

جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون

النظام القانوني لشركة الكفالات المصرفية دراسة مقارنة

أطروحة مقدمة إلى مجلس معهد العلمين للدراسات العليا وهي جزء من متطلبات نيل
درجة الدكتوراه في فلسفة القانون/ القانون الخاص
من قبل الطالب
كفاء عبد الزهرة قاسم

بإشراف
أ. د رغد فوزي عبد عليوي



﴿وَقُلْ أَعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ
وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ﴾

صدق الله العلي العظيم

سورة التوبة، الآية: ١٠٥



المستخلص

يُعدّ النهوض بقطاع المشروعات الصغيرة والمتوسطة الركيزة الأساسية لأيّ اقتصاد يسعى إلى تحقيق تنمية مستدامة ومتوازنة، إذ تُعدّ الشركات الصغيرة والمتوسطة محركات مهمة للابتكار والنمو وخلق فرص العمل وتحريك النشاط الاقتصادي في الاقتصاديات ذات الدخل المرتفع والاقتصاديات النامية على حدّ سواء، ففي هذه الاقتصاديات تشكّل الشركات الصغيرة والمتوسطة غالبية النشاط الاقتصادي الخاص، مع ذلك لا يمكن لهذه الشركات تحقيق إمكاناتها الكاملة إلّا إذا حصلت على التمويل اللازم لبدء اعمالها واستدامتها وتنميتها.

إنّ محدودية الوصول إلى الائتمان المصرفي، تمثّل عقبة امام الشركات الصغيرة والمتوسطة، ما يعرف عالميا بفجوة الائتمان المصرفي، فهذه الشركات تواجه تحديات حقيقية في النفاذ إلى الائتمان المصرفي، وفي مقدمتها ضعف الملاءة المالية ومحدودية الضمانات التي تشترطها المؤسسات المالية المصرفية، ولتصحيح تلك الأوضاع، ينبغي البحث عن الصيغ القانونية الملاءمة والحلول الكفيلة بمعالجة تلك الفجوة أو المشكلات، ولا سيما تلك التي تمنعها من الوصول إلى الائتمان المصرفي.

إذ تُعدّ شركات الكفالات المصرفية نمطا خاصا من المؤسسات المالية، يستند وجودها إلى وظيفية اقتصادية دقيقة، تتمثل في تخفيف مخاطر الائتمان المصرفي وتحفيز التمويل، وزيادة الشمول المالي للاستخدام من قبل جميع فئات المجتمع ولا سيما للشركات الصغيرة والمتوسطة الحجم، مما يجعلها حلقة وصل رسمية بين المصارف أو المؤسسات المالية الأخرى والمستفيدين من الائتمان المصرفي، غير أن هذه الوظيفة الاقتصادية المهمة لا تقابلها دائما ولا سيما في القانون العراقي، نظاما قانونيا مستقلا ومتكاملا يضبط طبيعتها ونشاطها أو نظام العمل فيها أو نظام الرقابة والإشراف عليها.

وفي الختام قدمت الدراسة عددا من النتائج التي يمكن الاستفادة منها في دعم الاستراتيجية الهادفة إلى النهوض بدور الشركات الصغيرة والمتوسطة وزيادة الشمول المالي لجميع فئات المجتمع المنتج في الاقتصاد العراقي، وقد توصلت الدراسة أن الاكتفاء بتوصيات عامة قد لا يحقق الغاية المطلوبة، الأمر الذي استدعى تضمين التوصيات مقترح قانون خاص ينظم شركة الكفالات المصرفية، ويحدد طبيعتها القانونية، ونطاق نشاطها، وحماية المتعاملين معها، وقواعد الترخيص وشروطه واجراءاته ونظام العمل فيها ونظام رقابة البنك المركزي العراقي عليها، مستلهم من التجارب التشريعية في القوانين موضوع المقارنة، معالجا بذلك أوجه القصور التشريعي في تنظيم شركة الكفالات المصرفية في القانون العراقي، بما يحقق ضرورات التنمية الاقتصادية والاستقرار المالي.

الإهداء

إلى سيدي ومولاي، بقية الله في أرضه، الحجة بن الحسن
عج، نور الأمل في زمن الغيبة، وملاذ القلوب التائقة للعدل
واليقين.
أهدي ثمرة جهدي المتواضع، راجياً أن يكون مما يُقَرَّبني إلى
رضاه،
ويُكتب في سجل المنتظرين الصادقين لظهوره المبارك.
ألى روح أبي الطاهرة.....
من كان سندي ومعلّمي الأول، الذي غرس فيَّ قيمة العلم
والصبر...
رحمك الله بقدر ما منحت، وجعل هذا العمل صدقةً جاريةً عن
روحك، ونوراً يضيء مضجعتك في عالم الخلود.
الى أُمي الغالية...
نبع الحنان، وسر الدعاء الذي لا ينقطع...
إليكِ أهدى هذا الجهد، عرفاناً بما لا يقاس من التضحيات.

الشكر والعرفان

ابتهلت إلى الله العليّ القدير أن يمنحني من جنود عزّته وقوته، فقيّض لي من خيرة العلماء الأجلاء ارتشفت من علومهم ما أضاف على أطروحتي هذه الجودة والقبول، بنمير عطائهم ونصح قولهم، فرفعوا عنها الوجب والقبب والعوج وعدم الاعتدال والجلبة، فقد مدّني الله العليّ القدير بالأستاذة البارعة المحنكة المتفوهة الأستاذة الدكتورة "رغد فوزي عبد الطائي" زادهاً الله تعالى علماً وفهماً وتفقهاً، فكان لها عليّ دالّة فضل في الارتقاء، التي كانت نعمّ المُشرفة لي في هذه الأطروحة التي أشرفت عليها في مراحلها كافة، فبذلت معي بكلّ سخاء الجهد حتى اكتملت أركانها العلمية، فلها كلّ الشكر والإمتنان.

والشكر والامتنان موصول إلى كلّ من الأستاذ الدكتور المتمرس إبراهيم إسماعيل إبراهيم، والأستاذ الدكتور المتمرس عزيز الخفاجي، والأستاذ الدكتور عبد الرزاق أحمد محمد والأستاذ الدكتور صالح مهدي كحيط، والأستاذ الدكتور ضمير المعموري، وأساتيد معهد العلمين للدراسات العليا جميعهم، على ما بذلوه معي من سعة صدر وتحمل وإرشاد ونصح وإخلاص، حفظهم الله جميعاً وأعلى رقيهم بمراقٍ منابر النور والعلم، أسأل الله تعالى منّا جميعاً قبول هذا العملّ الخالص.

وعرفاناً بالمواقف النبيلة، ووفاءً للدعم الكريم الذي احطمتوني به في مختلف مراحل مسيرتي العلمية والعملية، أتقدم بخالص الشكر وعظيم الامتنان الى **سماحة السيد عون آل النبي المحترم**، الذي كان خير سند وداعم، بما أولاني إياه من رعايةٍ واهتمامٍ ومساندةٍ صادقة تركت أثراً عميقاً في نفسي ومسيرتي، فقد كنتم مثلاً للعطاء النبيل والدعم الصادق الذي يبقى حاضراً في الذاكرة بكل تقدير وامتنان.

وأقدم شكري وعرفاني إلى العاملين بالمكتبات، وأخص بالذكر العاملين بمكتبة معهد العلمين للدراسات العليا، والمكتبة المركزية في جامعة الكوفة، ومكتبة كلية القانون في جامعة الكوفة والمكتبة المركزية في الجامعة الأمريكية في بيروت، ومكتبة كلية الحقوق في جامعة القاهرة في مصر، ومكتبة كلية الحقوق في جامعة الإسكندرية في مصر، والمكتبة المركزية في جامعة عين الشمس في مصر، ومكتبة الإسكندرية في مصر، لما قدّموه من عون في توفير المصادر والمراجع والأطاريح والرسائل، فجزى الله تعالى الجميع خير جزاء المحسنين.

الباحث

المحتويات

الصفحة	الموضوع
٥-١	المقدمة
٦-٥	الفصل الأول: الإطار المفاهيمي لشركة الكفالات المصرفية
٣٤-٧	المبحث الأول: مفهوم شركة الكفالات المصرفية.
١٢-٧	المطلب الأول: نشأة شركة الكفالات المصرفية وانتشارها عالمياً.
٣٤-١٣	المطلب الثاني: التعريف بشركة الكفالات المصرفية وبيان خصائصها.
٥٧-٣٥	المبحث الثاني: الطبيعة القانونية لشركة الكفالات المصرفية وتميزها من غيرها من المؤسسات القانونية الأخرى
٤٣-٣٦	المطلب الأول: الطبيعة القانونية لشركة الكفالات المصرفية.
٥٧-٤٤	المطلب الثاني: تمييز شركة الكفالات المصرفية من غيرها من المؤسسات القانونية.
٧٤-٥٨	المبحث الثالث: المبادئ التوجيهية لشركة الكفالات المصرفية.
٦١-٥٨	المطلب الأول: الإطار القانوني والتنظيمي.
٧٤-٦٢	المطلب الثاني: التفويض وحوكمة الشركات وإدارة المخاطر.
١٥٣-٧٥	الفصل الثاني: أحكام شركة الكفالات المصرفية.
١٠٢-٧٦	المبحث الأول: شروط وإجراءات التأسيس.
٩١-٧٦	المطلب الأول: شروط تأسيس شركة الكفالات المصرفية.
٩٦-٩٢	المطلب الثاني: إجراءات تأسيس شركة الكفالات المصرفية.

الصفحة	الموضوع
١٠٢-٩٨	المطلب الثالث: رأسمال شركة الكفالات المصرفية.
١٢٨-١٠٤	المبحث الثاني: احكام إدارة شركة الكفالات المصرفية.
١٢١-١٠٥	المطلب الأول: تشكيلات إدارة شركة الكفالات المصرفية.
١٢٨-١٢٢	المطلب الثاني: التزامات شركة الكفالات المصرفية.
١٥٣-١٣٠	المبحث الثالث: الرقابة والإشراف على شركة الكفالات المصرفية.
١٤٠-١٣١	المطلب الأول: الرقابة الخارجية من هيئات الرقابة المختصة.
١٥٣-١٤٢	المطلب الثاني: الرقابة الداخلية والحوكمة المؤسسية.
٢١٤-١٥٦	الفصل الثالث: المسؤولية القانونية لشركة الكفالات المصرفية وطرق انقضاءها.
١٧٠-١٥٧	المبحث الأول: المسؤولية الجزائية المرتبطة بنشاط شركة الكفالات المصرفية
١٦٥-١٥٨	المطلب الأول: الأفعال المجرمة جنائيا في مجال عمل شركة الكفالات المصرفية.
١٧٠-١٦٥	المطلب الثاني: المسؤولية الجنائية لشركة الكفالات المصرفية.
١٩٦-١٧٠	المبحث الثاني: وسائل حلّ منازعات شركة الكفالات المصرفية.
١٨٥-١٧١	المطلب الأول: المحكمة المختصة بنظر منازعات شركة الكفالات المصرفية.
١٩٦-١٨٥	المطلب الثاني: الوسائل البديلة لحلّ منازعات شركة الكفالات المصرفية..
٢١٤-١٩٦	المبحث الثالث: طرق انقضاء شركة الكفالات المصرفية.
٢٠٣-١٩٧	المطلب الأول: الأسباب العامة لانقضاء شركة الكفالات المصرفية.
٢١٤-٢٠٣	المطلب الثاني: الأسباب الخاصة لانقضاء شركة الكفالات المصرفية.
٢١٧-٢١٣	الخاتمة.

الموضوع	الصفحة
المصادر والمراجع.	٢٢٢-٢٣٠
ملخص باللغة الانجليزية.	A-B

المقدمة

أولاً: - فكرة الدراسة

يوفر ضمان الائتمان حماية للمقرض من المخاطر في حال تخلف المقرض عن السداد، ويلتزم الضامن عادة بمقابل رسوم بسداد القرض للمقرض في حال تخلف المقرض عن السداد، ويعتمد إنشاء هذه العلاقة الثلاثية على عدد من المعايير، أهمها توزيع المخاطر، إذ تستعمل ضمانات الائتمان في عدد من الاقتصاديات المتقدمة والنامية لتخفيف القيود التي تواجهها الشركات الصغيرة والمتوسطة في الحصول على التمويل، والناجمة عن نقص الضمانات، وهو ما يُعرف بفجوة تمويل الشركات الصغيرة والمتوسطة.

ومن هنا جاءت فكرة هذه الدراسة من الدور المتنامي الذي تؤديه شركات الكفالات المصرفية في النظم الاقتصادية، بوصفها قنوات رسمية تهدف إلى تخفيف مخاطر الائتمان المصرفي وتعزيز قدرة الشركات المستهدفة ولا سيما الصغيرة والمتوسطة على النفاذ إلى التمويل المصرفي بجودة وتكلفة مناسبة مع حماية حقوق المتعاملين والمستفيدين من تلك الخدمات.

وقد تزايد دور هذا النوع من الشركات في ظلّ عناية الأنظمة القانونية والمالية بأهمية الشمول المالي، إذ تشكّل إتاحة الخدمات المالية المناسبة للشركات المنتجة ولاسيما الصغيرة والمتوسطة، عنصراً أساسياً في المساهمة في تحقيق التنمية الاجتماعية ودفع معدل النمو الاقتصادي؛ لذلك تُعدّ شركات الكفالات المصرفية أحد الركائز المهمة التي تسهم في ضم الاقتصاد غير الرسمي إلى منظومة الاقتصاد الرسمي الذي يشمل القطاع الأكبر منه الشركات الصغيرة والمتوسطة.

وأفرز هذا الدور طبيعة قانونية خاصة لهذا النوع من الشركات، تميّزها عن باقي المؤسسات المالية الأخرى، ممّا يستوجب إخضاعها لنظام قانوني دقيق يوازن بين متطلبات الاستقرار المالي وضرورات تحقيق التنمية الاجتماعية ودفع معدل النمو الاقتصادي.

وفي هذا السياق جاءت هذه الدراسة لتحليل النظام القانوني لشركة الكفالات المصرفية، عن طريق المقارنة بين القوانين الفرنسية والمصرية، وبيان مدى كفاية التنظيم القانوني القائم لشركة الكفالات المصرفية في القانون العراقي.

ثانياً: أهمية الدراسة

تنبثق أهمية هذه الدراسة من اعتبارات علمية وعملية وتشريعية متداخلة، وتتمثل هذه الأهمية على النحو الآتي:

١- قلة الدراسات العلمية في مكاتب القانون، إذ تُعدّ شركات الكفالات المصرفية من الموضوعات التي لم تحظَ بدراسات أكاديمية قانونية كافية، ولا سيما في إطار تحليلها بوصفها كياناً قانونياً ذا طبيعة خاصة، الأمر الذي تسعى هذه الدراسة إلى معالجته عن طريق سدّ الفجوة العلمية قائمة في هذا المجال، إذ لم يحظَ هذا الموضوع بالبحث الكافي، ولا سيما في إطار دراسة مقارنة بأحدث القوانين.

٢- وتبرز أهميتها من الناحية العملية نظراً للدور المهم والحيوي الذي تؤديه هذه الشركات في تعزيز الشمول المالي عن طريق إتاحة الائتمان المصرفي لمختلف المشروعات المنتجة ولاسيما الصغيرة والمتوسطة ممّا يؤثر بصورة فاعلة ومباشرة في السياسات الائتمانية والتنمية للدولة.

٣- تتجلى أهمية الدراسة كذلك في القصور التشريعي في القانون العراقي، إذ يفترق الوضع القائم إلى حاجة تشريعية ملحة لوضع تنظيم قانوني خاص يعالج أوضاع شركات الكفالات المصرفية بعامة على غرار ما هو معمول به في القوانين محلّ المقارنة.

٤- تظهر أهمية هذه الدراسة في الوصول إلى مقترح قانون خاص متكامل ينظم عمل شركة الكفالات المصرفية في العراق.

ثالثاً: مشكلة الدراسة

يثير موضوع دراستنا للنظام القانوني لشركة الكفالات المصرفية إشكالية قانونية مركبة نابعة من طبيعة نشاطها الخاص، والدور الاقتصادي الحساس الذي تؤديه في منظومة الائتمان المصرفي، وعلى الرغم من ذلك فإنّ الإطار القانوني المنظم لعمل شركة الكفالات المصرفية في العراق ما يزال يعاني من غموض وتشتت، نتيجة لإخضاع عمل هذا النوع من الشركات لمجموعة من التعليمات الصادرة عن البنك المركزي العراقي وبعض النصوص القانونية العامة والمتفرقة، من دون وجود تنظيم قانوني خاص يحدد قواعد الترخيص وشروطه وإجراءاته ونظام العمل فيها ورقابة البنك المركزي عليها وطبيعة التزاماتها بصورة دقيقة.

ومن هذا المنطلق، تتمحور مشكلة الدراسة حول السؤال المركزي الآتي:

إلى أي مدى تحقق التعليمات التنظيمية والنصوص القانونية العامة المنفردة بين قانون الشركات وقانون البنك المركزي متطلبات وضوح وفاعلية التنظيم القانوني القائم لعمل شركة الكفالات المصرفية في العراق، مقارنة بالقوانين محلّ المقارنة، وما السبل الكفيلة بمعالجة أوجه القصور التشريعي القائمة؟

ومن ذلك تتفرع عدد من التساؤلات الفرعية التي تسعى هذه الدراسة للإجابة عنها، ومن أهمها ما يأتي:

١- ما الطبيعة القانونية لشركة الكفالات المصرفية، وما مدى تميزها عن باقي المؤسسات المالية الأخرى كالمصارف وشركات التأمين؟

٢- هل تكفي التعليمات التنظيمية والنصوص القانونية المنفردة، لتنظيم عمل شركة الكفالات المصرفية في العراق، أو أن طبيعة نشاط هذه الشركات يتطلب تنظيمًا قانونيًا خاصًا؟

٣- ما مدى فاعلية الرقابة والإشراف التي يمارسها البنك المركزي على شركة الكفالات المصرفية مقارنة بالقوانين موضوع المقارنة؟

٤- إلى أي حدّ يوافر النظام القانوني القائم وسائل قانونية فاعلة لحماية المتعاملين مع شركة الكفالات المصرفية؟

٥- ما هي المحكمة المختصة بنظر منازعات شركة الكفالات المصرفية، وهل تُوجد حاجة تشريعية ملحة تحدد بوضوح نطاق اختصاص المحكمة المختصة بالنظر في منازعات هذا النوع من الشركات وبما ينسجم مع الطبيعة القانونية لنشاطها؟

٦- كيف عالجت القوانين موضوع المقارنة هذه الإشكاليات، وما مدى إمكانية الاستفادة منها في تطوير النظام القانوني القائم لشركة الكفالات المصرفية في العراق؟

رابعاً: أهداف الدراسة

١- تهدف هذه الدراسة إلى إيجاد إجابات وحلول للأسئلة المدرجة في أعلاه، عن طريق تقييم النظام القانوني القائم لشركة الكفالات المصرفية، والكشف عن أوجه القصور التشريعي المتعلقة بقواعد الترخيص وشروطه وإجراءاته ونظام العمل في شركة الكفالات المصرفية ونظام رقابة وإشراف البنك المركزي عليها، وحماية المتعاملين معها، واختصاص الجهات القضائية، مقارنة بما استقر عليه التنظيم في القوانين

موضوع المقارنة.

٢- تحاول الدراسة اقتراح قانون خاص متكامل ينظم عمل شركة الكفالات المصرفية، مستلهم من تجارب القوانين موضوع المقارنة، يعالج القصور التشريعي القائم، بما يحقق التوازن بين متطلبات الاستقرار المالي وضرورات تحقيق التنمية الاجتماعية ودفع معدل النمو الاقتصادي عن طريق إتاحة خدمات الائتمان المصرفي لكافة الفئات المنتجة اقتصاديا بجودة وتكلفة مناسبة مع حماية حقوق المستفيدين من تلك الخدمات بما يمكنهم من إدارة أموالهم بشكل سليم.

خامسا: نطاق الدراسة ومنهجيتها

اعتمدنا في هذه الدراسة المنهج التحليلي المقارن، بوصفه المنهج الأنسب لمعالجة الإشكاليات القانونية التي تثيرها هذه الدراسة، عبر تحليل النصوص القانونية ذات الصلة واستجلاء مقاصدها، ومقارنة التنظيم القانوني القائم في العراق لشركة الكفالات المصرفية ونظيره في كل من فرنسا ومصر، واستعانت الدراسة في مواطن معينة بالمنهج الوصفي عند عرض الإطار التشريعي والتنظيمي القائم.

أما من حيث نطاق الدراسة، فإنه يتحدد من الناحيتين، الموضوعية ببحث النظام القانوني لشركة الكفالات المصرفية من حيث طبيعتها القانونية وقواعد الترخيص وشروطه واجراءاته ونظام العمل فيها، ونظام رقابة البنك المركزي عليها، ومسؤوليتها، ووسائل تسوية منازعاتها، وانقضائها وذلك في إطار دراسة مقارنة.

ومن ناحية النطاق القانوني فيتحدد في تحليل الاحكام القانونية ذات الصلة في القانون العراقي، ولا سيما قانون البنك المركزي العراقي رقم ٥٦ لسنة ٢٠٠٤، والتعليمات الصادرة بموجبه، وقانون الشركات رقم ٢١ لسنة ١٩٩٧ المعدل، مع مقارنتها بأحكام قانون النقد والمال الفرنسي الصادر في ٢٤ يناير/ كانون الثاني، ١٩٨٤ فيما يتعلق بشركات الضمان المتبادل، وقانون البنك المركزي والجهاز المصرفي المصري رقم ١٩٤ لسنة ٢٠٢٠، ولا سيما الأحكام المنظمة لشركات ضمان الائتمان، فضلا عن النصوص القانونية في قوانين الشركات ذات الصلة، لبيان مدى تطور التنظيم القانوني لشركة الكفالات المصرفية في القوانين المقارنة، محاولين الإفادة منها في تطوير النظام القانوني لشركة الكفالات المصرفية في العراق لسدّ الفراغ التشريعي القائم، عن طريق استخلاص نتائج علمية وتقديم مقترحات تشريعية عملية