيعة القانونية لوديعة الأوراق المالية لدى المصرف، القائمة على مزيج من عقدي الوديعة والوكالة، هي التي تفرض على المصرف المودع لديه واجب القيام بإدارة الأوراق المالية المودعة، ترى ما هي العمليات التي يجب على المصرف المودع لديه القيام بها؟

المبحث الثاني: المضمون القانوني لالتزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه

يقينا أن مضمون التزام المصرف بإدارة الأوراق المالية المودعة يتحدد في ضوء القواعد المتفق عليها بين طرفي هذه العملية المصرفية، وفي حالة غياب النص الاتفاقي لابد من مراعاة أحكام قواعد عقدي الوديعة والوكالة، بالقدر الذي ينسجم مع طبيعة عقد وديعة الأوراق المالية لدى المصرف، وخاصة فيما يتعلق بحدود الإدارة اللازمة وماهية العمليات المطلوبة.

فبالنسبة لحدود الإدارة، يلاحظ التزام المصرف بمباشرة جميع الأعمال التي تتيح الحفظ المادي والقانوني للأوراق المودعة دون أن يترتب على ذلك التصرف بالأوراق المودعة إلا إذا أذن بذلك العميل المودع خطيا وكان هناك اتفاق خطي على جواز التصرف بها نظير رد أوراق أخرى من نوعها[2].

وقد لاحظنا بأنه لا يجوز للمصرف أن يستعمل لنفسه الحقوق الناشئة عن الأوراق المودعة لديه ما لم يتفق على غير ذلك وإلا اعتبر خائنا للأمانة[3].

وبصفة المصرف وكيلا عن العميل المودع، يلتزم المصرف بعدم تجاوز حدود الوكالة من خلال تنفيذ تعليمات وأوامر العميل التي ينص عليها في العقد، حيث يمكن أن يتم تحديد ما يجب أن يكون عليه سلوك المصرف في إدارة الأوراق المودعة، وقد يحتفظ العميل لنفسه أثناء إبرام العقد بالحق في إصدار الأوامر والتعليمات فيما بعد، بل أنه يملك ذلك بالرغم من عدم احتفاظه بهذا الحق أثناء إبرام العقد[4]، وسيقتصر دور المصرف بالإدارة في هذه الحالة على دور مقدم النصيحة أو المساعدة[5]، حيث يعد بمثابة وسيط في نقل أوامر العميل إلى شركة البورصة[6].

كما يلتزم المصرف المودع لديه أن يطلع العميل بالمعلومات عما وصل إليه في تنفيذ إدارته بإعلام العميل بجميع المعلومات المتعلقة بإدارة الأوراق المودعة مع تقديم حساب عنها[7].

---

(1) Cass. Com.28 oct.1974: Rev. trim.Dr.com.343obs, Cabrillac et Riveslanges- Aix- en - Provence 9 mai 1972 : J. C.P.1974.2.17900 note Scoped (ch.)

(2) أنظر الفقرة الثانية من المادة 116من قانون التجارة الأردني للمادة 403 من قانون التجارة السوري.

(3) أنظر المادة 310 من قانون التجارة المصري الجديد.

(4) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنوك تجاه العميل... البحث المذكور، ص 32.

(5) – Paris 3 dec.1986.D.S.1987.inf.Rap .302.

(6) – Clomar.30 Juin 1982: Banque 1982. p.1262.obs. Martine, - Rev. trim dr.com.1982.p.599.

(7) هشام فضلي: إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، المرجع المذكور، ص85.

وبالنسبة لماهية عمليات الإدارة المطلوبة، يلاحظ بأن الأوراق المودعة تحتاج إلى عمليات كثيرة[1]. وتختلف هذه العمليات باختلاف طبيعتها وتفاوت أهميتها بالنسبة للعميل، فهناك من العمليات ما يندرج تحت الالتزام الأساسي لحفظ الأوراق المالية المودعة، وهي ما تعرف بالالتزامات التابعة أو التبعية، وهناك عمليات لا تنطوي تحت عقد إيداع الأوراق المالية، الأمر الذي يلزم معه وجود اتفاق صريح وتخويل من العميل إلى المصرف لمباشرة هذه العمليات[2].

ولكن، حري بالملاحظة أن بعض من التشريعات التجارية العربية تولت النص صراحة على إلزام المصرف المودع لديه بمباشرة بعض العمليات التابعة للأوراق المالية المودعة.فمثلا، قضى قانون التجارة المصري الجديد في المادة (212) بما يلي:"1- يلتزم البنك بقبض عائد الصك أو أرباحه وقيمته إذا استحق أو استهلك، وكذلك كل مبلغ آخر يستحق بسبب الصك ما لم يتفق على غير ذلك وتقيد تلك المبالغ في حساب المودع.2- وعلى البنك القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك التي يتقرر منحها له دون مقابل، كتقديمه للاستبدال أو لوضع الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة إليه[3].

كما نص التشريع المصري المذكور في المادة 213 على التزام آخر مؤكدا بأن "على البنك أن يخطر المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالصك ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره. فإذا لم تصل تعليمات المودع في الوقت المناسب وجب على البنك أن يتصرف في الحق بما يعود النفع على المودع. ويتحمل المودع المصاريف فضلا عن العمولة".

وفي غياب النص التشريعي، يؤكد الفقه على التزام المصرف المودع لديه بالقيام بالعمليات التابعة للأوراق المالية المودعة، ويتم تحديد هذه العمليات في ضوء شروط العقد وطبيعته وآلية المصرف والعمل المصرفي[4]. وفي أدناه إيضاح عن بعض هذه العمليات.

أولا: تحصيل عائدات الأوراق المالية المودعة

يلتزم المصرف المودع لديه بتحصيل عائدات الأوراق المالية المودعة لأن هذه الأخيرة تكون في حيازته، وبالتالي يصعب على العميل المودع مباشرة هذا التحصيل شخصيا، وإنما يقوم به المصرف المودع لديه نيابة عن المودع. مثال ذلك، استحصال عائدات الأسهم المودعة من أرباح وفوائد مقابل اقتطاع القسائم (Copons) وهذا ما يسمى باستحصال قيمة الكوبونات، وتبقى قيمة السندات المستهلكة، وقد جرت

(1) علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، بند806، ص966-967.

(2) جديع فهد الرشيدي، المرجع المذكور، ص392.

(3) لاحظ النصوص المقابلة في التشريعات العربية (م340/ كويتي)، (م/ 286 بحريني)، (م/ 350 عماني)، (م461/ إماراتي).

(4) علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور بند (806) ص 966، وما بعدها.

- وأنظر كذلك: إلياس ناصيف: وديعة الصكوك، المرجع السابق، ص64، وما بعدها. جديع فهد الرشيدي: ص 393، وما بعدها، حماد مصطفى عزب: المسؤولية للبنك تجاه العميل، البحث المذكور 237 وما بعدها، سميحة القليوبي، الأسس القانونية ، المرجع المذكور، بند 44، ص 363، إدوارد عيد: المرجع المذكور، ص 538، مصطفى كمال طه: المرجع المذكور بند 242، ص365، رزق الله انطاكي، المرجع المذكور، ص224-225، عبد الحميد الشواربي: المرجع المذكور، ص 84.

المصارف على مباشرة هذا الاستحصال تأسيسا على الاتفاق المبرم مع العميل، أو تأسيسا على ما يقضي به العرف والعادات المصرفية[1].

وفي الحقيقة بعد استحصال عوائد الأوراق المالية المودعة جنيا لثمار الوديعة والذي طبقا لأحكام عقد الوديعة يلتزم المودع لديه بالقيام به من تلقاء نفسه دون حاجة إلى تكليف خاص، بمعنى أن المصرف المودع لديه يلتزم باستحصال هذه العوائد وقبض قيمتها في المواعيد المحدد دون حاجة للرجوع إلى العميل المودع[2]. وبالتالي، يؤكد الفقه[3] على التزام المصرف المودع لديه في القيام بهذه العمليات ببذل العناية اللازمة في تنفيذها بما يحافظ على حقوق العميل فيها وأن يخطره ويحصل على موافقته للقيام بأية عملية يظهر منها أنها متعارضة مع مصالحه، فقد قضي في فرنسا بمسؤولية البنك لارتكابه خطأ عندما قبل السداد بالفرنكات الورقية للالتزامات المحررة بالفرنكات الذهبية، في حين أنه يعمل أن حاملي السندات يطلبون الدفع بالعملة الذهبية، ولذلك يسأل البنك عن دفع تعويض يعادل الفرق بين قيمة الوفاء الحاصل والوفاء المطلوب[4]. كذلك قضي بمسؤولية البنك لعدم حصوله على موافقة العميل قبل إجراء أي تحصيل يمكن أن يتعارض مع مصالحه، حيث يلتزم بتعويض العميل عن الضرر الذي لحق به نتيجة عدم إتباعه تعليمات العميل فيما يتعلق بالتحصيل[5].

ولنفس السبب يشدد القضاء الفرنسي في محاسبة البنك عن الضرر الذي يلحق العميل المودع نتيجة التأخر في تنفيذ عملية التحصيل في المواعيد المحددة. لذلك يجب عليه الحذر للمحافظة على حقوق المودع، لاسيما عندما تكون الأوراق المودعة أجنبية، لأن سعر الصرف يحدد يوم تحصيلها، فإذا تأخر المصرف المودع لديه في تقديمها عند استحقاقها وحدث انخفاض في سعر هذه العملة بين يوم استحقاقها ويوم تقديمها، فإن هذا الانخفاض في القيمة يقع على عاتقه، لأن الخسارة التي تلحق بالعميل في هذه الحالة تعد نتيجة مباشرة لإهمال المصرف[6].

---

(1) على جمال الدين عوض : المرجع المذكور، بند 819 ، ص968، د. إلياس ناصيف: وديعة الصكوك، ص66، د. جذيع فهد الرشيدي: المرجع المذكور، ص392، د. عاشور عبد الجواد: المرجع المذكور، بند 76، ص76.

(2) أنظر المراجع السابقة، ويذكر أن المصرف المودع لديه يقوم بقيد هذه المبالغ في الجانب الدائن من الحساب النقدي المفتوح لديه باسم العميل، وعادة لا تقيد هذه المبالغ والأرباح والفوائد في الجانب الدائن من حساب العميل إلا بعد أن يحصل عليها من الجهة المصدرة. أما إذا قام المصرف المودع لديه بقيد هذه المبالغ فورا في حساب العميل، فإن تكييف هذه العملية يتم على أن المصرف المذكور منح عميله سلفة بضمان الكوبونات والأوراق، أو أنه قد اشترى هذه الكوبونات والأوراق. والخيار بين أي من التكييفين يتوقف على وقائع كل حالة على حده، فإذا لم يظهر من الوقائع ما يرجح أحد هذين الخيارين ، اعتبر المصرف مشتريا .

- أنظر بهذا الخصوص: عاشور عبد الجواد، المرجع المذكور، ص77.

(3) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل، المرجع السابق، ص 237.

(4) -Trib. Civ. Seine 25 févr.1931/ S.1931.2.147.

(5) - Paris5 fév.1935 :D.H.1935.22 ; 22 ; Riv. trim.dr. civ.1935. p383

(6) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل، البحث المشار إليه، ص237.

- راجع أيضا: - Sein. Com.26 Juin 1920: S.1922.2.97

ثانيا: التحقق من نتيجة سحب الأوراق المالية المودعة

يقينا بأن المصارف تقوم بالتحقق من نتيجة سحب اليانصيب متى كان هناك اتفاق على ذلك مع العميل أو كان ذلك نظير أجر يتقاضاه المصرف. وجرت بعض المصارف بالإعلان في مطبوعاتها على استعدادها للقيام بالتحقق من نتيجة سحب الأوراق المالية الخاصة بعملائها، في حين تشترط مصارف أخرى عدم التزامها بالتحقق من نتيجة السحب، وبالتالي يلتزم العميل بنفسه بالقيام بذلك[1].

ولكن، طرح السؤال بشأن حالة سكوت الاتفاق عن موضوع نتيجة السحب، فهل يلتزم المصرف المودع لديه بالتحقق من نتيجة سحب الأوراق المالية المودعة المكونة لمحفظة العميل المودع؟

سبق وأن ذهبت محكمة السين المدنية إلى القول بوجود هذا الالتزام في حكم لها بالنسبة لسماسرة الأوراق المالية، وذلك في قضية تتلخص وقائعها في أن أحد سماسرة الأوراق المالية قام ببيع الأوراق المودعة لديه إلى سمسار آخر دون أن يكتشف أي شخص بأنها قد استهلكت، حيث أدانت المحكمة سمسار الأوراق المالية المودعة لديه على أساس أنه توجد على عاتقه على الأقل وكالة ضمنية بتحصيل الكوبونات، ويلتزم بناء على ذلك بضرورة فحص قرعة الصكوك القابلة للاستهلاك[2].

وقد انتقد غالبية الفقهاء هذا الحكم، حيث ذهب الرأي إلى أن البنك لا يلزم بالتحقق من نتيجة هذا السحب، لأنه لم تجر العادة بقيامه به، وذلك لأن العملية صعبة ماديا وتحتاج إلى مجهود خاص لا يقوم به البنك دون تكليف خاص ونظير أجر، ولكن إذا أخطر البنك عند تقديمه لسحب الكوبون أن السند قد أخرج في سحب سابق عليه وجب عليه إخطار عميله، خاصة وأن هذا الإخطار لا يحتاج إلى مجهود ولا يكلفه كثيرا[3]. وبالتالي فإن أنصار هذا الرأي لا يقررون وجود التزام على المصرف المودع لديه بالتحقق من نتيجة السحب، ما لم يوجد اتفاق خاص بهذا الشأن.

ومع ذلك، يلاحظ أن محكمة استئناف باريس ذهبت بنفس اتجاه محكمة السين المشار إليه أنفا، والمقرر وجود هذا الالتزام، وذلك في القرار الاستئنافي الصادر في 4 أكتوبر 1928 تأسيسا على العادات المصرفية التي تلزم البنك بالتحقق من السحب، حيث قضى القرار الاستئنافي بأن البنك الذي يقوم بحفظ الصكوك الخاصة بأحد عملائه، ويقوم بتحصيل الكوبونات، ويحصل على مقابل نظير ذلك، يكون ملتزما بفحص هذه الصكوك قبل أن يجري أي تعامل بشأنها ليتأكد من أن الصكوك التي يقوم ببيعها قد خرجت في السحب أم لا[4].

---

(1) حماد مصطفى عزب: المرجع السابق.

(2) – Trib. Seine.22 fe.1890: cite Par Escarra et Rault: op cit. p733.

(3) علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور، بند 810، ص968–989، د. إلياس ناصيف: وديعة الصكوك، المرجع المذكور، ص 66، جديع فهد الرشيدي: المرجع المذكور، ص394–395.

- وأنظر كذلك: - Escarra et Rault : Ibide

(4) - cour d'appel de Paris - 4oct,1928 : D.H.1928.548 ; Rev.trim.dr.civ.1929,p13.

- وأنظر كذلك في نفس التوجه:

- Paris.11 oct.1928 : Gaz. Pal.1. Janv.1929.

-Trib.Civ.Lyon 21 oct.1948 : D.1949.145 : Banque.1949.102 note x. marin

وتماشيا مع هذا الاتجاه الأخير، يذهب رأي معاصر في الفقه[1] إلى أن البنك ملزم بالتحقق من سحب الصكوك حتى في حالة عدم وجود اتفاق بذلك، استنادا إلى ما تقضي به العادات المصرفية، واستنادا إلى الوكالة الضمنية الصادرة إليه من العميل، والتي تعد أساسا لغالبية العمليات المصرفية التي تضطلع بها البنوك نيابة عن عملائها، والتي تجد تبريرها في العلاقات المتميزة التي تربط البنوك بعملائها.

ويبدو لنا أن الاستناد على الطبيعة القانونية، وبالذات الطبيعة التفويضية لعقد وديعة الأوراق المالية لدى المصرف أولى بالقبول لتأسيس التزام المصرف المودع لديه بالتحقق من نتيجة السحب، وذلك لأن "العادة" بذاتها لا تكفي لوحدها لتأسيس قاعدة ما لم تعترف بالاتفاق، كما أن هناك إصرار في الفقه على نكران وجود عرف يقضي بهذا الالتزام، ولكن، يلاحظ أن التحقق من نتيجة السحب عبارة عن عملية تهدف إلى المحافظة على حقوق العميل المتصلة بالأوراق المودعة، وهذا ما تقرره بعض التشريعات الحديثة كما سيأتي.

ثالثا: إخطار العميل المودع بمستجدات ظروف الأوراق المالية المودعة

أسلفنا بأن وديعة الأوراق المالية ترتب التزاما على المصرف بفتح حساب تقيد فيه آثار هذه العملية المصرفية من حيث قيمة الأوراق المودعة وعوائدها المتحققة والنفقات المبذولة... إلى غير ذلك مما يترتب من حقوق والتزامات بهذه المناسبة. وبداهة، يقوم المصرف المودع لديه بإبلاغ العميل المودع عن هذه الآثار الإيجابية والسلبية في صيغة إشعار دائن ومدين حسب الأحوال، وذلك طبقا لقواعد الحساب المصرفي التي تقضي بلزوم اطلاع العميل طرف الحساب على حركة الحساب، وتلك هي حالة لم تثر جدالا بهذا الصدد.

ولكن، التساؤل طرح بشأن مستجدات ظروف الأوراق المودعة، وخاصة تلك الظروف التي تستدعي الحصول على موافقته أو رفضه لمباشرة الأوراق المودعة، فهل يلزم المصرف المودع لديه بإخطار المودع بشأن هذه الظروف؟

بهذا الصدد، لا بد من الإشارة إبتداءا إلى موقف بعض التشريعات التجارية العربية التي تولت الإجابة الصريحة على التساؤل المذكور، حيث ورد النص بأن "على البنك أن يخطر المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالصك، ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره"[2].

وفي غياب مثل هذه النصوص، كما هو الحال في ظل القانون الفرنسي والقانون العراقي والقانون الأردني، لابد من الإشارة إلى رأي طرح منذ زمن في فرنسا يؤكد بأن على العميل المودع أن يبحث بنفسه عن المعلومات التي تهمه ما دام العقد لا يلزم البنك بذلك[3]. وتأسيسا على هذا الرأي، ذهب الاتجاه سابقا إلى رفض التزام البنك المودع لديه بإخطار عملائه مودعي الأسهم عن زيادة رأس مال الشركة المصدرة للأسهم المودعة. وهذا ما قضت به محكمة السين المدنية في نزاع تتلخص وقائعه في طلب للتعويض تقدم به العميل المودع للأسهم ضد البنك المودع لديه بسبب إهمال هذا الأخير في إبلاغه عن زيادة رأس مال

(1) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل، البحث المذكور، ص230.

(2) المادة (313) تجارة مصري المقابلة للمادة (341) تجارة كويتي والمادة (361) تجارة إماراتي.

(3) Escarra et Roult: Traité.T.6op cit.n.950-952.

الشركة المصدرة للأسهم المودعة، رغم أن البنك كان قد تعهد في إيصال إيداع الأوراق المالية لديه بالقيام بلا مسؤولية بكافة عمليات الصرف وفحص نتيجة السحب... وغيرها من العمليات التي تتعلق بالأوراق المودعة، فضلا عن أن العادات البنكية تفرض على البنك القيام بهذا الالتزام، ولكن، دفع البنك المودع لديه بعدم وجود أي التزام تفرضه عليه العادات البنكية، كما أنه لم يقم بهذه العملية على الإطلاق. وقد حظيت هذه الدفوع الأخيرة بقناعة محكمة السين التي قضت بعدم مسؤولية البنك تأسيسا على عدم وجود عادة بنكية تلزمه بذلك، لأن عمليات زيادة رأس المال لم تتم بناء على عمليات معتادة للأسهم المودعة، ومن الضروري أن يكون هناك تعليمات خاصة ومحددة بهذا الخصوص، فضلا عن أن تعهد البنك في إيصال الإيداع يشير إلى عدم مسؤوليته عن القيام بالعمليات المتعلقة بالأسهم المودعة، وكان في الإمكان عند عملية الإيداع الاتفاق على التزام البنك وتحت مسؤوليته بإخطار العميل عن زيادة رأس المال[1]. وقد تأيد هذا الحكم الابتدائي من قبل محكمة استئناف باريس التي أضافت بأنه لا يوجد هناك أي مقابل متفق عليه نظير قيام البنك بإخطار العميل عن زيادة رأس المال، وأنه إذا كانت البنوك تقوم غالبا بإخطار العملاء، فإن هذا الإخطار يتم على سبيل المجاملة، وليس كالتزام يقع على البنك في وديعة الأوراق المالية[2].

ولكن الاتجاه الحديث في الفقه والقضاء يميل، حتى في غياب النص التشريعي، إلى الاعتراف بوجود التزام على عاتق المصرف المودع لديه بإخطار العميل بكافة العمليات التي تخص الأوراق المالية المودعة لكي يتمكن المودع من المحافظة على حقوقه. وقد ذكرت مبررات قانونية متنوعة لتأسيس وإسناد هذا الالتزام بالإخطار، وكما يأتي:

فابتداء، ثمة رأي ذهب إلى أن البنك لا يلزم بإخطار العميل إلا إذا جرى البنك على إخطار عميله فيكون قد تعهد ضمنا بإخطاره، وبشرط أن تكون الزيادة متعلقة بسندات معروفة في السوق وتعلن العمليات المتعلقة بها للكافة[3]. وقد لوحظ أن هذا الرأي يسند الالتزام بالإخطار على أساس العرف والعادات المصرفية[4]. فالواجب المهني، القائم على العرف المصرفي وآلية العمل المصرفي، يستدعي بدوره هذا الإخطار البنكي للعميل لما فيه من مصلحة مادية متحصلة للبنك من وراء هذا الإخطار الذي قد ينجم عنه- غالبا- الاكتتاب نيابة عن العميل، ومن ثم جني العمولة البنكية، هذا فضلا عن المصلحة المادية التي قد تعود للعميل من وراء إخطاره، ومن ثم اكتتابه في الأسهم، الأمر الذي يجعل هذا الإخطار البنكي يمثل أحد الواجبات المهنية الحديثة للبنوك، والتي أخذ العرف المصرفي الحديث في غرسها، والتي تؤديها البنوك المرموقة ذات الأداء العالي – عالميا- في الخدمات المصرفية في الوقت الحاضر[5].

والأساس القانوني الآخر لهذا الإخطار يتمثل في تطبيق البنك لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، ذلك لأن العميل قد ركن بأوراقه المالية إلى البنك المودع لديه، لكونه محترفا، ويملك من القدرات والكفاءات ما

(1) -Trib. cive Seine.16 déc 1924.257. note Esmein.

(2) أنظر حكم: Paris 16. Juin.1928 - ذكره حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل، البحث المذكور، ص244.

(3) علي جمال الدين عوض: المرجع سابق، بند ، ص969، د. إلياس ناصيف: وديعة الصكوك... المرجع المذكور، ص66.

(4) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل- البحث المذكور، ص245.

(5) جديع فهد الرشيدي: المرجع المذكور، ص396.

يحقق للعميل الحصول على كثير من المعلومات المؤكدة في مجال استثمار الأوراق المالية، الأمر الذي يلقي على البنك، استنادا لعقد إيداع الأوراق المالية، وتطبيقا لمبدأ حسن النية في تنفيذ العقود، وبصفته محترفا، واجب الإخطار عن مثل هذه العمليات[1].

هذا التصور يلاحظ في قرار قضت به محكمة النقض الفرنسية[2]، تأييدا للحكم صادر عن محكمة باريس الابتدائية[3] الذي أدان البنك لارتكابه الخطأ بعدم إخطار العميل المودع، حيث قررت محكمة النقض بأن التزام البنك ببذل العناية في حفظ الأوراق التي تلقاها كوديعة بصفته رجلا مهنيا مأجورا، لا يقتصر على الحفظ المادي للصكوك فحسب، وإنما يتضمن الالتزام بإخطار العميل بعملية جمع الأسهم بواسطة الشركة المصدرة، بحيث يكون مسؤولا إذا قصر في ذلك عن تعويض الضرر الذي يلحق بالعميل نتيجة عدم الإخطار[4].

وأخيرا، يلاحظ أن الطبيعة القانونية الخاصة لعقد وديعة الأوراق المالية تعد هي الأخرى، وبحق، الأساس القانوني لإسناد التزام المصرف المودع لديه بإخطار العميل. فالمصرف المودع لديه يلتزم بإخطار العميل بكافة العمليات التي تخص أوراقه المالية المودعة، ولا يجوز للمصرف المذكور الإدعاء بعدم علمه بما طرأ على الأوراق المودعة، لأن غالب المستجدات تكون علنية ومعلومة للكافة، والمصرف المودع لديه يلتزم بإخطار العميل متى علم بذلك، لأنه يعتبر مودعا لديه ووكيلا عن العميل في نفس الوقت، والعلاقة الناشئة بينهما تقوم على أساس الثقة المتبادلة، وبالتالي يجب على كل طرف أن يقوم بتنفيذ التزاماته مع تمام الأمانة، لاسيما المصرف الذي يجب أن يحافظ على مصالح عميله، علما بأن غالبية عمليات البنوك يكون فيها البنك عادة وكيلا عن عميله، حيث ترتبط المهنة المصرفية إلى حد كبير بصفة الوكيل، ويجب على المصرف كوكيل عن العميل أن يخطره عن مستجدات ظروف الإدارة ليتسنى للعميل المودع، في الأقل، تجنب الخسارة وتحقيق المكاسب. لهذا، أيدت محكمة النقض الفرنسية في قرارها المذكور أنفا (1966/12/15) الحكم الصادر عن محكمة الموضوع الذي قرر أن البنك بوصفته محترفا يعمل لقاء أجر، وبالتالي فإن التزامه بحفظ الأوراق المالية المودعة لا يتوقف عند حفظها ماديا، بل يتضمن الالتزام بإخطار العميل بالأمور المتعلقة بها، ومن تم قضت محكمة النقض بمسؤولية البنك المودع لديه الذي لم يخطر عميله بعملية تجميع

(1) المرجع السابق.

(2) - Cass.com,14 dec.1965: Bull.civ.3.n.643; Banque.1966.P.211 obs. X. marin; R.T.D.com 1966 .obs. Becqué et Cabrillac; Banque.1966.P.2112 obs.X. Marin; R.T.D.com.1966. p 375 obs. Becqué et Cabrillac.

(3) - Trib.inst. Paris.12 nov.1963 : Gaz- Pal.1964.1.356

(4) نقلا عن حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل... البحث المذكور، ص 245.

- وتجدر الإشارة إلى قرار آخر صادر عن محكمة الاستئناف بروكسيل قضى بأن البنك إذا لم يخطر العميل يكون قد ارتكب خطأ، لأن لم يقم بالتحريات المعقولة المنتظرة من بنك محترف، وذلك من يودع الأوراق في البنك إنما يركن إلى كفاءة البنك في التحقق من المعلومات التي لا يملك المودع الوسيلة إليها، كما أن البنك لم يقم بما يفرضه عليه حسن النية، ما دام قد أوقع المودع في غلط حول حقيقة المعلومات التي قدمها وذلك لأنه اقتصر على النظر إلى وسائل النشر العادية ولم يكلف نفسه التفتيش في التشريعات المتخصصة (استئناف بروكسل في 1957/4/15 مجلة بنك، ص 257، (ذكره علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور، بند 812، ص971).

الأسهم (استبدال كل بضعة أسهم قديمة بسهم واحد جديد) لأن عدم اتخاذ قرار بشأن هذه العملية قد يجعل من الأسهم كسرا لا قيمة له (un rompu sans valeur)[1].

صفوة القول، تتمثل بأن المصرف المودع لديه ملزم بإخطار عميله المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالأوراق المودعة، ويستلزم موافقته أو يتوقف على اختياره، واعتبار الواقعة المراد الإبلاغ بها متعلقة بالصكوك المودعة أو غير متعلقة بها مسألة موضوعية تخضع لتقدير قاضي الموضوع[2].

ترى ما الحكم لو لم يكن هناك متسع من الوقت لإخطار العميل المودع، أو قام البنك بإخطار العميل المودع بخيار معين، ولكن هذا العميل التزم الصمت دون أن يبلغ البنك بخياره، فهل يهمل البنك المودع لديه الأمر أم يجب عليه التصرف بما ينفع العميل؟

رابعا: مباشرة العمليات اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالأوراق المودعة

أسلفنا بأن بعض التشريعات التجارية العربية كرست الإشارة الصريحة إلى قيام البنك بالعمليات اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالأوراق المودعة، ونذكر من ذلك قانون التجارة المصري الجديد الذي نص في المادة (312) منه بأن "على البنك القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالصك التي يتقرر منحها له دون مقابل، كتقديمه لاستبدال أو لوضع الأختام أو لإضافة قسائم أرباح جديدة". ويمكن الإشارة أيضا إلى القانون الليبي الذي نص على أن المصرف يلتزم بأن: يقوم بحماية الحقوق المتعلقة بالسندات نفسها[3].

ونلاحظ مع الفقه[4] أن النص المصري المذكور تضمن تعداد عمليات ثلاث جاءت على سبيل المثال وليس الحصر، كما نلاحظ أن معيار قيام البنك بالأعمال اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالأوراق المودعة يكون من تلقاء نفسه إذا كانت تلك الحقوق منحت للأوراق المودعة دون مقابل.

ونضيف الإشارة إلى أن جانب من الفقه يقرر ذات الحكم حتى في حالة غياب النص التشريعي[5]، وبالتالي يلتزم الطرف المودع لديه باستبدال الأسهم المودعة في حالة قيام الشركة المصدرة للسهم المودع بتحويله من سهم عادي إلى سهم تمتع، كما يلتزم المصرف المودع لديه أن يعمل على تحصيل الفوائد التي تغلها السندات المودعة عن طريق اقتطاع قسائم الأرباح وتقديمها للاستيفاء.

ولكن تجدر الإشارة هنا على قضية عرضت على القضاء الفرنسي تتلخص وقائعها في أن البنك المودع لديه قام، بمبادرة من جهته، باستبدال أسهم العميل المودع بأسهم أخرى في عرض عام للتبديل (un offre

(1) بهذا الاتجاه لاحظ اللائحة العامة لمجلس الأسواق المالية في فرنسا (م/ 6-3-4) حيث يفرض على ماسك حساب الحفظ أن يبلغ صاحب الحساب بالحوادث المعدلة لحقوقه على الأوراق المالية المحفوظة عندما يعتقد لأسباب معقولة أن صاحب الحساب لم يبلغ بها. للزيادة بالتفصيل، راجع د. عاشور عبد الجواد، المرجع المذكور، ص83.

(2) عاشور عبد الجواد: المرجع السابق.

(3) لاحظ المادة (227) من قانون التجارة الليبي.

(4) فهد جديع الرشيدي: المرجع المذكور، ص 393، كذلك : عاشور عبد الجواد: المرجع المذكور، بند (88) ص 78.

(5) رزق الأنطاكي: الحسابات والاعتمادات المصرفية، المرجع المذكور، بند (94)، ص 224.

(publique d'echange حيث كان العميل المودع يملك 144 سهما من أسهم شركة الراين والموزيل وقام البنك باستبدالها ب 504 من أسهم شركة الملاحة المختلفة، ولدى النزاع أمام القضاء ادعى البنك أنه قام بهذا الاستبدال في مصلحة العميل المودع، وأنه تصرف بوصفه فضوليا، حيث لم يتمكن من الاتصال بهذا العميل، ولكن، هذا الدفع لم يحظ بالقبول من القضاء، حيث قررت محكمة النقض الفرنسية[1]، مؤيدة حكم الاستئناف[2]، بأن البنك بهذا التصرف قد أخل بالتزامه بوصفه مودعا لديه، كما أخل بمبدأ عدم التدخل في شؤون العميل، وألزمته بالتعويض على أساس انتفاء شروط الفضالة، من جهة، لأن البنك لم يثبت أن العميل لم يكن يستطيع التصرف بنفسه، ولم يثبت كذلك خطورة بقاء أسهم العميل كما هي دون تبديل، وليس هناك، من جهة أخرى، ما يفيد إقرار العميل بالتصرف الذي أجراه البنك.

ويستنتج من هذا القرار، أن محكمة النقض الفرنسية لا ترفض صحة تصرف البنك بالأسهم المودعة لديه، بمبادرته الفردية وفي غياب تعليمات العميل، متى توفرت شروط الفضالة، كما لو تعلق قرار البنك ببواقي الأسهم في حالة زيادة رأس المال[3]. وأرجح ما يراه جانب من الفقه الفرنسي بهذا الصدد هو أن على البنك أن يبذل وسعه لمصلحة العميل[4]، فعليه تصفية العمليات الجارية وإتمام العمليات التي تهدف إلى تفادي الخسائر، وتلك التي لها طابع العمل التحفظي.

ويجد هذا الاستنتاج دعما في تطبيقات أخرى للقضاء الفرنسي، حيث قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا لوم على البنك الذي يصفي عمليات المرابحة في البورصة إذا لم تصله تعليمات من العميل المودع[5].

وقد تبنى القضاء الفرنسي نفس الاتجاه بشأن الاكتتاب في الأسهم الجديدة في حالة زيادة رأسمال الشركة المصدرة للأوراق المالية المودعة، حيث طرح السؤال عما إذا كان البنك المودع لديه ملتزم بالاكتتاب بالأسهم الجديدة من تلقاء نفسه باعتبار أن هذه الأخيرة ذات صلة بالأوراق المودعة.

ولا تخفى أهمية هذا السؤال إذا لاحظنا أن الإصدار الجديد للأسهم يكون بالقيمة الإسمية للسهم المودع وهي قيمة تكون عادة منخفضة عن القيمة السوقية للسهم بحيث يعتبر الفرق بين القيمتين بمثابة ربح للعميل المودع إذا حظي بالاكتتاب بهذه الأسهم الجديدة، وبخلافه، فإن دخول مساهمين جدد يؤدي بدون شك إلى الإضرار بمصالح المساهمين القدامى لتوزيع الأرباح على عدد أكبر من المساهمين، حيث يستفيد المساهمون الجدد من المجهودات التي بذلها المساهمون القدامى. لذلك أعطى القانون للمساهمين القدامى مزايا خاصة كحق الأولوية في الاكتتاب في الأسهم الجديدة عند زيادة رأس مال الشركة، ويكون اكتتاب المساهمين القدامى كل منهم بنسبة أسهمهم الأصلية تحقيقا للعدالة بينهم[6].

(1) cass.Com .12 Janv.1999/ J.C.P.1999 n.10070note BET IT:

(2) Colmar.5déc.1995

(3) Cabrillac: obo.Rer.trim.dr.com.1999 p.481

(4) Rives- Lang et Monique: op cit, p.261

(5) Cass.com.6 Juill.1964: J.C.p.1965 n.14024.obs.Gavalda

(6) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل، البحث المذكور، ص 230، د. أكرم ياملكي: القانون التجاري، الشركات، الشركات، طبعة 2006، عمان، ص222.

ويقينا أن الحق في الاكتتاب في الأسهم الجديدة يعد حقا لمالك الأوراق المالية، وبالتالي يجوز له أن يطلب من المصرف المودع لديه مباشرة هذا الحق، ولكن في غياب هذا الطلب والاتفاق بين المصرف والعميل المودع للأوراق المالية، هل يجب على المصرف المودع لديه أن يباشر الاكتتاب في الأسهم الجديدة الصادرة عن الشركة المصدرة للأسهم المودعة بمناسبة زيادة رأسمال هذه الشركة؟

إجابة على هذا السؤال، قضت محكمة استئناف بواتييه بأن البنك المودع لديه الأوراق يملك الحق في بيع حقوق الاكتتاب الخاصة بالأسهم المودعة لديه، وذلك في دعوى تتلخص وقائعها في أن أحد البنوك قام ببيع حقوق الاكتتاب في الأوراق المالية الخاصة بأحد العملاء، دون أن يتلقى أية تعليمات منه، وذلك لتجنب الخسارة التي كانت ستلحق بها الأوراق المودعة، حيث اعتبرت المحكمة أن البنك بقيامه ببيع حقوق الاكتتاب في الأسهم الجديدة عند زيادة رأس مال الشركة المصدرة لها في غياب تعليمات العميل، إنما تصرف كفضولي، ورفضت إدانته، لأن المهم هو تقدير ما إذا كان هذا الفضولي قد ارتكب خطأ من عدمه في عملية البيع، وحيث أن البنك لم يرتكب أي خطأ في هذه العملية، كما أنه لم يتصرف وفقا لمصلحته الشخصية، فإن العميل هو الذي يجب أن يتحمل الضرر لارتكابه خطأ بإهماله بإعطاء التعليمات للبنك قبل رحيله[1].

وقد حظى هذا الحكم الاستئنافي بالتصديق والتأييد من قبل محكمة النقض الفرنسية على أساس أن البنك لم يرتكب أي خطأ ببيع حقوق الاكتتاب في الأسهم الجديدة عند زيادة رأس مال الشركة المصدرة لها، لأنها كانت معرضة للسقوط والضياع وأن البنك لم يقصر في ذلك لأن المدة المحددة للاكتتاب كانت قصيرة، وأن العميل كان موجودا بالخارج ولم يقع أي خطأ من ناحية البنك، بل أن العميل هو الذي أخطأ بإهماله في عدم ترك تعليمات للبنك قبل رحيله[2].

وبهذا، كتب المعلق على الحكم الاستئنافي، بأن هذا الحكم يعطي البنك المودع لديه الحق في إجراء ما يراه مناسبا لحماية مصلحة المودع بدلا من اتخاذه موقفا سلبيا[3].

ولكن لدى إمعان النظر في القرارات المذكورة أعلاه، تترشح ملاحظتان أساسيتان تجدر الإشارة إليهما:

1- إن الحكم الاستئنافي وقرار النقض ركنا إلى فكرة الفضالة لتأسيس دور البنك المودع لديه في حين أن البنك لا يعتبر فضوليا، وإنما يعتبر وكيلا عن العميل المودع ، لذا كتب أحد الباحثين بحق بأن "البنك عندما قام بالتصرف في حقوق الاكتتاب الخاصة بعميله المودع إنما تصرف تصرفا على التزامه بإدارة محفظة أوراقه المالية والمحافظة على حقوقه فيها، وهذا الالتزام يجد أساسه في حالة غياب الاتفاق على ذلك صراحة في العادات المصرفية أو الوكالة الضمنية الصادرة لصالح البنك...".

2- إن الحكم الاستئنافي وقرار النقض كرس الاعتراف ب "حق" البنك المودع لديه في الاكتتاب بالأسهم الجديدة، رغم غياب الاتفاق على ذلك، ولكن الأحكام المذكورة لم تتضمن الإجابة على التساؤل المطروح بشأن مدى التزام البنك المودع لديه في المساهمة بالاكتتاب من تلقاء نفسه، وبدون طلب من العميل المودع.

---

(1) Poitier.28 avril 1948: D.1948.353 note Carbonnier, Banque 1948 P.653 obs.X. Marin - نقلا عن حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل، المرجع المذكور، ص243.

(2) X. Marin : observation précitée in Banque.1968.p.645.

(3) المرجع السابق،

ويبدو لنا، أن هذا الالتزام يثقل كاهل المصرف المودع لديه طالما أن الأسهم الجديدة، المطروحة للاكتتاب بمناسبة زيادة رأس مال الشركة المصدرة لها، تنطوي على ميزة مقررة للمساهم المودع بحيث يترتب على تفويتها ضرر وافتقار لهذا العميل الذي يكون في ظروف لا تسمح له المباشرة في هذا الاكتتاب، وبالتالي يكون قيام المصرف المودع لديه بالمساهمة في هذا الاكتتاب من تلقاء نفسه، وفي غياب طلب من العميل المودع، تصرفا يهدف إلى "حماية الحقوق المتصلة والمتعلقة بالأوراق المالية المودعة"، وينزل هذا التصرف منزلة العملية التابعة التي لا يجوز للمصرف إغفالها، ما لم يكن هناك متسع من الوقت لطلب رأي العميل المودع بموجب إخطار موجه إليه كما سيأتي، وهذا ما تقرره صراحة بعض التشريعات التجارية العربية كالقانون المصري الجديد والقانون الكويتي، حيث جاء النص متضمنا بوجه خاص أنه إذا لم تصل تعليمات المودع في الوقت المناسب، وجب على البنك أن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على المودع ويتحمل المودع المصاريف فضلا عن العمولة[1].

وبهذا الصدد، تجدر الإشارة إلى خلاف ظهر في الفقه المصري حول التزام البنك بالمبادرة إلى القيام بالعمل نيابة عن العميل الذي لم تصل تعليماته إلى البنك: فثمة اتجاه يرى أن المشرع يخول البنك سلطة تقديرية تقف عنه حد إعلان الخيار المتاح الذي يقدر أنه يحقق مصلحة العميل المودع، أما الالتزامات التي تترتب على هذا الاختيار كدفع قيمة الاكتتاب في الأسهم الجديدة، فلا يلزم بها البنك المودع لديه إلا إذا كلفه المودع بالاكتتاب ودفع القيمة المطلوبة، لأن الاكتتاب باسم العميل لا يكون إلا بإذن صريح منه[2]. وثمة اتجاه آخر يرى أنه إذا لم تصل تعليمات العميل في وقت مناسب، فإن البنك المودع لديه ملزم بأن يعمل بما فيه مصلحة العميل المودع، فيحضر مثلا الجمعية العامة للشركة المصدرة للأوراق المودعة ويكون على هذا البنك أن يصوت على قراراتها، وأن يكتتب بالأسهم الجديدة، وأن يعلن رغبته في تحويل سندات العميل إلى أسهم، وذلك حتى لا يفوت هذه الحقوق على العميل المودع[3].

ورغم أن الرأي الأول هو الأكثر احتياطا، فقد لوحظ، بحق، أن الرأي الثاني هو الذي يتفق مع روح ونص المادة 313 من قانون التجارة المصري التي تقرر أنه: "إذا لم تصل تعليمات المودع في الوقت المناسب وجب على البنك أن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على المودع، ويتحمل المودع المصاريف فضلا عن العمولة العادية"، فالوقوف عند حد إعلان الخيار- كما يرى الاتجاه الأول- لا يعد "تصرفا في الحق" من جهة، ولا يترتب عليه، من جهة أخرى، مصاريف يتحملها المودع، لأن هذه المصاريف تنفق عند قيام البنك بتنفيذ الخيار[4].

ومعيار مبادرة البنك إلى التصرف في الحق هو تحقيق مصلحة العميل المودع[5]، فإذا اعتقد البنك بحسن نية، وعن علم وتبصر بوصفه مهنيا محترفا، وفي ضوء المعلومات والتقارير التي تحت يده، أن التصرف في الحق

(1) أنظر المادة 313 من قانون التجارة المصري الجديد والمادة 341 من قانون التجارة الكويتي والمادة 461 تجارة إماراتي.

(2) علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور، بند 811، ص 969.

(3) حسني المصري: المرجع المذكور، ص 146.

(4) عاشور عبد الجواد: المرجع المذكور، بند 85، ص 46.

(5) رضا عبيد : المرجع المذكور، ص 319.

على نحو معين يحقق مصلحة العميل، وجب عليه التصرف على هذا النحو، وينظر في كل حالة على حدة، فمثلا، إذا طرحت الشركة أسهما لزيادة رأس مالها، فقد يكون هذا لتعويض خسائرها المتلاحقة، ويعلم البنك- وهو الذي يحصل أرباح الأسهم- أن عميله غير راض عن أداء الشركة، وأنه يود التخلص من أسهمه فيها، فإن اكتتاب البنك- رغم ذلك – في أسهم الزيادة نيابة عن العميل المودع (الذي لم تصل تعليماته إلى البنك) لا يعد محققا لمصلحة هذا العميل، ويتحمل البنك المسؤولية الناشئة عن هذا الاكتتاب، أما إذا كانت زيادة رأس المال بغرض مواجهة توسع الشركة في نشاطها، وأن الشركة تحقق معدلات أرباح مرتفعة، وأن العميل (المودع) راض عن أدائها ومتمسك بأسهمه فيها، فإن الاكتتاب في أسهم الزيادة يكون محققا لمصلحة العميل، وبالمثل فإن قرار تحويل السندات إلى أسهم قد يكون بهدف التخلص من الفوائد الثابتة سنويا والتي تشغل كاهل الشركة، وتحويل أصحاب السندات إلى مساهمين لا يحصلون على أي عائد إلا إذا حققت الشركة أرباحا، بل ويتحملون في الخسائر أيضا، وقد يكون بهدف مكافأة أصحاب السندات وإشراكهم في الأرباح الكبيرة التي تحققها الشركة والتي تزيد على الفائدة المقطوعة للسند، وهكذا، فإن المسألة في النهاية تخضع لتقدير البنك ومن ورائه قاضي الموضوع[1].

وأخيرا، فقد أثير التساؤل حول صفة البنك ومركزه القانوني عندما يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على العميل المودع ويقينا بأن هذا التساؤل يجد له جوابا صريحا في نص التشريعات التجارية الحديثة (المصري والكويتي والإماراتي) التي رتبت التزاما عقديا في ذمة البنك طرف عقد وديعة الأوراق المالية بأن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على العميل المودع في حالة عدم وصول تعليمات هذا الأخير في الوقت المناسب[2].

ولكن السؤال يبقى مطروحا بالنسبة للتشريعات الخالية من النص المذكور (كالقانون الفرنسي والأردني والسوري واللبناني والعراقي). وبهذا الصدد، تجدر الإشارة إلى أن اتجاها ذهب إلى اعتبار أن البنك يكون في هذه الحالة في مركز الفضولي الذي يعمل لمصلحة عميله، ومن ثم فإن قواعد الفضالة هي التي تطبق في هذا الميدان، فقد حكم في فرنسا بأنه في حالة وفاة العميل معطي الأمر وعدم وصول تعليمات من الورثة، فإن البنك يتصرف بوصفه فضوليا[3]، كما حكم بأن البنك إذا لم يكن موكلا في تنفيذ العملية فإنه يتصرف بوصفه فضوليا[4].

ويجد هذا التكييف دعما في الفقه[5] الذي يؤكد على اعتبار البنك المودع لديه بمركز الفضولي إذا قام بعمل ليس ملزم به بموجب عقد الوديعة إذ الفضالة هي أن يتولى شخص عن قصد القيام بشأن عاجل لحساب شخص آخر دون أن يكون ملزما بذلك[6]، ولا يكفي في هذا الشأن العاجل أن يكون نافعا أو مفيدا، بل لا بد

(1) عاشور عبد الجواد: المرجع المذكور، بند (85)، 76-87.

(2) لاحظ المادة 313 تجارة مصري والمادة 341 تجارة كويتي والمادة 461 تجارة إماراتي.

(3) Lyon.30 Oct. 1974 : J. C.P. 1975. No.18035.obs.M.BOITARD.

(4) Poitier.28avril.1948: D.1948.Juris.353.

(5) عاشور عبد الجواد: المرجع المذكور، بند 86، ص 87-88.

(6) أنظر المادة 188 من القانون المدني المصري والمادة 301 من القانون المدني الأردني.

- وراجع أيضا: عدنان إبراهيم السرحان و نوري حمد خاطر: مصادر الحقوق الشخصية، مرجع سابق، ص 543، وما بعدها.

أن يكون ضروريا وما كان رب العمل ليتوانى عن القيام به[1]. وبالتالي، يشير جانب من الفقه إلى أن البنك لا يفيد من الفضالة إلا إذا أثبت أن عميله ما كان يستطيع- لأسباب معقولة – القيام بالعمل بنفسه، ويجب على البنك أن يبين حجم المخاطر التي كانت تلحق بالعميل إذا لم يقم البنك بهذا العمل لصالحه، ولتقدير سلوك الفضولي وتحديد ما إذا كان قد ارتكب خطأ في إدارته يجب على القاضي أن يضع نفسه مكان الفضولي وقت إتمام العمل محل النزاع[2].

ويبدو لنا أن تكييف المركز القانوني للبنك المودع لديه يستند في الأصل إلى الطبيعة القانونية الخاصة لعقد وديعة الأوراق المالية، تلك الطبيعة التي، كما لاحظنا تفصيلا، تتمثل بازدواج عقدي الوديعة والوكالة جنبا إلى جنب، خاصة وأن قوانين بلاد الشام (اللبناني والسوري والأردني) قضت صراحة بأن تطبيق قواعد الوكالة على الودائع المصرفية إذا أخذ المصرف على نفسه إدارة الأوراق المالية المودعة مقابل عمولة[3].كما أن هذا التوصيف ينسجم مع أحكام القوانين التي لم تنص على تبني قواعد الفضالة، كالقانون المدني العراقي.

خامسا: تبصير المودع عن شؤون الأوراق المالية المودعة

بداهة إن إخطار العميل المودع بمستجدات ظروف إدارة الأوراق المالية يؤدي إلى اطلاعه على المركز المالي لودائعه ومصيرها، كما أن القواعد العامة في الوكالة تقضي بالتزام الوكيل بأن يطلع الموكل من وقت لآخر على الحالة التي وصل إليها في تنفيذ الوكالة[4]. لذا، كرست محكمة النقض الفرنسية في أحد قراراتها مبدأ عاما يقضي بالتزام الوسيط المالي بالإعلام في مواجهة عميله أيا كانت العلاقة التعاقدية التي تربطهما، سواء كانت عقد إدارة محفظة أو عقد وديعة صكوك أو عقد نقل أوامر البورصة[5].

ولكن، إذا كان المصرف المودع لديه يلتزم بإعلام المودع بمستجدات ظروف الأوراق المودعة، فهل يمتد هذا الالتزام ليشمل الالتزام بالمشورة والنصيحة؟ خاصة أن "المعلومة" قد تتسم بالطابع المحايد دون أن تنطوي في ذاتها حثا أو دفعا نحو اتخاذ موقف معين، في حين أن المشورة والنصيحة تنطوي على موقف أكثر إيجابية من الإدلاء بالمعلومات، ومن شأنها حمل المتعاقد الآخر على إتيان عمل معين أو الامتناع عنه بحيث قد ينطوي الأمر على التحذير"[6].

لاشك أن المصرف المودع لديه يلتزم بتقديم المعلومات والمشورة والنصيحة في حالة وجود نص في عقد وديعة الأوراق المالية، ولكن، السؤال طرح في حالة غياب نص في العقد، فهل يوجد التزام على عاتق المصرف المودع لديه بتقديم المعلومات والمشورة والنصيحة عند إدارته لمحفظة أوراق عميله المالية؟

---

(1) محكمة النقض المصرية، قرار صادر في 18 يناير 1974، مجموعة أحكام النقض، السنة 25، ص138، أورده: عاشور عبد الجواد، المرجع السابق.

(2) Cabrillae: obs. sur Cass. Com.12 Janv.1999: Rev.trim.dr.com.1999 p418

(3) لاحظ الفقرة (3) من المادة (116) تجارة أردني، والمادة (409) تجارة سوري، والمادة (308) تجارة لبناني.

(4) لاحظ المادة (936) مدني عراقي، (856) مدني أردني، والمادة (720) مدني مصري.

(5) - Com.com.5 nov.1999: Bull. Joly Bourse et Produits Financiers.1993,p.292 note. F. Peltier .

(6) هشام فضلي: إدارة محافظة الأوراق المالية لحساب الغير، المرجع المذكور، بند 38، ص42.

الإجابة على هذا السؤال هي موضع خلاف نظرا لما ينطوي الاعتبار بهذا الالتزام من تأثير على حياد المصرف وعدم التدخل في شؤون عميله ما لم يوجد اتفاق خاص بين الطرفين. لذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية بعدم التزام البنك في عقد وديعة الصكوك في تقديم مشورته إلى العميل بشأن الخيار الضريبي المتعلق بالصكوك محل الحفظ، إذ أن العقد الذي يجمعهما ليس عقد إدارة محفظة أوراق مالية[1]. وفي قرار آخر، قضت محكمة النقض الفرنسية بأن لا العادات المصرفية و لا العدالة ولا القانون يفرض على البنك التزامه بإعلام العميل المودع بالأحداث التي طرأت على حياة الشركة المصدرة لأوراقه المالية، حيث كانت الشركة خاضعة لتسوية قضائية[2].

وبخلاف القرارات المذكورة يذهب الاتجاه العام إلى الاعتراف بالتزام المصرف المودع لديه بتقديم المعلومة والمشورة إلى العميل المودع، وذلك على صعيد القضاء والفقه.

على صعيد القضاء، يلاحظ أن محكمة النقض الفرنسية قد أكدت مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والمشورة شريطة إثبات العلاقة السببية بين خطأ البنك والضرر الذي أصاب العميل[3]. كما وقضت أيضا بمسؤولية البنك لارتكابه الخطأ بتقصيره في تقديم المعلومات والمشورة لعميله فيما يتعلق بعملية نقل الأوامر إلى البورصة[4]. وقد أكدت محكمة استئناف باريس في حكم لها بأن العادات المصرفية والعدالة تفرض على البنك المودع لديه الالتزام لا بالحفظ المادي للأوراق المالية المودعة فحسب، وإنما أيضا بالحفظ القانوني لكي يفي بالتزامه ببذل العناية اللازمة بصفته كرجل مهني مأجور: فيجب على البنك وفقا لظروف كل حالة، أن يخطر المودع ويقدم له المعلومات الضرورية لكي يتمكن من القيام بالأعمال اللازمة لحفظ قيمة أوراقه المالية أو أن يقوم البنك بنفسه بالمحافظة على هذه الأوراق، وهذه المعلومات يجب أن تكون تلقائية[5]. وحري بالإشارة إلى أن القرار الاستئنافي المذكور صدر تأييدا لحكم محكمة باريس الابتدائية الذي كان قد قضى بمسؤولية البنك لتقصيره في تقديم المعلومات للعميل، الأمر الذي ترتب عليه عدم إمكانية التصرف في سنداته في الوقت المناسب.

وعلى صعيد الفقه، يلاحظ أن الاتجاه المعاصر[6] يعترف بوجود الالتزام على عاتق المصرف المودع لديه بتقديم المعلومات والمشورة للعميل المودع حتى في حالة غياب النص على ذلك في العقد، ذلك لأن المصارف تمارس مهنة خاصة بها تخضع لتنظيم خاص وتتمتع بالاستقلالية في ممارستها، فهي تحتل وضعا متميزا يجعلها تحوز على ثقة الجمهور فيها، ويسمح لها من خلال الأنشطة المختلفة التي تضطلع بها بتقديم المعلومات والمشورة بسبب معرفتها بأحوال العملاء، "فالبنك بوصفه وسيطا مطلعا على أسرار عميله يعد مؤهلا لأن يقدم له المشورة التي يحتاجها، فعقود وديعة الأوراق المالية لدى البنوك تتضمن التزام البنك بتقديم المشورة وإخطار العملاء بكافة العمليات المختلفة التي ترد على الأوراق المالية المودعة... حيث يجد

(1) Cass.com.17 oct.1 1995: Droit des sociétés . Janv.1996n.24 note H- Havasse-

(2) Cass.com.9 Janv.1990: D.S.1990.173 note Brile: J.C. P.1990.2-21459 note J. Stoufflet

(3) Cass. Civ.22 fév.1984: D. 1984 J.386 note.J.l Berre M. Groutel.

(4) Cass com .28 oct .1974; D.S.1976.2.273 note Decome

(5) Paris 13 Juill.1988: Gaz. Pal.1989 note Piedelievre

(6) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل... البحث المذكور، ص 246 .

هذا الإلتزام حاليا أساسه في الوكالة الصريحة أو الضمنية الصادرة من العميل لصالح البنك الذي يتولى إدارة أوراقه المالية، وتنعقد مسؤليته بالتالي إذا كان هناك أي تقصير من جانبه في تنفيذ التزامه ببذل العناية اللازمة".

ويبدو لنا سلامة الاتجاه المعاصر في تبريره وتأسيسه التزام المصرف المودع لديه بتقديم المعلومات والمشورة للعميل المودع، خاصة وأن الالتزام بالإعلام لا يطاله الاعتراض لأن الأوراق المودعة في حيازة المصرف، ولا بد من اطلاع المودع بظروفها لكي يستطيع المحافظة على حقوقه، كما لاحظنا بلزوم إخطاره عن المستجدات المحيطة بهذه الأوراق، وبالتالي، فالالتزام بالإعلام عن هذه الظروف. لا يكفي أن يتمثل بإيصال إخطار أو إشعار يتضمن معلومة محايدة، بل لا بد أن يتم إيصال معلومة منتجة للعميل المودع، لأن هذا الأخير يكون قد ركن إلى قدرة المصرف المودع لديه في الحفاظ المادي والقانوني على حقوقه، الأمر الذي يعني التزام البنك بإعلام العميل المودع لتبصيره بما يجب العمل به في هذا الشأن، وبخلافه ستفوت على المودع الغاية الأساسية من عقد وديعة الأوراق المالية لدى المصرف الذي ينطوي على وكالة صريحة أو ضمنية، والقانون يوجب على الوكيل موافاة الموكل بالمعلومات الضرورية عما وصل إليه في تنفيذ الوكالة.

المبحث الثالث: الجزاء القانوني لإخلال البنك في الالتزام بإدارة الأوراق المالية المودعة

الجزاء المترتب على الإخلال بالالتزام بالإدارة يتمثل بمسؤولية المصرف عن الضرر الذي يلحق المودع نتيجة هذا الإخلال. وإزاء المخاطر التي يمكن أن تتعرض لها المصارف من احتمال قيام مسؤليتها بمناسبة إدارة الأوراق المالية المودعة، جرت بعض المصارف على وضع شروط في صيغة عقد الوديعة للأوراق المالية بهدف التخلص من هذه المسؤولية. وسنتناول فيما يأتي بيان شروط قيام المسؤولية بهذا الصدد أولا، ثم نتعرض لشروط تعديل هذه المسؤولية ثانيا.

أولا: شروط انعقاد مسؤولية المصرف المودع لديه

في غياب تشريع خاص بشأن وديعة الأوراق المالية، فإن مسؤولية المصرف المودع لديه تخضع للقواعد العامة، بحيث يجب أن يقع خطأ من المصرف المذكور وأن يترتب على هذا الخطأ ضرر يصيب العميل، وأن تكون هناك علاقة سببية بين الخطأ والضرر، أي أن يكون الضرر الذي أصاب العميل راجعا إلى إخلال المصرف بالالتزام المفروض عليه[1].

الخطأ يعد شرطا أساسيا لقيام مسؤولية المصرف المودع لديه. ومن حيث المفهوم، يلاحظ أن الخطأ يتمثل بالإخلال بالالتزام بإدارة الأوراق المالية المودعة على التفصيل الذي سبقت الإشارة إليه. ومن حيث الأشخاص، يلاحظ أن الخطأ يمكن أن يقع من المصرف المودع لديه نفسه أو من جانب ممثله القانوني، أو المعبر عن إرادته بوصفه شخصا اعتباريا، أو من تابع له أو من شخص استعان به المصرف في تنفيذ التزامه أو من تابعي هذا الشخص، أي أن المسؤولية العقدية تقوم على عاتق المصرف، إذ أنه في دائرة العلاقات العقدية يتساوى فعل المصرف باعتباره مدين مع فعل من استخدمهم، فيكون خطؤهم في تنفيذ العقد خطأ من المدين

(1) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنك تجاه العميل... البحث المذكور، ص235.

ويثبت له وصفه[1]. وبعبارة أخرى يستوي أن يكون الخطأ قد وقع بفعل المصرف نفسه من خلال أحد تابعيه، أو من خلال شخص استعان به المصرف المودع لديه في تنفيذ التزامه، أو من تابعي هذا الشخص.

ويؤكد الفقه على أن الخطأ الذي يقع من المصرف في تنفيذ التزامه يدخل في عداد الأخطاء المهنية[2]، كما أشرنا إلى ذلك سابقا، بحيث يخضع تقدير الخطأ لمعيار خاص يتناسب مع كون المصرف، رجلا مهنيا يمارس نشاطا مفيدا خاص به، ويحتكر مزاولته فضلا عن الوسائل والإمكانيات المتاحة له والتي تجعله يحتل وضعا متميزا عن العميل الذي لا تتوافر له المعرفة والخبرة اللازمة، فخطأ المصرف يتم تقديره بنوع من الشدة والقسوة تتناسب مع ظروفه كرجل فني متخصص في مجال الأنشطة المصرفية التي يزاولها، فضلا عن أهمية المصالح المعهودة بها إليه[3]. فالقاعدة في محاسبة المصرف عن تصرفاته، كما يشير إليه البعض، هو ما اصطلح على تسميته بمعيار أو قاعدة "الرجل الحريص"، ومقتضاها أنه ينبغي على المصرف أن يتصرف في إدارته لمحفظة الإدارة المالية المكلف بإدارتها، بنفس الطريقة التي يتصرف بها في إدارته لأمواله الخاصة كمستثمر حريص، أي أن تصرفه في إدارته لأموال غيره لا بد أن يكون مقرونا بالحكمة والأمانة والإدراك والتمييز بما يطمئن الآخرين على أسلوب الإدارة والتصرف الذي يتبعه المصرف في إدارته، وحفظه لأموالهم وممتلكاتهم وكأنها أمواله وممتلكاته هو [4].

وبالتالي، فإن معيار الرجل المعتاد لم يعد مناسبا لتقدير خطأ المصرف، لأن هذا المعيار إذا كان يتناسب مع الشخص العادي غير المحترف الذي يبذل قدرا من العناية يتفق وما يملكه من خبرة وإمكانات، فإنه لا يتناسب مع الشخص المحترف، وهو المصرف، الذي يملك خبرة كافية في تخصصه، بصورة لا يمكن توقعها من غير المحترف، ولذلك يخضع تقدير خطأ المصرف لمعيار المهني الحريص وليس لمعيار الرجل المعتاد[5].

---

(1) سعيد سيف النصر: دور البنوك التجارية في استثمار أموال العملاء، المرجع المذكور، بند (218) ص 352.

(2) للزيادة من التفصيل، راجع بشأن الاتجاهات الحديثة في المسؤولية المصرفية التفصيل الذي يذكره الدكتور علي جمال الدين عوض (المرجع المذكور، ص27-28) والذي حاول الدكتور سعيد سيف النصر تلخيصه (المرجع المذكور، بند 223، ص355) موضحا بأن المقصود بالخطأ المهني هو أنه- أي البنك- يمارس نشاطا هاما يمس المصلحة الاقتصادية للأفراد والدولة وممارسته هو ذلك الخطأ الذي ينسب إلى أصحاب المهن في ممارسة مهنهم إذ أن كل مهنة لها واجبات معينة يفرضها عليها أصول المهنة ومن ثم فإن أي إخلال بتلك الواجبات يعقد المسؤولية تجاه من أخل بها. ويرجع السبب في إخضاع البنك لفكرة الخطأ المهني إلى أنه – أي البنك – يمارس نشاطا هاما يمس المصلحة الاقتصادية للأفراد والدولة وممارسته لهذا النشاط تتم على وجه الاعتياد والاحتراف، لدرجة أنه اتخذ صورة الاحتكار الفعلي، إذ لا غنى للناس وخصوصا التجار من خدمات البنوك. ومن هنا فلا بد من أن يكون البنك قد استعد لمباشرة هذا النشاط الاستعداد الكافي من حيث الإمكانات المادية وكفاءة الأشخاص الذين يستخدمهم في تقديم الخدمات، خصوصا في الوقت الحاضر الذي ازدادت فيه حجم عمليات البنوك ضخامة واستطرد فيه استخدام الوسائل والأساليب العلمية لمواجهة هذا التدفق المطرد من العمليات، الأمر الذي أدى إلى ارتفاع مستوى أداء البنك لتلك العمليات بحيث أصبح هذا الأداء – بفضل توحيد الأساليب واستخدام الآلة- أداءا نمطيا أو نموذجيا، يطبق على عدد كبير من العمليات في وقت واحد، سواء صادف ذلك رغبات العملاء أم لا ، بل ربما يرفض البنك الالتزام بخدمات تخرج عن مألوف نشاطه الذي يتفق مع أساليبه وأجهزته بالنظر إلى أن هذا الغير قد أولى البنك ثقته واطمئنانه إلى سلامة وصدق كل ما يصدر عن البنك من سلوك وتصرفات.

(3) حماد مصطفى عزب: مسؤولية البنوك تجاه العميل... البحث المذكور، ص 235-236.

(4) سعيد سيف النصر: المرجع المذكور، بند (224) ص356.

(5) هشام فضلي: إدارة محفظة الأوراق المالية، المرجع المذكور، ص126، ثم لاحظ المراجع التي يذكرها.

وانطلاقا من ذلك يتعين على المصرف المودع لديه أن يتقيد في الأقل بما يأتي: فمن جهة، يجب على المصرف أن يباشر إدارة الأوراق المودعة كما يباشرها مهني متخصص في إعمال إدارة محافظ الأوراق المالية، فيتبع في تحديد اختياراته مسلك غيره من المهنيين في مثل ظروفه[1]، ويتصرف وفقا للأعراف السائدة في الوسط الذي يعمل فيه[2]. ومن جهة أخرى، يجب على المصرف المودع لديه أن يحوز من الوسائل والإمكانات ما يساعده على مباشرة مهنته في ضوء رؤية صحيحة[3].

وفي فرنسا، ثمة تطبيقات قضائية في ميدان إدارة المحافظ المالية تبين بوضوح متى يكون مدير المحفظة قد أنجز التزامه ببذل عناية الرجل الحريص، وهي تطبيقات تصلح للقياس عليها في ميدان وديعة الأوراق المالية لدى المصرف. فمثلا قضي بانعقاد مسؤولية مدير المحفظة الذي يكتتب لمصلحة عميله في أسهم أحد البنوك ، الذي أشهر إفلاسه عقب الاكتتاب فترة قصيرة. وأسست المحكمة قضاءها على إهمال المدير في بذل العناية المطلوبة، إذ أنه لو أجرى بحثا بسيطا عن حالة البنك كان سيتبين له المشاكل التي تحيط والدعاوى العديدة التي أقيمت لشهر إفلاسه[4]. كما حكم بمسؤولية المدير إذا أقدم على شراء مجموعة ضخمة من السندات التي تنطوي على درجة عالية من المخاطر، وكان من آثارها الإخلال بتوازن المحفظة. وقضي بمسؤولية المدير إذا قام بشراء أوراق مالية غير قابلة للتداول في فرنسا[5]، لأنه قد ارتكب خطأ رتب الضرر للعميل.

الضرر اللاحق بالعميل المودع هو الشرط الآخر اللازم لقيام مسؤولية المصرف المودع لديه، حيث يجب أن يترتب على خطأ المصرف في تنفيذ التزاماته ضرر يصيب العميل، وإلا انتفت مسؤولية المصرف. ومعلوم أن جانب من الفقه يؤكد على أهمية هذا الشرط معتبرا إياه أساس المسؤولية المدنية، وبوجه خاص مسؤولية البنك، حيث يذهب أنصار الاتجاه الموضوعي الحديث إلى إقامة مسؤولية البنك على عنصر الضرر فقط ولو لم يرتكب خطأ، وذلك تطبيقا لفكرة تحمل مخاطر المهنة عن الحادث المسبب للضرر[6].

وعموما، لا خلاف في لزوم تحقق ضرر للعميل المودع نتيجة الإهمال والتقصير من جانب المصرف في إدارة الأوراق المالية المودعة. وقد قضي في فرنسا بمسؤولية البنك عن تعويض العميل عن الضرر الذي أصابه نتيجة لخطأ البنك في عدم إبلاغه عن عملية جمع الأسهم بواسطة الشركة المصدرة، الأمر الذي ترتب عليه فقدان قيمة الأسهم[7]. فالبنك عد مسؤولا عن تعويض العميل عن كافة الأضرار التي لحقت به من جراء عدم تنفيذ التزاماته في إدارة محفظة أوراقه المالية، أو التقصير فيها، كعدم إبلاغه أو التأخير بدون عذر في إبلاغه بالعمليات التي ترد على الأوراق المالية التي تتكون منها المحفظة[8].

---

(1) Ch. Gavaldu: note sous cass. Com .12 Juill.1971.D.1972.p.153.

(2) cass.civ.22 mars1977/ Bull. Civ.1977 n.143.

(3) هشام فضلي، المرجع المذكور، ص 126.

(4) Cass. Com.2 mai 1989.، نقلا عن د. هشام فضلي: المرجع المذكور، ص 127.

(5) المرجع السابق.

(6) للزيادة في التفصيل راجع: سعيد سيف النصر، المرجع المذكور، ص 352.

(7) Cass. Com.14 déc.1965: bull.civ.1965 n.643/ Banque.1966 – p 211- ets.not X.marin-R.T.D com 1966- p.375 obs. Becque et Cabrillac.

(8) حماد مصطفى عزب: مسؤلية البنك تجاه العميل، المبحث المذكور، ص 252.

ولتحديد الضرر، يمكن الاستعانة بما هو متبع في ميدان إدارة الأوراق المالية، حيث يتم اللجوء إلى مقارنة النتائج التي حققها المصرف في إدارة الأوراق المالية المودعة مع النتائج التي كان يمكن أن تتحقق فيما لو بذل المصرف المودع لديه العناية الحريصة التي يبذلها غيره من المهنيين المختصين في مثل ظروفه. وإذا كانت القاعدة أن المسؤولية لا تنعقد لمجرد انخفاض أصول المحفظة المالية في سوق يتسم بالطابع الاحتمالي، فإن ذلك مشروط بأن يكون المصرف قد بذل في إدارة الأوراق المودعة عناية الرجل الحريص، وتصرف باعتباره فنيا متمرسا في أعمال البورصة. ويتم تقييم عملية الإدارة بصورة كلية وكاملة بحيث يشمل البحث مجمل العمليات التي قام بها المصرف خلال الفترة التي تولى فيها إدارة الأوراق المالية، دون تفرقه بين فترات الركود عن غيرها من الفترات التي تم خلالها تنفيذ عمليات مربحة للعميل[1]. وإذا كانت الأضرار التي لحقت بالعميل لا ترجع إلى التغيرات المحتملة لقيم الأسعار في أسواق المال، وإنما كانت نتيجة للأخطاء الجسيمة التي ارتكبها المصرف مثل قيامه بإسناد الإدارة إلى الغير- في غير الأحوال المسموح بها بذلك- فإن الاتجاه، وخاصة في القضاء الفرنسي، يميل إلى تقدير الضرر بالفارق بين مبالغ الأوراق المسلمة إلى المصرف عند إبرام العقد والمبالغ التي تسلمها العميل لحظة انتهاء مهمة المصرف[2].

وجدير بالإشارة إلى أن مسؤولية المصرف عن الضرر اللاحق بالعميل المودع يمكن أن تمتد لتشمل الكسب الفائت، على اعتبار أن الحرمان من فرصة الكسب يمثل ضررا محققا لمن كان يأمل فيه، وبالتالي يجوز التعويض عنه شريطة أن تكون الفرصة حقيقة وجادة[3]. ولقد سبق وأن لاحظنا بأن المصرف المودع لديه يلتزم بالقيام ببعض العمليات ذات الصلة بالأوراق المالية المودعة استبعادا لخسارة المودع وتحقيقا للربح له، كالتزام المصرف بالتحقق من نتيجة السحب، أو بمباشرة العمليات اللازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بالأوراق المالية المودعة أو بإخطار العميل بمستجدات ظروف هذه الأوراق، أو بتبصير العميل المودع. فإن نشأ عن إخلال المصرف بهذه الواجبات تفويت فرصة كسبب حقيقة وجادة، صار المصرف المذكور مسؤولا عن تعويض الضرر الذي لحق العميل المودع شريطة قيام السببية بين الخطأ والضرر.

العلاقة السببية بين الخطأ والضرر هي الشرط الثالث اللازم لقيام مسؤولية المصرف المودع لديه، فلا يكفي أن يكون هناك خطأ وقع من جانب المصرف المذكور ترتب عليه ضرر للعميل المودع، وإنما يجب أن يكون هذا الضرر الذي أصاب العميل ناشئا عن إخلال المصرف المودع لديه بالتزامه المفروض بموجب عقد وديعة الأوراق المالية، أي أن يكون الضرر راجعا إلى تقصير المصرف أو إهماله في تنفيذ بعض أو كل الالتزام الذي يفرضه عليه العقد صراحة أو ضمنا، أي يستخلص من العادات والأعراف المصرفية. لذلك يكون من الضروري لقيام المسؤولية العقدية للمصرف المودع لديه تجاه العميل أن يكون هناك عقد صحيح بين الطرفين يفرض على المصرف التزامات معينة، وأن يحدث تقصير من جانب المصرف في تنفيذ التزاماته كلا أو بعضا، ومن ثم إذا لم يكن هناك عقد بين المصرف والعميل بشأن إيداع الأوراق المالية، كأن يكون

(1) Paris 29 Juin 1983. L.R.P.349 .

(2) هشام فضلي: المرجع المذكور، بند (99) ص 134.

(3) إبراهيم الدسوقي: تعويض فوات الفرصة، مجلة الحقوق الكويتية ، السنة العاشرة، العدد الثاني حزيران 1986، ص83- والزيادة في التفصيل راجع التفصيلات التي يذكرها الدكتور هشام الفضلي بهذا الصدد بشأن عقد إدارة الأوراق المالية: المرجع المذكور، ص135-138.

العقد باطلا أو تقرر بطلانه، فإن مسؤولية المصرف في هذه الحالة تخرج عن حالة النطاق العقدي لعملية وديعة الأوراق المالية.

وقد يكون إبرام عقد هذه العملية المصرفية صحيحا، ويكون هناك إخلال من جانب المصرف المودع لديه في تنفيذ التزامه. ويترتب على هذا الإخلال ضرر يلحق العميل المودع، ولكن ثمة ظاهرة تقطع العلاقة السببية بين الخطأ والضرر، كما لو وقع الضرر نتيجة سبب أجنبي لا يد للمصرف فيه، كحالة القوة القاهرة (مثل صدور قرار بمصادرة الأوراق المودعة لديه) أو فعل المضرور، أي فعل العميل المودع نفسه، وكل ذلك طبقا للقواعد العامة في ميدان العقود التي تخرج دراستها عن هذا المقام. ونكتفي بالقول بأن توافر الرابطة السببية المباشرة بين الخطأ والضرر، يعني اجتماع الشروط اللازمة لقيام المسؤولية المرتبة للعميل المودع الحق في التعويض عما أصابه من ضرر، جراء إخلال المصرف المودع لديه بالتزامه العقدي بإدارة الأوراق المالية المودعة.

ثانيا: شروط تعديل مسؤولية المصرف المودع لديه

تجنبا للمسؤولية، جرت المصارف على تضمين العقد شروطا من شأنها إعفاء المصرف المودع لديه كليا من أية مسؤولية أو جزئيا من بعض العمليات في إدارة الأوراق المالية المودعة. فالتعديل في أحكام المسؤولية يأخذ إحدى صورتين[1]:

الصورة الأولى، يكون تعديل المسؤولية فيها جزئيا، ويتحقق ذلك من خلال تقليص مضمون التزامات المصرف المودع لديه (كما لو نص العقد على عدم مسؤولية المصرف عن التحقق من نتيجة السحب).

والصورة الثانية، يكون تعديل المسؤولية فيها كليا يتحقق من خلال استبعاد كلي للمسؤولية (كما لو نص العقد على أن المصرف غير مسؤول عن نتائج العمليات التي يقوم بتنفيذها لحساب العميل)[2].

ومن هنا طرح التساؤل عن شرعية هذه الشروط ونطاقها، الأمر الذي سنحاول بيانه فيما يأتي.

أ- شرعية شروط تعديل مسؤولية المصرف العقدية

الأصل هو حرية المتعاقدين في تعديل قواعد المسؤولية العقدية وذلك في حدود القانون والنظام العام والآداب، لأن المسؤولية العقدية منشؤها العقد الذي هو نتاج إرادة المتعاقدين، ومن ثم فإن أساس المسؤولية العقدية وقواعدها مرجعه أيضا إرادتهم التي لها تعديل تلك القواعد[3].

وإذا كان للمتعاقدين حرية تنظيم الالتزامات التي يرتبها العقد فيجوز لهم إذن تعديل القواعد التي تحدد مضمون هذه الإلتزامات[4]. فالمسؤولية العقدية وليدة إرادة المتعاقدين، ومن ثم يجوز لهذه الإرادة أن توقعها كما يجوز لها أن تقيدها، بعكس المسؤولية التقصيرية التي هي وليدة إرادة المشرع وهي من النظام

(1) حماد مصطفى عزب: مسؤلية البنك تجاه العميل... ا لبحث المذكور، ص 253.

(2) هشام فضلي: إدارة محافظة الأوراق المالية، المرجع المذكور، ص 130/ د. سعيد سيف النصر: دور البنوك التجارية في استثمار أموال العملاء، المرجع المذكور، ص361.

(3) السنهوري: الوسيط،الجزء الأول، بند 438.

(4) هشام فضلي: المرجع المذكور، ص130.

العام، لهذا لا يجوز للخاضعين لسلطاتها أن يتخلصوا منها ولو باتفاقهم فيما بينهم[1]. فالمسؤولية العقدية تقوم على الإرادة الحرة للمتعاقدين التي أنشأن العقد، بحيث تكون الإرادة الحرة هي أساس المسؤولية العقدية، ويجوز لها أن تعدلها في حدود القانون أو النظام العام والآداب، في حين أن المسؤولية التقصيرية أساسها حكم القانون لا الإرادة الحرة للمتعاقدين، ولذلك لا يجوز الاتفاق على تعديل قواعدها بالاتفاق كما هو الشأن في المسؤولية العقدية[2].

هذا الجواز لشروط تعديل المسؤولية العقدية يجد له تكريسا صريحا في نصوص القانون المدني[3]. فالمادة 289 من القانون المدني العراقي جاء فيها أنه: " يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من كل مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ التزامه التعاقدي. كما وردت الإشارة إلى نفس الحكم في عجز نص المادة 358 من القانون المدني الأردني المتضمنة التزام المدين بتنفيذ التزامه الناشئ عن العقد ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك".

وبالتالي، فإن للمصرف اشتراط إعفائه كليا أو جزئيا من المسؤولية عن عدم تنفيذ التزامه. وقد ذهبت غالبية الفقه إلى قبول شروط الإعفاء من المسؤولية في نطاق إدارة البنك محفظة أوراق عمليه المالية لأن هذه الشروط شأنها شأن أي اتفاق على الإعفاء من المسؤولية في النطاق العقدي[4]. وتأكيدا لهذا المنظور، قضت محكمة النقض المصرية[5] بأنه: "من المقرر أن البنك الذي يعهد إليه العميل الذي يتعامل معه بتحصيل حقوق لدى الغير الثابتة في مستندات أو أوراق، فإن عليه أن يبذل في ذلك عناية الرجل المعتاد حسبما تنص عليه المادة 2/704 من القانون المدني، إلا أن القانون لا يمنع من الاتفاق على إعفائه من المسؤولية لأن الإعفاء من المسؤولية عن الخطأ العقدي جائز ويجب في هذه الحالة احترام شروط الإعفاء التي يدرجها الطرفان في العقد".

وجدير بالملاحظة أخيرا أن شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية تمثل بحد ذاتها اتفاقا خاصا بين الطرفين مضافا للاتفاق الأصلي (كعقد وديعة الأوراق المالية) المبتغى تعديل المسؤولية الناشئة عنه. وبالتالي، يشترط لشرعية شروط تعديل المسؤولية العقدية مراعاة المستلزمات العقدية بوجه عام فضلا عن مستلزمات أخرى خاصة باتفاقات تعديل المسؤولية تحدد نطاق هذا التعديل الاتفاقي.

ب- نطاق شروط تعديل المسؤولية العقدية

إن شرعية شروط تعديل المسؤولية العقدية ليست مطلقة، وإنما مقيدة بالعديد من القيود الخاصة تمثل حدودا ونطاقا لنفاذ هذه الشروط. ويمكن الإشارة إلى هذه القيود من جهات ثلاثة.

---

(1) سعيد سيف النصر: المرجع المذكور، ص345.

(2) حماد مصطفى عزب: مسؤلية البنك تجاه العميل... البحث المذكور، ص255.

(3) أنظر المادة 296 كويتي، المادة 218 سوري، المادة 138و 139 لبناني، المادة 217 مصري.

(4) حماد مصطفى عزب: مسؤلية البنك تجاه العميل... البحث المذكور، ص 255 - علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور بند (812)، ص970 - سميحة القليوبي: المرجع المذكور بند (44)، ص264- عبد الحميد الشواربي: عمليات البنوك، ص85 - جديع فهد الرشيدي: المرجع المذكور، ص399- إلياس ناصيف: وديعة الصكوك....ص68.

(5) الطعن بالنقض المصري رقم 570 سنة 63 في جلسة 1994/10/20م لسنة 35، ص 1277، مشار إليه في مجموعة المستشار سيعد أحمد شطه، ص 393.

فمن جهة أولى، تبطل شروط تعديل المسؤولية إذا كانت تنطوي على تغطية الغش أو الخطأ الجسيم من المدين. وقد وردت الإشارة صريحة إلى هذا القيد في القوانين التي أجازت اتفاقات تعديل المسؤولية العقدية[1]، وتبرير ذلك هو أن اشتراط المصرف إعفائه من الغش أو الخطأ الجسيم من شأنه إهدار تنفيذ التزام جوهري يثقل كاهل المصرف[2]. وبهذا الاتجاه قضت محكمة استئناف بروكسل[3] في قضية تتلخص وقائعها في أن البنك كان قد تعهد بخدمة الأوراق المالية المودعة واشترط في العقد بأنه يتعهد أن يتحقق- بلا أجر ولكن بلا مسؤولية- من أرقام الأوراق التي تخرج في القرعة وتصبح واجبة السداد، وأن يخطر المودع بأرقام الأوراق محل الاسترداد. ولدى نزاع حصل بين المتعاقدين، حكمت محكمة الاستئناف المذكورة (مخالفة محكمة الدرجة أولى) بأن البنك إذا لم يخطر العميل فقد ارتكب خطأ، وأن شرط الإعفاء الوارد في اللائحة العامة للبنك لا يمكن أن يجرد التزام البنك من فحواه، وأن الخطأ الجسيم من البنك لا يغطيه هذا الشرط بالإعفاء من المسؤولية، لأن البنك محترف وهو لم يقم بالتحريات المعقولة المنتظرة من بنك محترف، ذلك أن من يودع الأوراق في البنك إنما يركن إلى كفاءة البنك في التحقق من المعلومات التي لا يملك المودع الوسيلة إليها، كما أن البنك لم يقم بما يفرضه عليه حسن النية، ما دام قد أوقع المودع في غلط حول حقيقة المعلومات التي قدمها، وذلك لأنه اقتصر على النظر في وسائل النشر العادية ولم يكلف نفسه التفتيش في النشرات المتخصصة.

ويمكن الإشارة أيضا إلى قرارات أخرى صدرت عن محكمة النقض الفرنسية بشأن إدارة محافظ الأوراق المالية، حيث قضت المحكمة المذكورة بأن مدير المحفظة الذي يبدل غيره في إدارة المحفظة دون الحصول على موافقة العميل، وكان هذا الغير المستبدل مفتقرا لخبرة إدارة المحافظ، يكون قد ارتكب خطأ جسيما يحرمه من الاستفادة من شرط الإعفاء من المسؤولية [4]. ويرى البعض أن هذا الخطأ الجسيم يكون متحققا أيضا إذا لجأ المدير إلى إجراء عمليات على المحفظة تنطوي على مخاطر عالية دون أن يبصر العميل بتلك المخاطر ويحذره من آثارها السلبية[5].

وتجدر الملاحظة بأن ما يترشح عما سبق هو أن نطاق شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية ينحصر أساسا بميدان الغش والخطأ الجسيم الشخصي للمدين فقط، الأمر الذي لا يخلو من خطورة في ميدان التعامل المصرفي. **فأولا**، أن المصرف شخصية معنوية لا تقوى على التصرف شخصيا، وإنما يتم ذلك باستخدام الأشخاص الطبيعية كعاملين لدى المصرف، وبالتالي يجوز للمصرف الاشتراط على عدم مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم الذي يقع من أشخاص يستخدمهم في تنفيذ التزامه، كما تشير إلى ذلك صراحة نصوص القانون المتضمنة قيد البطلان المذكور أعلاه[6]. وهكذا، فإن المصرف سيستطيع الإفلات من هذا البطلان.

(1) لاحظ نص المادة 259/ ف2 من القانون المدني العراقي وما يقابلها من النصوص في القوانين العربية المشار إليها أنفا.

(2) علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور بند 812، ص 970-971.

(3) مشار إليه في المرجع السابق.

(4) cass.civ.23 fév.1994 : D.1995.214 note N. Dion.

(5) هشام فضلي، المرجع المذكور، ص131 ، والمراجع التي يذكرها.

(6) لاحظ المادة (259/ ف2) من القانون المدني العراقي وما يقابلها في التشريعات العربية المذكورة أنفا.

وثانيا، إن نطاق تعديل المسؤولية العقدية ينحصر بإعفاء المصرف المودع لديه من الأخطاء البسيطة دون الأخطاء الجسيمة، الأمر الذي يثير المشكلة من الناحية العملية، لأن تحديد ما يعد بسيطا يجوز الاتفاق على إعفاء المصرف منه، وما يعد خطأ جسيما لا يجوز الاتفاق على الإعفاء منه ليس واضحا تماما في كثير من الحالات[1].

وثالثا، إن شروط الإعفاء التي تضعها المصارف في العقود ذات الصلة بإدارة الأوراق المالية لا تهدف إلى إعفاء المصرف من المسؤولية عن الأخطاء البسيطة فحسب، وإنما تهدف من ورائها إلى إلقاء عبء إثبات الأخطاء الجسيمة على عاتق العميل[2]. ومعلوم أن عبء الإثبات يعد ذا أهمية كبيرة، فعادة ما يخسر الملتزم بالإثبات دعواه بسبب عجزه عن الإثبات بالرغم من أنه قد يكون صاحب حق في دعواه، لذلك تستفيد المصارف كثيرا من هذه الشروط التي قد تعفيها غالبا من الأخطاء الجسيمة بسبب صعوبة إثباتها من قبل العميل[3]، بل أن البعض يرى[4] أن هذه الشروط لا يقتصر أثرها في قلب عبء الإثبات على عاتق العميل الذي يكون بالنسبة إليه مستحيلا، وإنما تسمح للمصارف بالإفلات من المسؤولية عن الأخطاء التي تقع من جانبها.

من جهة ثانية، يلاحظ أن شروط الإعفاء من المسؤولية العقدية يجب أن لا يهدف إلى منع العميل، مسبقا وقبل تحقق الخطأ، من الرجوع إلى القضاء من خلال تحريك دعوى المسؤولية ، وقد قضت بذلك محكمة استئناف باريس في ميدان إدارة محافظ الأوراق المالية حيث حكمت بأن شرط عدم المسؤولية الذي يتخذ شكل تصديق سابق من قبل العميل على العمليات المستقبلية التي يضطلع بها المدير، هو شرط مجرد من كل أثر، فالتصديق لا يتصور إلا بعد وقوع العمليات التي خرج بها المدير عن سلطاته، أما التصديق السابق فليس سوى شرط مانع من مباشرة العميل لحقه في الرجوع قضائيا على المدير لخروجه عن السلطات الممنوحة له، وهو ما لا يجوز[5]. ويجد هذا الحكم، بحق، دعما في الفقه[6] حيث أنه يهدف إلى مصادرة حق دستوري للعميل في اللجوء إلى القضاء لحسم النزاعات الناشئة عن علاقاته بالغير، فضلا عن كون هذه المصادرة تنصب على أمر، وهو النزاع، ليس له وجود حين إبرام العقد، وبالتالي يمثل تنازلا عن مجهول غير محدد لا يصلح محلا للاتفاق عليه، يضاف إلى ما سبق ملاحظة كون مثل هذه الشروط المسبقة لتحقق الخطأ تنزل منزلة شرط الإذعان التعسفي الذي يملك القاضي الحق في إبطاله [7].

من جهة ثالثة، يشير الفقه إلى أن شرط الإعفاء من المسؤولية يجب أن لا يمتد إلى إعفاء المصرف المودع لديه من تفويض التزامه الأساسي ببذل عناية الرجل الحريص في إدارة محفظة الأوراق المالية، لأن الإعفاء في

---

(1) حماد مصطفى عزب: مسؤلية البنك تجاه العميل... البحث المذكور، ص256.

(2) Paris 9 Juin 1988. Juris- data D.1256، نقلا عن د. هشام فضلي: المرجع المذكور، ص131

(3) حماد مصطفى عزب: البحث المشار إليه أنفا، ص 257.

(4) Esmein note S. 1995.2.57 sous Trib. Civ. Seine 16 dec.1924

(5) N.012576. Rev.trim.dr.com.1999, p.159. Paris 9 Juin 1988 : Juris –data نقلا عن: هشام فضلي: المرجع المذكور، ص 131.

(6) هشام فضلي: المرجع السابق.

(7) حماد مصطفى عزب: البحث المشار إليه سابق، ص 259.

هذه الحالة يجعل المدين غير ملتزم أساسا إذ يؤدي إلى هدم فكرة الالتزام بإدارة المحفظة، فالشرط المعدل للمسؤولية يتعين ألا يفرغ العقد والالتزام الناشئ عنه من محتواه ومضمونه الأساسي[1]. فتبرير شرعية الاتفاق المعدل للمسؤولية العقدية مقيد أساسا بأن لا يكون من شأنه إهدار تنفيذ التزام جوهري يثقل كاهل المدين/ المصرف[2].

صفوة القول، أخيرا تتمثل بالإشارة إلى أن تعديل مسؤولية المصرف المودع لديه حالة متاحة وبنطاق محدد، وذلك من خلال شروط تضاف إلى عقد وديعة الأوراق المالية لغرض استبعاد أو تقليص التزام المصرف المودع لديه بإدارة الأوراق المالية المودعة.

خلاصة البحث تتمثل أساسا بالإشارة إلى التطور الجوهري في عقد وديعة الأوراق المالية لدى البنوك. وبعيدا عن تكرار، فقد لاحظنا من التفصيلات السابقة:

1- أن هذه العملية المصرفية حظت بتنظيم تشريعي في قوانين تجارية حديثة كرست صراحة التزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة لديه، كما أشارت إلى مضمون هذا الالتزام على سبيل الدلالة لا الحصر، بحيث يمكن تصور عمليات متنوعة يلزم بها البنك المودع لديه رغم عدم الإشارة إليها في نص التشريع، طالما أن تنفيذ هذه العمليات من شأنه تحقيق منفعة للمودع: ففي غياب اتفاق مخالف، يلزم البنك بقبض عوائد وأرباح الأوراق المودعة، وكذلك كل مبلغ يستحق بسببها، وعلى البنك القيام بكل عملية لازمة للمحافظة على الحقوق المتصلة بهذه الأوراق التي يتقرر منحها دون مقابل، كتقديمها للاستبدال أو لوضع الأختام لإضافة قسائم أرباح جديدة، ويجب على البنك أن يخطر المودع بكل أمر أو حق يتعلق بالأوراق المودعة.

ويستلزم الحصول على موافقته أو يتوقف على اختياره، فإذا لم تصل تعليمات المودع في الوقت المناسب وجب على البنك أن يتصرف في الحق بما يعود بالنفع على المودع، مع تحميل هذا الأخير المصاريف والعمولة.

2- وفي غياب النص التشريعي، وتحت تأثير التطبيق، لاحظنا بأن القضاء والفقه يكاد يجمع حاليا على اعتبار الالتزامات المشار إليها أعلاه كآثار لعقد وديعة الأوراق المالية لدى البنوك استنادا إلى الطبيعة القانونية الخاصة لهذه العملية المصرفية، وذلك على أساس طبيعتها الإيداعية تارة وأخرى على أساس طبيعتها التفويضية، وثالثه، وبوجه خاص، على أساس العادات والعرف المصرفي.

ولعل أهم ما يلاحظ بهذا الصدد هو ميل الاتجاه الحديث نحو:

أ- التزام البنك بإدارة الأوراق المالية المودعة إدارة استثمارية، أي أن التزام البنك لا يتحدد بنطاق الإدارة العادية للأوراق المالية باعتبار أن ذلك جزء من التزام بالمحافظة على هذه الأوراق، وإنما يجب على البنك السعي لتحقيق النفع للمودع وتجنيبه الخسارة.

ب- التزام البنك ببذل عناية الحرفي الحريص في إدارة الأوراق المالية المودعة، بمعناه أنه يلتزم بإدارة هذه الأوراق بنفس الطريقة التي يتصرف بها في إدارة أمواله الخاصة كمستثمر حريص.

(1) هشام فضلي: المرجع المذكور، ص 132، لاحظ أيضا المراجع التي يذكرها.

(2) علي جمال الدين عوض: المرجع المذكور، بند 812 ، ص 970.

ج- التزام البنك بتحمل المسؤولية عن الضرر اللاحق بالعميل المودع عن الإخلال بالإدارة الاستثمارية بحيث تمتد مسؤولية البنك لتشمل الكسب الفائت باعتبار أن الحرمان من فرصة الكسب يشمل ضرر محقق لمن كان يأمل فيه طالما أن الفرصة الفائتة هي حقيقية وجدية.

د- شرعية تعديل مسؤولية البنك العقدية شريطة عدم تغطية مسؤوليته عن الغش أو الخطأ الجسيم، وعدم منع العميل مسبقا من الرجوع للقضاء لضمان حقوقه اتجاه البنك، وعدم إعفاء البنك من التزامه ببذل عناية الرجل الحريص في إدارة الأوراق المالية المودعة.

انتهى والحمد لله