

October 2014

The Evolution of the Concept of the Custodianship Contract in Light of the Removal of the Securities' Material Character - A Legal Study from the Jordanian Legislation Prospective

Dr. Ahmed Qasim Farah
sharjah University- College of Law, afarah@sharjah.ac.ae

Dr. Rasha Hattab
sharjah university - College of law, rhattab@sharjah.ac.ae

Follow this and additional works at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law



Part of the [Commercial Law Commons](#)

Recommended Citation

Farah, Dr. Ahmed Qasim and Hattab, Dr. Rasha (2014) "The Evolution of the Concept of the Custodianship Contract in Light of the Removal of the Securities' Material Character - A Legal Study from the Jordanian Legislation Prospective," *Journal Sharia and Law*. Vol. 2014 : No. 60 , Article 3.
Available at: https://scholarworks.uaeu.ac.ae/sharia_and_law/vol2014/iss60/3

This Article is brought to you for free and open access by Scholarworks@UAEU. It has been accepted for inclusion in Journal Sharia and Law by an authorized editor of Scholarworks@UAEU. For more information, please contact sljournal@uaeu.ac.ae.

The Evolution of the Concept of the Custodianship Contract in Light of the Removal of the Securities' Material Character - A Legal Study from the Jordanian Legislation Prospective

Cover Page Footnote

Dr. Ahmad Farah Assistant Professor, Civil Law – American University in the UAE - Dubai-
afarah@sharjah.ac.ae Dr. Rasha Hattab Associate Professor, Commercial Law, College of Law – Yarmouk
University, Kingdom of Jordan- rhattab@sharjah.ac.ae

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في
ظل إزالة الكيان المادي للأوراق المالية
دراسة قانونية في ضوء التشريع الأردني*

* الدكتور/أحمد قاسم فرح

* الدكتورة/ رشا حطاب

ملخص البحث:

إن إزالة الكيان المادي للأوراق المالية واعتماد نظام الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية رتب تطوراً مهماً في مفهوم عقد الحفظ الأمين والذي يعد واحداً من الخدمات الجوهرية التي يقدمها مهنيو السوق المالي. وتهدف هذه الدراسة إلى بيان آثار فقدان الأوراق المالية كيانها المادي وتحولها من شهادات ورقية معينة بالذات إلى قيود دفترية إلكترونية متماثلة، إذ تنثور عدة تساؤلات حول أثر هذا الإلغاء في الطبيعة القانونية للأوراق المالية محل عقد الحفظ الأمين ومن ثم تكييف هذا العقد، إضافةً إلى مضمون الالتزامات المترتبة على الحافظ الأمين من ناحية وطبيعة حقوق العميل مالك الأوراق المالية، فيما إذا كانت هذه الحقوق من طبيعة شخصية أو طبيعة عينية، من ناحية أخرى.

عملت الدراسة على الإجابة على هذه التساؤلات من خلال تحليل نصوص القانون الأردني ذات العلاقة والاستئناس بموقف القوانين المقارنة المتقدمة في

• أجزى للنشر بتاريخ ١٢/٢/٢٠١٣م.

* أستاذ القانون المدني المساعد - الجامعة الأمريكية في الإمارات - دبي.

* أستاذ القانون التجاري المشارك - كلية القانون - جامعة اليرموك - الأردن.

هذا المجال، وتضمنت الدراسة بحثين اثنين تناول المبحث الأول منها تطور ماهية عقد الحفظ الأمين بينما تناول المبحث الثاني تطور آثار عقد الحفظ الأمين.

الكلمات الدالة: أوراق مالية، إلغاء الكيان المادي، عقد حفظ أمين، سوق مالي.

المقدمة:

إن اعتماد القطاعين الصناعي والتجاري في الدولة الرأسمالية الحديثة على الجمهور للبحث عن مصادر تمويل لمشاريعهما المختلفة ساهم بشكل كبير في انتشار التعامل بالأوراق المالية وأدى إلى زيادة أهمية الأوراق المالية كأحد مكونات ثروات الأفراد والمؤسسات على حد سواء.

وكان لازدياد أعداد المتعاملين في البورصة أثر مباشر في عمل المصارف وشركات الخدمات المالية المتخصصة، إذ ساهم إقبال المستثمرين على سوق رأس المال بزيادة أعباء المصارف والشركات المالية المعنية بإدارة عمليات الإيداع والتداول والتي تُعنى بتقديم خدمات إصدار شهادات ملكية الأوراق المالية وتسوية عمليات البيع والشراء الواردة عليها، وهذا الأمر أدى إلى إتقال هذه الجهات وتقليل قدرتها على أداء وظيفتها مما استدعى البحث عن وسائل أكثر جدية ويسر لحفظ الأوراق المالية وضمان حسن إدارتها⁽¹⁾.

(1) عاشور عبد الجواد، دور البنك في خدمة الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٢٩.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

وقد اضطلعت التشريعات الحديثة بإيجاد وسائل حديثة في التعامل مع الأوراق المالية من خلال إلغاء التعامل بالشهادات الورقية للأوراق المالية واللجوء إلى أسلوب أكثر مرونة يتمثل باعتماد نظام الإيداع والقيود المركزي للأوراق المالية؛ وذلك بهدف التعامل مع كميات الأوراق المالية دون النظر إلى فئاتها أو إلى أرقامها المتسلسلة. ويرتكز نظام الإيداع والقيود المركزي على فكرة الحيابة المركزية للأوراق المالية وتحويلها من الصورة المادية إلى قيود دفترية-محاسبية-سهلة التداول^(٢).

ويحقق نظام الإيداع والقيود المركزي مزايا عديدة أهمها تطبيق نظام التسليم مقابل الدفع بطريقة أكثر فاعلية من السابق، فضلاً عن تلافي مخاطر الضياع والسرقة والتزوير. أيضاً ساهم هذا النظام في تخفيض النفقات المتعلقة بطباعة الأوراق المالية وتعديل بياناتها، كما ساهم بشكل كبير بالمكافحة ضد التهريب الضريبي إضافةً إلى مكافحة عمليات غسيل الأموال^(٣).

في الأردن، تم تثبيت نظام الإيداع والقيود المركزي بموجب قانون الأوراق المالية رقم ٧٦ لعام ٢٠٠٢ الذي أنشأ مركز إيداع الأوراق المالية وجعل منه الجهة الوحيدة المختصة والمصرح لها بمزاولة أعمال تسجيل وحفظ ونقل ملكية وإيداع الأوراق المالية وإتمام عمليات التقاص والتسوية عليها^(٤). وبدأ التعامل الفعلي بالإيداع المركزي بعد صدور تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها لسنة ٢٠٠٤ والتي بينت إجراءات التعامل بهذا النظام والدور الذي يضطلع به مركز

- (٢) للمزيد من التفاصيل حول نظام الإيداع والقيود المركزي، انظر أشرف الضبع، تسوية عمليات البورصة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٧، ص ١٦٩ وما يليها.
- (٣) عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٤٦.
- (٤) مادة ٧٧ من قانون الأوراق المالية الأردني رقم ٧٦ لعام ٢٠٠٢، منشور في الجريدة الرسمية عدد ٤٥٧٩، ص ٦٢١٨ بتاريخ ٣١/١٢/٢٠٠٢.

الإبداع بهذا الخصوص. إذ تلزم هذه التعليمات الشركات المصدرة للأوراق المالية التوجه لمركز الإيداع ليقوم من جانبه بتسجيل الأوراق المالية الصادرة من قبلها، ويتولى عمليات إيداعها ونقل ملكيتها وإتمام عمليات التقاص والتسوية الناجمة عن تداولها. وتتم جميع هذه العمليات بموجب قيود إلكترونية مدونة في سجلاته. وبمجرد إيداع الأوراق المالية لدى المركز تعتبر شهادات ملكية الأوراق المالية لاجية وتحل قيود المركز محلها^(٥).

وتعد خدمة مسك حساب الأوراق المالية أحد الخدمات المالية التي يقدمها مهنيو السوق المالي المرخصون إلى العملاء المستثمرين، وينظم قانون الأوراق المالية الأردني والتعليمات الصادرة بمقتضاه هذه الخدمة تحت مسمى خدمة الحفظ الأمين، بينما أطلق عليها قانون التجارة الأردني ودیعة الأوراق المالية باعتبارها واحدة من العمليات المصرفية التي تضطلع بها البنوك. وتهدف هذه الخدمة إلى حفظ وإدارة الأوراق المالية الخاصة بالعملاء، وتجد إقبالاً من المستثمرين غير القادرين على إدارة أوراقهم المالية بأنفسهم إما لجهلهم أو عدم تفرغهم لذلك.

ولا شك أن هذا النظام القيدي والناجح عن إزالة الكيان المادي للأوراق المالية يحمل في طياته آثاراً مهمة ستعمل هذه الدراسة على تبيانها، فتحول الأوراق المالية من شهادات ورقية معينة بالذات كما كان الحال في النظام القديم إلى قيود دفترية إلكترونية متماثلة، أظهر إشكالية مهمة في تحديد طبيعتها والقواعد القانونية التي تحكمها، وبالنتيجة رتب هذا الإلغاء تطوراً مهماً في مفهوم عقد الحفظ الأمين الذي يرد على هذه الأوراق. وتثور عدة تساؤلات حول أثر هذا الإلغاء في الطبيعة القانونية لعقد الحفظ الأمين ومضمون الالتزامات المترتبة على الحافظ الأمين من

(٥) انظر المواد ٣، ٨، ٦، ١٤ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

ناحية وطبيعة حقوق العميل مالك الأوراق المالية، فيما إذا كانت هذه الحقوق من طبيعة شخصية أو طبيعة عينية، من ناحية أخرى. كذلك يثار التساؤل حول أثر هذا الإلغاء في حقوق العميل في حال إفلاس الحافظ الأمين.

وتبدو أهمية هذه الدراسة جلية في ظل حداثة هذا الموضوع وافتقار المكتبات العربية بشكل عام والمكتبة الأردنية بشكل خاص إلى دراسات متخصصة في الموضوع. وسيعمل هذا البحث على الإجابة على التساؤلات السابقة من خلال دراسة تحليلية للقانون الأردني مع الاستئناس بموقف القوانين المقارنة المتقدمة في هذا المجال. وستكون هذه الدراسة شمولية بحيث يتم تناولها في مبحثين اثنين، يتناول المبحث الأول منها تطور ماهية عقد الحفظ الأمين، بينما يتناول المبحث الثاني تطور آثار عقد الحفظ الأمين.

المبحث الأول

تطور ماهية عقد الحفظ الأمين

إن إزالة الكيان المادي للأوراق المالية حمل القانونيين على التساؤل فيما إذا كان اختفاء الدعامة الورقية للأوراق المالية أثار الفوضى في العديد من المفاهيم المستقرة في قانون الأوراق المالية، وفي العلاقات التي تربط مهنيي السوق المالي بعملائهم بشكل عام، وبالعلاقة التي تربط الحافظ الأمين بعميله بشكل خاص.

إن استمرار التشريعات باستخدام مصطلحات "تسليم"، "إصدار" أو حتى الاستخدام الغامض لمصطلح "صك" يدل على تمسك المشرع بمخلفات النظام الخاص بالصكوك الورقية، ولكن يثار التساؤل حول ما إذا كان هناك ضرورة ملحة لتغيير المصطلحات المستخدمة. في الواقع، إن المصطلحات، والتي ما هي إلا واجهة للمفاهيم، تكون مفرغة من أي قيمة حقيقية إذا لم تترجم الأفكار التي تحاول التعبير عنها.

السؤال الأهم هو: هل إزالة الدعامة الورقية للأوراق المالية يستند إلى مفاهيم جديدة؟ إن التردد في الإجابة مشروع، ذلك أنه إذا كان النظام القيدي نظاماً جديداً فإن نظام الحفظ الأمين ليس كذلك.

تأسيساً على ما سبق، لا بد من بيان أثر إزالة الكيان المادي للأوراق المالية في تكوين عقد الحفظ الأمين من حيث أطرافه وأركانه إضافة إلى خصائصه من خلال مطلب أول (التعريف بعقد الحفظ الأمين)، ومن ثم بيان أثر هذا النظام القيدي في الطبيعة القانونية للأوراق المالية محل عقد الحفظ الأمين، وعلى تكيف العقد ذاته من خلال مطلب ثانٍ (الطبيعة القانونية لعقد الحفظ الأمين).

المطلب الأول

التعريف بعقد الحفظ الأمين

إن خدمة الحفظ الأمين هي واحدة من الخدمات التي تقدمها الشركات المالية المتخصصة والمرخصة من قبل هيئة الأوراق المالية للعميل المستثمر بهدف حفظ وإدارة ما يمتلكه من أوراق مالية. ويلجأ العميل إلى هذه الخدمة لغايات تنظيمية؛ حيث يضطلع الحافظ الأمين عوضاً عنه بإدارة العمليات المالية التي تنفذ على أوراقه المالية بالإضافة إلى العديد من المهام التنظيمية التي حددها المشرع، خاصة عند غياب العميل أو عدم تفرغه لإتمام عملياته بنفسه. كما وتقدم خدمة الحفظ الأمين من قبل المصارف، وتعرف في هذه الحال بـ "عقد ودیعة الأوراق المالية". وقد خصص لها المشرع الأردني المادة ١١٦ من قانون التجارة رقم ١٢ لعام ١٩٦٦^(٦).

(٦) تنص المادة على أنه "١- إذا كان ما أودع في المصرف أوراقاً فملكية هذه الأوراق تبقى للمودع ما لم يثبت أن القصد خلاف ذلك. ٢- ويقدر وجود هذا القصد إذا كان المودع قد منح المصرف خطياً بدون قيد حق التصرف في تلك الأوراق واعترف له بحق إرجاع أوراق من نوعها. ٣- وتطبق قواعد الوكالة على الودائع المصرفية إذا أخذ المصرف على نفسه إدارة الأوراق المالية المودعة مقابل عمولة".

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

وفي الواقع لا يكون للحافظ الأمين دور متصور في عملية تداول الأوراق المالية ما لم يتعاقد العميل معه لهذه الغاية، كما أن دوره لا يكون ممكناً ما لم تدخل الأوراق المالية إلى البورصة. ذلك أنه في مرحلة الإصدار تكون علاقة العميل مباشرة مع المصدر نفسه من خلال مركز إيداع الأوراق المالية.

لقد عرفت المادة الثانية من قانون الأوراق المالية الأردني الحافظ الأمين على أنه "الشخص الاعتباري الذي يمارس أعمال الحفظ الأمين للأوراق المالية"^(٧). وجاءت المادة ٤١ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية لسنة ٢٠٠٥ لتحديد المهام الموكلة للحافظ الأمين والتي تتلخص بأعمال الحفظ والتنظيم والإدارة^(٨).

أما الفقه فقد اجتهد في تعريف عقد الحفظ الأمين، وجل تعريفاته انصبت على خدمة الحفظ الأمين المقدمة من المصارف، أو ما يسمى مصرفياً بوديعة الأوراق المالية. فقد عرف الدكتور إلياس ناصيف هذا العقد على أنه "عقد متبادل بمقتضاه يتسلم المصرف من المودع صكوكاً مالية يلتزم بحفظها وتحصيل الحقوق المتعلقة بها وبردها مقابل أجره تحدد اتفاقاً أو عرفاً"^(٩).

(٧) انظر كذلك مادة ٢ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها لسنة ٢٠٠٤، والمادة ٢ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية لسنة ٢٠٠٥.

(٨) انظر تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها لعام ٢٠٠٥، مادة ٤١ " أ - تشمل أعمال الحافظ الأمين ما يلي: ١- حفظ الأوراق المالية الخاصة بعملائه. ٢- تنظيم وحفظ سجلات دقيقة لعملائه ٣- تسليم الأوراق المالية إلى الوسيط المالي البائع واستلام الأوراق المالية من الوسيط المالي المشتري وذلك نيابة عن عملائه. ٤- إرسال تقارير دورية إلى عملائه عن محافظ الأوراق المالية والحسابات النقدية الخاصة بهم ٥- إعلام عملائه بكافة الإجراءات المتخذة من قبل مصدري الأوراق المالية والمتعلقة بالفوائد والأرباح والحقوق العائدة للأوراق المالية الخاصة بهم. ٦- قبض الفوائد والأرباح والحقوق العائدة للأوراق المالية الخاصة بعملائه ٧- التصويت نيابة عن عملائه في اجتماعات الهيئة العامة العادية وغير العادية للمصدرين، وذلك حسب اتفاقية الحفظ الأمين الموقعة مع كل عميل. ٨- أي أعمال أخرى يوافق المجلس على إدراجها ضمن أعمال الحفظ الأمين."

(٩) إلياس ناصيف، وديعة الصكوك والأوراق المالية في المصارف وإيجار الخزائن الحديدية، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، بيروت، ١٩٩٣، ص ١٣.

ونحن نرى بأنه، وبالإضافة إلى أن التعريف السابق يقتصر على الحال التي يضطلع فيها المصرف بمهمة الحافظ الأمين - تلك المهمة التي قد يقوم بها المصرف أو أي شخص اعتباري مرخص من الجهة المختصة (هيئة الأوراق المالية في الأردن) لأداء هذه المهمة - فإنه لا يتماشى مع التطور الحديث المتمثل في النظام القيدي للأوراق المالية والذي انعكس على طبيعة التزامات الحافظ الأمين وغير في جوهرها. ذلك أن لفظي التسليم والرد الواردين في التعريف السابق يحملان جانباً افتراضياً ولا يمثلان واقع الحال في ظل نظام القيد الإلكتروني، إذ إن التسليم والرد يتمان بموجب قيود توثق في الحسابات المعنية لدى مركز الإيداع (حساب العميل في السجل المركزي لدى مركز الإيداع، وحساب العميل لدى الحافظ الأمين)^(١٠). وعليه وفي ظل النظام القيدي لم تعد عملية التسليم مادية وإنما أصبحت قيادية إلكترونية، كذلك لا ترد عملية الرد على ذات القيم الإلكترونية التي حولها العميل وإنما على القيود الإلكترونية وفقاً لحال الحساب بعد إجراء عمليات تداول على موجوداته^(١١).

أضف إلى ما سبق، أن التعريف السابق حصر مهام الحافظ الأمين في الحفظ والرد وأغفل مسؤولياته الأخرى، لا سيما إدارة الأوراق المالية التي تمثل جوهر هذا العقد وتبرز خصوصيته خاصة في ظل التطور الحاصل في هذا المجال، وهو الأمر الذي حدا بالمشرع الفرنسي إلى تبني مسمى "مسك وحفظ حساب الأوراق المالية (Tenue de compte-conservation de titres financiers)" للتعبير عن عقد الحفظ الأمين لكي يتماشى مع الطبيعة اللامادية للأوراق المالية^(١٢).

(١٠) انظر مادة ٦ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها لسنة ٢٠٠٤.

(١١) لمزيد من التفاصيل حول القيد الإلكتروني، انظر عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(١٢) انظر المواد ٦-٢١١ لغاية ١٢-٢١١ من قانون النقد والمال الفرنسي.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

بناءً على ما تقدم نرى أن عقد الحفظ الأمين هو ذلك العقد المبرم بين شركة مرخصة من الجهات المختصة لممارسة أعمال الحفظ الأمين، وبين عميل مستثمر في الأوراق المالية، يفتح بموجبه الحافظ الأمين حساباً للعميل لديه يقيد فيه جميع الأوراق المالية التي يمتلكها ويضطلع بمهمة حفظها وإدارتها وتحويلها ونقل ملكيتها بما يتفق وعمليات التداول الواردة عليها بالإضافة إلى قبض عائدات أرباح العميل وقيدتها في حسابه إضافةً إلى خدمات أخرى^(١٣)، كل ذلك مقابل أجره يتفق عليها الطرفان أو تحدد بموجب العرف.

إن التعريف بعقد الحفظ الأمين لا يستكمل إلا من خلال بيان التكوين العقدي لهذا العقد (الفرع الأول) وخصائصه القانونية (الفرع الثاني).

الفرع الأول

التكوين القانوني لعقد الحفظ الأمين

إن الطبيعة العقدية للحفظ الأمين أمر لا يخفى؛ فقد جاء واضحاً في تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها والتي تضمنت نصاً تشريعياً يوجب إبرام اتفاق بين العميل والحافظ الأمين كي يتاح للأخير ممارسة أعمال الحفظ الأمين^(١٤). وينطوي هذا العقد على تلاقي الإيجاب والقبول كسائر العقود الأخرى، ويرتب التزامات قانونية متبادلة على طرفيه، وفي حال الإخلال بها تقوم المسؤولية العقدية في مواجهة الطرف المخل.

وبما أن العلاقة عقدية فإن أركان العقد باتت معلومة، أي الرضا والمحل والسبب^(١٥)، ولكن قبل أن نبين هذه الأركان على وجه التفصيل (ثانياً)، لا بد بدايةً

(١٣) انظر تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية لعام ٢٠٠٥، مادة ٤١/أ .
 (١٤) انظر تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية لعام ٢٠٠٥، مادة ٤١/ب -" يمارس الحافظ الأمين أعماله بموجب اتفاقية موقعة بينه وبين عميله".
 (١٥) فائق محمود الشماع، الإيداع المصرفي، الإيداع غير النقدي دراسة قانونية مقارنة، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠١١، الطبعة الأولى، ص ١٤٥.

من تحديد أطراف العقد (أولاً).

أولاً: أطراف عقد الحفظ الأمين

يبرم عقد الحفظ الأمين بين الحافظ الأمين، والذي يجب أن يكون مرخصاً للقيام بأعمال الحفظ الأمين من قبل الجهات المختصة، وبين العميل مالك الأوراق المالية، شخصاً طبيعياً كان أم شخصاً معنوياً.

أ/ الحافظ الأمين:

حظرت المادة ٤٧ من قانون الأوراق المالية الأردني على أي شخص مزاولاً أي من أعمال الخدمات المالية والحفظ الأمين إلا بعد الحصول على ترخيص من مجلس مفوضي هيئة الأوراق المالية. وبينت تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية والصادرة بموجب قانون الأوراق المالية الأردني شروط منح الترخيص، إذ اشترطت المادة الرابعة من هذه التعليمات بأن يكون طالب الترخيص بنكاً أو شركة مساهمة عامة أو مساهمة خاصة أو ذات مسؤولية محدودة، على أن تنحصر غاياتها في أعمال الخدمات المالية والحفظ الأمين^(١٦). يستنتج مما سبق أن أعمال الحفظ الأمين تنحصر في الأشخاص المعنوية ويحظر على الأشخاص الطبيعيين مزاولتها.

(١٦) مادة ٤/أ، ويتم تقديم طلب الترخيص خطياً إلى الهيئة على نموذج معد لهذه الغاية موقفاً من مقدمه ومبين فيه أو مرفق معه ما يلي: "أ- اسم وعنوان مقدم طلب الترخيص ومواقع فروعها إن وجدت. ب- نوع الشركة ورقم وتاريخ تسجيلها لدى مراقب الشركات، بالإضافة إلى شهادة التسجيل مبين فيها أسماء أعضاء مجلس الإدارة أو هيئة المديرين وأسماء المفوضين بالتوقيع عن الشركة ونسخة عن نماذج توقيعهم. ج- عقد التأسيس والنظام الأساسي. د- طبيعة عمل مقدم الطلب ومدة ممارسته لهذا العمل. هـ- أسماء وعناوين أشخاص الإدارة العليا ذوي السلطة التنفيذية، ونبذة تعريفية بتاريخهم المهني السابق في مجال الأوراق المالية، وعناوين الإقامة والعمل لموظفيها مع بيان صفة كل منهم ولقبه الوظيفي وصورة عن إثبات الشخصية. و- أن يقدم أعضاء مجلس الإدارة وأشخاص الإدارة العليا ذوو السلطة التنفيذية ما يفيد أنه لم تصدر على أي منهم أحكام جنائية، أو جنحة مخلة بالشرف والأخلاق العامة أو حكم بشهر الإفلاس. ز- أسماء المالكين للشركة وحصص كل واحد منهم إذا كانت شركة ذات مسؤولية محدودة، أو اسم كل من يملك (٥%) أو أكثر من رأس مال الشركة إذا كانت شركة مساهمة. ح- البيانات

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

كذلك اشترطت الفقرة (ج) من ذات المادة بأن لا يقل رأس المال المدفوع لطالب الترخيص لأعمال الحفظ الأمين عن مائة ألف دينار أردني، على ألا يقل الحد الأدنى لرأس مال طالب الترخيص للممارسة عمليين أو أكثر من أعمال الخدمات المالية عن مجموع الحدود الدنيا لرأس المال المطلوب لكل عمل من الأعمال التي يطلب ممارستها. كما يجب على طالب الترخيص أن يقدم كفالة بنكية غير مشروطة لأمر هيئة الأوراق المالية وفقاً لما يقرره مجلسها على ألا تزيد قيمة الكفالة عن مئتين وخمسين ألف دينار أردني^(١٧).

ويشترط أن تتوافر في الشركة المرخص لها أعمال الحفظ الأمين، وبصورة مستمرة، جميع المتطلبات السابقة، وفي حال فقدان أي منها فللمجلس إلغاء الترخيص^(١٨).

إضافةً إلى المتطلبات المالية سابقة الذكر، اشترطت المادة الرابعة من التعليمات ذاتها توافر بعض المتطلبات ذات الطبيعة الفنية التي تهدف إلى التحقق من توافر الخبرة والكفاءة والمعرفة اللازمة في القائمين على إدارة الشركة طالبة الترخيص،

المالية المطلوبة كما هي في تاريخ لا يتجاوز ثلاثة شهور قبل تاريخ تقديم الطلب، وآخر بيانات مالية مدققة من مدقق الحسابات إن وجدت. ط- اسم وعنوان مدقق حسابات الشركة. ي- الهيكل التنظيمي ودراسة الجدوى الأولية للشركة، وخطة عملها متضمنة البيانات المالية المتوقعة للشركة خلال الاثني عشر شهراً من تاريخ مباشرتها العمل. ك- إجراءات العمل الختية المنوي تطبيقها. ل- قائمة بالخدمات المنوي تقديمها. م- الأسس العامة لاحتساب العمولات أو بدل الخدمات التي سوف يتم استيفاؤها من العملاء. ن- ما يثبت قيام مقدم الطلب بإيداع رأس المال المطلوب في حساب الشركة لدى البنك. س- نموذج اتفاقية التعامل في الأوراق المالية ونموذج فتح الحساب ونماذج كشوف حساب العميل الدورية والكشوف التنظيمية اللازمة لسير العمل، ويجوز لمقدم الطلب تزويد الهيئة بالنماذج والكشوف بعد الحصول على الترخيص. ع- دليل امثال يبين الإجراءات التي ستقوم بها الشركة لضمان رقابة فاعلة على الأعمال المنوي ترخيصها. ف- أي اتفاقية يوقعها طالب الترخيص مع طرف آخر للقيام بمتطلبات العمل. ص- أي بيانات أخرى تعتبرها الهيئة ضرورية أو مناسبة للنظر في طلب الترخيص" مادة ٧ من ذات التعليمات.

(١٧) مادة ٤/ز من تعليمات الاعتماد والترخيص للخدمات المالية وتنظيمها.

(١٨) مادة ٦ من ذات التعليمات.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

إضافةً إلى التثبت من حسن سيرتهم^(١٩). وحيث إن الممارسة الفعلية لأعمال الحفظ الأمين والتعامل مع العملاء يتم من قبل الأشخاص الطبيعيين العاملين في الشركة المرخص لها القيام بأعمال الحفظ الأمين، فإنه لا بد من أن يتم اعتماد هؤلاء الأشخاص من قبل الهيئة. والاعتماد على نوعين، اعتماد إداري يمنح لغايات مزاولة الأعمال الإدارية، واعتماد فني للأشخاص الذين يزاولون أعمال الحفظ الأمين^(٢٠). وبينت المادة ٤٥ من تعليمات الترخيص والاعتماد الأسس التي يمنح الاعتماد الإداري والفني على أساسها، وهي تتمثل بالأهلية وحسن السيرة والسلوك للمعتمدين الإداريين والفنيين، وبالشهادات العلمية والعملية للمعتمدين الفنيين.

ويشترط أن تتوافر في المعتمد، وبصورة مستمرة، جميع شروط الاعتماد سابقة الذكر وتحت طائلة إلغاء الاعتماد^(٢١).

ب/ العميل صاحب حساب الأوراق المالية:

إن العميل المتعاقد مع الحافظ الأمين قد يكون شخصاً طبيعياً أو شخصاً معنوياً مالكاً لعدد من الأوراق المالية ويرغب بإيداعها لدى الحافظ الأمين لغايات حفظها وإدارتها أو القيام بعمليات تداول عليها. وقد يتم فتح حساب الأوراق المالية لعميل منفرد، فيكون الحساب في هذه الحال حساباً مستقلاً. وقد يتم فتح الحساب لأكثر من شخص فيكون الحساب حساباً مشتركاً، ويخضع في هذه الحال لتنظيم خاص. إذ نصت المادة ٣٤ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها في الفقرة (ج) منها على أن الحساب المشترك هو "حساب يتم فتحه لشخصين أو أكثر بحيث تسجل ملكية الأوراق المالية بالاسم المشترك". وبينت هذه المادة بأنه لا

(١٩) مادة ٤/هـ من التعليمات ذاتها.

(٢٠) مادة ٤٤ من التعليمات ذاتها.

(٢١) مادة ٤٦ من التعليمات ذاتها.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

يجوز فتح الحسابات المشتركة إلا لغايات بيع الأوراق المالية المسجلة ملكيتها باسم شخصين أو أكثر فقط. وبذلك حصر المشرع الأردني حال الحساب المشترك على الملكية المشتركة للأوراق المالية التي قد تتجم عن حالات شيوع قانوني. مثال ذلك الأوراق المالية التي تشكل جزءاً من إرث لم يتم توزيعه بعد، أو شيوعاً اتفاقياً ناجماً عن ملكية مشتركة.

على خلاف المشرع الأردني، أشار المشرع الفرنسي إلى إمكانية فتح حساب مشترك لشخصين؛ أحدهما مالك للأوراق المالية والآخر منتفع بها، وبذلك فصل بين حق الملكية وحق الانتفاع. ويكون لصاحب حق المنفعة الحق بقبض عوائد الأوراق المالية المودعة في الحساب، أما مالك الرقبة فتثبت له الحقوق المرتبطة بملكية الأوراق المالية. أما مسألة ممارسة الحق بالتصويت في اجتماعات الهيئة العامة، فقد حسمتها المادة ل ١١٠ - ٢٢٥ من قانون التجارة الفرنسي عندما منحت مالك الرقبة الحق في التصويت في اجتماعات الهيئة العامة غير العادية، بينما منحت صاحب حق المنفعة الحق بالتصويت في الاجتماعات العادية للهيئة العامة^(٢٢).

بعد التعريف بأطراف عقد الحفظ الأمين، لا بد من بيان أركانه.

ثانياً: أركان عقد الحفظ الأمين

أ/ التراضي:

إن التراضي هو قوام كل عقد، ويكون بتلاقي الإيجاب والقبول بين طرفي العقد واتجاه نيتهما على إنشائه إما صراحةً أو ضمناً. ويكون صريحاً بإعلان الإرادة صراحةً، أما ضمناً فيكون بترك العميل الأوراق المالية التي كلف المصرف أو الوسيط

(22) Voir F. Auckenthaler, *Tenue de Compte-Conservation de Titres Financiers*, JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, sept. 2010, n° 34.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

بشرائها في حيازته، ويكون ذلك حين يضطلع الوسيط بمهمتي الوساطة والحفظ الأمين معاً. بيد أن الفقه اتجه إلى أن الاتفاق الضمني ينبغي أن يكون مؤكداً بحيث لا يكون هناك مجال للشك في نية إيداع الأوراق المالية بقصد الحفظ والإدارة^(٢٣).

كما ينبغي التأكد من صحة هذا التراضي، إذ يجب أن تكون إرادة طرفي العقد صحيحة، وأن تصدر الإرادة عن ذي صفة قانونية في حال التصرف أصالة أو نيابة.

ويشترط في المودع لديه أن يكون شخصاً معنوياً مرخصاً لمزاولة أعمال الحفظ الأمين من قبل هيئة الأوراق المالية، كما يشترط أن يكون الأشخاص الطبيعيون العاملون لدى الحافظ الأمين معتمدين من قبل هيئة الأوراق المالية وفقاً لأحكام القانون^(٢٤). كذلك لا بد أن تكون إرادة الحافظ الأمين خالية من عيوب الرضا كالإكراه^(٢٥).

أما العميل فيشترط أن يتمتع بالأهلية الكاملة ويكون ذلك ببلوغه سن الثامنة عشرة، كما ويجوز أن يصدر الرضا من القاصر المأذون بالتصرف والإدارة. بالمقابل، لا يكون التصرف صحيحاً إن صدر الرضا من قاصر غير مأذون أو من المجنون أو السفیه. أيضاً، لا بد من التثبت من خلو إرادة العميل من عيوب الرضا كالتهجير أو الإكراه كما هو الحال بالنسبة للمودع لديه^(٢٦).

وتجدر الإشارة إلى أن ناقصي الأهلية لا يملكون إجراء هذه التصرفات إلا من خلال ممثلهم القانوني، وفي حال كان العميل شركة فإن التعاقد مع الحافظ الأمين يتم من خلال ممثل تلك الشركة القانوني وفقاً لنظامها الداخلي.

(٢٣) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٤٥ - ١٤٧ .

(٢٤) انظر نص المادة ٤٧ من قانون الأوراق المالية الأردني رقم ٧٦ لعام ٢٠٠٢، والمادتين ٤٤ و ٤٥ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها لسنة ٢٠٠٥.

(٢٥) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٤٨ .

(٢٦) نفس المرجع، ص ١٤٨ .

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

ونرى بهذا الصدد بأن الاتفاق الضمني بين المصرف والعميل يندر تصوره في وقتنا هذا في ظل إلزامية إبرام عقد الحفظ الأمين^(٢٧) ووجود نماذج بنكية لوديعة الأوراق المالية لا يتم بدونها إبرام عقد الحفظ الأمين. أضف إلى ذلك أن الحيابة المادية من قبل المصرف لأوراق العميل المالية لم تعد متصورة وإنما أصبحت هذه الحيابة حكمية ذات طبيعه قيديه.

وفي واقع الحال، فإنه من غير المجدي التثبت من أهلية الحافظ الأمين، ولا مجال للحديث عن انتقاص في أهليته ذلك أنه جهة مرخصة من هيئة الأوراق المالية؛ مما يستتبع خروج عبء التثبت من أهليته من عاتق العميل فلا يكون هذا الأخير مقصراً إن ذهب مباشرة للتعاقد مع حافظ أمين دون بذل أي مجهود للتأكد من أهليته طالما كان مرخصاً، إذ إن التثبت من أهلية الحافظ الأمين هو وظيفة الجهة الرقابية على هذا النشاط والمتمثلة في الأردن بهيئة الأوراق المالية.

ب/ المحل

وينبغي في المحل أن يكون موجوداً ومعيناً أو قابلاً للتعيين وأن يكون قابلاً للتعامل. ويتمثل المحل في عقد الحفظ الأمين بالأوراق المالية بمفهومها الواسع كما هو وارد في المادة الثالثة من قانون الأوراق المالية الأردني التي تشمل القيم المنقولة الصادرة عن الحكومة أو شركات المساهمة التي تعرف بالأوراق المالية الأصلية وتتمثل بالأسهم والسندات والوحدات الاستثمارية وإيصالات إيداع الأوراق المالية، كما تشمل المشتقات المالية وهي أوراق مالية مستحدثة عبارة عن عقود

(٢٧) انظر مادة ٤١ - ب من تعليمات ترخيص واعتماد الخدمات المالية لعام ٢٠٠٥ " يمارس الحافظ الأمين أعماله بموجب اتفاقية موقعة بينه وبين عميله".

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

واردة على الأوراق المالية الأصلية، ومن أمثلتها العقود الآجلة وعقود الخيار وعقود المبادلة^(٢٨).

وقد جرت الأمور في وقتنا هذا بأن يقوم العميل المودع بتقديم قائمة تتضمن البيانات التفصيلية عن الأوراق التي يرغب في إيداعها وذلك لإثبات وجود هذه الأوراق وصحتها حين الاتفاق، كما يقوم المودع لديه بالتوقيع على إيصال يتضمن جميع البيانات التي أوردها العميل حول الأوراق المالية الخاصة به، كل هذا في سبيل التأكد من وجود المحل وتعيينه تعييناً نافياً للجهالة^(٢٩).

ويجب على الحافظ الأمين التأكد من ملكية العميل للأوراق المالية، وليس ثمة صعوبة في ذلك عندما تكون الأوراق المالية اسمية^(٣٠)، بيد أن الأمر مختلف عندما تكون لحاملها، فقد قيل أن القانون لا يلزم الحافظ الأمين بالثبوت من ملكية الأوراق المالية باعتبار أن الأوراق المالية لحاملها هي منقولات مادية^(٣١) وتسري عليها قاعدة الحيابة في المنقول سند الملكية^(٣٢)، بينما رأى آخرون بإلزام الحافظ الأمين بالثبوت من هوية العميل من خلال طلب ما يؤكد الملكية كفاتورة الشراء الصادرة لصالح العميل^(٣٣).

(٢٨) لمزيد من التفاصيل حول الأوراق المالية، انظر رشا حطاب، المفاهيم الأساسية لقانون الأوراق المالية الأردني، محاضرات أقيمت على طلبة ماجستير القانون التجاري، كلية القانون. جامعة اليرموك، الأردن، ٢٠١١-٢٠١٢، غير منشور، ص ٢٠ وما يليها.

(٢٩) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٤٩.

(٣٠) تجدر الإشارة هنا إلى أن القانون الأردني لم يأخذ بالأوراق المالية لحاملها.

(٣١) عاشور عبد الجواد، مرجع سابق ص ٩٦، انظر كذلك

La notion de valeur mobilière, p. 7, article disponible sur sites.estvideo.net/fdm/doc/bqbrse/.../notionvm.doc/. Dernière date d'accès 10 juill. 2011.

(٣٢) ادوارد عيد، العقود التجارية وعمليات المصارف، ١٩٦٨، ص ٥٣١ و ٥٣٢، أشار إليه فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٥٣.

(٣٣) حماد مصطفى عذب، مسؤولية البنك تجاه العميل بصدد إدارة محفظة الأوراق المالية، مجلة الدراسات القانونية، جامعة أسبوط، العدد ١٧، ١٩٥٥، ص ٢٠٣ أشار إليه فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٤٩، وفي نفس الاتجاه، فائق الشماع، نفس المرجع، ص ١٤٩.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

وتجدر الإشارة هنا إلى أن التثبت من ملكية العميل للأوراق المالية في ظل النظام القيدي بات يسيراً من خلال مركز الإيداع مما يستتبع تلاشي مخاطر التعامل بالأوراق المالية لحاملها وتلاشي الفرق بينها وبين الأوراق المالية الاسمية. ذلك أن جميع الأوراق المالية المتداولة في البورصة باتت مقيدة في حساب مالكيها لدى مركز إيداع الأوراق المالية، هذا من ناحية. أما من ناحية أخرى فإن فكرة الحيابة في ظل النظام الجديد لقيت وتداول الأوراق المالية أصبحت منعقدة وباتت القيود المدونة في سجلات مركز إيداع الأوراق المالية وحساباته دليلاً قانونياً على ملكية الأوراق المالية المبينة فيها ما لم يثبت عكس ذلك^(٣٤). إن هذا النظام ساعد على تبيد مخاطر عديدة كمخاطر التزوير والسرقة المرتبطة بالأوراق المالية عموماً وبالأوراق المالية لحاملها بشكل خاص، فلم يعد من المتصور أن يتم إيداع الأوراق المالية من قبل مالك غير شرعي، ذلك أن الحيابة بمفهومها المادي فقدت معناها.

ج/ السبب:

السبب هو الغرض المباشر والباعث للدافع للتعاقد^(٣٥). وتتعدد الدوافع في عقد الحفظ الأمين وتختلف حسب الأحوال؛ فقد يهدف المتعاقدان إلى حفظ الأوراق المالية المودعة فقط، وقد يهدفان إلى تحويل الحافظ الأمين إدارتها، كما قد يهدفان إلى تحقيق الوظيفتين السابقتين معاً. أيضاً قد يرغب المتعاقدان في منح الحافظ الأمين حق التصرف في الأوراق المالية على أن يردها من نوعها، وهذه الحال تشترط موافقة خطية من العميل تخول الحافظ الأمين حق التصرف^(٣٦)، وهذه الحالة الأخيرة غير متصورة عملياً إلا إذا اجتمعت في الحافظ الأمين وظيفتا الحفظ

(٣٤) انظر مادة ٦/ب من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها لسنة ٢٠٠٥.

(٣٥) مادة ١٦٥ و ١٦٦ من القانون المدني الأردني.

(٣٦) انظر مادة ٢/١١٦ من قانون التجارة الأردني.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

الأمين وإدارة الاستثمار معاً، وكان مرخصاً للقيام بهذه الأعمال من قبل هيئة الأوراق المالية^(٣٧).

ويشترط في السبب وبحسب القواعد العامة أن يكون موجوداً ومشروعاً، إذ لا ينعقد عقد الحفظ الأمين إذا لم تتجه إرادة العميل إلى إيداع أوراقه المالية وإنما قصد بذلك رهنها، كذلك يبطل العقد في حال كان سببه غير مشروع، كأن يكون قصد العميل إسداء خدمة لصالح جهة محظور التعامل معها قانوناً^(٣٨).

ويثار التساؤل حول ما إذا كان توافر الأركان المبينة أعلاه يكفي لانعقاد عقد الحفظ الأمين، أم أن هناك شروطاً أخرى لا بد من توافرها لذلك. ستنتم الإجابة على هذا التساؤل من خلال بيان خصائص عقد الحفظ الأمين.

الفرع الثاني**الخصائص القانونية لعقد الحفظ الأمين**

يتميز عقد الحفظ الأمين بعدة خصائص نبيها تباعاً :

أولاً: عقد عيني:

تباينت القوانين المقارنة والآراء الفقهية حول مدى اعتبار عقد الحفظ الأمين عقداً عينياً أم رضائياً، ففي الوقت الذي اعتبرته بعض التشريعات عقداً رضائياً يكفي لانعقاده تلاقي الإيجاب والقبول^(٣٩)، اعتبرته تشريعات أخرى عقداً عينياً لا

(٣٧) إذ يجوز بموجب المادة ٣ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية الجمع بين أكثر من عمل من أعمال الخدمات المالية، ويستثنى من ذلك إمكانية الجمع بين أعمال أمين استثمار لحساب أي عميل وأعمال مدير استثمار لنفس العميل (م ٣٢ من نفس التعليمات).

(٣٨) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٥٤.

(٣٩) من هذه التشريعات: التشريع المصري الذي ألغى فئة العقود العينية والتشريع الإماراتي، حول التشريع المصري انظر عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٤٩-٥٠، مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي، ٢٠٠٦، ط ١، بند ٣٢٨، ص ٢٦٣. حول التشريع الإماراتي، انظر فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٦٥.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

ينعقد إلا بتمام تسليم الأوراق المالية محل العقد^(٤٠)، ومن هذه التشريعات التشريع الأردني الذي استلزم في المادة ٨٧٠ من القانون المدني التسليم لإتمام عقد الإيداع^(٤١).

ويترتب على اعتبار عقد الحفظ الأمين عقداً عينياً عدم جواز تعديل الحافظ الأمين لشروط التعاقد بعد قيام العميل بتسليم الأوراق المالية له دون موافقة الأخير، وهذا ما يجري عليه العرف المصرفي حالياً، حيث يشترط لسريان أي تعديلات على العقد أن يقوم المصرف الذي يقوم بأعمال الحفظ الأمين بإخطار العميل بها وأن يوافق هذا الأخير عليها^(٤٢).

وتجدر الإشارة إلى أنه، نظراً لفقدان الأوراق المالية لكيانها المادي، فإن عملية تسليم هذه الأوراق المالية لم تعد تتم بشكلها المادي وإنما أصبحت تتم من خلال تحويل قيود الأوراق المالية المودعة من حساب العميل لدى مركز الإيداع إلى حسابه المفتوح تحت سيطرة الحافظ الأمين^(٤٣).

ثانياً: عقد شكلي:

اشتراط المشرع الأردني شأنه في ذلك شأن بقية التشريعات العربية والغربية توقيع اتفاقية تعامل خطية بين المرخص لهم ممارسة أعمال الخدمات المالية والحفظ الأمين وبين عملائهم؛ إذ تنص المادة ٦٣/أ من قانون الأوراق المالية الأردني على أنه "تنظم العلاقة بين العميل والمرخص له بموجب اتفاقية خطية تكون متوافقة مع أحكام هذا القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة

(٤٠) حول هذه التشريعات، انظر فائق الشماخ، مرجع سابق، ص ١٦٥ - ١٦٦، أيضاً إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ١٤.

(٤١) مادة ٨٧٠ " يتم عقد الإيداع بقبض المال المودع حقيقة أو حكماً".

(٤٢) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ١٦. فائق الشماخ، مرجع سابق، ص ١٦٧.

(٤٣) انظر مادة ٣٦ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها.

بمقتضاه". كذلك أكدت المادة ٤١ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وجوب توقيع هذه الاتفاقية بين الحافظ الأمين والعميل؛ حيث جاء في الفقرة ب منها "يمارس الحافظ الأمين أعماله بموجب اتفاقية موقعة بينه وبين عميله". أضف إلى ذلك أن المادة ١١٠/أ من قانون الأوراق المالية رتبت غرامة مالية على مخالفة شرط الكتابة.

يثار التساؤل حول القيمة القانونية لشرط الكتابة في عقد الحفظ الأمين، فهل يعد هذا الشرط شرط انعقاد أو مجرد شرط إثبات؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تستلزم بيان الأثر المترتب على تخلف هذا الشرط والحكمة المرادة منه، وبالرجوع إلى نصوص قانون الأوراق المالية الأردني نجد أن المشرع الأردني لم يبين الجزاء المقرر في حال غياب العقد المنظم لعلاقة الحافظ الأمين بعميله؛ لذا فإن تحديد الأثر المترتب على تخلف الكتابة يعتمد على تحديد الهدف من الكتابة. فهل هي متطلبية لانعقاد العقد أو لإثباته؟

نرى بأن شرط الكتابة هو شرط شكلي استلزمه المشرع بهدف حماية العميل باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة^(٤٤)؛ فالكتابة ليست مطلوبة للإثبات وإنما لانعقاد لمصلحة العميل. وبناءً على ذلك، لا يترتب على مخالفة هذا الشرط بطلان العقد بطلاناً مطلقاً، وإنما يترتب على ذلك البطلان النسبي حيث يمكن

(٤٤) في هذا الاتجاه:

M. STROCK, Société de gestion de portefeuille, Juris-classeur Banque- Crédit -Bourse, Fasc. 2210, n° 39. Dans le même sens: J.J. ESSOMBE-MOUSSIO, La responsabilité des gestionnaires de portefeuille, *Droit et patrimoine*, août 1996, p. 39.

في اتجاه مخالف، انظر (B. VIGNERON, Quels recours pour les épargnants) *Droit et patrimoine*, janv. 1997, p. 48 (victimes des aléas de la Bourse?). يرى بأن الكتابة تهدف إلى حماية المرخص له بخصوص الأجر المقرر له. في الفقه المصري، انظر هشام الفضلي، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دراسة قانونية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤، ص ٥٥ وما بعدها.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

للمعمل التمسك به أو التخلي عن دعوى البطلان من خلال إجازة العقد^(٤٥). وفي حال تخلف الكتابة، فإن وجود عقد الحفظ الأمين من عدمه أمر متروك لتقدير القاضي. وفي هذا الاتجاه- وبمناسبة عقد إدارة محفظة أوراق مالية- أيدت محكمة التمييز الفرنسية محكمة الاستئناف التي استخلصت وجود عقد إدارة بين العميل والوسيط من خلال مقدار العمولة المتفق عليها بينهما^(٤٦).

ثانياً: عقد تجاري

تعد أعمال الحفظ الأمين التي تمارس من قبل الأشخاص المعنوية المرخص لها أعمالاً تجارية بطبيعتها. ذلك أنها تقوم على المضاربة وتتم في إطار مشروع. وعندما تمارس أعمال الحفظ الأمين من قبل البنوك فإنها تعد تجارية بطبيعتها الذاتية سنداً للمادتين ٦/أ بند د و ٩٢/هـ من قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠^(٤٧).

وإذا كانت الطبيعة التجارية لأعمال الحفظ الأمين بالنسبة للحافظ الأمين أمراً غير خلافي فإن الأمر يختلف عندما يتعلق بالطبيعة التجارية لهذه الأعمال بالنسبة للعميل. كقاعدة عامة، إن أعمال الحفظ الأمين بالنسبة للعميل، وقياساً على عمليات فتح الحسابات البنكية، هي أعمال مدنية بحكم ماهيتها الذاتية، ولا تكون تجارية بالتبعية إلا عندما تتم من قبل تاجر وتعلق بنشاطه التجاري^(٤٨)؛ فإذا كانت

(45) M. STROCK, Société de gestion de portefeuille, préc., n° 39.

(46) Cass. Com, 2 nov. 1994, Bull. Joly Bourse et produits financier,s 1995, n° 6, p. 310, note J.J. ESSOMBE-MOUSSIO, cité par J.J. ESSOMBE-MOUSSIO, La responsabilité des gestionnaires de portefeuille, préc., p. 39

(٤٧) م ٩٢/هـ "تعتبر جميع الأعمال المصرفية والنشاطات المالية تجارية بحكم ماهيتها الذاتية بغض النظر عن صفة العميل المتعاقد أو المتعامل مع البنك سواء كان مدنياً أو تجارياً، وتسري عليها أحكام قانون التجارة الساري المفعول....."

(٤٨) م ٨/أ من قانون التجارة الأردني.

الأوراق المالية المودعة مملوكة لتاجر ومتعلقة بنشاطه التجاري يكون عقد الحفظ الأمين تجارياً بالتبعية.

ونرى وجوب التفرقة بين الحال التي يُبرم فيها عقد الحفظ الأمين بمعزل عن أي عقد آخر، وبين الحال التي يُبرم فيها عقد الحفظ الأمين بمناسبة عقد تداول. ففي الحالة الأولى تكون الصفة التجارية بالتبعية للعقد ناجمة عن إيداع التاجر أوراقاً مالية مرتبطة بنشاطه التجاري كأن تكون مثلاً مشتراً بمناسبة تجارته؛ إذ يلجأ التاجر في هذه الحال لإبرام عقد الحفظ الأمين لغايات حفظ هذه الأوراق المالية المرتبطة بنشاطه التجاري. أما في الحال الثانية التي يبرم فيها التاجر عقد الحفظ الأمين بمناسبة عقد تداول وارد على أوراق مالية، فإن الصفة التجارية بالتبعية للعقد تنجم عن الصفة التجارية لعقود التداول التي أبرم التاجر عقد الحفظ الأمين بمناسبةها. وتكون عقود التداول تجارية كلما كان هدف العميل المضاربة على فروق الأسعار، ويعتبر عنصر المضاربة مفترضاً في حال تعلقت عقود التداول بعمليات آجلة التسوية⁽⁴⁹⁾. ويضاف إلى معيار المضاربة معياران آخران، فمن جهة يكون عقد التداول تجارياً عندما يهدف إلى المضاربة ويتم في إطار مشروع، ومن جهة أخرى يكون تجارياً أيضاً عندما يُلاحظ وجود نية المضاربة وحصول عملية الشراء المتبوعة بعد فترةٍ وجيزة بعملية بيع لنفس الورقة المالية. ففي الحال الأولى تكرر عقود التداول هي التي تُضفي على العمل الصفة التجارية. فنية المضاربة هنا تجد أساسها في عنصر الاعتياد، بينما في الحال الثانية، يعتمد عقد التداول على المضاربة المرتفعة التي قد تصل إلى درجة المخاطرة، الأمر الذي يُسبغ الصفة التجارية عليه حتى في الحالات التي يكون فيها العقد منفرداً⁽⁵⁰⁾. كذلك

(49) Cass. Req., 16 décembre 1946, JCP, éd. G, 1947, IV, n° 21; CA Lyon, 31 octobre 1991, Ollier, Dr. sociétés, mai 1993, n° 103, obs. H. Hovasse.

(50) CA Colmar, 16 juin 1982, Gaz. Pal., 1983, I, somm., n° 114. .

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

الحال بخصوص عقود التداول التي تبرم على المكشوف حيث يمارس المستثمر في هذه الحال عملية شراء تسمى بالشراء الهامشي^(٥١) وهي على درجة عالية من المخاطرة؛ إذ قد ينتج عنها ربح يزيد على ما يحققه الشراء النقدي ولكن قد ينجم عنها خسارة رأسمالية فادحة^(٥٢).

أما فيما يتعلق بطرق إثبات عقد الحفظ الأمين، فإنه تجدر الإشارة إلى أن الشكلية المشار إليها أعلاه لن تحول دون استفادة العميل من قاعدة حرية الإثبات في مواجهة الحافظ الأمين. ذلك أننا قد بينا أن هذه الشكلية المرتبطة بكتابة عقد الحفظ الأمين مفروضة لحماية مصلحة العميل بوصفه الطرف الأضعف في العقد وليس لمصلحة الحافظ الأمين.

ثالثاً: عقد معاوضة ملزم للجانبين

عقد الحفظ الأمين عقد يرتب التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين، إذ يرتب العقد التزامات على كل من الحافظ الأمين والعميل، فيلتزم الحافظ الأمين بحفظ

حكم القضاء في هذا القرار بتجارية أمر البورصة، إذ استشف نية المضاربة من خلال عملية الشراء المنفردة لأدوات مالية بقصد إعادة بيعها وبذلك يؤكد هذا القرار أن نية المضاربة لا تؤدي بالضرورة إلى الاعتقاد وأن معيار المضاربة معيار مستقل بذاته. تتم عملية الشراء الهامشي من خلال تغطية المستثمر جزءاً من تكلفة الشراء نقداً وتغطية ما تبقى من خلال الحصول على قرض بفائدة مالية من الوسيط المالي بموجب اتفاقية العميل، و يدعى القرض الذي يحصل عليه المستثمر بالرصيد المدين. وضمان القرض هي الأوراق المالية محل عملية الشراء الهامشي. يُعد الجزء المدفوع من تكلفة الشراء نقداً بمثابة الهامش المبدئي المطلوب لإنجاز المعاملات ويتأثر هذا الهامش بظروف السوق. وبناءً على توقعات المستثمر فإن إنجاز العملية بهذه الطريقة تمنحه مزايا الرفع المالي L'effet de levier لأن زيادة قيمة الأوراق المالية المشتراة بمعدل يفوق فائدة الاقتراض ينتج عنه ربح يزيد على ما يحققه الشراء النقدي. ولكن بالمقابل عند عدم تحقق توقعات المستثمر فإنه يتكبد خسارة رأسمالية (فرق الشراء والبيع) فضلاً عن فائدة الرصيد المدين. حول الشراء الهامشي، راجع الداغر، ٢٠٠٥، ص ٢٥٩ وما بعدها.

(٥٢) رشا خطاب، النظام القانوني لأمر البورصة، دراسة قانونية مقارنة، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ٢٠٠٨، العدد ٢٤، مجلد ١، ص ١٦٩ و ١٧٠.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

الأوراق وإدارتها، بينما يلتزم العميل بدفع الأجر والنفقات اللازمة^(٥٣). كذلك يعد عقد الحفظ الأمين من عقود المعاوضة لأن كلا الطرفين يأخذ مقابلًا لما يقدم، ذلك أن عقد الحفظ الأمين هو من العقود التجارية التي تنتفي فيها صفة التبرع والتي تتم دائماً بأجر.

رابعاً: عقد إذعان

يثار التساؤل حول ما إذا كان عقد الحفظ الأمين عقداً من عقود الإذعان أو لا؟ يرى جانب من الفقه بأن عقد الحفظ الأمين أو عقد وديعة الأوراق المالية يقرب من عقود الإذعان نظراً لما جرى عليه التعامل من وضع البنك أو الحافظ الأمين شروط العقد وعدم إمكانية مناقشتها من قبل العميل الذي لا يملك سوى إمضاء العقد أو رفضه كلياً^(٥٤). غير أن جانباً آخر من الفقه لا يتفق مع الرأي السابق ويرى أن شروط عقود الإذعان غير متحققة في عقد الحفظ الأمين، فعقد الإذعان بنظرهم لا يتعلق بمرفق هام من مرافق الحياة، كما أنه غير حكر على جهة معينة^(٥٥).

إلا أننا نرى أن عقد الحفظ الأمين بات في الوقت الراهن عقداً من عقود الإذعان. ذلك أن إيداع الأوراق المالية لدى أمناء الحفظ أصبح أمراً مفروضاً بموجب القانون؛ إذ تلزم تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها الشخص الذي يرغب في التداول بالأوراق المالية فتح حساب خاص به لدى أحد الوسطاء أو

(٥٣) انظر عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٥٠-٥١.

(54) G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, T.2, éd 1975.

(٥٥) أشار إليه فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٦٨ بخصوص عقد وديعة الأوراق المالية. علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجة القانونية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨، بند ٧٧٨، ص ٥٨٨، إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ١٨ و ١٩.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

أمناء الحفظ^(٥٦)، وبذلك أصبح إبرام عقد الحفظ الأمين أمراً واجباً بدونه لا يتمكن العميل من القيام بأي عمليات تداول على الأوراق المالية العائدة له^(٥٧).

وتجدر الإشارة إلى أن نموذج اتفاقية عقد الحفظ الأمين الموقعة بين العميل والحافظ الأمين معد سابقاً ويخضع لرقابة هيئة الأوراق المالية، وهو أحد المرفقات الواجب تقديمها مع طلب الترخيص المقدم للهيئة لغايات الحصول على رخصة ممارسة أعمال الحفظ الأمين^(٥٨)؛ الأمر الذي يستتج منه عدم إمكانية تعديل بنود هذه الاتفاقية لاحقاً من قبل أي من العميل أو الحافظ الأمين. ولا يتعارض هذا الأمر مع ما توصلنا إليه حول صفة الإذعان في عقد الحفظ الأمين؛ ذلك أن خضوع العقد للرقابة من قبل السلطات الرقابية المختصة لا يجرده من الطبيعة اللاتفاوضية، شأنه في ذلك شأن عقود التأمين التي لا ينكر أحد عليها صفة الإذعان.

بعد أن عرفنا عقد الحفظ الأمين من حيث تكوينه وخصائصه، لا بد لنا من العمل على بيان طبيعته القانونية.

المطلب الثاني

الطبيعة القانونية لعقد الحفظ الأمين

إن الطبيعة القانونية لعقد الحفظ الأمين تجسد إحدى الإشكاليات المهمة والمرتبة على إزالة الكيان المادي للأوراق المالية، حيث إن التطور الحاصل على طبيعة هذه الأوراق المالية أثر بالضرورة في تكيف عقد الحفظ الأمين الوارد عليها،

(٥٦) مادة ٢٩/أ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها لسنة ٢٠٠٥.
(٥٧) انظر عاشور عبد الجواد، المرجع السابق، ص ١٥٧ الذي يرى أن عقد وديعة الأوراق المالية قد يكون عقد إذعان إذا كان إيداع الأوراق المالية لدى البنك أمراً مفروضاً بموجب القانون، مع الإشارة إلى أن هذا الفقه يحصر هذا التكيف بحالات معينة تتمثل بحالات الإيداع الإلزامي في القانون المصري.
(٥٨) انظر مادة ٧/س من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها.

ومن هنا كان لا بد لنا ابتداءً بيان الطبيعة القانونية للأوراق المالية محل العقد (الفرع الأول) وصولاً لتكييف دقيق لعقد الحفظ الأمين الوارد على هذه الأوراق المالية (الفرع الثاني).

الفرع الأول الطبيعة القانونية للأوراق المالية محل عقد الحفظ الأمين

إن التطور الحاصل في نظام تسجيل الأوراق المالية الذي أدى إلى إلغاء العمل بالنظام التقليدي الذي يركز على الشهادات المادية للأوراق المالية، رتب نتائج مهمة وحساسة فيما يتعلق بالأوراق المالية المقبولة للتداول في الأسواق المنظمة. وتماشياً مع متطلبات عمل الأسواق المالية، بدأ النظام القانوني للأوراق المالية يبتعد عن القواعد العامة في القانون المدني وباتت مبادئ القانون التجاري التي تتجسد بالسرعة والمرونة، أكثر حضوراً مغيرةً بذلك بعض المفاهيم المستقرة للأوراق المالية ومنشئةً بذلك خصائص جديدة. فبعد أن كانت الأوراق المالية تتجسد من خلال الشهادات الورقية وكانت الحقوق الشخصية الناجمة عن الورقة المالية، سهماً كانت أم سنداً، مندمجة في الصك ذاته وتمثل أشياء قيمة معينة بالذات بحيث لا يقوم بعضها مقام بعض^(٥٩) وبالنتيجة خاضعة للنظام القانوني للمنقولات المادية، أدى التطور الجديد والمتمثل بفقدان الورقة لكيانها المادي واستبدال ذلك بقيد دفترى في حساب العميل إلى فصل الحق عن الورقة، الأمر الذي أثار تساؤلات عديدة حول الطبيعة القانونية للورقة المالية في ظل التطور الجديد.

(٥٩) حول مفهوم الأشياء المعينة بالذات والنتائج المترتبة على هذا التكييف، انظر عباس الصراف وجورج حزون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر، ٢٠٠٣ عمان، ص ١٩٠.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

وإذا كان الفقه يجمع على أن الورقة المالية القيدية ما زالت محتفظة بطبيعتها كأموال منقولة، فإن الخلاف قائم حول الطبيعة المادية (أولاً) أو المعنوية لهذه الورقة القيدية (ثانياً).

أولاً: الحجج التي سيقى حول الطبيعة المادية للأوراق المالية القيدية

يرى جانب من الفقه^(٦٠) أن عملية قيد الأوراق المالية ما هي إلا بديل للصكوك التي كانت تجسد الأوراق المالية، بحيث إن الغلاف الخارجي لهذه الأوراق المالية هو الذي تغير فقط دون أن يطرأ أي تغيير على طبيعة الأوراق المالية نفسها. إن إزالة الكيان المادي للأوراق المالية أدى فقط إلى سلب الأوراق المالية الصكوك الورقية واستبدالها بوسيلة نقل جديدة ومن ذات الطبيعة المادية تتمثل في القيد في الحساب. ويؤكد هذا الفقه أن القانون الذي أزال الكيان المادي للأوراق المالية لم يعمل سوى فرض القيد في الحساب كوسيلة لتمثيل الأوراق المالية التي جاءت لمواكبة التطور التقني والحوسبي في القطاعين البنكي والمالي.

ويجد هذا الفقه أساس الطبيعة المادية للقيود الدفترية في ضرورة استمرارية نقل الأوراق المالية بشكل يسير ومريح. فانتقال الورقة المالية من الطبيعة اللامادية إلى الطبيعة المادية يتحقق من خلال القيد الدفترية تماماً مثلما كان يتحقق في السابق من خلال الصك الورقي.

ولإثبات دقة هذا التكييف، يستند هذا الفقه إلى نظامي التصفية والإفلاس ونظام نقل الملكية الخاص بالأوراق المالية، ففي حال التصفية الاختيارية والإجبارية والإفلاس للحافظ الأمين، ينص قانون الأوراق المالية على أن الأوراق المالية

(60) Dider Martin, De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux), Dalloz 1996, Doc., p. 47, Dider Martin, De l'inscription en compte d'actifs scripturaux, Dalloz 1998, chron., p. 16.

العائدة للعملاء والمقيدة في الحساب لا تخضع لإجراءات الرهن والحجز والتصفية والإفلاس التي يخضع لها الحافظ الأمين^(٦١). وحسب نص المادة السابق فإن مالكي الأوراق المالية يمارسون على أوراقهم المالية المقيدة في الحساب حق امتياز يسمح لهم تجنب مزاحمة دائني الحافظ الأمين^(٦٢). ومن هنا يرى الفقه الذي يدعي الطبيعة المادية للقيود الدفترية أن حق الامتياز الوارد في النص السابق لا يمكن أن يفسر إلا على أنه حق ملكية وارد على أموال ذات طبيعة مادية^(٦٣). كذلك يضيف هذا الفقه أن حقيقة استمرارية ملكية صاحب حساب الأوراق المالية للأوراق المقيدة تثبت، بالنظر إلى عقد الوديعة، بأن الأمر لا يتعلق بأشياء مثلية من نفس النوع وإنما بأشياء معينة بالذات، ذلك أنه طبقاً للقواعد العامة، فإن المودع لديه يمتلك الأشياء المثلية المودعة لديه ولا يلتزم إلا برد ما يعادلها، وهو ما لا ينطبق على حال الأوراق المالية المودعة لدى الحافظ الأمين في حال إفلاسه أو خضوعه للتصفية. وبذلك فإن القيد في حساب مستقل يسمح بفصل القيود يعد بمثابة أداة تمييز قابلة للحيازة، ودرعاً منيعاً ضد الطبيعة المثلية، ومانعاً جذرياً لاختلاط الأشياء من نفس النوع^(٦٤).

بالمقابل، تجدر الإشارة إلى أن صفة المال المعين بالذات لا تستبعد بالضرورة طبيعته المعنوية، وليس أدل على ذلك من العلامات التجارية وبراءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية التي لا يمكن اعتبارها أشياء مثلية لمجرد طبيعتها المعنوية.

(٦١) انظر مادة ٦٣/ج من قانون الأوراق المالية الأردني، يقابلها المادة ل ١٠-٢١١ من قانون النقد والمال الفرنسي.

(62) La notion de valeur mobilière, préc., p. 8.

(63) Dider Martin, préc., p.8.

(64) Dider Martin, op.cit., loc. cit. p.8.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

تظهر أهمية التفرقة بين الأشياء المثلثة والمعينة بالذات بخصوص نقل الملكية، إذ إن ملكية المال المعين بالذات تنتقل بمجرد تلاقي الإيجاب والقبول بينما لا تنتقل ملكية الأموال المثلثة إلا بفرزها. ومن هنا يثار التساؤل حول ما إذا كان القيد في الحساب من شأنه أن يعمل على نقل ملكية الأوراق المالية؟ إن الإجابة على هذا التساؤل تعتمد على طبيعة الأوراق المالية المذكورة.

من الواضح أن فرز الأوراق المالية لا يمكن أن يتم إلا من خلال تعداد الأوراق المالية بمفهوم المادة ٥٦ من القانون المدني^(٦٥)، الأمر الذي يستنتج معه تطبيق قاعدة نقل الملكية الواردة في النص المذكور وليس تلك المتعلقة بتوافق الإيرادتين، وبناءً عليه يظهر أن الأوراق المالية هي في جوهرها أشياء مثلثة^(٦٦).

إن تكييف الأوراق المالية المقيدة إلكترونياً على أنها أشياء مادية أمر لم يلق القبول من قبل أغلب الفقه الذي يميل إلى تكييف الأوراق المالية على أنها أموال ذات طبيعة معنوية.

ثانياً: الحجج التي سيقف حول الطبيعة المعنوية للأوراق المالية القيدية

يرى غالبية الفقه أن الأوراق المالية المقيدة إلكترونياً ما هي إلا أموال ذات طبيعة معنوية^(٦٧). ويرى جانب من هذا الفقه أن الأوراق المالية بمفهومها الجديد عبارة عن حقوق شخصية، معنوية بطبيعتها. إلا أنه إذا كان بالإمكان التأكيد على أن السندات هي حقوق شخصية، فإن الأمر يختلف بالنسبة للأسهم. ذلك أن ارتباط

(٦٥) مادة ٥٦ من القانون المدني "الأشياء المثلثة هي ما تماثلت آحادها أو أجزاءها أو تقاربت بحيث يمكن أن يقوم بعضها مقام بعض عرفاً بلا فرق يعتد به وتقدر في التعامل بالعدد أو القياس أو الكيل أو الوزن".

(٦٦) La notion de valeur mobilière, préc., p. 10.

(٦٧) ممدوح ارشيدات، تداول الأوراق المالية في القانون الأردني، بدون دار نشر، عمان، ٢٠١٠، ص ٢١-٢٧.

الحقوق المالية في السهم (الأرباح وقيمة الأسهم عند التصفية) بأخرى سياسية (التصويت وحضور اجتماعات الهيئة العامة) من شأنه أن يضع عائقاً أمام تكييف السهم على أنه حق شخصي.

ويحاول البعض^(٦٨) التصدي لهذا العائق بالقول إن هذا الخصوصية المرتبطة بالسهم ليس من شأنها أن تسلبه جوهره الذي يتمثل في الحق المالي وبالنتيجة الحق الشخصي، ويشبه هؤلاء السهم بالحصة في الشركة. كذلك يرفض هؤلاء الأخذ بفكرة اندماج الورقة المالية بالصك أو القيد في الحساب وبالتالي يستنتجون طبيعتها المعنوية جراء تكييفها على أنها حقوق شخصية.

ويؤكد هذا الفقه أن القيد في الحساب يسمح بوضع نهاية للأسطورة القائمة على الطبيعة المادية للورقة المالية والناجئة عن عملية التوريق (الصك)، فالصك لم يكن وسيلة لدمج الورقة المالية بل كان يمثل الوسيلة التي اتفق الأطراف على استخدامها. واليوم فإن القيد في الحساب لا يمثل الورقة المالية. ذلك أنه ليس من شأن هذا القيد أن ينشئ الورقة ذاتها وإنما الاكتتاب بها هو الذي ينشئها، مما يعني أن حق المكتتب سابق على عملية القيد في الحساب وليس أدل على ذلك أن المشرع ينص على وجوب قيد الأوراق المالية في الحساب. الأمر الذي يستنتج منه ضمناً أن الورقة المالية المعنية موجودة قبل عملية قيدها في الحساب^(٦٩).

إذاً القيد في الحساب ما هو إلا وسيلة إثبات وإشهار في مواجهة الشركة المصدرة والغير، وفي هذا الاتجاه قضت محكمة النقض الفرنسية بأن قيد عملية

(68) F.-X. Lucas, Retour sur la notion de valeur mobilière, Bulletin Joly Sociétés, Août-septembre 2000, chron., p. 765, cité par La notion de valeur mobilières, préc., p. 11.

(٦٩) انظر مادة (٣) من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها والتي تنص في فقرتها (أ) على أنه من مهام المركز تسجيل الأوراق المالية المصدرة.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

تحويل الأسهم في سجلات المركز يشكل قرينة بسيطة على ملكية الشخص الذي تم تقييد الأسهم في حساباته^(٧٠).

وللتمييز بين مفهوم الورقة المالية والقيود في الحساب أهمية بالغة. ذلك أنه ليس كل ما يخضع للقيود في السجلات يشكل بالضرورة مالاً مادياً. ومثال ذلك الشركات المسجلة في سجل الشركات وبراءات الاختراع والعلامات التجارية المقيدة في سجلات وزارة الصناعة والتجارة التي تبقى جميعها أموال معنوية رغم عملية القيد.

ومن هنا يؤكد هذا الفقه أنه لا يمكن قبول نظرية المال المادي بخصوص الأوراق المالية "ما لم يقدم أنصار هذه النظرية ورقة مالية قابلة لأن تكون ملموسة مادياً. ذلك أن هذه القابلية لأن تكون ملموسة هي التي تشكل معيار المال المادي"^(٧١).

ونخلص مما تقدم إلى أن الأوراق المالية بشكلها الجديد عبارة عن أموال منقولة يمكن أن تكون محلاً لحق عيني أصلي^(٧٢) يستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي^(٧٣). إن الورقة المالية بشكلها القيدي حق كسائر الحقوق، وخصوصيتها أنها تقع على شيء غير

(70) Cass. Com., 10 juin 1997, Dalloz Affaire n° 36m 16 octobre 1997, p. 1173, note Ph. Goutay.

(71) La notion de valeur mobilière, préc., p. 11.

(٧٢) من الفقه الذي يشبهه حق صاحب الورقة المالية بحق الملكية، ممدوح ارشيدات، مرجع سابق، ص ٢١ وما يليها.

(٧٣) حول الفقه الذي يرى إمكانية أن يرد الحق العيني على مال معنوي، انظر

Y. Guyon, Droit des affaires, t. 1, Droit commercial general et société, 1994, n° 728, cite par Y. Prussen, Le régime des titres et instruments fongibles, Droit bancaire et financier au Luxembourg, Larcier, 2004, Vol. 3, p. 1287, spec., p. 1306, n° 36-38.

مادي. وتبتعد بها هذه الخصوصية عن حق الملكية ولكنها تشارك الحق العيني الأصلي خصائصه من حيث كونه سلطة مباشرة على شيء معين^(٧٤) وإن كان هذا الشيء غير مادي.

ويبدو أن هذا التحليل هو ما انتهى إليه المشرع في لوكسمبورغ والذي كان صريحاً حول الطبيعة القانونية للأوراق المالية القيدية، إذ جاء في نص الفقرة الثانية من المادة السادسة من قانون ٢٠٠١/٨/١ أن "المودع يتمتع بحق عيني، من طبيعة معنوية، على مجموع الصكوك وغيرها من الأدوات المالية من ذات الطبيعة المودعة لدى المودع لديه". ويفسر الفقه هذا النص بما مفاده أن جميع الصكوك ذات الطبيعة الواحدة؛ أي الصادرة عن نفس الشركة المصدرة والتي تمنح المستثمرين ذات المزايا والحقوق، تشكل كتلة غير قابلة للتجزئة، يمارس عليها المودعون حقوقهم بما يتناسب مع عدد الصكوك العائدة لهم. الأمر يتعلق إذاً بنوع من الوديعة الجماعية القائمة بشكل أساسي من أجل حماية العميل من المودع لديه ودائنيه^(٧٥).

إن موضوع الحق العيني يتمثل بجملة من المزايا تتمثل في مجموعة من الحقوق الشخصية (الحق في الأرباح والحق في الاسترداد والحق في العائد من التصفية) وأخرى سياسية (الحق في المعلومات والحق في التصويت في الهيئة العامة). ويعد القيد في الحساب بمثابة الإطار القانوني الذي يجمع هذه الحقوق ويسمح بتداولها من خلال عملية التحويل من حساب إلى آخر^(٧٦).

(٧٤) مادة ٦٩ من القانون المدني الأردني.

(75) Y. Prussen, préc., p. 1303, n° 36-38, A. Prum, La dématérialisation médiate des titres fongibles en droit luxembourgeois, Revue Banque, 2005, p. 271, spec. p. 275, disponible sur www.publication.uni.

(76) F. Auckenthaler, préc., n° 12, dans le même sens, A. Reygrobellet, Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés, RTD Com, 1999, p. 305, spéc., n° 11 et s.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

إن التطور الحاصل في الطبيعة القانونية للأوراق المالية أثر وبالضرورة في التكييف القانوني لعقد الحفظ الأمين الوارد عليها.

الفرع الثاني

التكييف القانوني لعقد الحفظ الأمين

لقد اختلف الفقه في تحديد طبيعة عقد ودیعة الأوراق المالية أو عقد الحفظ الأمين بالمفهوم الحديث، وما زال هذا الاختلاف قائماً بل ازدادت أهميته بعد فقدان الأوراق المالية كيانها المادي، إذ لم تعد هذه الأوراق أشياء معينة بذاتها يتوجب على المودع لديه أن يردها عيناً، بل أصبحت أشياء مثلية تحل محل بعضها يلتزم المودع لديه برد أوراق من نفس نوعها^(٧٧). وهذا ما أكدته المادة ١٤ هـ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها التي نصت على أنه "تعتبر الأوراق المالية المودعة لدى المركز من نفس النوع والفئة والإصدار والعملية متساوية في الحقوق والواجبات".

ويرى بعض الفقهاء^(٧٨) أن اعتبار تكييف عقد الحفظ الأمين على أنه عقد ودیعة فحسب كان متصوراً في ظل التطبيقات التقليدية للمصارف، وذلك قبل انتشار واتساع عمليات تداول الأوراق المالية، حيث كان دور المصرف مقتصرًا على حفظ هذه الأوراق ولا يمتد إلى إدارتها إلا إذا كانت الإدارة ضرورية لحفظ حقوق العميل المتصلة بها.

ويترتب على التكييف السابق أن تكون يد الحافظ الأمين على الأوراق المالية المودعة مجرد يد أمين وليست يد مالك. وبناءً عليه يعد الحافظ الأمين خائناً للأمانة إذا تصرف بالأوراق المالية المودعة بغير إذن العميل المودع. من جهة

(٧٧) أشرف الضبع، مرجع سابق، ص ١٨٩.

(٧٨) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ١٥٥، عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٥٩ و ٦٠.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

أخرى، يترتب على هذا أثر أساسي في حال إفلاس الحافظ الأمين حيث يسترد العميل أوراقه بوصفه مالكا لها وبفلت من الخضوع لقسمة الغرماء، وبالمقابل إذا هلكت هذه الأموال في يد الحافظ الأمين تكون تبعة الهلاك على العميل مالك هذه الأوراق^(٧٩).

وتتلخص الأسباب التي استبعد الفقه المعاصر على أساسها تكيف عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المادي للأوراق المالية على أنه عقد وديعة عادية بما يلي:

فمن جهة، يرى البعض بأنه وبعد أن أصبحت الأوراق المالية قيود حسابية دفترية، لم يعد هناك شيء يودع، وأصبح دور الحافظ الأمين هو دور الوكيل ولم يعد له علاقة بأحكام عقد الوديعة؛ لأن الالتزام بالحفظ والرد اختقيا نهائياً بإلغاء الصكوك المادية^(٨٠) فالالتزام بالحفظ في عقد الوديعة مقرر لحماية الأشياء المودعة من تعدي الغير عليها بالسرقة والإتلاف وهو الأمر الذي لم يعد متصوراً بالنسبة للقيود الدفترية. أما بالنسبة لالتزام الرد فإنه لم يعد يتم من خلال الرد الفعلي للمال المودع وإنما من خلال نقل القيود من حساب إلى آخر^(٨١).

من جهة أخرى، إن عملية قيد الأوراق المالية في حساب العميل المشتري من شأنها أن تحقق عملية نقل ملكية الأوراق المالية لمصلحته، ومن هنا يستنتج أنه وعلى الرغم من الطبيعة المثلية للأوراق المالية المقيدة فإنه لا يمكن تكيف عقد

(٧٩) عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٦٠.

(٨٠) سعيد سيف النصر، دور البنوك التجارية في استثمار أموال العملاء، دراسة تطبيقية تحليلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٣٠٢-٣٠٣، أشرف الضبع، مرجع سابق، ص ١٩١، عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٥٦.

M.-H. Girard, Prêt, dépôt, séquestre, location et crédit-bail d'action de société, Revue des sociétés, 2000, p. 787, spéc., p. 788.

(81) F. Auckenthaler, préc., n° 15.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

الحفظ الأمين على أنه عقد وديعة شاذة أو ناقصة، لأنه من شأن هذا العقد أن يؤدي إلى نقل ملكية الأوراق المالية إلى المودع لديه مع التزامه برد ما يعادلها وهو ما لا يتحقق في عقد الحفظ الأمين^(٨٢).

لأسباب المتقدمة، لم يعد بالإمكان تكييف عقد الحفظ الأمين على أنه عقد وديعة عادية، الأمر الذي حدا بجانب من الفقه المعاصر^(٨٣) إلى تكييفه على أنه عقد وكالة بأجر، بينما رأى آخرون^(٨٤) أنه عقد مركب يتضمن عقدين مختلفين هما الوديعة والوكالة. وقد تبرز أهمية أحد العقدين بحسب مقاصد المتعاقدين إذ تتغلب غاية الوكالة على غاية الحفظ التي تصبح هدفاً تابعاً لا أساسياً كما هي الحال في عقد إدارة الاستثمار. أما إذا كان الهدف الأساسي هو الوديعة ثم طلب العميل من المودع لديه بيع أوراقه المودعة أو شراء أخرى، فهذا لا يرفع عن العقد الأصلي وصفه وإنما يضيف إليه عقداً آخر هو الوكالة.

ويكيف جانب من الفقه الفرنسي المعاصر العلاقة بين الحافظ الأمين والعميل على أنها "علاقة قانونية معقدة" تجمع بين الوكالة وتأجير الخدمات^(٨٥).

ونرى أن التكييفات السابقة تتجاهل الدور الحقيقي الذي يضطلع به الحافظ الأمين وذلك ناتج عن خلط واضح بين مهمة الوسيط المالي والحافظ الأمين، فالوسيط المالي هو ذلك الشخص الذي يمارس شراء الأوراق المالية وبيعها لحساب الغير^(٨٦)، وهو طرف يدخل عمليات التداول وجوباً بحكم القانون^(٨٧)، أما الحافظ

(82) F. Auckenthaler, op.cit, loc. cit., n° 15.

(83) G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, T.2, éd 1994, p. 554.

أشار إليه عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ٦٣.

(٨٤) إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٢٢ و ٢٣.

(85) G. Ripert et R. Roblot, Traité de droit commercial, t. 2, par Ph. Delebeque et M.Germain, LGDJ, 2000, n° 1789, p. 29 et 30.

(٨٦) مادة ٢ من قانون الأوراق المالية الأردني.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

الأمين فهو ذلك الشخص الذي يضطلع بمهمة حفظ الأوراق المالية الخاصة بعميله وتحويلها ونقل ملكيتها بما يتفق وعمليات التداول الواردة عليها بالإضافة إلى قبض عائدات أرباح العميل وقيدتها في حسابه^(٨٨). وتدخل الحافظ الأمين يصبح، كما أسلفنا، هو أيضاً أمراً مفروضاً بموجب القانون في حال رغب العميل في إجراء عمليات تداول على الأوراق المالية العائدة له^(٨٩).

ويجد هذا الخلط أساسه في إمكانية اجتماع أكثر من صفة في شخص الحافظ الأمين، إذ قد يكون الحافظ الأمين مرخصاً للقيام بأكثر من وظيفة، كأن يكون مرخصاً للقيام بأعمال الوساطة المالية أو إدارة الاستثمار أو كليهما إضافة إلى أعمال الحفظ الأمين، الأمر الذي ينجم عنه قيام الحافظ الأمين بأعمال تخرج عن نطاق الحفظ الأمين وتدخل في نطاق الوساطة أو إدارة الاستثمار، إلا أن كل وظيفة من هذه الوظائف تستند إلى عقد مستقل، وهذا لا يعني وجوب فصل عقود الوساطة وإدارة الاستثمار والحفظ الأمين مادياً بل من الممكن دمجهم في عقد واحد. ويتضح هذا الأمر من خلال نص المادة ٤٣/ب من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية والتي جاء فيها "يحظر على الحافظ الأمين التصرف بالأوراق المالية المحفوظة لديه إلا وفقاً لأحكام القانون والأنظمة والتعليمات والقرارات الصادرة بمقتضاه ووفقاً لأحكام اتفاقية الحفظ الأمين المبرمة مع عميله"، كذلك أوجبت المادة ٤٢/أ من التعليمات ذاتها على الحافظ الأمين "فصل النشاطات المتعلقة بأعمال الحفظ الأمين عن أي أعمال أخرى يقوم بها". إذاً ومن الناحية العملية قد تندمج مهنتا الوساطة المالية وإدارة الاستثمار أو إحداها مع مهمة

(٨٧) المادة ٦٩/ب من قانون الأوراق المالية "لا يجوز التداول في السوق إلا بواسطة عقود تداول بين الوسطاء.....".

(٨٨) مادة ٤١/أ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها.

(٨٩) مادة ٢٩/أ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها لسنة ٢٠٠٥.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

الحفظ الأمين نتيجة لوحدة مقدم هذه الخدمات إلا أن هذا لا يفقد أياً من هذه الوظائف خصائصها القانونية المميزة لها.

ونحن نتفق مع الفقه^(٩٠) الذي يرى أن لعقد الحفظ الأمين طبيعته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود الشبيهة كالوديعة والوكالة، وأن قيام المشرع بتنظيمه في نصوص خاصة في قانون الأوراق المالية والتعليمات الصادرة^(٩١) بمقتضاه قلل من أهمية الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وعلى فرض عدم كفاية هذه الأحكام فبالإمكان تطبيق أحكام القانون المدني، الأقرب إلى طبيعة العلاقة، بوصفها الشريعة العامة التي تحكم علاقات الأفراد ذات الطابع الخاص.

المبحث الثاني

تطور آثار عقد الحفظ الأمين

إن تغير الطبيعة القانونية لأوراق المالية محل عقد الحفظ الأمين نتيجة فقدان الأوراق المالية لكيانها المادي أدى وبالضرورة إلى تغير جوهر في مضمون التزامات الحافظ الأمين (المطلب الأول) إضافة إلى حقوق العميل تجاه الأوراق المالية المودعة في حال إفلاس الحافظ الأمين أو خضوعه للتصفية (المطلب الثاني).

المطلب الأول

تطور التزامات الحافظ الأمين

كما أسلفنا سابقاً، أصبح عقد الحفظ الأمين من طائفة العقود المسماة المنظمة من قبل المشرع، فنجد أن أحكامه منظمة بموجب تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية وتنظيمها الصادرة بموجب قانون الأوراق المالية الأردني. وتضع

(٩٠) عاشور عبد الجواد، مرجع سابق ص ٦٦، حسني المصري، عمليات البنوك - الحسابات المصرفية في القانون الكويتي، الكويت، ١٩٩٤، ص ٢٤.

F. Auckenthaler, préc., n° 15.

(٩١) وإن كانت هذه الأحكام في حقيقتها عبارة عن مزيج من عقدي الوديعة والوكالة.

هذه التعليمات على عاتق الحافظ الأمين جملة من الالتزامات تتناسب مع النظام الجديد لمسك الأوراق المالية. ويمكن تقسيم هذه الالتزامات لتشمل التزام بحفظ الأوراق المالية وإدارتها والالتزام بإعلام العميل حول العمليات الواردة على هذه الأوراق، إضافة إلى الالتزام برد الأوراق المالية.

الفرع الأول

الالتزام بحفظ الأوراق المالية

بعد العمل بنظام الإيداع المركزي بات مضمون التزام البنك المودع لديه أو الحافظ الأمين بحفظ الأوراق المالية مختلفاً في جوهره عن الالتزام بالحفظ في ظل النظام التقليدي الذي كان يستند على الوجود المادي للأوراق المالية؛ إذ كان التزام الحافظ الأمين منصباً على حماية الأوراق المالية من الضياع والسرقه والتلف، بيد أن هذا الأمر لم يعد متصوراً بعد فقدان الأوراق المالية كيانها المادي.

أصبح التزام الحافظ الأمين بحفظ الأوراق المالية متمثلاً في عدة التزامات، إذ يلتزم الحافظ الأمين ببذل العناية اللازمة بقيد الأوراق المالية في حساب العميل الذي تحت سيطرته^(٩٢)، وكذلك قيد الحركات الواردة على تلك الأوراق بما يتفق والإجراءات المعمول بها في مركز إيداع الأوراق المالية. ولا يمكن للحافظ الأمين القيام بهذا القيد إلا بعد قيامه بفتح حساب أوراق مالية لعميله وتحت سيطرته^(٩٣).

وتجدر الإشارة إلى أن عملية تسليم الأوراق المالية المملوكة للعميل إلى الحافظ الأمين تتم بموجب عملية تحويل من حساب العميل لدى مركز الإيداع إلى حساب العميل تحت سيطرة الحافظ الأمين^(٩٤)، ذلك أنه وفقاً للنظام المعمول به

(٩٢) انظر المادة ٢/أ/٤١ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية التي تنص على التزام الحافظ الأمين بـ "تنظيم وحفظ سجلات دقيقة لعملائه".

(٩٣) مادة ٤٣/أ من التعليمات السابقة.

(٩٤) مادة ٣٥ ومادة ٣٦ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

في الأردن فإن الحافظ الأمين لا يملك حسابات خاصة به في مركز الإيداع يودع فيها الأوراق المالية الخاصة بعملائه كما هو معمول به في بعض الدول ومنها فرنسا، وإنما تبقى جميع الحسابات باسم العملاء المستثمرين ومفتوحة بأسمائهم مباشرة على قاعدة بيانات مركز الإيداع، ولكنها تقسم لنوعين من الحسابات: حسابات العميل لدى المركز، وحسابات العميل تحت سيطرة أمناء الحفظ بصفتهم أعضاء في المركز^(٩٥).

ويلتزم الحافظ الأمين بالتأكد من أن العمليات الواردة على الأوراق المالية المودعة في حساب العميل الذي تحت سيطرته تتم بناءً على تعليمات العميل أو من يمثله قانوناً. ولا يعد الحافظ الأمين مخالفاً بهذا الالتزام في حال تم تحويل كل أو بعض الأوراق المالية المودعة بناءً على أحكام قانونية أو قرارات قضائية^(٩٦).

كذلك ينبثق عن التزام الحفظ التزام الحافظ الأمين بعدم التصرف بالأوراق المالية المودعة والخاصة بعميله دون موافقة صريحة من العميل، ويبدو هذا الالتزام واضحاً في المادة ٤٣/ب من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية التي تحظر على الحافظ الأمين "التصرف بالأوراق المالية المحفوظة لديه إلا وفقاً لأحكام القانون والأنظمة والقرارات الصادرة بمقتضاه، ووفقاً لأحكام اتفاقية الحفظ الأمين المبرمة مع عميله"^(٩٧). ويشمل الحظر الوارد في المادة السابقة تصرف الحافظ الأمين بالأوراق المالية العائدة لعميله لحسابه الخاص، إذ يعد الحافظ الأمين في مثل هذه الحال مرتكباً لجريمة خيانة الأمانة^(٩٨).

(٩٥) مادة ٣٣ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها.

(96) F. Auckenthaler, préc., n° 44.

(٩٧) ويتفق هذا الحظر مع القواعد العامة الواردة بخصوص عقد الوديعة في المادة ٨٧٥ من القانون المدني الأردني والتي جاء فيها "لا يجوز للمودع لديه أن يستعمل الوديعة أو يرتب عليها حقاً للغير بغير إذن المودع فإن فعل فتلفت أو نقصت قيمتها كان ضامناً".

(98) F. Auckenthaler, préc., n° 46.

كذلك يشمل الحظر السابق تصرف الحافظ الأمين بالأوراق المالية لمصلحة الغير دون موافقة العميل الصريحة. ولكن قد يثير هذا الالتزام بالامتناع عن التصرف دون موافقة العميل صعوبة في حال غياب صاحب الحساب، إذ قد يُبَرَّر تصرف الحافظ الأمين في هذه الحالة بصفته وكيل أعمال العميل. بيد أن القضاء الفرنسي يسمح بحالات التدخل هذه في شروط ضيقة جداً من شأنها أن تحت الحافظ الأمين على التصرف بحذر شديد. وتطبيقاً لذلك حكم القضاء الفرنسي بمسؤولية الحافظ الأمين الذي قام بمبادلة الأوراق المالية العائدة لعميله ضمن عملية (عرض عام للمبادلة) والتي لم تسفر لمصلحة العميل حيث تضاعفت قيمة الأوراق المالية التي خضعت للمبادلة، إذ قررت محكمة النقض الفرنسية أن الحافظ الأمين أخطأ وأنه لا يستطيع الاستناد إلى وكالة الأعمال لتبرير تصرفه بسبب غياب الدليل على عدم تمكن العميل من التعبير عن إرادته من جهة، وغياب الدليل على تعرض مصالح العميل لخطر حقيقي في حال عدم تدخل الحافظ الأمين⁽⁹⁹⁾.

وتجدر الإشارة إلى أن التزام الحافظ الأمين بحفظ الأوراق المالية المودعة لا يمتد إلى المحافظة على قيمتها، إذ إن ذلك مرتبط بوضع السوق، هذا ما لم يكن نقصان قيمة الأوراق المالية ناتجاً عن إهمال الحافظ الأمين كعدم استعماله حقاً للعميل كان من شأنه التأثير إيجابياً في قيمة الأوراق المالية المودعة.

وأخيراً تجدر الإشارة إلى أن نص المادة ٤٢/ب من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية حول التزام الحافظ الأمين بـ "توفير الإمكانيات والإجراءات اللازمة لحفظ الأوراق المالية، وحمايتها من السرقة والحريق وأي مخاطر أخرى حسب الحاجة"، لا ينسجم ونظام الإيداع المركزي الذي صدرت التعليمات السابقة لتعزيزه،

(99) Cass. Com., 12 janv. 1999, JCP E 1999, n° 27-28, p. 1194, note B. Petit, cite par F. Auckenthaler, préc., n° 47.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

فمثل هذا النص من شأنه أن يعيد القارئ الى النظام التقليدي للإيداع، وبناءً على ذلك نوصي المشرع بإلغاء هذا النص والاكتفاء بالفقرة الأولى منه.

الفرع الثاني

الالتزام بإدارة الأوراق المالية

أصبح التزام الحافظ الأمين بإدارة الأوراق المالية من الالتزامات الأصلية الناجمة عن عقد الحفظ الأمين ولم يعد من الالتزامات التبعية كما كان الوضع عليه قبل العمل بنظام الإيداع القيدي. حيث إنه، كما أسلفنا، أصبح إيداع الأوراق المالية لدى مركز الإيداع أمراً مفروضاً بموجب القانون وبدونه لا يتمكن العميل من القيام بأي عمليات تداول على الأوراق المالية العائدة له، والهدف من ذلك هو ضمان نقل ملكية الأوراق المودعة محل عقد التداول، إذ استلزم المشرع لهذه الغاية تحويل الأوراق المالية المودعة في حساب العميل لدى مركز الإيداع إلى حسابه الخاص تحت سيطرة الوسيط أو أمين الحفظ^(١٠٠). وقد ورد هذا الالتزام صراحة في المادة ٤١ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية والتي بينت أن أعمال الحفظ الأمين تشمل "تسليم الأوراق المالية إلى الوسيط المالي البائع واستلام الأوراق المالية من الوسيط المالي المشتري وذلك نيابة عن عملائه". ويتم التسليم المشار إليه في المادة السابقة بموجب قيود الكترونية تدون في الحسابات الخاصة بالبايعين والمشتريين التي تحت سيطرة أعضاء المركز^(١٠١).

ويتضمن التزام الحافظ الأمين بإدارة الأوراق المالية المودعة القيام بالعمليات اللازمة للمحافظة على هذه الأوراق بما يحفظ حقوق العميل مثل قبض الفوائد والأرباح والحقوق العائدة للأوراق المالية الخاصة بعملائه^(١٠٢)، ولا تحتاج هذه

(١٠٠) انظر المواد ٢٩، ٧٤ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها.

(١٠١) مادة ٧٤ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها.

(١٠٢) مادة ٦/٤١ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية.

الأعمال إلى وكالة صريحة من العميل. ذلك أنها لا تحتاج إلى تدخل العميل على عكس أعمال الإدارة الأخرى التي تقتضي تدخله والتي لا يلزم الحافظ الأمين بالقيام بها دون تفويض صريح في ذلك^(١٠٣). وقد أشارت تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية إلى هذا النوع الأخير من الأعمال حيث جاء في المادة ٧/أ/٤١ بأن أعمال الحافظ الأمين تشمل "التصويت نيابة عن العملاء في اجتماعات الهيئة العامة العادية وغير العادية للمصدرين، وذلك حسب اتفاقية الحفظ الأمين الموقعة مع كل عميل".

الفرع الثالث

الالتزام بإعلام العميل حول العمليات الواردة

على الأوراق المالية

ينبثق عن هذا الالتزام، التزام الحافظ الأمين بإخطار العميل بمستجدات ظروف الأوراق المالية المودعة، لاسيما تلك التي تستلزم إجابة من قبله. فقد يستدعي الأمر الحصول على إجابة من العميل بخصوص عرض شراء عام أو عرض عام للمبادلة أو ممارسة حق اكتتاب أو تعديل. ومن هنا وجب على الحافظ الأمين إخطار العميل بوجود الخيارات المتاحة أمامه لغايات التعبير عن إرادته تجاهها^(١٠٤). وفي حال سكوت العميل، لا يحق للحافظ الأمين التصرف نيابة عن العميل إذ يعد ذلك تدخلاً في شؤونه، هذا ما لم يكن امتناع الحافظ الأمين يتعارض مع مصلحة العميل^(١٠٥).

(١٠٣) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ٢١٠-٢١١.

(١٠٤) جاء هذا الالتزام بنص صريح في المادة ١-٥-٣٢٢ من تعليمات سلطة أسواق المال الفرنسية.

(١٠٥) لمزيد من التفصيل، راجع فائق الشماع، مرجع سابق، ص ٢٢٠ وما يليها.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

كذلك تُلزم بعض التشريعات كالتشريع الفرنسي الحافظ الأمين بتزويد عميله بالعناصر الأساسية لغايات إعداد كشفه الضريبي^(١٠٦).

ويتوجب على الحافظ الأمين إعلام عميله، خلال فترة زمنية معقولة، بالحركات الواردة على الأوراق والمبالغ المالية المودعة في حسابه. ويتم تنفيذ هذا الالتزام من خلال التقارير الدورية التي يرسلها الحافظ الأمين عن محفظة الأوراق المالية والحسابات النقدية الخاصة بعميله^(١٠٧). كما يدخل ضمن نطاق التزام الحافظ الأمين بالإعلام، إعلام عملائه بكافة الإجراءات المتخذة من قبل مصدري الأوراق المالية والمتعلقة بالفوائد والأرباح والحقوق العائدة للأوراق المالية الخاصة بهم^(١٠٨).

يلتزم الحافظ الأمين أيضاً بإعلام العميل بالأحداث التي من شأنها تعديل حقوقه على الأوراق المالية المودعة لاسيما إذا كان هناك ما يحمله على الاعتقاد بعدم علم العميل بها. وقد عمل القضاء الفرنسي على تحديد مضمون هذا الالتزام. ففي قرار شهير لمحكمة النقض الفرنسية^(١٠٩)، قضت المحكمة بأنه "لا العادات المصرفية ولا قواعد العدالة ولا القانون من شأنهم إلزام المودع لديه بإعلام المودع بالأحداث التي طرأت على حياة الشركة المصدرة". وتتلخص وقائع القضية بأن أحد الأفراد ادعى بمسؤولية البنك المودع لديه عن عدم إخطاره بخضوع الشركة المصدرة لسندات القرض المودعة لدى البنك للتسوية القضائية. حكمت محكمة الاستئناف بمسؤولية البنك وذهبت إلى أن التزام البنك بالحفظ لا يقتصر على مجرد الحفظ المادي وإنما يمتد إلى الحفظ القانوني، وبالتالي كان البنك ملزماً بإخطار

(١٠٦) مادة ٢-٥-٣٢٢ من تعليمات سلطة اسواق المال الفرنسية.

(١٠٧) مادة ٤١/٤١ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية.

(١٠٨) مادة ٥/٤١ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية.

(109) Cass.com., 9 janv. 1990, D, 1990, jur., p. 173, note J.-P. Brill.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

العميل ومن تلقاء نفسه يمثل هذا الحدث. إلا أن محكمة النقض فسخت قرار محكمة الاستئناف وقررت بأن مثل هذا الالتزام لا يقع على عاتق البنك.

ويثار التساؤل حول ما إذا كان التزام الحافظ الأمين بإخطار العميل بالمستجدات الواردة على أوراقه المالية يمتد ليشمل الالتزام بتقديم النصح والمشورة للعميل؟

مما لا شك فيه أن التزاماً من هذا النوع يقع على عاتق الحافظ الأمين في حال وجود نص صريح في العقد، غير أن السؤال مطروح في حال غياب نص في العقد على مثل هذا الالتزام. وللإجابة على هذا التساؤل، وفي ظل غياب موقف التشريع والقضاء الأردني، نستعين بالقضاء والتشريع الفرنسي اللذين أرسيا قواعد راسخة في هذا الصدد.

لقد ميّز القضاء الفرنسي بين الالتزام بتقديم النصيحة بمفهومها السلبي وبين تلك ذات المفهوم الإيجابي، إذ استقر القضاء الفرنسي على التزام الحافظ الأمين بتقديم النصيحة بمفهومها الأول؛ أي تلك التي تتطوي على تحذير العميل من بعض المخاطر التي تحيق به نتيجة تعامله بالأوراق المالية دون أن يمتد التزامه إلى تقديم النصيحة الإيجابية التي تحت العميل على اتخاذ موقف معين. وقد أرسى محكمة النقض الفرنسية هذا الالتزام في قرارها الشهير "Buon" بتاريخ 11/11/1991⁽¹¹⁰⁾ والذي أصبح مبدأً عاماً يلتزم بمقتضاه مقدمو الخدمات المالية بتحذير عملائهم من المخاطر المتعلقة بالسوق المالي أياً كانت العلاقة التعاقدية التي تربطهم بالعميل، سواء كانت عقد إدارة محفظة أو عقد وديعة صكوك (حفظ

(110) Cass. Com., 5 novembre 1991, Droit des sociétés, 1992, n° 21, note H. Hovasse.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

أمين) أو عقد نقل أوامر بورصة⁽¹¹¹⁾. ويستثنى من ذلك الحال التي يكون فيها العميل عالماً بالمخاطر الناجمة عن التعامل بالأوراق المالية، وبهذا يكون القضاء الفرنسي قد خرج على قاعدة المساواة بين المستثمرين بخلق تفرقة ما بين المستثمرين المتبصرين بمخاطر السوق المالي وأولئك الجاهلين بها والذين يحتاجون إلى حماية خاصة. وتأييداً لموقف القضاء، تبنى المشرع الفرنسي هذا الالتزام في المادة ل ١٢-٥٣٣ من قانون النقد والمال الفرنسي.

وتجدر الإشارة إلى أن مضمون الالتزام بالتحذير ليس التزاماً ذا طابع عام ينصب على التحذير من مخاطر السوق المالي عموماً، وإنما الأمر يتعلق بالالتزام بالتحذير من المخاطر المرتبطة بالعمليات غير الاعتيادية التي يقوم بها العميل. إذاً التزام التحذير هذا هو التزام ذو طابع شخصي مقترن بالالتزام رقابة من جانب مقدم الخدمات المالية، حتى في الحالات التي تقتصر فيها مهمة مقدم الخدمات على مسك حساب الأوراق المالية (الحفظ الأمين). ويبدو ذلك واضحاً جداً في قرار لمحكمة استئناف باريس بتاريخ ١٩ آذار ١٩٩٩⁽¹¹²⁾. وتتخلص وقائع القضية بقيام سيدة بفتح حساب أوراق مالية لدى أحد أمناء الحفظ، وفي نفس الوقت عهدت بإدارة محفظة أوراق المالية إلى ابنها الذي تولى هذه المهمة ونتج عنها خسائر مالية فادحة. أقامت هذه السيدة دعوى قضائية ضد الحافظ الأمين تدعي من

(111) تلخص وقائع هذه الدعوى بإبرام عقد وديعة أوراق مالية بين أحد البنوك وشخص يدعى السيد Buon. كان السيد Buon يمارس عمليات مضاربة على أسعار الذهب بشكل مستمر من خلال البنك. أسفرت عمليات المضاربة تلك عن خسائر فادحة، الأمر الذي دعا البنك إلى مطالبة السيد Buon بتسوية حسابه المدين. حكمت كل من محكمة بداية واستئناف باريس بصحة مطالبة البنك لعميله بتسوية حسابه ورفضت إقامة مسؤوليته لإخلاله بالالتزام بالتبصير، إلا أن محكمة النقض فسخت حكم محكمة الاستئناف وقضت بأنه "أي كانت العلاقة العقدية التي تربط العميل بالبنك، يلتزم الأخير بإعلامه بالمخاطر المحيطة بعمليات المضاربة في السوق أجل التسوية".

(112) CA Paris, 19 mars 1999, *Bull. Joly Bourse*, 1999, p. 369, note S. Noémie.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

خلالها بإخلاله بالتزامه بالإعلام والمشورة في مواجهتها. ورغم أن مهمة الحافظ الأمين في هذه القضية كانت مقتصرة على مسك حساب الأوراق المالية دون الإدارة التي كانت موكلة إلى الابن، فإن محكمة استئناف باريس حكمت بمسؤولية الحافظ الأمين لإخلاله بالتزام الإعلام والنصح والذي كان يتجسد وفقاً لرأي المحكمة بلفت انتباه صاحبة الحساب حول مخاطر الإدارة المتهورة التي كان يمارسها ابنها، والذي كان من شأنه أن يجنبها، ولو جزئياً، الخسائر التي لحقت بها.

بالمقابل، واحتراماً لمبدأ عدم التدخل في شؤون العميل، لا يمكن إلزام الحافظ الأمين بتقديم نصيحة بمفهومها الإيجابي الذي ينطوي على مساعدة العميل في اتخاذ قراراته الاستثمارية، لا سيما أنه لا يتقاضى أجراً مقابل ذلك، ذلك أن دوره يقتصر على مسك الحساب، الأمر الذي يُستبعد معه أن يأخذ مبادرة تقديم النصيحة لعميله حول خياراته الاستثمارية⁽¹¹³⁾. بمعنى آخر، من غير المتصور أن يتساءل الحافظ الأمين باستمرار حول الخيارات المتاحة أمام العميل فيما يتعلق بإدارة محفظته الاستثمارية⁽¹¹⁴⁾.

تجدر الإشارة بالمقابل إلى أنه لا يوجد ما يمنع الحافظ الأمين من تقديم نصيحة ايجابية لعميله ودون أن يكون ملزماً بذلك ودون مقابل، غير أن مسؤوليته يمكن أن تقوم في حال أخطأ في تقديم هذه النصيحة⁽¹¹⁵⁾.

(113) CA Pau, 19 sépt. 1991, Dr. Sociétés, 1992, n° 96, note H. Hovasse.

(114) لمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع، انظر

Rasha Hattab, *De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, PUS, 2006, n°293-295, p. 162 et 163.

(115) J.- M. Delleci et F. Peltier, *Compte de dépôt de titres*, J.-Cl., Banque et crédit, fasc. 2115, 1992, n° 74, p. 17.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

الفرع الرابع الالتزام برد الأوراق المالية

من الالتزامات الرئيسية المنبثقة عن عقد الحفظ الأمين، التزام الحافظ الأمين برد الأوراق المالية المودعة في حساب العميل في حال طلب ذلك. ولا تختلف الأحكام الخاصة بتنفيذ هذا الالتزام من حيث الأشخاص والزمان عن تلك المتعلقة بوديعة الصكوك بالمفهوم التقليدي قبل أن تفقد الأوراق المالية كيانها المادي.

وبناءً على ما سبق يلتزم الحافظ الأمين برد الأوراق المالية إلى العميل المودع أو من يمثله قانوناً بشرط التأكد من صلاحيته القانونية للاسترداد. إذ يلتزم الحافظ الأمين بالتأكد أولاً من شخصية العميل ويتم ذلك من خلال مضاهاة توقيع بالتوقيع الواقع على النموذج المودع لديه، ويُسأل الحافظ الأمين في هذا الصدد مسؤولية المهني الحريص^(١١٦). كذلك يتوجب على الحافظ الأمين التثبت من أهلية المودع للاسترداد، وفي حال كان العميل ناقص الأهلية يكون الرد واجباً لممثله القانوني، أما إذا كان العميل مفلساً فيكون الرد لوكيل النقليسة. وفي حال الإنابة والوكالة، يجب على الحافظ الأمين التثبت من السلطة القانونية للمطالب^(١١٧). أما في حال الوفاة وجب الرد إلى الورثة بحسب أحكام الإرث المعمول بها قانوناً.

أما في حال بيع العميل المودع للأوراق المالية المودعة، فقد أشارت المادة ٧٤/أ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها إلى أنه، "مع مراعاة ما ورد في الفقرة (ج) من المادة (٥٥) من هذه التعليمات، يتم نقل ملكية الأوراق المالية المودعة، بناءً على الملف الإلكتروني للتداول اليومي الوارد للمركز من السوق، بموجب قيود الكترونية تدون في الحسابات الخاصة بالبايعين والمشتريين

(١١٦) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ٢٥٧، إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣٥.
(١١٧) فائق الشماع، مرجع سابق، ص ٢٥٩-٢٦٠، إلياس ناصيف، مرجع سابق، ص ٣٩.

[تطور مفهوم عقد الحفظ الأمين في ظل إزالة الكيان المالي للأوراق المالية]

التي تحت سيطرة أعضاء المركز ودون الحصول على موافقة الشخص البائع على نقل ملكية الأوراق المالية المعنية من الحساب الخاص به إلى الحساب الخاص بالشخص المشتري". وبالرجوع إلى الفقرة (ج) من المادة ٥٥ المشار إليها أعلاه، نجد أنها تنص على أن الملف الإلكتروني للتداول اليومي يعد نهائياً بكل ما يتضمنه من معلومات. يستنتج من النص السابق أن رد الأوراق المالية المودعة والمباعة يتم وجوباً بحكم القانون لمصلحة المشتري، ويتحقق من خلال تحويل القيود الإلكترونية من حساب البائع إلى حساب المشتري، ولا حاجة لموافقة العميل البائع على ذلك.

وكقاعدة عامة، لا يجوز للحافظ الأمين الامتناع عن رد الأوراق المالية المودعة إلى العميل في حال طلبها إلا إذا كانت لديه أسباب قانونية لذلك^(١١٨). ومن هذه الأسباب ما أشارت إليه المادة ١٤٨ من تعليمات إيداع وتسجيل الأوراق المالية وتسويتها حيث بينت أنه لا يجوز تنفيذ أي عملية تحويل للأوراق المالية إذا كانت تلك الأوراق مرهونة أو محجوزة أو مقيدة بأي قيد من قيود الملكية.

أما فيما يتعلق بتنفيذ الالتزام بالرد من حيث الزمان، فيخضع تنفيذ هذا الالتزام للقواعد العامة، إذ يختلف الحكم تبعاً لوجود أو غياب نص في العقد يحدد موعداً كأجل لرد الأوراق المالية. فإذا تم تحديد موعد اتفاقي للرد وجب احترامه، أما في حال غياب الاتفاق على موعد الرد، فيكون لكل من الطرفين أن يطلب في أي وقت ملائم الرد أو الاسترداد^(١١٩).

وقد جرت العادة في الواقع العملي على إدراج شرط في الاتفاقية المبرمة بين العميل والحافظ الأمين يشير إلى حق أي من الطرفين في إنهاء الحساب بعد شهر من

(١١٨) مادة ٣٨ من تعليمات إيداع وتسجيل الأوراق المالية وتسويتها.
(١١٩) لمزيد من التفصيل، انظر فائق الشماع، مرجع سابق، ص ٢٦١-٢٦٢.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

إخطار الطرف الآخر وذلك عدا الحالات الاضطرارية التي تستدعي الإغلاق الفوري للحساب، وفي حال رغبة العميل في إغلاق حسابه يتوجب عليه إخطار الحافظ الأمين بالجهة التي يريد تحويل حساب أوراقه المالية إليها وكذلك رقم حسابه لديها^(١٢٠).

أما بخصوص الالتزام بالرد من حيث المحل، فتجدر الإشارة إلى أنه، ومنذ أن فقدت الأوراق المالية كيائها المادي، أصبحت آلية تنفيذ الالتزام مختلفة تماماً عن السابق، فبعد أن كانت الأوراق المالية أموالاً معينة بالذات وينصب التزام الحافظ الأمين على إعادة ذات الأوراق المالية المودعة، أصبحت الأوراق المالية المقيدة في حساب العميل أموالاً مثلية يقوم بعضها مقام بعض إذا كانت من نفس النوع والإصدار، حيث تنص المادة ١٤/هـ من تعليمات تسجيل وإيداع الأوراق المالية وتسويتها على أن "تعتبر الأوراق المالية المودعة لدى المركز من نفس النوع والفئة والإصدار والعملة متساوية في الحقوق والواجبات"، وبذلك لا يلتزم الحافظ الأمين بردها بذاتها وإنما برد أوراق مماثلة لها. ويتحقق تنفيذ الالتزام بالرد من خلال عملية تحويل قيود الأوراق المالية العائدة للعميل إلى حساب العميل الشخصي أو حساب العميل تحت سيطرة حافظ أمين آخر.

غير أن تغير الطبيعة القانونية للأوراق المالية بعد زوال الكيان المادي لها آثار تساؤلات عديدة حول أثر إخلال الحافظ الأمين بالتزامه برد الأوراق المالية المودعة وبشكل خاص حول حقوق العميل في رفع دعوى استرداد ضد الحافظ الأمين، وحق العميل في تتبع الأوراق المالية المودعة في حال تصرف الحافظ الأمين بها من جهة، وفي حالة إفلاسه من جهة أخرى، هذا ما سنحاول الإجابة عليه في المطلب التالي.

(١٢٠) فائق الشماع، مرجع سابق، الموضع ذاته.

المطلب الثاني

أثر زوال الكيان المادي للأوراق المالية على حقوق العميل في حال إفلاس الحافظ الأمين

رأى جانبٌ من الفقه^(١٢١) أن النظام الحديث لمسك حساب الأوراق المالية والناجم عن إزالة الكيان المادي للأوراق المالية أدى إلى إضعاف حق العميل المودع في استرداد أوراقه المالية في حال إفلاس الحافظ الأمين. ويبرر هؤلاء رأيهم بأن قواعد الإفلاس لا تجيز للمودع استرداد أمواله المنقولة من تقليسة المودع إلا إذا وجدت هذه الأموال عيناً بذاتها في التقليسة^(١٢٢)، وهذا الأمر لم يعد متحققاً بعد فقدان الأوراق المالية كيانها المادي حيث أصبحت من المثليات، معينة بنوعها فقط، ويحل بعضها محل بعض، ولا يكون للعميل المودع التمسك بأي حق أو التزام على أوراق بذاتها، ولا يكون لهذا العميل سوى أن يتقدم بطلب حقه من التقليسة، وسيخضع لقاعدة قسمة الغرماء في حال لم تكف أموال الحافظ الأمين لسداد ديونه^(١٢٣).

وقد أثار هذا التساؤل مناقشات عديدة في الفقه الفرنسي^(١٢٤)، وتمحورت هذه النقاشات حول عقد وديعة الصكوك بين البنك والعميل ولذي نُظمت أحكامه بالإحالة إلى القواعد العامة في الوديعة. وارتأى الفقه الفرنسي أن الأحكام الناظمة لعقد وديعة الصكوك أعطت الحق لأصحاب الأوراق المالية المودعة في الحساب الحق في رفع دعوى الاسترداد التي تقررها أحكام التصفية الجماعية لأصحاب الصكوك المودعة لدى المدين. بيد أن الآراء اختلفت في هذا الحل، فقال جانب من الفقه إنه هرطقة من المشرع لأن دعوى الاسترداد لا تكون إلا بالنسبة لأشياء معينة

(١٢١) عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٨٩-١٩٠.

(١٢٢) انظر مادة ٤٣٢/١ من قانون التجارة الأردني.

(١٢٣) مادة ٤١٨ من قانون التجارة الأردني.

(١٢٤) حول عرض هذه الآراء، انظر عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٨٧-١٨٨.

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

بالذات وليس لأشياء مثلية، بينما استعار البعض الآخر معنى الوديعة المشتركة من الفقه الألماني التي مفادها أن مجموع المودعين يملكون بصورة جماعية الأوراق المالية من نفس النوع والجنس، والمودعة في الحساب، وتتصب دعوى الاسترداد بالنسبة لكل منهم على حصة من هذه الملكية المشتركة أو الجماعية. وفي حال عدم كفاية الأوراق المالية المقيدة باسم الحافظ الأمين لاسترداد جميع ودائع المودعين، فإن الاسترداد يكون نسبياً بقدر حصة كل منهم في جملة الودائع.

وفي هذا الاتجاه الأخير قضت محكمة استئناف باريس في قرار قديم بأن الصكوك المقيدة لدى (السيكوفام)، الذي يقابله مركز إيداع الأوراق المالية في الأردن) تفقد ذاتيتها (أي كونها معينة بالذات) وتتحول إلى أشياء مثلية يقوم بعضها مقام بعض، ويحتفظ العملاء بحق ملكيتهم للصكوك المقيدة لحسابهم لدى السيكوفام؛ أي بحق ملكية على أشياء مثلية، ولهم بصفتهم ملاكاً رفع دعوى استرداد الصكوك دون أن يكون مطلوباً منهم إثبات أن الصكوك الموجودة هي عين الصكوك التي سبق إيداعها، وفي حال إفلاس الحافظ الأمين العضو، وكان هناك نقص في نوع معين من الأوراق المقيدة باسمه لدى (السيكوفام) ولحساب عملائه المودعين، بحيث لا تكفي هذه الأوراق للوفاء بحقوق المودعين، فإن هذا النقص يقسم بين المودعين كل بنسبة وديعته إلى إجمالي ودائعهم⁽¹²⁵⁾.

غير أنه إذا كان هذا التحليل ينطبق على بعض التشريعات بما فيها التشريع المصري الذي لم يرد فيه نص خاص يعطي فيه العميل الحق باسترداد أوراقه المالية بعيداً عن مزاحمة دائني الحافظ الأمين، فإن الأمر مختلف في ظل قانون الأوراق المالية الأردني الذي لم يسلب العميل المودع صفة الأولوية في حال إفلاس

(125) Paris, 2 décembre 1963, D. 1965, juris. P. 377, cité par

أشار إليه عاشور عبد الجواد، مرجع سابق، ص ١٨٨-١٨٩.

الحافظ الأمين حتى بعد أن فقدت الورقة المالية كيانها المادي وتحولت طبيعتها من مال معين بالذات إلى مال مثلي؛ حيث تنص المادة ٦٢/ج من قانون الأوراق المالية الأردني بأنه "على الرغم مما ورد في أي قانون آخر، لا تخضع الأموال والأوراق المالية العائدة لعملاء شركة الخدمات المالية أو لعملاء الشخص الطبيعي المرخص له، لاجراءات الرهن والحجز والتصفية والإفلاس التي تخضع لها شركات الخدمات المالية أو الأشخاص الطبيعيين المرخص لهم".

ولا يمكن القول إن نطاق تطبيق النص السابق يقتصر على الأوراق المالية المادية دون القيدية. ذلك أن المادة ٨١/ب من القانون ذاته نصت على أنه "يتم إلغاء شهادات الملكية الخاصة بالأوراق المالية المودعة لدى المركز وفقاً للتعليمات التي يصدرها"، كما جاء في الفقرة ج من المادة ذاتها "يتم تسجيل الأوراق المالية المتداولة في السوق ونقل ملكيتها وتسوية أثمانها بين الوسطاء بموجب قيود تدون في سجلات المركز". وهذا يقودنا إلى نتيجة مفادها أن احتواء قانون الأوراق المالية الأردني على كلا النصين يحول دون اعتبار إلغاء الشهادة الممثلة للورقة المالية سبباً في دخول العميل في التفليسة بسبب اختلال العنصر المادي للورقة (الشهادة).

ونرى أن إزالة الكيان المادي للأوراق المالية لم يكن الهدف منها إضعاف حق العميل في الاسترداد في حال إفلاس الحافظ الأمين، بل يفترض أنها جاءت لمضاعفة حمايته من خلال تنظيم وتثبيت عملياته الواردة على أوراقه المالية بموجب قيود الكترونية، وتشجيع عملاء جدد على الانضمام إلى مجال سوق المال مما يعود بالنفع على السوق الأردنية بازدياد سيولة السوق وبالتالي استقراره.

وبالنظر إلى طبيعة التداول في الأسواق فإنه يمكن تخيل صعوبة الأخذ بالقواعد العامة للإفلاس من خلال إدخال أوراق العميل في التفليسة كغيره من

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

الدائنين وأثر ذلك السلبي في السوق في ظل عمليات لا تقبل الفسخ أو البطلان. فمثلاً لو قام عميل ببيع ورقة مالية في سوق آجلة وتعرض الحافظ الأمين قبل إتمام عملية التسوية للإفلاس، ماذا سيكون مصير هذه الورقة المالية؟ هل ستخضع لإجراءات الحجز؟ أم أنها تعتبر ملكاً للمتعاقد الآخر؟ إن هذا المثال وغيره يجسد عمق المخاطر التي قد يتعرض لها السوق المالي لو سمح المشرع الأردني بدخول الأوراق المالية في إجراءات التقلية.

وتجدر الإشارة إلى أن حق العميل المودع في الاسترداد يجد مبرره في الطبيعة الخاصة للأوراق المالية المقيدة التي بينا سابقاً أنها ذات طبيعة خاصة تتمثل في كونها أموالاً منقولة معنوية يتمتع مالكها بحق عيني وارد عليها يخوله ممارسة حقه في الاسترداد بعيداً عن مزاحمة دائني الحافظ الأمين طالما أن أوراقه المالية موجودة في التقلية.

ويقضي التنويه بأن العميل صاحب حساب الأوراق المالية القيدية لا يتمتع بحق عيني مطلق على أوراقه المالية، ويتضح ذلك من موقف بعض التشريعات مثل المشرع في لوكسمبورغ الذي أشار في الفقرة الثالثة من المادة السادسة من قانون ٢٠٠١ إلى أن حق العميل في الاسترداد محصور في مواجهة المودع لديه. واستناداً إلى هذا النص يرى الفقه في لوكسمبورغ بأن العميل لا يتمتع بحق تتبع أوراقه المالية في يد الغير، ويرجع هذا الخروج عن القواعد العامة المتعلقة بحق الملكية إلى الطبيعة المثلية للأوراق المالية المقيدة في الحساب^(١٢٦).

أما في التشريع الفرنسي، فنجد أن حال إفلاس الحافظ الأمين حظيت بمعالجة خاصة. ذلك أن المادة ل ١٠-٢١١ من قانون النقد والمال الفرنسي أعفت العميل

(126) Y. Prussen, préc., p. 1306-1307.

مالك الأوراق المالية من رفع دعوى استرداد ومن المطالبة بدينه في مواجهة وكيل التفليسة المعين، وبينت هذه المادة أنه في حال خضوع الحافظ الأمين لعملية تسوية أو تصفية قضائية، يقوم وكيل التفليسة أو المصفي المعين من قبل هيئة البنوك، حسب الأحوال أو كلاهما، بعملية تحقق شاملة لجميع الأدوات المالية المدرجة في الحساب الجاري الخاص بالحافظ الأمين المفلس لدى هيئة الإيداع المركزية أو لدى أي عضو آخر. وتهدف عملية التحقق هذه من التأكد من أن عدد الأوراق المالية المدرجة في حسابات الحافظ الأمين المفلس مساوٍ لمجموع تلك الأوراق المقيدة في حسابات العملاء التي تحت سيطرته. وفي حال تبين أن عدد الأوراق المالية المدرجة في حسابات الحافظ الأمين أقل من عدد الأوراق المالية المقيدة في حسابات العملاء، يتم اقتسام هذه الأوراق المالية بين العملاء بنسبة ما يملكه كل منهم من إجمالي الأوراق المودعة. وتتم عملية رد الأوراق المودعة إلى العملاء بموجب عمليات تحويل إلى حسابات خاصة بهؤلاء العملاء لدى أمناء حفظ آخرين.

وتبين المادة السابقة أنه بالنسبة للأوراق المالية العائدة للعميل التي لم يستردها بسبب عدم كفاية الأوراق المالية المسجلة باسم الحافظ الأمين المفلس، يبقى العميل دائماً بها في مواجهة الحافظ الأمين، ويعفى من تثبيت دينه والمطالبة به وفقاً للإجراءات الواردة في قانون التجارة والمتعلقة بالإفلاس، ولكنه يخضع بخصوص الأوراق غير المستردة إلى قسمة الغرماء^(١٢٧).

يتبين لنا مما سبق أنه على الرغم من تطور نظام مسك حساب الأوراق المالية وتغير الطبيعة القانونية للأوراق المالية المقيدة، فإن حقوق العميل المودع تجاه الحافظ الأمين لم تضعف بل أحاطتها التشريعات الحديثة، كل على طريقته، بحماية خاصة.

(١٢٧) لمزيد من التفاصيل، انظر: F. Auckenthaler, préc., n° 57-60.

الخاتمة

لقد انصب البحث على بيان أثر إزالة الكيان المادي للأوراق المالية في مفهوم عقد الحفظ الأمين، وأثار موضوع البحث مسائل قانونية عديدة، حاولنا التعامل معها في ضوء قانون الأوراق المالية الأردني وبالاسترشاد بموقف بعض التشريعات العربية والغربية. ومن خلال بحثنا هذا خلصنا إلى النتائج والتوصيات التالية:

النتائج:

أولاً: إن التعاريف الفقهية المعاصرة لعقد الحفظ الأمين لا تتماشى مع التطور الحديث المتمثل في النظام القيدي للأوراق المالية الذي انعكس على طبيعة التزامات الحافظ الأمين وغيّر في جوهرها. ذلك أن لفظي التسليم والرد الواردين في التعاريف الفقهية لم يعودا يمثلان واقع الحال في ظل نظام القيد الإلكتروني، إذ أنهما يتمان حالياً بموجب قيود توثق في الحسابات المعنية لدى مركز الإيداع. أضف إلى ذلك أن عملية الرد لم تعد ترد على ذات القيم الإلكترونية التي حولها العمل وإنما على القيود الإلكترونية وفقاً لحال الحساب بعد إجراء عمليات تداول على موجوداته.

إضافة إلى ما سبق، حصرت التعاريف الفقهية مهام الحافظ الأمين في الحفظ والرد وأغفلت مسؤولياته الأخرى لاسيما إدارة الأوراق المالية التي تمثل جوهر هذا العقد وتبرز خصوصيته خاصة في ظل التطور الحاصل في هذا المجال، ومن هنا نقترح تعريف عقد الحفظ الأمين على النحو التالي: "العقد المبرم بين شركة مرخصة من الجهات المختصة لممارسة أعمال الحفظ الأمين

وبين عميل مستثمر في الأوراق المالية يفتح بموجبه الحافظ الأمين حساباً للعميل لديه يقيد فيه جميع الأوراق المالية التي يمتلكها ويضطلع بمهمة حفظها وإدارتها وتحويلها ونقل ملكيتها بما يتفق وعمليات التداول الواردة عليها، بالإضافة إلى قبض عائدات أرباح العميل وقيدها في حسابه إضافةً إلى خدمات أخرى، كل ذلك مقابل أجرة يتفق عليها الطرفان أو يحدد بموجب العرف".

ثانياً: اتضحت لنا الطبيعة العقدية للحفظ الأمين ووجوب توافر أركان العقد الأساسية (الرضا والمحل والسبب)، وتوصلنا إلى أن لهذا العقد خصائص هامة تتمثل في ما يلي:

- عقد الحفظ الأمين هو عقد عيني لا ينعقد إلا بتمام تسليم الأوراق المالية محل العقد، إلا أنه نظراً لفقدان الأوراق المالية لكيانها المادي، فإن عملية تسليم هذه الأوراق المالية أصبحت تتم من خلال تحويل قيود الأوراق المالية المودعة من حساب العميل لدى مركز الإيداع إلى حسابه المفتوح تحت سيطرة الحافظ الأمين.

- عقد الحفظ الأمين عقد شكلي يشترط فيه كتابة العقد، وتبين لنا أن هذا الشرط الشكلي يهدف إلى حماية العميل باعتباره الطرف الأضعف في العلاقة، ويترتب على مخالفته البطلان النسبي حيث يمكن للعميل التمسك به أو التخلي عن دعوى البطلان من خلال إجازة العقد.

- أما بخصوص تجارية العقد فتوصلنا إلى أن الطبيعة التجارية لأعمال الحفظ الأمين بالنسبة للحافظ الأمين أمر واضح، بيد أن الأمر مختلف عندما يتعلق بالطبيعة التجارية لهذه الأعمال بالنسبة للعميل، فخلصنا إلى أنه، كقاعدة

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا حطاب]

عامة، أعمال الحفظ الأمين هي أعمال مدنية بحكم ماهيتها الذاتية ولا تكون تجارية بالتبعية إلا عندما تتم من قبل تاجر وتتعلق بنشاطه التجاري. وأشرنا إلى وجوب التفرقة بين الحال التي يبرم فيها عقد الحفظ الأمين بمعزل عن أي عقد آخر، وبين الحال التي يبرم فيها عقد الحفظ الأمين بمناسبة عقد تداول.

- عقد الحفظ الأمين عقد معاوضة يترتب التزامات متقابلة في ذمة المتعاقدين، وهو بات في الوقت الراهن عقداً من عقود الإذعان؛ لأن إيداع الأوراق المالية لدى أمناء الحفظ أصبح أمراً مفروضاً بموجب القانون بدونه لا يتمكن العميل من القيام بأي عمليات تداول على الأوراق المالية العائدة له.

ثالثاً: إن الأوراق المالية بشكلها الجديد عبارة عن أموال منقولة يمكن أن تكون محلاً لحق عيني أصلي مستقل عن حق الملكية بمقوماته الخاصة وترجع هذه المقومات إلى أنه يقع على شيء غير مادي. أما فيما يتعلق بالطبيعة القانونية لعقد الحفظ الأمين فخلصنا إلى أن لهذا العقد طبيعته الخاصة التي تميزه عن غيره من العقود الشبيهة كالوديعة والوكالة، وأن قيام المشرع بتنظيمه في نصوص خاصة في قانون الأوراق المالية والتعليمات الصادرة بمقتضاه قلل من أهمية الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني.

رابعاً: لقد أثر زوال الكيان المادي للأوراق المالية في مضمون التزامات الحافظ الأمين. فبعد العمل بنظام الإيداع المركزي بات مضمون التزام الحافظ الأمين بحفظ الأوراق المالية مختلفاً في جوهره عن الالتزام بالحفظ في ظل النظام التقليدي الذي كان يستند على الوجود المادي للأوراق المالية، إذ لم يعد الالتزام بالحفظ منصباً على حماية الأوراق المالية من الضياع والسرقة والتلف وأصبح التزام الحافظ الأمين منصباً على قيد الأوراق المالية في حساب العميل

وقيد الحركات الواردة على تلك الأوراق. أما الالتزام بإدارة الأوراق المالية فقد أصبح من الالتزامات الأصلية الناجمة عن عقد الحفظ الأمين ولم يعد من الالتزامات التبعية كما كان الوضع عليه قبل العمل بنظام الإيداع القيدي، حيث إن إيداع الأوراق المالية لدى مركز الإيداع بات أمراً مفروضاً بموجب القانون. أما عن الالتزام بالرد فتبيننا أنه، ومنذ أن فقدت الأوراق المالية كيانها المادي، أصبحت آلية تنفيذ الالتزام مختلفة تماماً عن السابق وتتم حالياً من خلال عملية تحويل قيود الأوراق المالية العائدة للعميل إلى حساب العميل الشخصي أو حساب العميل تحت سيطرة حافظ أمين آخر.

خامساً: إن فقدان الأوراق المالية لكيانها المادي وتحول طبيعتها من مال معين بالذات إلى مال مثلي لم يؤد إلى سلب العميل المودع صفة الأولوية في حال إفلاس الحافظ ذلك أن المشرع الأردني أعطى العميل المودع الحق باسترداد أوراقه المالية المودعة بعيداً عن مزاحمة دائني الحافظ الأمين.

التوصيات:

أولاً: نوصي المشرع الأردني بالتدخل، على غرار التشريعات الغربية، بنصوص تشريعية تفصيلية ودقيقة لتتماشى مع التطور القانوني لعقد الحفظ الأمين. وبشكل خاص إدراج نص يتضمن توصيفاً دقيقاً لحقوق العميل المودع على الأوراق المودعة في حال إفلاس الحافظ الأمين أو خضوعه لتسوية قضائية.

ثانياً: نوصي بإلغاء الفقرة ب من نص المادة ٤٢ من تعليمات الترخيص والاعتماد للخدمات المالية حول التزام الحافظ الأمين بـ "توفير الإمكانات

[د. أحمد قاسم فرح ود. رشا خطاب]

والإجراءات اللازمة لحفظ الأوراق المالية، وحمايتها من السرقة والحريق وأي مخاطر أخرى حسب الحاجة" التي لا تتسجم مع نظام الإيداع المركزي الذي صدرت التعليمات السابقة لتعزيزه.

ثالثاً: وجوب عمل هيئة الأوراق المالية على إلزام أمناء الحفظ تضمين بند خاص في اتفاقية التعامل المبرمة مع العملاء يبين حدود صلاحيات الحافظ الأمين بالتصرف في الأوراق المالية العائدة للعميل نيابةً عنه في الأحوال التي تستوجب إجابة صريحة من قبله وتعذر الحصول على تلك الإجابة إما لسكوت العميل أو بسبب غيابه.

رابعاً: نوصي بتدخل المشرع لتحديد نطاق مضمون التزام الحافظ الأمين بالإعلام في مواجهة عميله وبيان الحالات التي يُلزم فيها الحافظ الأمين بتقديم نصيحة لعميله، وذلك منعاً لنشوب النزاعات بهذا الخصوص وتفاوت الحلول القضائية التي تصدر بخصوصها.

تم بحمد الله،،،

قائمة المراجع

المراجع باللغة العربية:

- أشرف الضبع، تسوية عمليات البورصة، دار النهضة العربية، مصر، ٢٠٠٧.
- إلياس ناصيف، وديعة الصكوك والأوراق المالية في المصارف وإيجار الخزائن الحديدية ، سلسلة أبحاث قانونية مقارنة، بيروت، ١٩٩٣.
- رشا حطاب، النظام القانوني لأمر البورصة، دراسة قانونية مقارنة، مجلة أبحاث اليرموك، سلسلة العلوم الإنسانية والاجتماعية، ٢٠٠٨، العدد ٢٤، مجلد ١، ص ١٦٥.
- سعيد سيف النصر، دور البنوك التجارية في استثمار أموال العملاء، دراسة تطبيقية تحليلية، مؤسسة شباب الجامعة، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- عاشور عبد الجواد، دور البنك في خدمة الأوراق المالية دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي، دار النهضة العربية، ٢٠٠٣.
- عباس الصراف وجورج حزبون، المدخل إلى علم القانون، دار الثقافة للنشر، عمان، ٢٠٠٣.
- علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجة القانونية، مكتبة النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٨.
- فائق محمود الشماع، الإيداع المصرفي، الإيداع غير النقدي دراسة قانونية مقارنة، ج٢، دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠١١، ط١.
- مصطفى كمال طه، العقود التجارية وعمليات البنوك، منشورات الحلبي، ٢٠٠٦، ط١.
- ممدوح ارشيدات، تداول الأوراق المالية في القانون الأردني، بدون دار نشر، عمان، ٢٠١٠.

- هشام الفضلي، إدارة محافظ الأوراق المالية لحساب الغير، دراسة قانونية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، ٢٠٠٤.

المراجع باللغة الأجنبية:

- Auckenthaler F., *Tenue de Compte-Conservation de Titres Financiers*, JurisClasseur Banque-Crédit-Bourse, sept . 2010, n° 34.
- Delleci J.- M. et Peltier F., *Compte de dépôt de titres*, J.-Cl., Banque et crédit, fasc. 2115, 1992.
- ESSOMBE-MOUSSIO J.J., *La responsabilité des gestionnaires de portefeuille*, Droit et patrimoine, août 1996, p. 39.
- Girard M.-H., *Prêt, dépôt, séquestre, location et crédit-bail d'action de société*, Revue des sociétés, 2000, p. 787.
- La notion de valeur mobilière, p. 7, article disponible sur sites.estvideo.net/fdm/doc/bqbrse/.../notionvm.doc/
- Martin D., *De la nature corporelle des valeurs mobilières (et autres droits scripturaux)*, Dalloz 1996, Doc., p. 47.
- Martin D., *De l'inscription en compte d'actifs scripturaux*, Dalloz 1998, chron., p. 16.
- Prum A., *La dématérialisation médiate des titres fongibles en droit luxembourgeois*, Revue Banque, 2005, p. 271, disponible sur www.publication.uni
- Prussen Y., *Le régime des titres et instruments fongibles*, Droit bancaire et financier au Luxembourg, Larcier, 2004, Vol. 3.
- Rasha Hattab, *De l'obligation de conseil des prestataires de services d'investissement*, PUS, 2006.
- Reygrobelle A., *Le droit de propriété du titulaire d'instruments financiers dématérialisés*, RTD Com, 1999, p. 305.
- Ripert G. et Roblot R., *Traité de droit commercial*, t. 2, par Ph. Delebeque et M.Germain, LGDJ, 2000.
- STROCK M., *Société de gestion de portefeuille*, Juris-classeur Banque-Crédit -Bourse, Fasc. 2210, n° 39.
- VIGNERON B., *Quels recours pour les épargnants victimes des aléas de la Bourse?*, Droit et patrimoine, janv. 1997, p. 48.