تعيين الحارس القضائي على المصارف.

Appointing the judicial guard over the banks.

بحث مشترك مقدم من قبل
الأستاذ الدكتور ذكرى محمد حسين الياسين/ كلية القانون / جامعة بابل
استاذة القانون التجاري
الباحثة نهله غازي محمد سلمان / كلية القانون / جامعة بابل

الخلاصة .
إنّ تعيين حارس قضائي على المصارف لا يكون إلاّ بعد إتباع إجراءات معينة تتخذها المحكمة لإختيارها الشخص المناسب لهذه المهمة ، و بطبيعة الحال لا يكون ذلك من خلال رفع ما يسمى دعوى حراسة قضائية أمامها ، إذ لا توجد هكذا دعاوى ترفع على المصرف المتعثر أو المفلس ، و إنما يكون ذلك كإجراء مؤقت ووقائي تتخذه المحكمة من تلقاء نفسها بعد أن ترفع دعوى الإفلاس على المصرف ولهذا فإنها تتخذ قرارها بتعيين هذا الحارس كشخص أمين على أموال المصرف لحين حسم تلك الدعوى . و من منطقي الأمور أن يتم أختيارهذا الشخص وفق توافر شروط أو معايير فيه تجعله بتوافرها شخصاً مؤهلاً لإكتساب الثقة لتلك الإدارة ، ومتى ما توافرت هذه الشروط أصبح من الممكن أن يكون هذا الشخص من ضمن الإشخاص الذين تختارهم المحكمة لهذه المهمة ، و يكون ذلك من خلال إتباع إجراءات معينة و محددة من قانون المصارف و أن كان تحديدها في هذا القانون يستند فقط على الخصوصية التي تتمتع بها المحكمة المختصة في تعيينه و طبيعة تعاونها من الجهة الرقابية على المصارف ألا و هي البنك المركزي ، إذْ إنّ قانون المصارف لم يتطرق إلى تفاصيل و جزئيات هذه الإجراءات و ذلك لوجود الإحكام العامة المنظمة لها في قانون المرافعات المدنية .
الكلمات المفتاحية: تعيين، الحارس ،القضائي ، المصارف.

Abstract .
An employment the Trustee in Banktuptcy of the Banks can only be after following certain procedures taken by the court to choose the appropriate person for this task, and of course this is not by filing a so-called judicial receivership case before it, as there are no such cases filed against the troubled or bankrupt bank, and rather, this is as a temporary and preventive measure taken by the court on its own after filing a bankruptcy lawsuit against the bank. Therefore, it takes its decision to employ this custodian as a trustee of the bank's funds until that lawsuit is resolved. It is logical for this person to be chosen according to the availability of conditions or criteria that make him a qualified person to gain confidence for that administration , and when these conditions are met, it becomes possible for this person to be among the persons chosen by the court for this task, and that is by following certain and specific procedures from the Banking Law, although their identification in this law is based solely on the specificity enjoyed by the competent court in employment it and the nature of its cooperation from the supervisory authority on banks, namely the Central Bank, since the Banking Law did not address the details and details of these procedures ,the procedures are due to the presence of the general provisions regulating them in the Civil Procedure Code.
Key words: An Employment, the Trustee . Banktuptcy , the Banks.

المقدمة.

وفقًا لتطور النشاط التجاري المحلي والدولي بات من الصعوبة ان تتفق الأطراف المتخاصمة حول نزاع جدي لوضع مال معين تحت الحراسة الأتفاقية ، والسبب هو فقدان الائتمان والثقة وكذلك تعقيدات الحياة الاقتصادية ، ومن ثم يؤدي ذلك إلى زيادة إقبال المتخاصمين بالذهاب إلى القضاء حتى في النزاعات البسيطة التي تحدث بينهم ، حيث لم يقتصر النزاع على العقار ذو القيمة المحددة ، بل تعداه الى الشركات التجارية والأصول التجارية والمنقولات ذات القيمة المرتفعة والمصارف ، اذ أصبحت الحراسة القضائية تلعب دورًا هامًا في اعادة تأهيل المصارف المتعثرة و فض منازعات الافلاس للمصارف بين الدائنين والمصارف المفلسة ، والتي تترتب عليها التزامات مالية ، و من ثم فإن الحراسة القضائية تساعد بالحفاظ على حقوق الدائنين والمصارف ، وتعتبر وسيلة من مجموعة اجراءات احترازية تحافظ على الكيان المصرفي ، إذ تفضل بعض الأطراف في هذه المنازعات اللجوء الى الحراسة القضائية في حسم منازعاتهم ، ويرجع ذلك الى أسباب عدة يتعلق بعضها بما تتمتع به الحراسة القضائية من مزايا تتناسب مع طبيعة المنازعات ، والحراسة القضائية موضوع يتعلق باجراءات تحفظية على المصارف ، فأصبح قاضي محكمة الخدمات المالية هو من يأمر بها لضمان سير النشاط التجاري ، رغم الخطر الناتج للتقييد المؤقت لحق الملكية ، وبالرغم من ذلك فإن إجراءات الحراسة القضائية تقوم بتعطيل لممارسات حق الملكية ، ومن ثم تحد من فعاليته وجدواه في مسيرة التطور الأقتصادي ، وتأثيره بعدم الضمان لفئات منهم بالعيش المطمئن منهم الاشخاص المعنويين ومنهم المصارف ، حيث أن القضاء لا يأمر بها إلا عند الضرورة الملحة ، وأن نظام الحراسة القضائية على المصارف يتمثل بنصوص قانونية ذات رؤيا تعقل وروية والتي يعتمد عليها القاضي لكي يعالج بها مثل هذه المسائل . تقتضي منازعات المصرف المفلس اتخاذ إجراءات تحفظية مؤقتة هو ما دفع المشرع لفرض هذه الحراسة بتعيين الحارس القضائي على الأموال فهذا الموضوع من المواضيع العملية الهامة في التطبيق العملي نظراً لما يوفره من حماية ، وأن ازدياد عدد طلبات تعيين الحراس القضائيين أمام المحاكم المختصة ، بسبب التطور الإقتصادي و ما ينشأ عنه من نزاعات و تضارب مصالح الأطراف المتنازعة على المال المطلوب و وضعه تحت الحراسة . وهذا ما يدفعنا إلى طرح إشكالية تتمثل فحواها في : هل وفق المشرع العراقي والمصري والفرنسي و الأمريكي في تكريس نظام قانوني فعال للحارس القضائي في قانون المصارف ؟ خاصة إذا ما لاحظنا أن الحارس القضائي يعد ركنا من أركان الحراسة التي لا تقوم بدونها ، وكثيراً ما يعرف أنه الشخص الأمين وهو نفس المبدأ المطبق في تعيينه بغض النظر عن نوع الحراسة المعتمد عليه لحراسة الأموال المتنازع فيها سواء كانت قضائية ، اتفاقية ، أو قانونية ، مع إلزامية توفر حالة من حالات فرض الحراسة فلا يمكن تصور تعيينه دون سبق فرضها من قبل القاضي طبعا فيما يخص الحراسة القضائية منها ، لا يؤخذ بتعيين الحارس القضائي كمعيار لتحديد نوع الحراسة ، فالعبرة في ذلك هو فرض الحراسة ، فإن فرضها القاضي فالحراسة قضائية حتى وان اتفقت الاطراف المتنازعة على تعيين الحارس ، الذي قد يكون واحدا منهم أو أجنبيا عنهم ، وتعتبر الحراسة اتفاقية إذا كان الخصوم قد اتفقوا عليها ، ولو كان الحارس يعين من طرف القاضي ، إذ يمكن تعيينه من قاضي الموضوع ، أو الأمور المستعجلة .لذا فأن الأمر يتطلب منا تقسيم هذا البحث على مطلبين سنتناول في المطلب الأول منهما التعريف بالحارس القضائي على المصارف ، في حين سنحدد في المطلب الثاني إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف .

المطلب الأول/ التعريف بالحارس القضائي على المصارف.

أن الحراسة القضائية التي تُفرض على أي مصرف متعثر أو في حالة إفلاس لا يتحدد إطارها بين طرفين فقط و هي المصرف المدين والدائنين له ، و إنما تتم من خلال اختيار طرف ثالث محايد تكون مهمته حماية الأموال التي تعود ملكيتها إلى المصرف المدين وإدارتها بأفضل طريقة ممكنة بما يتيح تحقيق أفضل النتائج التي يمكن أن تقلل من الخسائر الناجمة عن سوء إدارة ذلك المصرف ، بالإضافة إلى ضمان دائني المصرف حصولهم على حقوقهم بأكبر نسبة ممكنة من خلال هذا الطرف .ولقد أختلفت التسميات التي سُميّ بها الشخص الذي يتولى حراسة أموال المدين المفلس ، و تحديداً هنا المصرف المدين

، و أختلف نطاق الشروط الواجب توافرها فيه لإمكانية تعيينه حارسًا على المصرف ، ولكنها رغم هذه الاختلافات قد اتفقت في كونه شخص مستقل ومحايد وامين على أموال أحد الأطراف ضماناً لمصلحة الطرفين معاً (الدائن والمدين) .ومن أجل بيان التعريف بالحارس القضائي على المصارف فقد ارتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين سنتطرق في الفرع الأول لتعريف الحارس القضائي على المصارف ، في حين سيكون الفرع الثاني معقوداً لبيان أهم الشروط الواجب توفرها فيه و على التفصيل الآتي :

الفرع الأول/ تعريف الحارس القضائي على المصارف/.

الحارس في اللغة أسم فاعل مشتق من الفعل الثلاثي حَرَسَ ، بمعنى الحفظ ، فيقال حَرَسَ الشيء يَحْرِسهُ حَرْساً أي حَفِظَهُ ، و تحرّست من فلان و احْتَرَست منه أي تَحفّظت منه و مَنعته من التصرف في ماله[1].

أما تعريف الحارس اصطلاحاً فقد عُرف بتعريفات منها أنه (الشخص الأمين الذي يوضع بين يديه مال متنازع فيه ، أو يكون الحق فيه غير ثابت ، و يتهدده خطر داهم ، ليتكفل بحفظه و إدارته لحساب جميع ذوي الشأن ، ورده مع غلته و تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه)[2] ، أو هو (شخص من الغير ، أي شخص ثالث غير المتنازعين ، يودع لديه مال متنازع فيه ليقوم بالمحافظة عليه ، إلى حين انتهاء المنازعة القائمة حوله ، فيرده إلى من له الحق في تسلمه)[3]. و الملاحظ على هذا المصطلح بمعناه العام انه يتعلق بشخص تكون جل مهمته هي حماية وحفظ أموال لغيره لمصلحة ذلك الغير أو لمصلحة دائني الأخير ، و إن يده على هذه الأموال تكون يد أمانة ، و الإمر ذاته حتى وأن اختلفت آلية تعيينه أو اختياره أن كان باتفاق الأطراف الراغبة في ذلك الحفظ ، و الذي يسمى عندها (حارسًا اتفاقيًا) ، أو بحكم القانون وهو الذي يسمى (الحارس القانوني) ، أو يكون إيكال هذه المهمة له بقرار صادر من المحكمة فيسمى (الحارس القضائي) ، كما يلاحظ من جهة أخرى إن أصل مهمته المتمثلة بحفظ هذه الأموال و التي أوكلت إليه استناداً إلى أمانته ، بالإضافة إلى تحديد الحالة التي توكل هذه المهمة إليه و هي كون المدين مفلساً، كان سبباً في إطلاق تسمية مرادفة للحارس ، (أيًا كان قضائيًا أم إتفاقيًا أم قانونيًا) ، هي أمين التفليسة[4] ، و هي تسمية ترتكز في مدلولها على الغاية والسبب في اختيار هذا الشخص حارساً على تلك الأموال ، في حين تسمية الحارس القضائي ترتكز في مدلولها على الغاية و آلية الاختيار في ذلك ، و نعتقد أنها و ان أختلف الآراء في مدى دقة أحدى التسميات على الأخرى ، الإ أن التسميتين تدلان بشكل واضح على ماهية و مضمون الفكرة التي من أجلها اختير هذا الشخص و اهم الأسس التي ترتكز عليها ، الإ و هي حماية أموال الغير بأمانة .ومما تجدر الإشارة إليه هنا أننا لم نجد تعريفاً للحارس القضائي على المصارف في القوانين محل المقارنة أو في القانون العراقي ، إذ أن المشرع العراقي في قانون المصارف ذكر أنه في حالة قبول دعوى إفلاس مصرف يتم تعيين حارس قضائي و ذلك في المادة (80) من هذا القانون ، من دون إعطاء أي مفهوم أو تعريف له ،تاركاً أمر ذلك إلى القاضي المختص الذي يعين الحارس بعد اختيار البنك المركزي له ، هذا من جهة و من جهة أخرى و عند الرجوع إلى نص قانون المصارف باللغة الإنكليزية وجدناه قد نص على عبارة (The trustee in banktuptcy) في المادة التي تقابلها عند ترجمة هذا القانون بنسخته العربية المنشورة في الوقائع العراقية بكلمة (حارس قضائي) ، في حين أن الترجمة الحرفية لهذه الكلمة هي (وكيل التفليسة)[5] ، و لكن يبدو أن المشرع العراقي اراد توحيد المصطلحات مع المصطلحات المعتمدة في المسائل الإجرائية التي تتم أمام المحاكم والتي نظمها في قانون المرافعات المدنية . و رجوعاً على ذي بدء نجد أنه رغم خلو تلك التشريعات من أيراد تعريف للحارس القضائي ، الإ أن البعض من الفقه والباحثين قد حاول إيراد تعريف له ، فذهب البعض الى تعريف الحارس القضائي على أنه (الشخص الذي ينيبه القضاء بموجب إجراء تحفظي مؤقت لحفظ و إدارة مال يقوم في شأنه نزاع ، يتهدده خطر عاجل ، و ذلك لحساب صاحب الحق المفترض فيه ، مع التزامه برده و تقديم حساب عنه إلى من يثبت له الحق فيه)[6] ، أو هو (الشخص الذي يباشر سلطاته التي خولها له القانون نتيجة أسباغ تلك الصفة عليه بموجب حكم إشهار الإفلاس)[7]. أما الحارس القضائي على المصارف فهو(الشخص الذي تختاره المحكمة لإدارة شؤون المصرف بناءًا على توجيهات و تعليمات وإشراف البنك المركزي العراقي تحدد له الصلاحيات ابتداءًا و أجاز القانون الاستعانة بمحامين و خبراء كمستشارين)[8] ، والملاحظ على هذا التعريف أنه قد حدد نطاق الجهات التي يمارس الحارس القضائي

عمله تبعًا لها بالبنك المركزي فقط دون المحكمة وهي الجهة التي تعينه والتي يكون تعامله معها مباشرةً عند تنفيذه للالتزامات المترتبة عليها بموجب هذه الحراسة ، كما أنه قدر حشر صلاحية المحكمة في اختيار المستشارين لها في مسألة الحراسة القضائية عند تعريف الحارس القضائي ، وأخيراً قد ذكر التعريف أن المحكمة تحدد صلاحيات الحارس ، مع أنها تحدد أيضاً مهامه وحقوقه .في حين عرف أخر الحارس القضائي على المصارف بأنه (الشخص الذي يعين بقرار من محكمة الخدمات المالية بعد صدور قرار إفلاس المصرف ، و يتم أختياره من قائمة مرشحين تصدر من البنك المركزي العراقي)[9] ، والملاحظ على هذا التعريف أنه تعريف عام لم يحدد سوى الجهة التي يمكن أن تعين الحارس ووقت هذا التعيين . وأشتقاقًا مما تقدم نعتقد أن الحارس القضائي على المصرف هو(شخص لائق وأمين تعينه المحكمة المختصة بعد ترشيح البنك المركزي له ، و يتولى مهمة حراسة و إدارة أموال المصرف المُعلن إفلاسه لحين حسم دعوى الإفلاس و إتمام التصفية ، مقابل أجرة أو مكافأة تدفع إليه يتم تحديدها في قرار التعيين) .وتبعاً لذلك فأنه لا يمكن القول بأن أي شخص ممكن أن يكون حارساً قضائياً على مصرف، وإنما يجب أن تتوافر فيه شروط معينة يمكن استناداً لها أن تكون محلاً لترشيح البنك المركزي له كحارس قضائي على مصرف ، و يمكن استنتاج هذه الشروط من نص المادة (80) من قانون المصارف التي نصت على إنه (.....ويعين فقط الشخص الصالح واللائق بصفة حارس قضائي أو حارس قضائي بديل للمصرف.....) ، إذ نجد إن هذه المادة قد ذكرت بشكل خاص (شرط الصلاحية واللائقية) في من يمكن أن يكون حارساً على مصرف بحكم المحكمة .ولهذا فالسؤال هنا ينصب على شقين الأول ، المقصود بهذا الشرط ؟ و متى يعد متحققاً وفق أحكام قانون المصارف ؟ و الشق الثاني هو هل تشترط الشروط العامة التي أشترطها قانون المرافعات المدنية في الحارس القضائي عموماً على الحارس الذي يتم تعيينه على مصرف ؟

للإجابة عن هذا السؤال اعلاه ، لا بد لنا من توضيح وتفصيل ذلك في الفرع التالي :

الفرع الثاني/ الشروط الواجب توافرها في الحارس القضائي على المصارف.

بعد قبول المحكمة المختصة لطلب إفلاس المصرف المقدم إليها ، عليها أن تتخذ قراراً بتعيين حارس قضائي على المصرف ،و يكون ذلك من خلال اختيارها لأحد الأشخاص المثبت أسمه في قائمة معدة من قبل البنك المركزي العراقي ، والذين ينبغي أن تتوافر فيهم شروط معينة لإمكانية أدراجهم في هذه القائمة، و بالرجوع إلى أحكام قانون المصارف العراقي والقوانين المقارنة نجد إن المادة (80) من قانون المصارف العراقي النافذ قد ذكرت شرطاً واحداً بشكل صريح و محدد ، الا وهو شرط إن يكون الشخص المراد تعيينه كحارس قضائي شخصًا صالحًا لائقًا ، الا أن المادة ذاتها قد أتاحت من خلال صياغتها بإمكانية إضافة شروط أخرى ، و بمعيار مطاط يخضع للسلطة التقديرية للمحكمة ، عند نصها على أن (..... و يحدد قرار الإفلاس مكافأة الحارس القضائي و الأحكام و الشروط الأخرى لتوظيفه .....) ، بمعنى إنّ المشرع لم يورد هذه الشروط على سبيل الحصر، وأنما ذكر نصاً صريحاً واحداً و بيّن إمكانية إضافة شروط أخرى بحسب ما تراه المحكمة المختصة ، و لهذا فإننا نعتقد إنّ أبرز هذه الشروط تتمثل بالآتي :

أولًا / أن يكون شخص صالح ولائق .

أبتداءاً لا بد من الإشارة إن المشرع العراقي قد حدد في المادة الأولى من قانون المصارف النافذ المقصود بالشخص الصالح و اللائق بالنص على أنه (تعني عبارة "شخص صالح ولائق" شخصاً يعتبر أميناً وجديراً بالثقة ولا تجعله مؤهلاته المهنية وخلفيته وخبرته أو مركزه المالي أو مصالحه في قطاع الاعمال غير مؤهلاً في راي البنك المركزي العراقي لان يكون مالكًا أو اداريًا وصيًا أو حارسًا قضائيًا لمصرف) ومما يلاحظ على هذا النص انه جاء بصياغة غريبة وبعيدة عن الصياغة المتبعة للنصوص القانونية في العراق ، هذا فضلاً عن غموض عباراته و ركاكته إلى درجة يصعب معها في بعض الأحيان تحديد منهوم النص بشكل دقيق ، بالإضافة إلى الإخطاء اللغوية والطباعية الكثيرة التي لا تتناسب ووضع القوانين التي يجب أن تتسم بالدقة و بلغة سليمة خالية من الإخطاء ، و كذلك أستخدام بعض المصطلحات مثل (صالح) و(لائق) و الجمل الطويلة التي قد يتولد عنها الإرباك عند تطبيق القانون[10]. وأيًا ما كان الأمر يلاحظ أن أول معيار لتحديد كون الشخص صالحاً و لائقاً ليكون حارساً قضائياً هو الأمانة والثقة ،

و ذلك بأن يكون حريصًا على أداء واجباته كاملة ، و نزيهًا و ذو سمعة حسنة ، و إشتقاقًا من ذلك فقد حددت المادة ذاتها الحالات التي لا يعد فيها الشخص صالحاً ولائقاً وذلك إذا كان[11] :

1 - قد أدانته محكمة جنائية بجريمة حكم أو كان يمكن ان يحكم عليه بالسجن لمدة سنة واحدة أو اكثر دون خيار بدفع غرامة ما لم يكن الدافع لمثل هذا الحكم أو كان من الممكن ان يكون نتيجة اراءه أو انشطته أو اراءها الدينية أو السياسية.

2- تم أعلان افلاسه من قبل هيأة قضائية خلال السبع السنوات الماضية.

3- قد جردته سلطة مختصة من أهلية ممارسة مهنة أو أوقفته عن ممارسة مهنة على أساس سوء السلوك الشخصي وليس له علاقة بارائه أو ارائها أو انشطته أو انشطتها السياسية أو.

4- قد اعلنت هيأة قضائية انه لا يصلح لادارة شركة أو اصدرت هيأة مختصة امراً يقضي بانه لا يصلح لادارة شركة.

ومما تجدر الإشارة إليه أنه يشترط في الحارس القضائي أن يكون أمينًا وذو سمعة حسنة بما أنه نائب عن القضاء فهو الذي يحدد له مهامه ، نجد فقهاء قد أطلقوا على الحارس اسم (أمين القاضي ، أو دليل القاضي ، أو عدل أو ثقة) وغيرها من المصطلحات ، فتعيين الحارس يقوم على اعتبارات جوهرية تتعلق بالشخصية وما هو مشهود عليه بالنزاهة والاستقامة التي بدونها لا يرضى به الأطراف حارساً على حقوقهم [12]. ويقصد بالأمانة حرص المرء على أداء واجبه كاملاً في العمل المخول له، ويبذل مجهوده للقيام به على تمام الإحسان ونظافة يد دون غش واستعمال الحيلة ، فإن لم يكن أمينا سوف يعرض المال للتلف أو يبدد الأموال التي تمثل ضمانة للأطراف .أمّا حسن السمعة يعني الاستقامة والسيرة الطيبة التي يعرف بها ليكون أهلا لحراسة الحقوق ، و يؤخذ بعين الاعتبار نزاهة ضمير الحارس في مراقبة الشيء و العناية به حتى وقت الضرورة ، لأن الحارس يقتضي في الأصل أن تعهد المحكمة بالعين المتنازع عليه إلى شخص ثالث تتوفر فيه الكفاءة والأمانة للقيام بالحراسة ، والا تخرج الحراسة من معناها فإذا توفرت في الحارس هذه الصفة ثم أثيرت ضدّه بعض المطاعن يقع عبء إثباتها على مدّعيها[13] .

ثانيًا/ الكفاءة والمقدرة على القيام بالحراسة.

يجب أن يتوفر في الحارس القضائي إضافة إلى الشرط السابق شرط الكفاءة والمقدرة على القيام بالحراسة نظراً لما تتطلبه بعض الأموال المحروسة من كفاءات خاصة في بعض المجالات كالحراسة على الصيدليات والمدارس الخاصة لما يشترط فيه أن يحوز على خبرة فنية معينة، إذا اتفق الأطراف على شخص يملك هذه المؤهلات يتم تعيينه حارسا والاّ تولت المحكمة تعيينه إذ قد يكون أحد الأطراف إذا توفر على الكفاءة والمقدرة على القيام بالحراسة و يكون أمينا ويشهد له بحسن السمعة ، أو قد يكون من الغير يتوفر على الخبرة التي تتطلبها إدارة الأموال الموضوعة تحت الحراسة إذا كانت حراستها تستوجب كفاءة إدارية و فنية خاصة[14] ، ويقصد بالكفاءة الخبرة العلمية والذهنية والبدنية التي تمكن الحارس من القيام بأعمال مختلفة من إدارة و صيانة ومتابعة ، فهو يتطلب خبرة خاصة في بعض الأموال كون مجال فرض الحراسة مجال واسع يتعين على القائم بها امتلاكه خبرة فنية معيّنة ، ويكون الحارس ملمّا بكافة الأسباب التي تحقق مصالح المتنازعين، وبذلك يتجنب الحارس كل الصعوبات التي قد تعترض الشخص العادي الذي يمتلك معلومات بسيطة لذا نجد القاضي يعين في بعض الحالات خبراء مختصين محلّفين وردوا في جداول الخبراء لدى المحكمة [15] .

ثالثًا / أن يكون الحارس كامل الأهلية .

يقصد بكمال الأهلية بلوغ الشخص درجة الإدراك والتمييز وأن يكون الشخص غير محجور عليه لا لسفه ، ولا لغفلة ، ولا جنون ، ولا لعته ، فقد يكون الشخص كامل الأهلية ببلوغه سن الرشد ولم يحجر عليه، لكنه رغم ذلك لا يستطيع مباشرة التصرفات القانونية لوجود مانع من موانع الأهلية الطبيعية أو المادية أو القانونية ، وتستلزم المهمة التي تعهد للحارس أن يكون كامل الأهلية دون عارض أو مانع .و يعتبر الحارس نائباً عن أصحاب الشأن في إدارة المال تحت الحراسة والمحافظة عليه ، ولهذا فإن أحكام النيابة تقتضي أن يكون التصرف القانوني الذي يبرمه النائب إستناداً إلى إرادته فتنصرف آثاره إلى شخص الأصيل صاحب الحق في المال الموضوع تحت الحراسة و يترتب على ذلك ضرورة أن تكون أرادته

خالية من العيوب .وتظهر أهمية هذا الشرط في شخص الحارس كونه بمجرّد توليه الحراسة يكون له سلطات الإدارة على المال ، والتصرّف في حدود القانون، لذا نجد أنه من المعقول والبديهي ألاّ تعطى هذه السلطة لشخص لا يحسن استعمالها مما يعرض مصالح أصحاب الشأن للخطر، ولا يصلح ناقص الأهلية المأذون له بالإدارة أن يكون حارساً رغم قيامه بإدارة أمواله الخاصة لأن ذلك لا يمتد إلى إدارة أموال الغير، وكذلك من يحجر عليه لسفه أو غفلة أو جنون[16].

رابعاً / أن يكون الحارس القضائي مستقلاً.

أن يكون الحارس القضائي مستقلاً عن كل طرف من أطراف الدعوى و لا تربطه بهم أي علاقة مالية أو تجارية أي علاقة قرابة لغاية الدرجة الرابعة ، و ذلك ضماناً لحيادتيه وعدم ميله لأحدهم على حساب الأخر[17].

المطلب الثاني/ إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف.

إن مجرد توافر الشروط السالف ذكرها في المطلب السابق ، لا يعني أن هذا الأمر يعد كافياً لاكتساب الشخص صفة الحارس القضائي على مصرف ، إذ أن توافر هذه الشروط يعد قرينة كافية لأدراج أسمه ضمن القائمة التي تعدها الجهات المختصة ، و هي البنك المركزي في القانون العراقي ، و إستناداً لها تقرر المحكمة اختيار من ضمنهم ، و مع إن المشرع العراقي لم يذكر الإجراءات الواجب إتباعها لتعيين الحارس القضائي مكتفياً بوضع الأطر العامة لذلك، تاركاً المسائل الإجرائية المحددة لذلك لسلطة المحكمة المختصة التقديرية .و من خلال ما تقدم و لأجل بيان تلك الإجراءات فأننا قد أرتأينا تقسيم هذا المطلب على فرعين ، سنعتمد في الفرع الأول لبيان هذه الإجراءات وفق أحكام القانون العراقي ، في حين سيكون الفرع الثاني مخصص لبيانها وفق أحكام القوانين المقارنة .

الفرع الأول/ إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف وفق أحكام القانون العراقي.

نصت المادة (2/147) من قانون المرافعات المدنية العراقي على أنه (يكون تعيين الحارس باتفاق ذوي الشأن جميعاً ، فأن لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه ويتقاضى الحارس أجراً تقدره المحكمة) ، أي إذا لم يتفق أطراف النزاع على شخص الحارس تولت المحكمة تعيينه . يلاحظ أن النص السابق لم يحدد طريقة تعيين الحارس ، ويفهم من خلال التمعن بهما أن المشرع ترك الخيار لأصحاب الشأن في تعيين الحارس سواء كان في الحراسة الاتفاقية أم الحراسة القضائية ، وهذا هو الأصل بأن يختار الأطراف الحارس الذي يرونه مناسباً ويكون ذلك بالاتفاق فيما بينهم ، و لكن في حالة أن الأطراف لم يتفقوا على شخص الحارس الذي توضع الأموال المتنازع عليها تحت يده ، فإن المحكمة تتولى تعيينه وهذا هو الاستثناء على الأصل الذي يقوم على أساس اختيار الأطراف الحارس المناسب. وللمحكمة سلطة تقديرية واسعة في تعيين شخص الحارس القضائي و بالذات عند عدم اتفاق أصحاب الشأن على حارس معين ، و للمحكمة أن تعين أحد طرفي الخصومة حارساً قضائياً ولو اعترض الطرف الآخر، إذا اطمأنت إلى أمانته وكفايته لاسيما إذا قبل الحراسة من دون أجر وكانت قيمة الأموال الموضوعة تحت الحراسةلا تتحمل تثقيلها بالأجر[18]. وهذا ما أخذت به محكمة التمييز العراقية بقرارها المتضمن (لدى التدقيق والمداولة تبين من أوراق القضية أن القرار المميز بتعيين الحارس القضائي لإدارة المشروع المتنازع عليه وتسليم الواردات إلى المحكمة إلى نتيجة الدعوى بالنظر لعدم اتفاق الطرفين على تعيين حارس قضائي جاء موافق لأحكام المادتين (147 و 148 مرافعات مدنية...)[19] ، وجاء في قرار آخر وجوب أن يكون تعيين الحارس القضائي من خلال دعوة الطرفين للمرافعة فقضت بأنه (لا يجوز تعيين حارس قضائي دون دعوة الطرفين إلى المحكمة[20] ، ولكن يجوز عند تعارض مصالح ذوي الشأن أو عند انعدام الثقة بينهم أو عندما يبلغ الخلاف بينهم حدا لا يرجى معه إمكانية التوفيق بين الخصوم أن يعهد القاضي بالحراسة إلى أحد الحارس المقيدين بجدول المحكمة حتى يتمكن من إدارة المال المتنازع عليه بشكل جيد بعيداً عن مواطن الخلاف القائم بين ذوي الشأن[21]. و للقاضي أيضاً أن يقوم بتعيين أكثر من حارس إذا كانت هناك ضرورة فيقوم بتكليفهم بأداء المأمورية على نحوما هو موجود داخل حكم الحراسة ولا يجوز لأحدهم القيام بأي تصرف إلا بموافقة الآخرين[22]. وعلى هذا الأساس يمكن تعيين أحد طرفي الخصومة حارساً قضائياً في حال اتفاق الفريقين على ذلك ، وإذا رأى القاضي أن في تعيينه مصلحة أكيدة وظاهرة

و لمس عنده الخبرة وحسن الإدارة أوكانت قيمة المال موضوع النزاع لا تحتمل نفقات الحراسة ، وإذا عين أحد الفريقين حارساً قضائياً فيمكن أن يضاف إليه شخص آخر أجنبي عنهما ويلجأ إلى هذا التدبير، المؤسسات و الشركات التي تتطلب خبرة خاصة في إدارتها وتسيير أعمالها [23].أما موقف المشرع العراقي في قانون المصارف فأنه أتخذ أحكاماً مختلفة ، فبعد أن تتخذ المحكمة قرارها بالموافقة على التماس إقامة دعوى إفلاس المصرف المتعثر فأن المحكمة تقرر إفلاس المصرف وتعين حارساً قضائياً بمقتضى المادة (80) من القانون المذكور[24] ، وعلى المحكمة اخطار البنك المركزي و الدائنين والمصرف بهذا القرار، إلا أن قانون المصارف النافذ جاء بأحكام مختلفة في إدارة التفليسة عما منصوص عليه بالقواعد العامة للإفلاس ، حيث أنه يتم تعيين الحارس القضائي من القائمة التي يرشحها البنك المركزي ، وهذا خلاف القواعد العامة كون تعيين أمين التفليسة لابد أن يكون من اختصاص وصلاحية المحكمة التي قضت بالإفلاس ويكون قرارها مستلاً من ظروف موضوعية وبناءً على شروط محددة قانوناً[25]. و مما تجدر الإشارة إليه أن هناك ثمة عدد من الأسئلة يمكن أن تطرح هنا ، أولها هو كيف يمكن أن يتم اختيار شخص الحارس من بين مجموعة من الأشخاص المذكورين في تلك القائمة،وهل يحق للمحكمة أن تطلب من البنك المركزي إضافة شخص من ضمن الأشخاص المسجلين في المحكمة كحارس قضائي ليمكن اختياره حارساً على المصرف ؟ وهل تستطيع المحكمة المختصة إن ترفض كل الأسماء التي يدرجها البنك المركزي في القائمة و تطلب استبدالها بقائمة جديدة تحمل إسماء جديدة ؟ وأن كانت معالجة هذه المسائل قد جاءت بصيغة مقتضبة غير واضحة الأطر ، و ذلك لأنه قد بينها بشكل عام بأن هناك قائمة يعدها البنك المركزي و على المحكمة اختيار أحد أشخاصها حصراً ، من دون بيان التفاصيل الإجرائية لكل ما يمكن أن يتعارض أو يرتب إشكالية عند تطبيق تلك الأطر ، وهو ما يدعونا إلى دعوة المشرع العراقي إلى ملاحظة تعديل ذلك و تحديد الإجابات على ما يمكن أن يعد من تلك الإشكاليات عند تعيين الحارس القضائي على المصارف .و مما يجدر ذكره هنا أنه بعد أن تختار المحكمة شخصاً من تلك القائمة فعليها ابلاغ طرفي دعوى الإفلاس بالإضافة إلى البنك المركزي ، و بعدها تقوم بنشر ذلك القرار في الجريدة الرسمية و في صحفتين يوميتين على الأقل من الصحف ذات التداول العام[26].وباكتمال ذلك يعد هذا الأمر بمثابة تعيين الحارس القضائي على المصرف بقرار قضائي يترتب عليه ثبوت سلطة ذلك الحارس بممارسة مهامه وواجباته المحددة بموجب تلك الحراسة .

الفرع الثاني/ إجراءات تعيين الحارس القضائي على المصارف وفق القوانين المقارنة.

أستناداً لأحكام القانون المصري يجوز للأطراف الاتفاق على تعيين حارس قضائي في الحراسة بوجه عام ، سواء كانت اتفاقية أو قضائية فلا يقتصراختيار الأطراف له على الحراسة الاتفاقية فقط ، بل يتعدّاها إلى القضائية . ولا يقال أنه بالاتفاق على تعيين الحارس القضائي تتحول الحراسة من قضائية إلى اتفاقية ، فالمعيار في تحديد نوع الحراسة هو في الجهة التي تفرضها ، ولا يعني كذلك أن يتبع في تحديد شخص الحارس القضائي مبدأ تحديد فرض الحراسة ، لأن العبرة في كون الحراسة إتفاقية أو قضائية تسند للجهة التي فرضت الحراسة في حد ذاتها ، أما من قبل الإطراف بإتفاقهم عليها أو من طرف القضاء بالأمر بها) وعليه إذا كانت الحراسة اتفاقية فإن طبيعتها لا تتغير حتى وان تم تعيين الحارس من طرف القضاء . واذا كانت الحراسة قضائية فإن طبيعتها أيضاً لا تتغير وان كان الأطراف هم الذين اتفقوا على تعيين الحارس، فيترك أمر تعيين الحارس القضائي للأطراف حسب المادة (732) من القانون المدني[27] ، فإن أجمع الأطراف على تعيين شخص ما حارساً قضائياً وجب على القضاء تعيينه، أما إذا لم يجمع الأطراف على تعيينه فتكون السلطة مطلقة للقضاء بتعيينه ، فمتى اتفق اطراف النزاع على مبدأ الحراسة (الحراسة الاتفاقية أو الحراسة القضائية) ، فإن أمر تعيين الحارس يترك في كلتا الحالتين للمتنازعين إذا أمكنهم الإجماع على ذلك، فإن لم يحصل الاتفاق تدخل القاضي لتعيينه[28]. وأستنادًا لذلك فأن إختيار الحارس القضائي قد يكون على وفق الأحتمالات الآتية :

1- اختيار أحد الأطراف حارساً قضائياً.

يجوز تعيين أحد الأطراف المتنازعة حارسًا قضائيًا على المتنازع فيه، كونه يكون عالماً بكل ما يحيط بذلك المال من مكان وديون وكيفية إدارته أو حفظه، فالطرف صاحب نصيب من المال قد يملك الخبرة في

تسييره أفضل من غيره الأجنبي، لكن شرط أن يجمع الأطراف على تعيينه، او أن لم يتفقوا فيمكن كذلك للقاضي أن يتدخل ويعين طرفاً منهم حارساً ، إذا إلتمس فيه توفرشروط الحارس القضائي ويقبل الحراسة دون أجر، أو قيمة المال المتنازع فيه قليلة، وأن تعيينه فيه صالح للجميع وبذلك ترفض الطعون المقدمة ضده إذا لم تكن جدية[29] .

2- اختيار أجنبي عن الأطراف حارساً قضائياً .

إذا تضاربت مصالح الأطراف ووجدت بينهم منازعات تثير شكاً في استقلاليتهم و نزاهتهم ، ففي هذه الحالة يجب أن يكون الحارس المختار أجنبياً عنهم ويكون عادة من بين الخبراء المسجلين بالجداول المشهود لهم بالنزاهة أو أي شخص آخر مشهود له بذلك ، ويفضل الأشخاص غير المسجلين والخبراء إذا قبلوا الحراسة بغير أجر، خاصة في حالة كون الأموال المحروسة مثقلة بديون ، حتى لا يؤثر ذلك في استيفاء هذه الديون ولا على المال المحروس، فالحارس النزيه يضمن للأطراف حسن سير إدارة الأموال، وحفظها من أي خطر يهددها سواء من الأطراف أو الغير الأجنبي عن الأطراف المتنازعة[30].

3- اختيار أكثر من حارس.

توجد حالات يتم تعيين أكثر من حارس قضائي واحد للقيام بالمهمة المخولة له، إذا اقتضت طبيعة و تنوع العمل ذلك نجد الأطراف يعينون أكثر من حارس للقيام بالمهمة التي يريدونها ، لما تقتضيه أيضاً ضرورة العمل الذي يوكل إليه فقط و إلاّ فلن يعينه ، كون ذلك يتسبب في حدوث إختلافات في العمل تؤدي إلى عرقلته ، و أن كانت الحراسة بأجر فسيرتفع بسبب إعتماد حراس متعددين[31]. وقد أشار قانون تنظيم إعادة الهيكلة والصلح الواقي و الإفلاس المصري رقم (11) لسنة ٢٠١٨ في المادة (94) حيث نصت (تعين المحكمة في حكم الإفلاس من جدول خبراء إدارة الإفلاس ممثلاً قانونياً لإدارة التفليسة يسمى (أمين التفليسة) ، ويجوز في كل وقت لقاضي التفليسة من تلقاء نفسه أو بناء على طلب المنلس أو المراقب الأمر بإضافة أمين أو أكثر بشرط ألا يزيد عددهم على ثلاثة ، ويصدر بتنظيم مهنة أمناء التفليسات قرار من الوزير المختص) ، و قد نصت المادة (95) على أن (لا يجوز أن يعين أميناً للتفليسة من كان زوجاً للمفلس أو قريباً له حتى الدرجة الرابعة أو من كان خلال السنتين السابقتين على شهر الإفلاس شريكاً له أو مستخدماً عنده أو محاسباً له أو وكيلاً عنه ، وكذلك من سبق الحكم عليه بالإدانة في جناية أو في جنحة ماسة بالشرف والأمانة .أما في القانون الفرنسي ، تكون المهمة مكفولة من قبل هيئات قضائية ثلاث وهي :

1- **الوكيل القضائي**[32].

وهو ممثل العدالة ، يوجد في كل مراحل الإجراءات الجماعية ، وتتمثل مهمته الأساسية في فحص الديون وتمثيل الدائنين ، سواء تعلق الأمر باجراءات الحفاظ على المؤسسة أو إجراءات التسوية[33] ، وفي هذا الإطار يضطلع الوكيل برفع الدعاوى القضائية باسم ولمصلحة الدائنين[34]، مثل الدعاوى المتخذة ضد المديرين ، أو تلك التي يكون الغرض منها حماية قيمة الممتلكات التي تشكل أصول المدين[35] ، وايضا استئناف القرارات المتعلقة بوقف أو رفض خطة الحفاظ أو خطة التسوية[36] ، كما يلتزم في إطار حماية الدائنين باطلاعهم على سير الإجراءات[37].

2- **المدير القضائي**.

والذي يعين أيضا في الحكم المتضمن فتح الإجراءات طبقاً لنص المادة (L.621-4) وتتمثل المهمة الرئيسية للمدير القضائي في مساعدة المدين في تسيير وإدارة مؤسسته[38] ، وفي إعداد الخطة ، ومع ذلك يلعب المدير القضائي أيضاً دورالمدافع عن مصالح الدائنين ، إذ يسمح بمشاورة الدائنين ويدعم اللجان الدائنين[39] .

3- **المشرف على تنفيذ الخطة**.

والذي يتم تعيينه في الحكم المتضمن الموافقة على الخطة ، ويكمن دوره في ضمان التنفيذ السليم للخطة ، و تقسيم الحقوق على الدائنين وفقاً لخطة الحفاظ أو التسوية[40]، كما يعود له أيضاً واجب الدفاع عن المصلحة الجماعية للدائنين[41] ، وطبقاً للمادة (L.626-25) من القانون التجاري له إمكانية أن يرفع بنفسه دعاوى دفاعاً عن المصلحة الجماعية للدائنين ، كما يجوز أيضاً للمشرف إستئناف قرارات تعديل

خطة الحفاظ أو خطة التسوية ، وبالإضافة إلى ذلك يجوز للدائنين الذين لا تتاح لهم فرصة الطعن في قرار يأمر أو يعدل الخطة ، أو في حالة سوء تنفيذ الخطة من جانب المدين ، أن يتقدموا بطلب إلى المشرف ليرفع دعوى ضد المدين[42]. إن دور أعضاء لجان الدائنين هذه واسع للغاية ، ينصحون الأمين أو المدين المالك (debtor in possession) من أجل ضمان التسيير والإدارة الجيدة للمشروع ، و قد يطلبون تعيين أمين ، وفي حالة عدم تعيين هذا الأخير يمكنهم طلب تعيين مدقق examiner عند الشك في كفاءة او حسن نية المدير ، كما يشاركون في تطوير الخطة ، وتمارس لجان الدائنين جميع الإجراءات من أجل حماية مصالح الدائنين الذين تمثلهم ، كما يحق للجنة الدائنين الاعتراض على عقد البيع أو استغلال عقار مملوك للمدين ، و الذي صادقت عليه المحكمة ، و في هذه الحالة على القاضي الرجوع إلى شروط الاستغلال أو البيع لضمان دقتها ، و قد توكل وظيفة الدفاع عن مصالح الدائنين الجماعية إلى المراقبين ، وهم دائنون يعينهم القاضي المنتدب ، في حدود خمسة مراقبين كحد اقصى[43] ، غير أن إصلاحات 2005 أضافت إليهم مهمة جديدة تتمثل في الدفاع عن المصلحة الجماعية ، وفي هذا الإطار تسمح المادة (L. 622-20) من القانون التجاري للمراقبين في حالة تقاعس الوكيل القضائي ، (التصرف باسم المصلحة الجماعية للدائنين) ، وهي مهمة جديدة تضفي شفافية أكثر على الإجراءات الجماعية[44] .

وأستناداً لما تقدم فقد نصت المادة (L 622 -1) على أن (إدارة المؤسسة تضمن من طرف مسيريها مديريها)[45] ، وهذا يعني أنه عند فتح الإجراءات يحتفظ المدين بصلاحياته السابقة ، دون المساس بتلك الممنوحة للمدير القضائي المعين من طرف المحكمة ، أو تلك الممنوحة للأجهزة القضائية ، ودون أن يكون ذلك عائقاً أمام المدين في إدارة مشروعه ، فصلاحية المدير القضائي ، في إجراءات الحفاظ على المؤسسة وتحديداً في فترة المراقبة محددة في مراقبة ومساعدة المدين في إدارة مشروعه[46]. فالمدين إذن لا يمكن الاستغناء عنه في الحفاظ على المؤسسة ، فهو وحده من يعرف حقيقة نشاط المشروع ، فالمشرع الفرنسي أدرك أن مساعدة المدين هي نقطة البداية في الحفاظ على المشروع ، لذلك منحه مجموعة كبيرة من الصلاحيات وجعل العلاقة بينه وبين المدير القضائي قائمة على الثقة من أجل تحقيق الهدف المتمثل الحفاظ على المؤسسة ، لهذا سمح للمدين بان يقترح هو مديرة قضائية تسميه المحكمة[47].على وفق نص المادة (L 622 -1) من قانون التجارة يقوم المدير القضائي بمعية المدين وبمساعدة خبير أو أكثر بإعداد كشف إقتصادي و إجتماعي ، و بيئي ، يتضمن هذا الكشف العديد من المعلومات المتعلقة بالوضعية المالية للمدين ، و إستشراف الظروف الأجتماعية المأخوذة بعين الأعتبار من أجل الحفاظ على المؤسسة ، و يوضع هذا الكشف لدى كتابة ضبط المحكمة ، حيث يمكن لجميع الدائنين الأطلاع عليه ، مما يسمح للجنة الدائنين ولجمعية حاملي السندات بالتصويت على الخطة المقترحة[48]. أما فيما يتعلق بالقانون الإمريكي فيلاحظ أنه لتحديد إدارة التفليسة المصرفية لا بد أن نشير في هذا الأطار للمنهج القانوني للمشرع الأمريكي لتنظيم الإفلاس المتعلق بالمصارف في الولأيات المتحدة الأمريكية ، هو أن أسباب تعيين الحارس القضائي بشكل عام هي نفسها المتبعة في تعيين الوصي من حيث بداية الإجراءات و خضوع جميع المؤسسات المالية ومنها المصارف الى سلطة واشراف (مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية) ، وهي من تملك القرار الإداري في اخضاعها للفصل السابع أو اخضاعها للفصل الحادي عشر، بمعنى أن الحارس القضائي بموجب القانون الأمريكي هو مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية) (FDIC) كما هو الحال في الوصاية[49].

فهو يملك قواعد فريدة فيما يتعلق بتوزيع اصول المصرف و خصومها ، و وتتمتع مؤسسة التأمين بسلطة فرض المسؤولية عن خسائر المصرف المتعثر بما في ذلك سلطة فسخ العقود التي يكون المصرف طرفاً فيها ، و التحلل من الإلتزامات والعقود بحق المصرف بحسب تقدير الوصي أو الحارس ، على أن يتم الفسخ أو التحلل من الإلتزامات والعقود التي يكون المصرف طرفاً فيها قبل فترة معقولة من صدور أمر الحراسة تحت اشراف مؤسسة التأمين[50].وحيث ان اعمال التصفية تتطلب من مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية ، بصفتها حارسًا قضائيًا للمؤسسة المالية المتعثرة كالمصرف ، تسديد المودعين المؤمن عليهم والتخلص من الأصول لسداد ما تبقى من الديون ، وأما من حيث تمويل السيولة ، أنشا قانون (دولد فرانك Dold - Frank Act) صندوق تصفية منظم (OLF Orderly Liquidation Fund) في

وزارة الخزانة الأمريكية ، وهو صندوق يعمل على تقديم خدمة سيولة نقدية يمكن أن تعتمد عليها مؤسسة تأمين الودائع[51]. و لتقليل التأثير على الاقتصاد ، تسمح أحكام الإفلاس بابقاء البنوك المتعثرة في العمل مؤقتاً من أجل إعادة تأهيلها من خلال المحافظة على الودائع الفيدرالية او أعتماد طريقة المصرف الجسري كما نصت عليها المادة (USC 1821 12n) والمصرف الجسري هو بنك وطني مستأجر، تملكه وتشغله مؤسسة تأمين الودائع الفيدرالية (FDIC)[52] . أن استخدام الإدارة المؤقتة (الوصاية) من المرجح أن يؤدي إلى تفاقم حالة البنوك المعنية للأسباب أعلاه و زيادة التكاليف المرتبطة بقرارها التي ستتحملها الدولة و دائنيها ، لذلك يفضل في الغالب تعيين (حارس قضائي) الذي تتجاوز سلطاته سلطات الإدارة المؤقتة وعادة ما تشمل تلك التي يمتلكها أصحاب المصرف [53] .في اطار المنهج القانوني لتنظيم الإفلاس المتعلق بالمصارف في الولايات المتحدة ، فتكون إجراءات وأسباب تعيين الحارس القضائي بشكل عام هي نفسها المتبعة في تعيين الوصي عندما يتم تعيين (الحارس) لغرض التصفية ، فإن الحارس القضائي بموجب القانون الأمريكي هو مؤسسة التامين العلم الفيدرالية (FDIC) كما هو الحال في الوصاية ، ولذلك فان سلطات الحارس هي نفسها التي يتمتع بها الوصي[54].

أي أن المشرع الأمريكي قد استلهم الفكرة من تشريعات الإفلاس الحالية بهدف جعل الإجراءات الجماعية سهلة للمدين ، وتتجلى مظاهر هذه الفكرة في الصلاحيات الممنوحة للمديرفي (إدارة المشروع) أثناء الإجراءات ، وفي صلاحياته خلال مرحلة إعداد خطة إعادة الهيكلة على التفصيل التالي : حيث أن صلاحيات المدين في تسيير في (إدارة المشروع) أثناء الإجراءات طبقاً للفصل (11) من قانون الإفلاس الأمريكي يبقى المدين في أغلب الحالات بمفرده على رأس مشروعه الذي يمر بصعوبات ، إذ ينظر هذا القانون إلى أن منع المدين سني الحظ من إدارة مشروعه غير عادل ، فالصعوبات المالية التي قد تعرفها المؤسسة لا يكون سببها في أغلب الأحيان عدم كفاءة المديرين ، ولكن قد تكون نتيجة عوامل خارجية مثل إفلاس ممول رئيسي ، أو عدد كبير من زبائن المشروع[55]. وبالرجوع إلى الفصل (١١) نجده يمنح المدين العديد من الصلاحيات في هذا الإطار، فهو يحتفظ بوظائفه السابقة ، يبرم العقود الإدارية ، يضمن السير العادي ، ويتم العقود الجارية ويقرر فسخها ، ويمكنه أيضاً التصرف بحرية في ممتلكات الشركة كما كان عليه الحال قبل فتح الإجراءات ، بالإضافة إلى هذه الصلاحيات يمكن للمدين القيام بالصلاحيات التي يفترض أن يقوم بها (وكيل التفليسة) أو (الأمين) (Trustee) إذا تم تعيين هذا الأخير من طرف المحكمة ، مع ذلك فإن هذا لا يعني أن صلاحيات المدين بلا حدود ، فالعمليات التي لا تدخل في الإطار العادي للأعمال لا يمكنه القيام بها إلا بموافقة المحكمة بعد إعلام الدائنين[56].

الخاتمة .

في نهاية بحثنا الموسوم النظام القانوني لتعيين الحارس القضائي على المصارف ، ثبتنا بعض النتائج التي توصلنا لها ضمن الدراسة ، مع بعض التوصيات التي نتأمل أن يأخذ بها من قبل الجهات المعنية بالمستقبل:

أولًا/ النتائج.

نعرض أهم الاستنتاجات التي تم التوصل إليها وكما يأتي:

1- إنّ الحارس القضائي على المصارف هو شخص ثقة و مؤتمن يتم أختياره من قبل المحكمة المختصة بالتشاور مع البنك المركزي ، بغية إدارة المصارف المتعثرة مالياً و المشرفة على الإفلاس ، و ذلك من خلال تحديد أصول و خصوم هذه المصارف لإتمام تصفية ديونها و الحفاظ على حقوق دائنيها و حقوق المصرف في الوقت ذاته .

2- إشتقاقاً من صفة الثقة التي يجب أن يمتاز بها الحارس القضائي و ذلك لأنه سيكون مسؤولاً عن إدارة أموال المصرف بما يضمن الحفاظ عليها ة تحصيلها لضمان تسديد حقوق الدائنين ، لهذا فلا بد من أن تتوافر جملة من الشروط في هذا الشخص ليكون كفوءاً و محلاً لتلك الثقة و هذه الشروط يتمثل أبرزها في كونه صالحاً ولائقاً لهذه المهمة بالإضافة إلى قدرته على أداء هذه المهام و ذلك بحسب ما تراه المحكمة و الأهم أيضاً أن يكون طرفاً مستقلاً و حيادياً عن الطرف الذي فُرضت الحراسة عليه أو فُرضت لأجله.

3- إنّ إختيار الحارس القضائي و تعيينه على المصرف لا يكون الإبعد إتباع إجراءات معينة من خلال ما تحدده المحكمة المختصة بالتشاور مع البنك المركزي من إختياره من قائمة المرشحين الذين يقدمهم الأخير لها ، متى ما لاحظت المحكمة توفر الشروط المطلوبة فيه ، و لها أن تستبدله بمرشح أخر متى ما أنتفت تلك الشروط.

ثانيًا/ التوصيات .

في ضوء الاستنتاجات السابقة توصل البحث إلى التوصيات الآتية:

1- ندعو المشرع العراقي الى ذكر تعريف محدد لمصطلح الحارس القضائي و بصورة مباشرة في النصوص التشريعية لقانون المصارف رقم 94 لسنة 2004 المعدل يبين فيه الالتزامات و الحقوق المترتبة على الأطراف ذات العلاقة ضمن الحراسة القضائية .

2- نوصي المشرع العراقي ببيان الشروط العامة والخاصة الواجب توفرها ليكون الشخص مؤهلاً ليكون حارساً قضائياً في قانون المصارف العراقي النافذ و قانون البنك المركزي العراقي النافذ .

الهوامش:-

(1) جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، لبنان، 1996 ، ص 48 .

(2) د.عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه ، مجلد1 ، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، مصر ، 2004، ص 13 .

(3) د . عمار سعدون المشهداني ، القضاء المستعجل ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2012 ، ص 120 .

(4) ينظر في الآراء الفقهية التي أشارت إلى هذه التسمية لدى د.محمد جاسم محمد ، علاء حسين هزاع ، دعوى الافلاس المصرفي امام محكمة الخدمات المالية (دراسة تحليلية مقارنة) ، بحث منشور في مجلة آداب ذي قارالعلمية ، العدد 23 ، 2020، ص 128 .

(5) د . رمزي منير البعلبكي و منير البعلبكي ، المورد الحديث ، قاموس إنكليزي – عربي ، دار العلم للملايين ، بدون مكان طبع ، 2013 ، ص 965 .

(6) حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، أطروحة دكتوراة ، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي ، الجزائر ، 2019 ، ص 34 .

(7) د. حسين المياحي ، الإفلاس ، ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 ، ص 199.

(8) د .زينة غانم الصفار، افلاس المصرف في ضوء القانون رقم (40) لسنة 2003 ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، المجلد 9 ، العدد 33 ، 2017، ص 177 .

(9) د . زكريا يونس أحمد ، الأحكام الجديدة إفلاس المصارف ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق –جامعة تكريت، مجلد7 ، 2015، ص 431 .

(10) د . ئالان بهاء الدينٌ عبد الله المدرس ، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2016 .، ص 65 .

(11) ينظر الباب الأول - احكام عامة – المادة (1) - تعريف المصطلحات من قانون المصارف العراقي النافذ رقم (94) لسنة 2004 .

(12) عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، 1952، ص 14، منشورة على الموقع الألكتروني :
http://repository.neelain.edu.sd:8080/xmlui/handle/123456789/11701

(13) باشي الحاج ، الحراسة القضائية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ،2009، ص 20 – 23

(14) محمد أحمد عابدين ، أصول التقاضي في بعض الدعاوى ، مجلد 1، ط1 ، منشأة المعارف ، الإسكندرية ، 2005 ، ص 318 .

(15) محمد عزمي البكري ، الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ، 1997 ، ص 262.

(16) د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الأموال (دراسة مقارنة) ، ط1 ، مكتبة القانون والاقتصاد ، السعودية ، 2013، ص191- 193 .

(17) د . زينة غانم الصفار ، مصدر سابق ، ص 181 .

(18) د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، الجزء السابع ط2، دار أحياء التراث العربي ، لبنان ، بيروت ، 2004، ص907 و 908.

(19) رقم القرار 2984 / مدنية ثالثة / 75 بتاريخ 1976/1/8، ذكره إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، 1988، ص216.

(20) رقم الاضبارة 598 مدنية ثانية 73 تاريخ 12 / 12 / 1972 ، ذكره عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج 3 ، ط1 ، مطبعة بابل، العراق ، بغداد ، 1977، ص 76 ، 77 .
(21) رقم القرار 2984 / مدنية ثالثة / 75 بتاريخ 8 / 1 / 1976 ، ذكره : إبراهيم المشاهدي، مصدر سابق ، ص216.
(22) د.أنور طلبة ، العقود الصغيرة (الحراسة والعمل) ، المجلد1، ط1 المكتب الجامعي الحديث ، مصر، 2004، ص 63
(23) د . عبد الحميد الشواربي ، مصدر سابق، ص 87 .
(24) نصت المادة (78) من قانون المصارف على (بناء على قرار المحكمة الموافقة على التماس اقامة دعوى إفلاس ضد مصرف يعلن إفلاسه المصرف و تبدأ إقامة دعوى ضد المصرف ويعين حارس قضائي من قبل المحكمة بمقتضى المادة (80) .
(25) فقد نص قانون التجارة رقم (149) لسنة 1970 في الفقرة (1) من المادة (587) من الباب الخامس النافذ (لا يجوز أن يعين أميناً للتفليسة من كان زوجاً للمفلس أو قريباً له إلى الدرجة الرابعة ، أو من كان خلال السنتين السابقتين على إشهار الإفلاس شريكًا له أو مستخدمًا عنده أو محاسباً أو وكيلاً عنه.) .
(26) ينظر نص المادة (78) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 .
(27) باشي الحاج ، مصدر سابق ، ص 43 .
(28) نصت المادة (732) من القانون المدني المصري على أنه (يكون تعيين الحارس سواء أكانت حراسة أتفاقية أم كانت قضائية ، بأتفاق ذوي الشأن ، فإذا لم يتفقوا تولى القاضي تعيينه).
(29) د .عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني ، العقود الواردة على العمل ، المقاولة و الوكالة و الوديعة و الحراسة ، الجزء السابع ،مصدر سابق ، ص 907 – 909 .
(30) باشي الحاج ، مصدر سابق ، ص 44 .
(31) دعاس محمود ، الحراسة القضائية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر ، 2007 ، ص 21
(32) طبقاً لنص المادة (L.621-4) من القانون التجاري الفرنسي ، يتم تعيينه في الحكم المتضمن فتح الإجراءات الجماعية ، وبناء على طلب الوزارة العامة يمكن تعيين اكثر من وكيل ، ويكون تعيينه اختياريًا في المؤسسات الصغيرة التي يقل عدد العمال فيها عن عشرين عاملاً ، ويقل رقم أعمالها عن ثلاثة ملايين أورو . المادة (R.626-52) من القانون التجاري الفرنسي.

(33) Art L. 812-1 c . com.
(34) Art L.622 -20 c. com.
(35) Sophie Stankiewicz Murphy , Thé préc . p. 97.
(36) Art L. 661-1 2° c. com.
(37) Art R.631-21 c. com .
(38) Art L.811-1 c. com .
(39) A. Geniteau , (L'administrateur judiciaire et le nouveau livre VI du Code de commerces), Revue des Procédures Collectives , n°l , mars 2006 , p.3.
(40) يعين لمدة محددة طبقًا لنص المادة (L.626.12) من القانون التجاري كما هو الحال بالنسبة للوكيل القضائي ، وتكون صلاحياته محدودة في ظل إجراءات المحافظة على المؤسسة على اعتبار بقاء الدين على رأس مؤسسته.
(41) Art L.626-25 al 3 co . com.
(42) Art L.626-1,3º co . com.
(43) وفي حالة التعدد ينبغي أن يكون اثنان منهم دائنين ممتازين ، وواحد دائنا عاديا ، المادة (L.621-10) من القانون التجاري الفرنسي.
(44) F. Macorig-Vinier et C. Saint-Alary-Houin, (La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises), Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier-février 2006 , p.60.
(45) Art. (L.622-1) I. c. com (l'administration de l'entreprise est assurée par son dirigeant).
(46) Art. (L.622-1) II c. com.
(47) Art. (L.622-3) c. com; Art. L.622-7 co. com. Art. (L.622-10) co. com.
(48) Art (L.621-4, al.4) co.com.
(49) Tobias M.C. Asser , Legal Aspects of Regulatory Treatment of Banks in Distress , International Monetary Fund , 2001.p122 .
(50) U.S.C. & 1821 (e) (2).
(51) J. Deslandes , C. Dias and M. Magnus , op . cit , p . 12 .

(52) د . محمد جاسم محمد ، الإطار القانوني للمصرف الجسري وأثره في معالجة التعثر المصرفي : دراسة مقارنة بين القانون المصرفي العراقي والأمريكي ،بحث منشورفي مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن جامعة ذي قار / كلية القانون ، العدد السابع عشر ، ٢٠١٩ ، ص ١٩٨ وما بعدها .
(53)Heidi Mandanis Schooner , op . cit , p . 388 .
(54) 12 U.S.C $ 1821 (c) (2) (A) Appointment : (i) Conservator .
(55) Sophie Stankiewicz Murphy ,op cit . p . 33 .
(56)11 U.S.C. 1121 (d) (2) A) .

المصادر.

أ – المصادر العربية.

أولًا/ المعاجم اللغوية.

1- د . رمزي منير البعلبكي و منير البعلبكي ، المورد الحديث ، قاموس إنكليزي – عربي ، دار العلم للملايين ، بدون مكان طبع ، 2013 .
2- جمال الدين بن منظور ، لسان العرب ، دار صادر ، لبنان ، 1996 .

ثانيًا/ الكتب العربية .

1- إبراهيم المشاهدي ، المبادئ القانونية في قضاء محكمة التمييز، مطبعة العمال المركزية ، بغداد ، 1988.
1- د . ئالان بهاء الدينٌ عبد الله المدرس ، الجوانب القانونية للوصاية على المصارف الخاصة (دراسة مقارنة) ، ط1، منشورات زين الحقوقية ، بيروت ، 2016 .
2- د.أنور طلبة ، العقود الصغيرة (الحراسة والعمل) ، المجلد1، ط1 المكتب الجامعي الحديث ، مصر، 2004 .
3- باشي الحاج ، الحراسة القضائية ، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، الجزائر، 2009.
4- د. حسين المياحي ، الإفلاس ، ط3 ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، 2009 .
5- د. رضا محمد عيسى ، الحراسة القضائية على الأموال (دراسة مقارنة) ، ط1 ، مكتبة القانون والاقتصاد ، السعودية ، 2013.
6- د.عبد الحميد الشواربي ، الحراسة القضائية في ضوء القضاء والفقه ، مجلد1، ط1 ،منشأة المعارف ، مصر ، الإسكندرية ، 2004.
7- عبدالرحمن العلام ، شرح قانون المرافعات المدنية ، ج 3 ، ط1 ، مطبعة بابل، العراق ، بغداد ، 1977.
8- د . عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط في شرح القانون المدني، ، الجزء السابع ، المجلد الأول ، الجزء السابع ط2، دار أحياء التراث العربي ، لبنان ، بيروت ، 2004.
9- د .عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ، الجزء الأول ، نظرية الالتزام بوجه عام (مصادر الالتزام)، المجلد الثاني، ج1 ، ط3، دار احياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،1952 .
10 - د. عبد المجيد الحكيم ، الموجز في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام) ، مطابع مؤسسة دار الكتب للطباعة ، الموصل ، 1980 .
11- د .عمار سعدون المشهداني ، القضاء المستعجل ، دار الكتب القانونية ، القاهرة ، مصر ، 2012.
12- محمد عزمي البكري ، الحراسة القضائية في ضوء الفقه والقضاء ، دار محمود للنشر والتوزيع ، 1997 .

ثالثًا / الأطاريح الجامعية .

1- حذاق السامعي ، المركز القانوني للحارس القضائي ، أطروحة دكتوراه ، مقدمة إلى جامعة العربي بن مهيدي – أم البواقي ، الجزائر ، 2019 ، منشورة على الموقع الألكتروني :
http://bib.univ-oeb.dz:8080/jspui/handle/123456789/9157
2- عبد الحكيم عبد الحميد فراج ، الحراسة القضائية في التشريع المصري المقارن ، أطروحة دكتوراه ، جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، 1952 ، منشورة على الموقع الألكتروني :
http://repository.neelain.edu.sd:8080/xmlui/handle/123456789/11701

رابعًا/ البحوث.

1- دعاس محمود، الحراسة القضائية، مذكرة التخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، الجزائر، 2007.
2- د . زكريا يونس أحمد ، الأحكام الجديدة إفلاس المصارف ، مجلة جامعة تكريت للعلوم القانونية ، تصدر عن كلية الحقوق- جامعة تكريت ، مجلد7 ، 2015.
3- د . زينة غانم الصفار ، افلاس المصرف في ضوء القانون رقم (40) لسنة 2003 ، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق الصادرة عن كلية الحقوق جامعة الموصل ، المجلد 9 ، العدد 33 ، 2017.
4- د.محمد جاسم محمد ، علاء حسين هزاع ، دعوى الافلاس المصرفي امام محكمة الخدمات المالية (دراسة تحليلية مقارنة) ، بحث منشور في مجلة أداب ذي قار العلمية ، العدد 23 ،2020.

5- د . محمد جاسم محمد ، الإطار القانوني للمصرف الجسري وأثره في معالجة التعثر المصرفي : دراسة مقارنة بين القانون المصرفي العراقي والأمريكي ،بحث منشور في مجلة القانون للدراسات والبحوث القانونية ، تصدر عن جامعة ذي قار / كلية القانون ، العدد السابع عشر ، ٢٠١٩.

خامسًا / القوانين .

أ-القوانين العراقية .

1 - قانون المرافعات المدنية العراقي رقم (83) لسنة 1969النافذ .

2 - قانون التجارة العراقي الملغي رقم (149) لسنة 1970 النافذ.

3- قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 المعدل النافذ.

ب-القوانين المصرية .

1-القانون المدني المصري رقم (131) لسنة 1948 .

سادسًا / المصادر الأجنبية .

أ – المصادر الأجنبية.

(1) A. Geniteau , (L'administrateur judiciaire et le nouveau livre VI du Code de commerces), Revue des Procédures Collectives , n°l , mars 2006 , p.3.

(2) F.Macorig-Vinier et C. Saint-Alary-Houin, (La situation des créanciers dans la loi du 26 juillet 2005 de sauvegarde des entreprises), Revue de Droit Bancaire et Financier, janvier-février 2006 , p.60.

([3])Heidi Mandanis Schooner , op . cit , p . 388 .

(4) J. Deslandes , C. Dias and M. Magnus , op . cit , p . 12 .

(5) Sophie Stankiewicz Murphy , Thé préc . p. 97.

(6) Sophie Stankiewicz Murphy ,op cit . p . 33 .

(7) Tobias M.C. Asser , Legal Aspects of Regulatory Treatment of Banks in Distress , International Monetary Fund , 2001.p122 .

ب - القوانين الأجنبية .

1-القوانين الفرنسية.

أ- قانون التجارة الفرنسي الصادر سنة 1807 .

2- القوانين الامريكية .

أ- قانون الافلاس العام (U.S. Code 11- Bankruptcy) .

ب -قانون البنوك الامريكي (U.S. Code Title 12-BANKS AND BANKING 12) .