٧٩٠٤٥٢
١٢٩
٥١٠
قاعة الرسائل
T05-01195

١٦٩/٣

التنظيم القانوني لعقد الاستثمار المصرفي

((دراسة قانونية مقارنة))

١٦٩
ع ت

رسالة تقدم بها الطالب

عمر شفيق توفيق مهدي العزاوي

إلى مجلس كلية القانون جامعة بابل

وهي جزء من متطلبات نيل درجة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف الأستاذ الدكتور

مجيد حميد العنبكي

أستاذ القانون التجاري

١٤٢٦هـ

٢٠٠٥م

١٧٩/٢

إقرار لجنة المناقشة

نحن أعضاء لجنة المناقشة نشهد بأننا قد اطلعنا على هذه الرسالة والموسومة بـ ((التنظيم القانوني لعقد الاستثمار المصرفي /دراسة قانونية مقارنة)) المقدمة من قبل الطالب (عمر شفيق توفيق) وقد ناقشنا الطالب في محتوياتها وكل ما له علاقة بها . ونرى بأنها جديرة بالقبول لنيل درجة الماجستير في القانون الخاص .

التوقيع :

الاسم : أ.م.د.عباس علي محمد

رئيسا"

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. ابراهيم اسماعيل ابراهيم

عضواً

التوقيع :

الاسم: أ.م.د. سليم عبد الله الجبوري

عضوا"

التوقيع :

الاسم:أ.د.مجيد حميد العنبكي

عضوا" ومشرفا"

صدقت من قبل مجلس كلية القانون بجامعة بابل .

الاستاذ الدكتور

حسن عودة زعال الغانمي

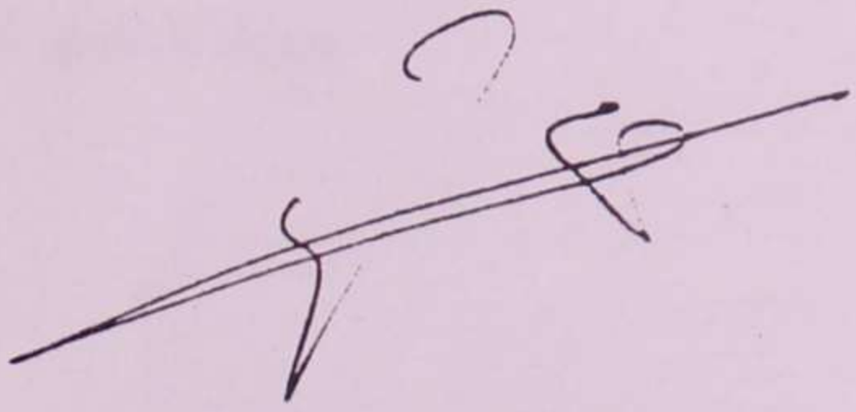
عميد كلية القانون / جامعة بابل

/ / ٢٠٠٥م.

بسم الله الرحمن الرحيم

الى / لجنة الدراسات العليا – كلية القانون – جامعة بابل

اشهد إن أعداد هذه الأطروحة الموسومة بـ التنظيم القانوني لعقد الاستثمار المصرفي (دراسة مقارنة) جرى تحت إشرافي كجزء من متطلبات البحث للحصول على درجة الماجستير في القانون الخاص من كلية القانون جامعة بابل وقد قرأت الرسالة ووجدتها مستوفية لمتطلبات الطبع ولاجله وقعت .



الاستاذ الدكتور

مجيد حميد العنبكي

بسم الله الرحمن الرحيم

(المال والبنون زينة الحيوة الدنيا والبقيت
الصلحت خير عند ربك ثوابا وخير أملا)

صدق الله العظيم

سورة الكهف (٤٦)

الإهـــــداء

إلى نهر العطاء والخير... والدي

إلى من وهبتني الحياة والعطف .... والدتي

إلى رفيقة حياتي ومسيرتي... زوجتي

إلى قرتي عيني... الفاروق وياسمين

إلى من شاركوني عمري... إخواني

الباحث

□

- شكر وتقدير -

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على سيد المرسلين محمد وعلـــى اله وصحبه أجمعين .

بفضل من الله ورحمة منه أتممت رسالتي الموسومة (التنظيم القـــانوني لعقـــد الاستثمار المصرفي " دراسة قانوية مقارنة ") ، ويشرفني أن أتقدم بخـــالص الشكر والتقدير إلى الأستاذ الفاضل الـــدكتور مجيـــد حميـــد العنبكـــي لتفضـــله بالموافقة على الإشراف على رسالتي و لما بذله من جهد في متابعة هذا العمل ، وكان نعم الأستاذ في طرحه للملاحظات القانونية والشكلية .

كما واخص بالشكر و التقدير الأستاذ الفاضل الدكتور إبـــراهيم إســـماعيل الربيعي ، لما بذله معي من جهد ومتابعة لخطواتي الاولى في البحـــث وحســـن توجيه لي في اختياري للموضوع.

كما اتقدم بالشكر والعرفان لاساتذتي كل من الدكتور عزيـــز كـــاظم جبـــر والدكتور علي زعلان والدكتور حكمت الدباغ والدكتور ميري كـــاظم والـــدكتور كمال عبد حامد لما بذلوه من جهد معي في السنة التحضيرية.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأخ الأستاذ الفاضل الدكتور عباس علـــي محمد الحسيني لما بذله من جهد معي والاستاذ الدكتور حسن حنتوش لما ابـــداه لي من مساعدة وعناية.

كما أتقدم بالشكر والامتنان إلى الأستاذ الفاضل الـــدكتور حيـــدر ســـلمان الجنابي لما قدمه لي من ملاحظات شكلية .

كما لا يسعني إلا أن اشكر الأخت الفاضلة الســـت ســـحر والســـت نبـــراس والست هديل في قسم الدراسات العليا . و الأخ رسول في مكتبة المعهد القضائي

كما اخص بوافر من الامتنان الأخ حيدر الوتار و الأخت أيســـر عبـــدالله لمـــا بذلوه من جهد في طبع الرسالة وتنقيحها مرات عديدة

ولي الشرف أن أتقدم بالشكر والامتنان الى السادة أعضاء لجنة المناقشة المحترمون لتفضلهم بالموافقة على مناقشة رسالتي ، مع شكري وامتناني العالي لكل ما يبدونه من ملاحظات قيمة تصب في رصانة الرسالة وتقوم علميتها . .

وأخيرا ، أتقدم بالشكر لكل من فاتني ان اذكره ومن شاركني الجهد من قريب أو بعيد ، ولمن فاتني ان اشكرهم ، التمس منهم العذر واسال الله ان يجزيهم عني خير الجزاء وان يوفق الجميع لما يحبه ويرضاه .

الباحث

قائمة المحتويات

الموضـــــوع			الصفحة
الاهداء			
شكر وتقدير			
قائمة المحتويات			أ
مقدمة			1
التمهيد	:		5
الفصل الاول	:	**مفهوم عقد الاستثمار المصرفي**	14
المبحث الاول	:	تعريف عقد الاستثمار المصرفي وتكييفه	15
المطلب الاول	:	تعريف عقد الاستثمار	15
الفرع الاول	:	المفهوم التقليدي لعقد الاستثمار المصرفي	16
الفرع الثاني	:	المفهوم الحديث لعقد الاستثمار المصرفي	28
المطلب الثاني	:	تكييف عقد الاستثمار المصرفي	35
الفرع الاول:	:	تكييف عقد الاستثمار المصرفي ضمن العقود غير المسماة	35
الفرع الثاني	:	موقف التشريعات والفقه والرأي القانوني الراجح	38
المبحث الثاني	:	خصائص عقد الاستثمار المصرفي وتمييزه عن غيره من العقود	40
المطلب الاول	:	خصائص عقد الاستثمار المصرفي	40
الفرع الاول	:	الخصائص الشكلية لعقد الاستثمار المصرفي	40
الفرع الثاني	:	الخصائص الموضوعية لعقد الاستثمار المصرفي	43
المطلب الثاني	:	تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن غيرة من العقود	49
الفرع الاول	:	تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن العقود التجارية	49
الفرع الثاني	:	تمييز عقد الاستثمار المصرفي عن العقود المدنية	55

الموضـــــوع			الصفحة
الفصل الثاني	:	احكام عقد الاستثمار المصرفي	61
المبحث الاول	:	الالتزامات القانونية على طرفي عقد الاستثمار المصرفي	62
المطلب الاول	:	التزامات المصرف بموجب عقد الاستثمار	63
الفرع الاول	:	التزامات المصرف التجاري بموجب عقد الاستثمار	63
الفرع الثاني	:	التزامات المصرف الاسلامي بموجب عقد الاستثمار	72
المطلب الثاني	:	التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار	76
الفرع الاول	:	التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار في المصارف التجارية	76
الفرع الثاني	:	التزامات العميل بموجب عقد الاستثمار في المصارف الاسلامية	84
المبحث الثاني	:	النظام القانوني للمصرف التجاري الاستثماري	88
المطلب الاول	:	الوصف القانوني للمصرف الاستثماري	89
الفرع الاول	:	الاساس القانوني للعقد المنشئ للعلاقة الاستثمارية	89
الفرع الثاني	:	مفهوم امين الاستثمار	98
المطلب الثاني	:	الوصف القانوني للمصرف كأمين استثمار	103
الفرع الاول	:	التشريعات القانونية و الاراء الفقهية	105
الفرع الثاني	:	العادات والاعراف المصرفية	111

الموضـــــوع			الصفحة
الفصل الثالث	:	المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي	115
المبحث الاول	:	مسؤولية المصرف في عقد الاستثمار	116
المطلب الاول	:	الطبيعة القانونية لمسؤولية المصرف	117
الفرع الاول	:	الاراء القانونية في مسؤولية المصرف والرأي الراجح	118
الفرع الثاني	:	حدود مسؤولية المصرف تجاه العملاء	124
المطلب الثاني	:	تنظيم المسؤولية القانونية في عقد الاستثمار المصرفي	129
الفرع الاول	:	طبيعة المسؤولية المدنية للمصرف	130
الفرع الثاني	:	اتفاقات تعديل احكام المسؤولية المصرفية	136
المبحث الثاني	:	احكام خاصة بالمسؤولية في المصارف الاستثمارية	141
المطلب الاول	:	مسؤولية امين الاستثمار	142
الفرع الاول	:	المسؤولية المدنية لامين الاستثمار	143
الفرع الثاني	:	مسؤولية امين الاستثمار عن الاعمال المادية	150
المطلب الثاني	:	مسؤولية المصرف الجزائية في عقد الاستثمار	157
الفرع الاول	:	الاراء القانونية في مسؤولية المصرف الجزائية	158
الفرع الثاني	:	تحقق المسؤولية الجزائية للمصرف	163
الخاتمة	:		169
المصادر	:		175
Summary	:		185

المقـــدمة

موضوع البحث

تشهد الاعمال المصرفية التي تمارسها المصارف التجارية تطورات كثيرة فـــي طبيعـــتها وعملـــياتها المخـــتلفة التي تقدمها لجمهور العملاء، بسبب مساسها المباشرة بالحياة الاقتصادية للافراد خصوصا والمجتمعات عموما.

حـــيث كانت وظائف المصارف التجارية مقتصرة على الاعمال المصرفية التقلـــيدية وهي القرض المصرفي وعمليات الائتمان قصيرة الاجل والمتمثلة بتلقي الودائـــع مـــن العمـــلاء واصدار الشيكات وخصم الكمبيالات وخطابات الضمان وتأجيـــر الخـــزانات الحديديـــة وغير ذلك من الوظائف التقليدية التي نصت عليها معظم قوانين التجارة، ومنها على سبيل المثال قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 الذي حدد مجمل الاعمال المصرفية في الفصل الثاني منه، وتحديدا ما بين المادة 239 إلى المادة 293 حصرا.

بيد ان التطور المصرفي في مختلف انحاء العالم، ادى إلى قيام المصارف بـــتقديم خدمات مصرفية لم تعهد من قبل بتقديمها، بسبب ان المصارف تكون في حـــدة ذاتهـــا قـــوة لايستهان بتأثيرها في سوق النقد والمال، هذا من جهة وبسبب المنافســـة الشـــديدة ما بين المصارف التجارية، والمؤسسات المالية الاخرى مثل بورصة الاوراق المالية وشركات الاستثمار المالي من جهة اخرى.

فأصـــبحت المصارف في معظم دول العالم المتقدمة اقتصاديا تقوم بعمليات متطورة لم يعهده المفهوم التقليدي للعمل المصرفي.

فاتجهت المصارف في سبيل توسيع نشاطها إلى التوسع في مفهوم القرض المصـــرفي القصير الامد إلى القرض متوسط الاجل وطويل الاجل، والتوسع في المشـــاركة فـــي المشـــاريع الصـــناعية ذات العائد طويل الامد، وقد قامت بعض المصـــارف الـــتجارية بأستثمار اموال العملاء المودعة عندها، بمستوى عال من الخبرة المصرفية القانونية في مجال الاستثمار المصرفي، كل ذلك من خلال عقود تبرمها المصارف مع عملائها الراغبين بالاستثمار في مختلف الميادين سواء كان

فـــي الاوراق المالية او العقارات او بقية مجالات الاستثمار، وكل هذا بهدف زيادة مدخرات العملاء الموجودة لدى المصرف.

اهمية موضوع البحث

وقد كان اختياري لموضوع التنظيم القانوني لعقد الاستثمار المصرفي ناتج مـــن اثـــر واقـــع التخلف الحقيقي الذي يشهده القطاع المصرفي في معظم البلاد العربية والعراق بصورة خاصة.

فقد كان واقع العمل المصرفي في العراق حبيس قانون البنك المركزي ذي الـــرقم 64 لســـنة 1976 (الملغـــى) الـــذي لـــم يضفي على المصارف الا صفة المؤسسات المالية ذات النفع العام، حيث نصت الفقرة التاسعة من المادة الاولى من القانـــون انف الذكر في تعريفها للمصرف بأنه مؤسسة تزاول اي عمل من اعمال الصيرفة بصفة اساسية اضافة إلى الاعمال والخدمات المصرفية الاخرى، وتعتبر جميع الفروع لمصرف ما في العراق مصرفا واحدا لاغراض القانون، الا اذا نص على خلاف ذلك.

وبـــناءا علـــى هـــذا كان لابد من مسايرة التطور الحاصل في المجتمعات الحديـــثة ذات الاقتصـــاد العالي، وفي عدة مجالات، ومن ضمن ذلك التطور في العمل المصرفي.

وهـــذا الـــتطور لابد ان يشمل ادخال الوسائل الحديثة على مجمل العمليات المصـــرفية جوهـــرا ومضـــمونا، واعداد الكوادر المصرفية ذات الخبرة القانونية وكـــوادر ذات خبـــرة اقتصـــادية، حتـــى ينتج عن هذا الجهد تنوعا في العمليات والخدمات المصرفية.

ولا بـــد ان نوضـــح امرا مهما في هذا المجال، هو انه المقصود بالعمليات المصـــرفية هـــي تلك العمليات التي نصت قوانين خاصة على تنظيم احكامها كما اشرنا اليها سابقا، وبعبارة ادق ان هذه العمليات مصدرها التنظيمي هو التشريع.

اما الخدمات المصرفية فهي تلك الاعمال التي تقدمها المصارف التجارية، والتي لم تسمى من قبل قوانين خاصة وتحدد بالاسم، بل دأبت على تنظيم احكامها

العادات والاعراف المصرفية التي تكون في مجال العمل المصرفي بحكم القانون، بشرط عدم مخالفة تلك الاعراف والعادات المصرفية للنظام العام والاداب العامة.

فهـذه الخـدمات التـي تقيمها المصارف يكون مصدرها العرف او العادة المصـرفية والتي تخضع بدورها في تنظيمها القانوني إلى النصوص القانونية في قوانـين خاصة في قانون المصارف وقوانين البنك المركزي، وفي حالة خلو هذه القوانين المتخصصة من احكام تنظم هذه الخدمات يتم الرجوع إلى القواعد العامة الواردة في القانون التجاري.

ومـن هـذه الخدمات المصرفية الحديثة نسبيا هي خدمات الاستثمار والتي يـراد مـنها تنمية مدخرات العملاء لدى المصرف مقابل ارباح يحققها المصرف علـى المـدى الطـويل ، ومـن اشهر مجالات الاستثمار المصرفي هو استثمار المصـارف فـي الاوراق المالية من خلال المحافظ الاستثمارية التي تنشأها لهذا الغـرض، والاسـتثمار المصـرفي في مجال العقارات، والاستثمار في المجالات الصناعية.

ويثور الاهتمام هنا بمسألة ظهور هذه الخدمات المصرفية إلى الواقع العملي وانعـدام القوانـين والتشـريعات الخاصة بتنظيم تلك الخدمات، واعتماد العادات والاعراف المصرفية والقواعد العامة لتنظيم الخدمات من الناحية القانونية.

وهـنا كـان لا بـد لـنا من بحث كيفية تقديم هذه الخدمات المصرفية إلى جمهور العملاء والمستثمرين ومن خلال ما تبرمه هذه المصارف من عقود معهم، وبيان الاسس العامة لهذه الخدمات من خلال الدمج بين القواعد القانونية العامة في العقود، وخدمات المصارف الاستثمارية.

وموضـوع دراسـتنا هـو عقد الاستثمار المصرفي، حيث يتناول في هذا الـبحث إلى بيان الاسس القانونية لهذا العقد من الناحية المصرفية والتزام كل من اطـرافه مـن خلال استعراض الاحكام الخاصة به ومن ثم نبحث المسؤولية التي تترتب على المصرف التجاري في مثل هذه العقود.