

النظام القانوني للمستشار المصرفي – دراسة مقارنة

م.د. سجي ماجد داود

جامعة ميسان / كلية العلوم السياسية

aluiq294@gmail.com

تاريخ استلام البحث 2025/ 1/1 تاريخ ارجاع البحث 2025/1/15 تاريخ قبول البحث 2025/1/28

ازدادت أهمية المستشار المصرفي في الآونة الأخيرة، ولم تأتي تلك الأهمية من فراغ، لأن الزبائن سواء كانوا من الأشخاص الطبيعية أم المعنوية يفتقرون للمعلومات أو البيانات للتعامل بالمجالات التجارية، أو الاستثمارية، أو إبرام عقود مصرفية، فلا بد من أن يكون لهم معلومات تساهم في مساعدتهم على اتخاذ القرار الصحيح، وهو أمر يمكن الحصول عليه من خلال المستشار المصرفي الذي يتولى هذا الدور، لذا فإن عمل المستشار المصرفي سيساهم بلا شك في أنجاح القرار المتخذ بناء على تلك الاستشارة، وهذا الأمر تتضح نتائجه سلبية كانت أم ايجابية بعد العمل بها، ومن الضروري أن يتمتع الاستشاريون العاملون على وجه الخصوص في المشاريع الممولة بقروض من المصرف بمهارات عالية من خبرة وكفاءة، وإلا تعرض للمسؤولية عما يترتب على استشارته في حال وقوعه بالخطأ.

الكلمات المفتاحية : النظام القانوني، المستشار المصرفي، المشورة المصرفية.

The importance of the banking consultant has increased recently, and this importance did not come out of nowhere, because clients, whether natural or legal persons, lack information or data to deal in commercial or investment fields or conclude banking contracts, so they must have information that contributes to helping them make the right decision, which can be obtained through the banking consultant who assumes this role. Therefore, the work of the banking consultant will undoubtedly contribute to the success of the decision taken based on that consultation, and the results of this matter become clear, whether negative or positive, after working on it, it is necessary for consultants working in particular on projects financed by loans from the bank to have high skills in terms of experience and efficiency, otherwise they will be exposed to liability for the consequences of their consultation in the event of an error.

Keywords: Legal system., Banking consultant., Banking advice.

المقدمة

أولاً: موضوع الدراسة

الاستشارة بشكل عام هي من الأساليب المتطورة في الحياة التجارية والمدنية، سواء كانت تلك الاستشارة فنية، قانونية، أم مصرفية الخ من الأنواع الأخرى، إذ إن الأشخاص مهما بلغت معرفتهم وخبرتهم فإنهم بحاجة إلى من يقدم إليهم المشورة لتجنب الكثير من المخاطر التي يمكن أن يتعرضوا لها، خاصة في المسائل التي تحتوي على جنبه مالية.

وتقوم المصارف بوصفها أحد الأشخاص المهنيين بالعديد من الخدمات، منها إدارة النقد والحسابات، مروراً بفتح الاعتمادات وخدمات التحصيل، والعديد من الخدمات الأخرى المتعارف عليها، فضلاً عن تقديم الاستشارة المصرفية التي تعد في وقتنا الحالي أحد أبرز الأنشطة التي تمارسها المصارف، فهي من الخدمات المصرفية الحديثة نسبياً، التي يلجأ إليها الزبائن من التجار والمستثمرين ورجال الأعمال والشركات، ذلك أنهم في معظم الأحيان بحاجة إلى معلومات فيما يتعلق بالمشاريع التي يقدمون عليها على سبيل المثال، لمعرفة الموقف المالي للمتعاملين معهم ولتلافي ما قد يقع عليهم من مخاطر بسبب عدم توفر الخبرة الكافية لديهم، مما يستدعي اللجوء إلى شخص مختص بهذا الصدد الذي قد يكون مصرفاً في معظم الأحيان أو شخصاً لديه الخبرة في المصارف، أو شركة تعنى بالاستشارات في الشؤون المالية والمصرفية والقانونية، يتولون منح الاستشارات.

ثانياً: أهمية البحث:-

تكمن أهمية موضوع البحث في أنه أحد الموضوعات القانونية المصرفية المهمة في الوقت الحالي الذي يتعلق بالاستشارة المقدمة من قبل المستشار المصرفي، الذي أصبح عمله مصدراً أساسياً لأبرام العديد من العقود المصرفية، ذلك أن التعامل مع المستشار المصرفي للحصول على الاستشارة المصرفية يوفر المزيد من المعلومات للشخص الراغب بالحصول على خدمة الاستشارة من المصرف قبل الاقدام على أبرام عقد ما أو لتحسين الاستقرار المالي على المدى البعيد. خاصة مع الدور الكبير للمصارف في اقتصاد كل دولة، ومما يزيد في أهمية عمل المستشار المصرفي بالوقت الحاضر هو التطور التقني والتكنولوجي في انجاز المعاملات المصرفية، مما يجعل من الصعوبة على الأفراد فهم الكثير من العقود أو الإجراءات إلا بالاستعانة بخبير أو مختص يساعده في اتخاذ القرار الصحيح أو حل مشكلة قائمة، لذا لا بد من تسليط الضوء أمام المشرع العراقي في أن يسير على خطا بقية المشرعين من خلال تنظيم عقد الاستشارة المصرفية بشكل عام والمستشار المصرفي على وجه الخصوص.

ثالثاً: اهداف البحث

١_ تسليط الضوء على أهمية دور المستشار المصرفي في العمليات والعقود التي يبرمها مشورته.

٢_ تمييز عمل المستشار المصرفي عن غيره من مستشاري الأسواق المالية على سبيل المثال.

٣_ معرفه الصفات أو الخصائص التي يجب توافرها في شخص المستشار المصرفي.

٤. الاطلاع على حقوق والتزامات المستشار المصرفي وفق عقد الاستشارة المصرفية ومدى إمكانية مسألته عند الخطأ.

رابعاً: مشكلة البحث:-

إن عمل المستشار المصرفي يرافقه العديد من الاشكاليات، فعلى صعيد التنظيم القانوني لا يوجد نص قانوني في العراقي للمستشار المصرفي أو لعقد الاستشارة المصرفية، ومن ثم تصبح الاشكاليات التي قد تنشأ بهذا الصدد غامضة الحل ويصعب تطويعها في كثير من الأحيان وفق القواعد العامة لخصوصية العمل المصرفي ومن بين الاشكاليات قد تثار :

- من هو المستشار المصرفي هل هو شخص طبيعي أم معنوي؟.
- ما هي طبيعة الاستشارات التي يقدمها، وما هو مركزه القانوني؟.
- ما هي مسؤوليته عن ما يقدمه من استشارات، هل بالإمكان تحقق مسؤوليته عما يديه من استشارات؟

خامساً: فرضيات البحث:-

- كلما كانت الرقابة على عمل المستشار المصرفي كافية كلما قلت احتمالية وقوع التضارب بين مصالح الزبون ومصالح المستشار المصرفي.
- يتأثر قرار المستشار المصرفي بالتعليمات والقوانين المصرفية وكلما كان المستشار ملماً بما كلما انعكس الأمر ايجاباً على صحة ودقة الاستشارة المعطاة.

سادساً: منهج البحث:-

اعتمدنا في هذا البحث المنهج التحليلي المقارن في ضوء أحكام القانون العراقي وبقية القوانين المقارنة المتمثلة بالقانون الفرنسي والأمريكي، وإن أسباب اختيار القوانين (الفرنسي، الأمريكي) هي كونها من أول القوانين التي نظمت العمل بالاستشارات المصرفية.

سابعاً: الدراسات السابقة:

- ربيع كمون، دور الهيئات الاستشارية في القطاع البنكي، مجلة القانون المقارن، دار السلام للطباعة والنشر، العدد(23)، 2014.
- معتصم كامل أوزون، أهمية ضرورة الاستشارة المصرفية في سورية، مجلة جامعة البعث، المجلد(45)، العدد(16)، 2023.
- مصطفى سرحان، الالتزام بتقديم الاستشارات المصرفية للجهة طالبة الاستشارة العميل، مركز البحوث والدراسات الإسلامية، الجامعة العراقية، العدد(60)، ج(2)، 2023.
- حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1998.

ثامنا: خطة البحث

تم تقسيم الموضوع على مبحثين الأول بعنوان التعريف بالمستشار المصرفي وهو يقسم بدوره على مطلبين الأول بعنوان مفهوم المستشار المصرفي والثاني بعنوان الطبيعة القانونية لالتزام المستشار بتقديم الاستشارة المصرفية. أما المبحث الثاني فهو تحت عنوان المركز القانوني للمستشار المصرفي الذي يقسم بدوره على مطلبين الأول بعنوان التزامات وحقوق المستشار المصرفي والثاني نفردة المسؤولية القانونية للمستشار المصرفي.

المبحث الأول

التعريف بالمستشار المصرفي

يعد مصطلح المستشار المصرفي من المصطلحات الحديثة، فلم يكن موجودا في السابق، إلا أنه بفضل التطور الكبير لعمل المصارف فقد أصبحت هناك حاجة لوجود المستشار المصرفي، لما له من دور كبير في عملية اتخاذ القرار للأشخاص سواء كانوا مستثمرين أم أشخاص عاديين، إذ تمكنهم الاستشارات من تجنب الوقوع في المخاطر. ولا تقتصر الاستشارات المصرفية على مصارف معينة دون غيرها، فمثلاً تقوم المصارف الاستثمارية بتقديم الاستشارات لزبائنها ولكافة طالبي الاستشارة، وتتمثل بنواحي عدة من بينها تقديم المشورة بالنسبة لعمليات الاندماج والاستحواذ على الشركات، واتخاذ قرارات تتعلق بإدارة المخاطر المتعلقة باستخدام العملات الأجنبية على سبيل المثال⁽¹⁾

ولتسليط الضوء أكثر على المستشار المصرفي فقد ارتأينا تقسيم المبحث على مطلبين يبحث في الأول منه مفهوم المستشار المصرفي من الناحية اللغوية والقانونية والفقهية، أما المطلب الثاني فقد خصصناه لمبحث طبيعة التزامه بتقديم الاستشارة وكما يأتي:

المطلب الأول: مفهوم المستشار المصرفي.

المطلب الثاني: الطبيعة القانونية لالتزام المستشار بتقديم الاستشارة المصرفية.

المطلب الأول

مفهوم المستشار المصرفي

إن دراسة النظام القانوني للمستشار المصرفي، تستوجب منا ابتداءً تحديد مفهوم المستشار المصرفي، عن طريق تعريفه وتمييزه عن غيره، وهذا يستدعي تقسيم المطلب على فرعين الأول لتعريف المستشار المصرفي، والثاني لتمييزه عما يشته به وكما يأتي:

الفرع الأول: تعريف المستشار المصرفي

المستشار هو شخص مهني متخصص، يحترف مهنة معينة يقوم بتقديمها إلى الزبون وتتمثل بالاستشارة التي يعدها بناء على دراسة وتحليل لأوضاع الزبون وحاجاته⁽²⁾ وهذا يعني أن المستشار بشكل عام س أو غيرها تتطلب أن يكون مهني متخصص ومن ثم يخرج عن مفهوم المستشار الغير مهني. أما النسبة للمستشار المصرفي وهو موضوع بحثنا فستتطرق له بشيء من التفصيل وكما يلي:⁽³⁾

من الناحية القانونية لا بدّ من الإشارة إلى أنه لم يرد في قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 ولا في قانون البنك المركزي أو تعليماته أي أشاره لمصطلح المستشار المصرفي⁽⁴⁾. وبالرجوع للقانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 نجد أنه خالي تماماً من تنظيم موضوع الاستشارات بكل انواعها.

أما القانون الفرنسي فقد تم تنظيم العمل بالاستشارات المصرفية، ومعمول به من المصارف نذكر منها على سبيل المثال (البريد بنك) في فرنسا، إذ كان المصرف يبيدي مشورته في مجال إدارة الأموال والممتلكات وفي جميع الخدمات التي تسعى إلى تسهيل إنشاء وتطوير الأعمال التجارية وذلك استناداً لما جاء في المادة (311.L-2) من القانون النقدي والمالي الفرنسي⁽⁵⁾

وقد نظم القانون الأمريكي عقد الاستشارات المصرفية أيضاً ويتم العمل بها من قبل معظم المصارف والشركات المتخصصة.

أولاً: التعريف القانوني للمستشار المصرفي

ابتداءً لا بدّ من تعريف الاستشارة المصرفية بصورة عامة، إذ عرفها جانب من الفقه الفرنسي بأنها: الاستشارات التي تقدمها المصارف للزبائن التي تحتوي على معلومات القصد منها توجيه طالب الاستشارة (الزبون) إلى معلومات متخصصة .⁽⁶⁾

وتوجد تعريفات أخرى لا تختلف كثيراً في مضمونها عن التعريف أعلاه ومنهم من خلط العمل مع غيره من الأعمال المقاربة⁽⁷⁾

أما بالنسبة للتعريف القانوني للمستشار المصرفي، نجد أنه لم ينص أي قانون مقارنة على وضع تعريف محدد له، لا في القانون العراقي ولا القانون الفرنسي ولا الأمريكي، وإنما أشارت معظم التشريعات إلى تعريف الالتزام بتقديم المشورة أو المعلومة.

إن عدم إيجاد تعريف للمستشار المصرفي قد يؤدي إلى طرح التساؤل الآتي هنا، هل يقتصر عمل المستشار المصرفي على الشخص المعنوي؟ بمعنى آخر هل يجب أن يكون المستشار المصرفي شخصاً معنوياً فقط والمتمثل بالمصرف أو الشركات المتخصصة حصراً؟ أم بالإمكان أن يكون المستشار شخصاً طبيعياً؟ أم يمكن أن يكون كلاهما؟

الاجابة على التساؤل المطروح أعلاه تكون بالإيجاب، فمن الممكن أن يكون المستشار المصرفي شخصاً طبيعياً لديه خبرة ومعرفة بالمصارف وقواعدها واصولها، وقد يكون شخصاً معنوياً شركة أو مصرف، وغالباً ما يكون الأخير هو المستشار ويعطي استشارته من خلال العاملين فيه أو من خلال هيئة خاصة فيه تعني بذلك، وسندنا في ذلك هو ما أخذ به المشرع الأمريكي من السماح للشخص الطبيعي والمعنوي بممارسة نشاط مستشار الاستثمار.⁽⁸⁾

وما تم الأخذ به في بعض البلدان الأخرى أيضاً يؤيد رأينا أعلاه، إذ تم إنشاء هيئات استشارية في المصارف، ومن بينها المغرب إذ اشارت المادة (18) من القانون المتعلق بمؤسسات الائتمان والهيئات المعتمدة على إنشاء مجلس يسمى المجلس الوطني للائتمان والادخار، يتكون من ممثلين للإدارة وممثلين لهيئات ذات طابع مالي وممثلين للغرفة المهنية وممثلين للجمعيات المهنية، إضافة إلى الأشخاص الذين يتم تعيينهم من قبل الوزير الأول (رئيس الحكومة) لما لهم من خبرة وكفاءة في العمل المصرفي⁽⁹⁾. ولأن المصرف هو مقدم الاستشارة في معظم الأحيان لذا سيكون بحثنا بصدد كشمخص المستشار في معظم ما سيتم بحثه.

خلاصة ما تقدم ذكره، نلاحظ أنه على الرغم من أهمية عمل المستشار المصرفي إلا أن المشرع العراقي لم ينظمه في أي قانون من القوانين التي تعنى بالمصارف أو تنظم العمل التجاري بشكل عام، ولم ينظم عقد الاستشارة المصرفية برمته، وربما يعزى السبب وراء ذلك إلى حداثة الموضوع نسبياً. كما أن القانون الفرنسي والأمريكي وأن نظماً عقد الاستشارة المصرفية إلا أنهم لم يضعوا تعريفاً للمستشار المصرفي، الأمر الذي يتطلب بحث الموقف الفقهي والقضائي لتحديد مفهومه وهو ما سيتم تناوله في الفقرة أدناه.

ثانياً: التعريف الفقهي للمستشار المصرفي

إن الموقف الفقهي والقضائي من تعريف المستشار المصرفي لا يختلف كثيراً عن الموقف القانوني، إذ لم يتطرق الفقهاء للمستشار المصرفي إلا بشكل بسيط لا يرقى لأهمية الموضوع خصوصاً في ظل انتشار اللجوء إليه في معظم العمليات التجارية والاستثمارية⁽¹⁰⁾

فقد عرفه جانب منهم بأنه شخص مهني متخصص في مجال تقديم المعلومات والاستشارات المالية والقانونية في المصارف، ويمكن أن يكون طبيعياً، أو معنوياً يقدم استشاراته لزيائنه ليساعدهم في اتخاذ القرار⁽¹¹⁾ وفي تعريف آخر هو شخص محترف يقدم المشورة أو الخدمات المالية للزبائن وعادة ما يكون مرخص له للقيام بذلك⁽¹²⁾.

تأسيساً على ما تم ذكره يمكننا القول أن المستشار في مجال المصارف تنحصر مهمته في المساعدة باتخاذ القرار بصدد مسألة، أو عقد، أو عملية يراد الاستشارة بصدها، التي قد تمثل في انقاذ من شركة أو مشروع ما من تعثر في الجانب المالي، أو المساعدة في إبرام عقود الاستحواذ، أو تقديم الاستشارات المصرفية بخصوص المسائل القانونية أو المالية وما إلى ذلك من الاستشارات، ومن ثم نرى أنه يمكن تعريف المستشار المصرفي: شخص طبيعي أو معنوي مرخص له بمزاولة العمل المصرفي لديه من الخبرة والكفاءة ما تمكنه من تقديم الاستشارات لطالبها بناءً على عقد خاص بذلك.

ثالثاً: شروط عمل المستشار المصرفي

لكي يؤدي المستشار المصرفي عمله بحرفيه ومهنية لا بد له من أن يتصف ببعض الصفات التي تمكنه من أداء مهامه، وهي ما يمكن اجمالاً في النقاط الآتية: (13)

1-توفر الخبرة والقدرة لدى المستشار المصرفي

من المعروف أن العمل المصرفي يتطلب توافر الخبرة والكفاءة، لذا يجب أن يكون المستشار المصرفي ملماً بمختلف الجوانب المصرفية والقواعد المتعارف عليها في العمل المصرفي (14)

ذلك أن الأشخاص مهما كان لديهم خبرة فإنها لا تتناسب مع ما يتمتع به المصرف بوصفه مهني محترف لعمله، الأمر الذي ينعكس بدوره على المستشار لديها. (15) وإن ما يبتغيه طالب الاستشارة هو الحصول على معلومات أو بيانات ملائمة لحاجته من الاستشارة، وهي لا تتوفر إلا إذا كان المستشار يتمتع بأداء متميز ينفرد به عن غيره. (16)

فالخبرة العملية والكفاءة العالية في مجال الخدمات المصرفية يعود بنتائج إيجابية ليس على طالب الاستشارة فحسب، بل على المستشار أيضاً، إذ كلما كانت كفاءة المستشار عالية كلما ارتفعت إيراداته (17)، وعقد الاستشارة الذي يرميه طالب الاستشارة، يتطلب أن يقدم المستشار فيه استشارته بطريقة تنم عن أبداعه وتعكس ما يتمتع به من خبرة ومهارة وقدرات متميزة، وهو ما يعني لزوم تحقق شرط الخبرة والكفاءة لدى المستشار (18)

الأمر الذي أشار إليه القانون الفرنسي أيضاً، إذ أشرت على الاستشاريين في جميع الأوقات القيام بواجباتهم بكل مهارة وعناية والاجتهاد المتوقع منهم بشكل معقول، لأنهم مسؤولون عن دقة واكتمال عملهم (19) وهو ما أخذ به القانون الأمريكي أيضاً، إذ أشرت للحصول على الترخيص بمزاولة العمل في الاستشارات المصرفية أن يكون لدى مقدم الطلب من الخبرة والمعرفة ما تكفي لتقديم الاستشارة (20)

2-الالتزام بقواعد المهنة

لكل مهنة قواعد وأصول وأعراف يجب الالتزام بها، فضلاً عما يفرض بموجب القوانين والتعليمات، ولأن العمل في نطاق المصارف بشكل عام يتطلب الالتزام بما يفرضه من قواعد وأعراف مصرفية، فإن ذلك يفرض على المستشار المصرفي الالتزام بها والعمل بموجبها، كما هو الحال بالنسبة للسرية في تقديم المعلومات والبيانات سواء كانت تتعلق بالزبون نفسه أو بالآخرين، كما لا بد من مراعاة تقديم النصيحة في ما يقدم عليه من خدمات وغيرها من المبادئ المتعارف عليها. (21)

3-الترخيص بمزاولة المهنة

إذا كان المصرف هو الجهة مقدمة الاستشارة فلا بد من الإشارة إلى أنه مرخص له العمل بكافة الخدمات ومن بينها تقديم الاستشارات، ذلك أن ممارسة العمل المصرفي تتطلب الحصول على الترخيص بمزاولة العمل المصرفي بكافة الأنشطة المرخص له العمل بها، ومن ثم فالمستشار إذا كان المصرف ذاته فلا يحتاج مبدئياً الترخيص للعمل بالاستشارات، إما إذا كان الشخص طبعياً، أو كان المستشار مكتب متخصص، أو شركة

تمنح الاستشارات فلا بد من الترخيص للقول بجواز العمل. علماً أن هناك بعض المصارف التي تشترط اجتياز اختبار عملي ونظري للحصول على الترخيص . (22)

وبالرجوع للقانون الفرنسي نلاحظ أنه اشترط الترخيص لمزاولة العمل بالاستشارات، كما اشترط الحصول على شهادة أولية لا تقل عن بكالوريوس لمن يتولى دور المستشار (23)

وفي القانون الأمريكي لا يجوز لأي مستشار في المصارف أو سوق الأوراق المالية ممارسة عمله ما لم يكن مسجلاً كمستشار، أو يثبت كونه معفي من التسجيل بموجب القانون . (24)

الفرع الثاني: تمييز المستشار المصرفي عما يشبهه به

قد يختلط لدى البعض عمل المستشار المصرفي مع بعض من التزامات المصرف المهنية، وقد يختلط عمل المستشار المصرفي مع غيره من الأشخاص كما هو الحال بالنسبة للمستشار في سوق الأوراق المالية والالتزام المصرف بتقديم النصح والإرشاد لكافة المتعاملين معه، وهو ما سنبحث فيه كما يأتي:

أولاً: - تمييزه عن مستشار سوق الأوراق المالية

بداية لابدّ من الإشارة إلى أن هناك الكثير من التشريعات التي عرفت مستشار الاستثمار في سوق الأوراق المالية (25)، على العكس منه بالنسبة للمستشار المصرفي، وبالنسبة لموقف المشرع العراقي فهو لم يعرف المستشار في القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية رقم (74) لسنة 2004، بينما أشار إليه في مشروع قانون الأوراق المالية لسنة 2008، وذلك في المادة (3/ع) بأنه: (شخص آخر غير مدير الاستثمار الذي يقدم توصيات أو يتخذ قرارات بشراء أو بيع أوراق مالية لمستثمرين، وفي عهده نقود أو أوراق مالية لمستثمرين، ولدية 15 مستثمر كعملاء خلال أي مدة زمنية مدتها 12 شهراً)، ومن هذا التعريف يتضح أن التعريف يقتصر على من يعمل في تداول الأوراق المالية فقط.

ويعرف المستشار في سوق الأوراق المالية هو من يتولى اتخاذ قرار بيع وشراء الأوراق المالية لصالح المستثمرين، أو يقدم لهم النصائح والتوصيات بهذا الشأن، بينما خلط البعض بين عمل المستشار المصرفي ومستشار سوق الأوراق المالية، إذ عرف الاستشارة المصرفية بأنها عقد يقوم بإبرامه المستثمر مع أحد الشركات المتخصصة في الأوراق المالية وذلك بغرض تقديم الدعم اللازم له عند إجراء عمليات البيع والشراء وكذلك تقديم المساعدة له في عمليات استثمار الأوراق المالية التي يقوم بها . (26) ومن ثم يكون المستشار المصرفي وفقاً للتعريف أعلاه هو من يدي باستشارته في نطاق التعامل بالأوراق المالية فقط دون غيرها من الخدمات والعقود المصرفية، وهذا الأمر لا يمكن الأخذ به على إطلاقه لأن المستشار المصرفي وأن كان يعطي استشارته بهذا الصدد إلا أنها ليس مجال عمله الوحيد فهو بإمكانه تقديم الاستشارات بمختلف المسائل المصرفية ومن ثم يكون التعامل بالأوراق المالية هو جزء من عمله.

ثانياً: تمييزه عن التزام المصرف بتقديم النصيحة

من ضمن الالتزامات المهنية التي تقع على المصرف التزامه بتقديم النصيحة، ويتمثل ذلك من خلال حث الزبون على اتخاذ القرار الصائب والأفضل لمصلحته، وهو التزام عام يقع على المصرف كونه من مبادئ حسن النية في العقود⁽²⁷⁾

وهذا الأمر قد يشبه إلى حد ما طبيعة عمل المستشار المصرفي إذا كان المستشار هنا المصرف، لذا قد يقع الخلط بين تقديم النصيحة بوصفه التزام مصرفي والالتزام بتقديم الاستشارة بوصفها التزام عقدي بموجب عقد الاستشارة، مما يتوجب التفرقة بينهما لرفع مثل هذا الالتباس. فالالتزام المصرف بتقديم النصيحة لا يرقى عن كونه حث الزبون باتخاذ موقف أو قرار معين⁽²⁸⁾. وهذا يعد التزاماً مهنيًا يجب على المصارف الالتزام به ضمناً وأن لم يتم الاتفاق عليه.

أما عمل المستشار المصرفي فيتمثل عمله بتقديم المعلومات والتوجيه باتخاذ قرار من عدمه، وقد يتصور بعضهم أن إعطاء الاستشارة بالموافقة على قرار ما كأن يكون متعلقاً بالحصول على تسهيلات ائتمانية لمشروع معين، أمراً سهلاً معتاد عليه، إلا أنه في الحقيقة ليس كذلك، فهو عمل تكتنفه المخاطر والصعاب، وذلك لاختلاف الزبائن ومدى ملائمتهم مع النشاط ومدى مناسبة المبالغ المطلوبة لاحتياجاتهم الحقيقية، وغيرها من التفاصيل التي تختلف من زبون لآخر التي تنعكس بدورها على القرار⁽²⁹⁾

إن هذا الخلط لا يمكن تصوره إذا كان المستشار هنا شخص طبيعي، ذلك أنه غير ملزم تجاه الزبون بشيء وإذا ما أراد الحصول على استشارة معينة فليس له سوى إبرام عقد أو تقديم طلب بذلك حسب ما يراه الطرفين، في حين قد يقع هذا الخلط إذا كان المصرف هنا هو من يقدم الاستشارة.

المطلب الثاني: طبيعة التزام المستشار بتقديم الاستشارة المصرفية

بداية لا بد من الإشارة إلى أن التزام المستشار المصرفي بتقديم الاستشارة يكون بناء على عقد الاستشارة المصرفية المبرم مع الزبون، فهو التزام عقدي غالباً، سواء كان الشخص المطلوب منه الاستشارة هو مصرف أم شركة أم شخص طبيعي.

ومن ثم يتطلب ذلك معرفة طبيعة الالتزام بتقديم الاستشارة، خاصة وأن الفقه اختلفوا في تحديد ذلك، إذ إن ما يقدم من استشارات مصرفية من قبل المستشار أما أن تكون تحقيق نتيجة يروم الشخص طالب الاستشارة تحقيقها، وأما أن تكون بذل عناية، مما يترتب عليه تحقق المسؤولية في حال عدم تحقق النتيجة أو أثبات عدم بذل العناية اللازمة، وهو ما سيتم بحثه وكما يأتي:

أولاً: الالتزام بتحقيق نتيجة

استناداً لهذا الاتجاه عندما يقوم المستشار المصرفي بتقديم استشارته فإنه يكون ملزماً بتحقيق نتيجة، وهي أن تكون استشارته صحيحة وإلا قامت مسؤوليته عن خطأه ومن مؤيدي هذا الرأي الفقيه ريبير (Ripert)⁽³⁰⁾ ولأن المصرف شخص مهني فإن ما يصدر عنه من أخطاء تكون مهنية وليست أخطاء عادية، ومن ثم فإنه

وفقاً لهذا الرأي يكون المستشار المصرفي مخطئاً إذا كانت استشارته لا تصب في صالح طالب الاستشارة، ولم تكن مستندة إلى معلومات صحيحة.

وينتج هذا الالتزام من عقد الاستشارة المصرفية، إذ لا يقوم المستشار المصرفي بتقديم أي استشارة إلا بعد أبرام عقد مع المصرف، وهذا العقد هو من يحدد التزامات كلا الطرفين (الزبون والمصرف). إلا أن ما يبغى معرفته هل يعد المستشار مخطئاً بمجرد عدم تحقق النتيجة؟ نعم يعد المستشار مخطئاً بالتزامه عند عدم تحقق النتيجة المرجوة من الاستشارة، وتتحقق مسؤوليته وفقاً للقواعد العامة.

ثانياً: الالتزام ببذل عناية

وفقاً لهذا الرأي فإن عمل المستشار يتمثل ببذل العناية لا تحقيق نتيجة في تقديم الاستشارة، وهو الأمر الذي حظي بتأييد كبير من قبل الفقه والقضاء. (31)

وهنا يطرح التساؤل الآتي ما هي مقدار العناية التي يتطلب من المستشار بذلها؟ هل هي العناية العادية أم عناية الشخص المهني؟ أم عناية من نوع خاص؟

إن المستشار محل بحثنا سواء كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً فإن مجال عمله في تقديم الاستشارة هو العمل المصرفي على المعظم فضلاً عن مسائل الاستحواذ والتداول في سوق الأوراق المالية، الأمر الذي يجعل منه شخصاً مهنيّاً محترفاً لعمله، لأن العمل المصرفي لا يمارسه إلا الشخص المحترف ومن ثم تكون العناية المطلوبة منه هي عناية الشخص المهني بالتأكيد لا عناية الشخص العادي.

وفي هذا الشأن أصدرت محكمة الاستئناف الأمريكية للدائرة الثانية/2024/ حكمها بشأن المسؤولية ضد مستشار استثماري بموجب مبادئ الإهمال وعدم بذل العناية اللازمة. وأوضحت المحكمة معيار الإهمال المطبق على أحكام مكافحة الاحتيال في قانون مستشاري الاستثمار لعام 1940، مؤكدة على أهمية القصد والظروف المحددة التي قد يُعتبر فيها سلوك المستشار مهماً. (32)

وقد أسترر الفقه القانوني على اعتبار أن التزام المهنيين المتخصصين مبني على أساس بذل عناية لا تحقيق نتيجة، على وجه الخصوص المهن التي تتطلب وجود طابع ذهني كما هو الحال بالنسبة لالتزام المحامي (33) 'وبدورنا نرى أنه لا يوجد ما يمنع أن ينقل هذا الحكم إلى المستشار المصرفي بوصفه شخصاً مهنيّاً متخصصاً في اسداء المشورة ويعتمد على خبرته ودكائه في عمله.

تأسيساً على ما تقدم ذكره نرى أن طبيعة التزام المستشار المصرفي في أبداء مشورته هو التزام ببذل عناية وليس تحقيق غاية، ذلك أن المستشار المصرفي يعتمد بدرجة عالية على كفايته وخبرته في العمليات المصرفية ومهما كانت تلك الخبرة والمقدرة فأثما تبقى جهد عقلي وأن كان يستند فيه إلى أصول العمل المصرفي وما يحكم تلك المهنة من قواعد وأعراف وقوانين وتعليمات، إلا أن عمله يستند أساساً على الخبرة والكفاءة العالية.

كما لا بد من الإشارة إلى أن أهمية تحديد طبيعة الالتزام تتجلى في عبء الاثبات عند عدم تحقق النتيجة فمن الذي يثبت الخطأ هل هو الزبون أم المستشار، وهو ما يتم معرفته بعد تحديد طبيعة الالتزام.

المبحث الثاني: المركز القانوني للمستشار المصرفي

أن أبدء الاستشارة أو المشورة لا يتم إلا بعد إبرام عقد الاستشارة، الذي يتحدد بموجبه حقوق والتزامات كلا الطرفين (المستشار وطالب الاستشارة)، أما ما يتم من استشارات خارج إطار عقد الاستشارة فهو لا يخرج عن كونه التزام بمبادئ العمل المصرفي من وجوب النصح والارشاد والاعلام للزبائن عند الاقدام على اتخاذ تصرف ما، ولأن تنفيذ التزامات المستشار لا يخلوا من إمكانية وقوع الخطأ فقد آرتأينا تقسيم المبحث على مطلبين نبحث في الأول منهما حقوق والتزامات المستشار المصرفي ونفرد الثاني للمسؤولية وكما يأتي:

المطلب الأول: حقوق والتزامات المستشار المصرفي

المطلب الثاني: مسؤولية المستشار المصرفي.

المطلب الأول: حقوق والتزامات المستشار المصرفي

يترتب على عقد الاستشارة حقوق والتزامات على عاتق طرفي العلاقة العقدية، كما هو الحال بالنسبة لأي عقد آخر، وأطراف العقد هنا المستشار والزبون، لكل منهم حقوق والتزامات، وهو ما سيتم بحثه في هذا المطلب على وفق الفرعين التاليين وكما يأتي:

الفرع الأول: التزامات المستشار المصرفي

يقع على كاهل المستشار تقديم ما التزم به تجاه الزبون، وأبرز تلك الالتزامات هي تقديم الاستشارة المصرفية (بمختلف أنواعها) بحسب طبيعة الاستشارة التي يبتغيها الزبون، وبالتأكيد لا بدّ من الالتزام بمراجعة العقود والاتفاقيات المصرفية والالتزام باتباع كافة القوانين والتعليمات التي تحكم العمل المصرفي، وغيرها من الالتزامات الأخرى، وهو ما سيتم بحثه في هذا الفرع وكما يأتي:

أولاً: تقديم الاستشارة

إن الالتزام الأساسي الذي يجب على المستشار القيام به هو تقديم الاستشارة للزبون، سواء كانت الاستشارة للحصول على معلومات مالية أو تجارية. (34)

فالمستشار ملزم بتقديم الاستشارة، وقد أقر القضاء الفرنسي بأنه يجب على المصرف بوصفه مستشار القيام بواجبه بتقديم الاستشارة سواء كان التزام ضمني بموجب العقد (أي عقد آخر غير عقد الاستشارة)، أو كان التزام أساسي في العقد (35)، وهو الرأي الذي يؤيده الفقه الفرنسي أيضاً. (36)

وهنا التزام المستشار المصرفي بإسداء المشورة محل بحثنا هو التزام أصلي لا تبعي، ويترتب على ذلك مسؤولية تعاقدية على المستشار إذا ما أحل بهذا الالتزام. (37)

والاستشارات التي تقدم للزبائن لا تتعلق بنوع معين، لا من حيث الجهات التي قد تطلبها ولا من حيث نوع الاستشارة المطلوب، فبالإمكان منح استشارات تتعلق بالمؤسسات المالية وذلك عن طريق التحليل والتقييم وتقديم التوجيهات لهم. (38)

وقد تمنح لأشخاص عاديين أو شركات كما أشرنا سابقاً، لذا قبل البحث في طبيعة التزام المستشار المصرفي لابد من معرفة نوع الاستشارة التي تقدم لطالب الاستشارة، لأن هناك من فرق بين طلب الحصول على المعلومات وبين الاستشارة.

إذ حاول الفقه الفرنسي جاهداً من خلال محاولات عديدة للتمييز بينهما، من بينهم الفقيه سولفين (solvieche) الذي أوضح أن هناك نوعين من المعلومات منها معلومات تجارية تتعلق بالسمعة والأمانة والقدرة على الوفاء بالدين وما إلى ذلك من المعلومات التي تتعلق بالصفات الذاتية للشخص، في حين تتمثل المعلومات المالية بالتقدير المالي للمشروعات والشركات وهذا النوع يحتاج إلى ما يوثقه من وثائق ومستندات كونها تنصب على صفات موضوعية. (39)

أما الاستشارة فهي كما عرفها الفقيه الفرنسي سافاتييه (savatier) بأنها ما يطلب بقصد توجيهه باتخاذ قرار من عدمه، ومن ثم فهي ليست رأي مجرد دون توجيهه بأجراء أو اتخاذ قرار (40) ثانياً: السرية في أبداء الاستشارة وما تحتويه من بيانات

لا شك أن السرية في تقديم الاستشارة من الأساسيات التي يسعى إليها الزبون عند اللجوء للمصرف أو الشركات المتخصصة في سبيل الحصول على الاستشارة (41) ولأن طلب الزبون الحصول على الاستشارة غالباً ما يتعلق بتعثر في مركزه المالي أو للحصول على التمويل في مشروع معين أو لدمج شركة ما، فإن ذلك يجعل من لزوم تطبيق السرية بكل حذافيرها لتلافي ما قد ينجم إذا ما تم افشاء بعض المعلومات.

ويجب أن يكون للسرة صلة بمهمة المستشار، أي أن المستشار أطلع عليها بحكم عمله، وبما أن المستشار ملزم بالمحافظة على السرية في كافة المعلومات فيجب أن تتوفر في الواقعة شروط أو صفات السر، من حيث كون المستشار قد علم به بمقتضى مهمته، وأن يكون سرا مهنياً (42) ويتحمل المستشار المسؤولية القانونية عند مخالفته لهذا الالتزام. وهذا الالتزام يطبق في كل الأحوال إلا ما تم استثناءه بموجب القانون، في حالات معينة أو بموجب قرار قضائي.

ثالثاً: الإفصاح والشفافية

الإفصاح والشفافية من المبادئ أو الركائز الأساسية في الاقتصاد الحديث، خاصة في نطاق العمل المصرفي بوصفه من أهم القطاعات الاقتصادية، وبالنسبة لدور هذه المبادئ في الاستشارات المصرفية فهي بالتأكيد تبرز هنا على اعتبار أن القرار سيتخذ بناءً على ما يتم تقديمه من معلومات، لذا يجب على المستشار أن يقوم

بتزويد الزبون بالمعلومات الرئيسة التي تكفل له الاطلاع على جميع مزايا ومخاطر العمل محل الاستشارة، كما لا بد من أن يتصف تقديم الاستشارة بالموضوعية قدر الإمكان⁽⁴³⁾.

فالمستشار يكون بمثابة الجهة التي توفر المعلومات بكل شفافية للزبون، ومن ثم يجب عليه أن يتمتع بشفافية عالية، وقد عرفت الأخيرة من قبل منظمة التعاون الاقتصادي والتنمية (OECD) بأنها: (الافصاح الكامل عن المعلومات المالية في الوقت المناسب وبطريقة منتظمة)⁽⁴⁴⁾

ومن التعريف أعلاه يتضح أنه ينبغي أن يتم أعلام الزبون بكل التفاصيل، وهي غالباً ما تكون معلومات مالية، بأوقات منتظمة، وهذا الأمر يضمن للزبون الحصول على الاستشارة الصحيحة. وبما أن المستشار شخص مؤتمن على ما يطلع عليه من معلومات تخص الزبون فلا بد من المحافظة عليها وعدم الافصاح بها لأي جهة كما تم ايضاحه في التزام المستشار بالسرية⁽⁴⁵⁾

خلاصة ما تم ذكره من التزامات نجد أنها جميعاً تصب في مصلحة الزبون والمستشار في آن واحد، لأن الأخير لا يلتزم من جانبه فقط وإنما لالتزامات مقابله، فالزبون سيضمن على سرية معلوماته والحصول على الاستشارة الصحيحة، والمستشار سيحصل على المعلومات من الزبون، فضلاً عن المقابل لما سيعطي من استشارات وهو ما سنوضحه في الفرع التالي.

الفرع الثاني: حقوق المستشار المصرفي

للمستشار حقوق بموجب عقد الاستشارة، كما هو الحال بالنسبة للزبون، التي تتمثل بالحصول على مقابل للاستشارة وتقديم الزبون لكافة المعلومات عن الموضوع محل الاستشارة، وهو ما سنبحثه بالفقرات الآتية:

أولاً: دفع الأجر (المقابل لإعطاء الاستشارة)

على الرغم من أنه قد يكون تقديم الاستشارات مجانياً في بعض الحالات إلا أن الغالب في العمل هو وجود مقابل نقدي لإعطاء الاستشارة، وهذا يمثل أول الحقوق وأهمها بالنسبة للجهة مانحة الاستشارة، إذ يعد عقد الاستشارة المصرفية هنا من عقود المعاوضة يأخذ فيه المتعاقد مقابل ما يعطي، فالزبون هنا يحصل على المشورة التي يريدها والمستشار يحصل على الأجر مقابل استشارته، وغالباً ما يتم تحديد هذا الأجر بموجب العقد، وفي حال عدم التحديد يتم الأخذ بأجر المثل وفقاً للقواعد العامة في القانون⁽⁴⁶⁾

ومن ثم يكون تحديد المقابل أما تحديد اتفاقي (بموجب العقد)، وفي حال عدم الاتفاق عليه يتم اللجوء للقضاء وسنبحث في كلاهما بشيء من الإيجاز:

1- تحديد الأجر بواسطة المتعاقدين: غالباً ما يتم تحديد الأجر النقدي بموجب عقد الاستشارة، وهو الوسيلة الأكثر اتباعاً في معظم العقود، كونها الوسيلة الأسهل في الدفع⁽⁴⁷⁾.

وقد أشار القانون الفرنسي في الأمر رقم (86-1243) في 1986 المعدل لقانون الاستهلاك، بأن للمتعاقد حرية مطلقة في تحديد الطريقة المناسبة لدفع الأجرة، وبما أن الأجر هو الوجه الآخر للمحل الذي

يلتزم به الزبون تجاه المستشار فلا بد من نوافر شروط المحل وهي: أن يكون موجوداً أو قابل للوجود، أن يكون الأجر معيناً أو قابل للتعيين، أن يكون الأجر مما يجوز التعامل به، وهي شروط عامة متفق عليها في معظم القوانين ومن بينها القانون العراقي والمقارن.⁽⁴⁸⁾

أن الأجر مقابل الاستشارة يتم تحديده بموجب المتعاقدين كلاهما لا من قبل طرف واحد، وإذا ما استقل طرف بتحديد المقابل فلا يعد نافذاً ما لم يوافق عليه الطرف الثاني، وهذا ما يحقق العدالة، كما أن تحديد المتعاقدين للأجر لا يتم على صورة واحدة، فقد يتم الاتفاق على حسب ساعات العمل أو على أساس اعطاء المستشار جزء من الربح، أو يتم تحديدها على وفق نسب مئوية أو مبلغ إجمالي⁽⁴⁹⁾

وتطبيق القواعد العامة في القانون المدني نجد أن للمتعاقدين الحرية في تحديد طريقة دفع الأجر وفقاً للصور أعلاه، من نسب مئوية أو مبلغ إجمالي.. الخ وهو أمر متفق عليه في معظم القوانين المدنية.

2- تحديد الأجرة بواسطة المحكمة: وتتبع هذه الطريقة إذا لم يتفق المتعاقدين على الأجر أو الأسس التي تتبع في تحديدها، وفي هذه الحالة يكون للقاضي سلطة تقديرية في تحديد ما يجب دفعه من أجر، وبالرجوع للقانون المدني العراقي نجد أن المشرع أشار إلى هذا النوع من طرق دفع الأجرة في عقد المقاولة⁽⁵⁰⁾، وعقد الإيجار⁽⁵¹⁾ ومن ثم لا يوجد ما يمنع أن يحدد القاضي أجرة المستشار المصرفي إذا أغفل المتعاقدين ذكرها أو لم ينصا على أسس تحديدها، فلا يصر في هذه الحالة إلى بطلان العقد، وإنما يتم التحديد من قبل القاضي.

أما ما يتعلق بالمدة التي يجب على الزبون أن يدفع المقابل خلالها فهو أمر متروك للمتعاقدين أيضاً، إذ بإمكانهم الاتفاق على ميعاد معين أو يترك للعرف الجاري في المهنة، وهذا الأمر متعارف عليه في معظم العقود المسماة وغير المسماة ومتفق عليه في القوانين.

ثانياً: الالتزام بتقديم كافة المعلومات عن الموضوع محل الاستشارة (المشروع)

ونعني بهذا الالتزام هو التعاون بين الزبون والمستشار، لأن نجاح الأخير في تقديم الاستشارة يعتمد كثيراً على المعلومات التي سيدلي بها الزبون، ومن ثم يجب أن يبدي الزبون كل ما يعرفه من تفاصيل عن الموضوع محل الاستشارة⁽⁵²⁾

إن عدم أبداء التعاون من قبل الزبون سيؤدي بلا شك إلى تعرضه للمسؤولية وتخفف من مسؤولية المستشار إذا ما أخطأ الأخير في المشورة وكان السبب في ذلك عدم التزام الزبون بالتعاون معه، مما تسبب في عدم صحة الاستشارة، ونشير بذلك لقرار محكمة النقض الفرنسية في يوليو 2020، وتتلخص وقائع هذه القضية في أن مزود خدمات الدفع الالكترونية لم يصرح ببعض المعاملات، وحملت المصرف المسؤولية إلا أن الأخير أثبت اهمال الزبون في التصريح وعدم صدقه مما يجعل المصرف غير مسؤول لوحده عن الأضرار الناتجة⁽⁵³⁾.

المطلب الثاني: المسؤولية القانونية للمستشار المصرفي

يتعين على المستشار المصرفي أن يضع مصلحة الزبون في أولويات مهام عمله عند تقديم استشارته، لأنه قد يتعرض إلى المسؤولية المدنية بشقيها العقدية أو التقصيرية بحسب طبيعة الأحوال، وقد تتحقق المسؤولية الجنائية في حالات أخرى⁽⁵⁴⁾، لأن المستشار ملزم بتقديم الاستشارة التي تخدم مصلحة الزبون بعيداً عن الأضرار به أو الإخلال بمصالحه، ومن ثم تتحقق مسؤوليته إذا ارتكب خطأ في ذلك، لذا سيم بحث خطأ المستشار وبقية عناصر المسؤولية في الفقرات الآتية وكما يأتي

أولاً: خطأ المستشار المصرفي

كان ولازال الخطأ محل اختلاف بشأن تحديد مفهومه ومضمونه في نطاق المسؤولية عامة، على الرغم من وجود العديد من التعاريف الفقهية التي سبقت بهذا الصدد⁽⁵⁵⁾

وبشأن موضوع الخطأ في نطاق بحثنا فإن من المتوقع أن ينشأ خطأ المستشار هنا بحالتين، أما عن عدم تنفيذ التزامه وأما عن الخطأ في إساءة الاستشارة⁽⁵⁶⁾ وبما أن التزام المستشار المصرفي هو القيام بعمل فإن عدم تنفيذ الالتزام بموجب القواعد العامة في القانون المدني العراقي يجيز للمتعاقد الآخر (الزبون) أن يستأذن المحكمة في تنفيذ الالتزام على نفقة المدين⁽⁵⁷⁾ إلا إذا كان تنفيذ الالتزام بطريقة عينية غير ممكن أو لا يتناسب إلا بقيام المستشار نفسه بتنفيذ الالتزام فهنا تطبق المادة (253) من القانون المدني العراقي.

ونحن نرى أن طبيعة عمل المستشار المصرفي هنا خصوصاً أنه يعد من الأشخاص الاعتبارية لا يمكن معها إلزامه بتنفيذ الالتزام، ولا يصار أمام الزبون عند امتناع المستشار عن تنفيذ عمله إلا التعويض إذا لحق به ضرر من جراء ذلك.

أما بالنسبة للخطأ في إساءة المشورة كأن يقدم استشارة دون أن تكون مستندة إلى معلومات أو بيانات صحيحة فهنا يتحمل المصرف المسؤولية عن ذلك، ففي قضية: أدريان روبنشتاين ضد بنك إتش إس بي سي وتتلخص القضية في: إدعاء الزبون أن (بنك إتش إس بي سي) قدم مشورة مالية غير صحيحة، مما أدى إلى خسائر مالية كبيرة. ووجدت المحكمة أن مشورة المصرف كانت بالفعل مهمة وغير صحيحة وحملت المصرف المسؤولية عن خسائر الزبون⁽⁵⁸⁾

وفي بعض الحالات يكون الخطأ مشتركاً بين المستشار والزبون، وفي هذه الحالة لا تتحقق مسؤولية المستشار بصفة منفردة وإنما توزع المسؤولية بينهم، وهذا ما تم تأكيده من قبل المحاكم الفرنسية، ففي قرار قضائي فرنسي قديم ذهبته محكمة النقض الفرنسية في يناير 1956 إلى تقسيم المسؤولية بين المستشار (المصرف) وبين الزبون، إذ أقام الأخير دعوى على المصرف كونه قد طلب معلومات عن مقاول قام بتوريد مواد خام له وبعد تقديم المصرف لتلك المعلومات نفذ الزبون صفقات ضخمة لحساب المقاول، ولكنه لم يدفع ما عليه من التزامات، وبعد عرض الدعوى أمام محكمة استئناف نيم. أوضحت المحكمة خطأ المصرف إذ إنه في الوقت الذي أعطى

فيه المصرف معلومات طيبة كان قد سجل من قبل رهنا حيازيا على أموال المفاوض وبالوقت نفسه أظهرت المحكمة خطأ الزبون (المدعي) لأنه تصرف بلا تبصر وحذر إذ سبق له أن اصطدم بصعوبات في الدفع مع المتعاقد معه مما جعل المحكمة تستنتج أن الزبون المدعي ارتكب خطأ أسهم في أحداث الضرر ويتحمل جزءاً من الضرر الذي أصابه، ومن ثم عند تطبيق قواعد الخطأ المشترك تخفف المسؤولية عن المصرف ويتحمل الزبون جزءاً من الضرر الذي أصابه (59)

ثانياً: الضرر

غالباً ما يكون الضرر المترتب على الخطأ في نطاق مسؤولية المستشار المصرفي هو ضرراً مادياً، لأن الاستشارات كما سبق وأن بينا تتم للمسائل المالية في كثير من الأحيان، سواء كانت مشاريع استثمارية أم الإقدام على إبرام عقود، أم عمليات مصرفية معينة، أم التداول بأسهم أم أوراق مالية (60) وبالنسبة لتعريف الضرر المادي فقد عرف الأخير بتعاريف فقهية عدة (61) نذكر منها بأنه: (إخلال بمصلحة ذات قيمة مالية، ويجب تحقيق هذا الإخلال ولا يكفي أن يكون محتملاً، وقد يكون الضرر إخلالاً بحق أو بمصلحة مالية) (62)

وبتطبيق التعريف أعلاه على الضرر المادي في نطاق الاستشارة محل البحث نجد أنه الضرر الذي يلحق بالزبون يجب أن يكون متعلقاً بمصلحة تكون لها قيمة مالية، وأن يكون الإخلال واقع حقيقة لا مجرد احتمال. هذا ولا بد من الإشارة إلى أن للضرر المادي عنصرين هما الخسارة اللاحقة والكسب الفائت (63).

الخاتمة

إن البحث في عمل المستشار المصرفي أمر مستجد كون عقد الاستشارات المصرفية موضوع حديث نسبياً، وعليه تظهر خصوصية البحث في النظام القانوني للمستشار المصرفي، بوصفه أبرز أطراف هذا العقد، وقد توصلنا في ختام البحث إلى مجموعة من النتائج والتوصيات والمتمثلة بالآتي:

أولاً: الاستنتاجات

1. إن المستشار المصرفي يلتزم ابتداءً بتقديم أداء ذهني وعقلي بناءً على ما يتمتع به من خبرة وكفاءة في المجال المصرفي.

أن القانون العراقي لم ينظم الاستشارات المصرفية بشكل عام، وما هو موجود وفقاً للقواعد العامة في القانون لا يسعف في كثير من الأحيان لحل ما ينجم من اشكالات.

2. لا يقتصر العمل بمجال الاستشارات على المصرف فقط فقد يكون المستشار شخص طبيعي، أو شركة متخصصة، أو مصرف وإن كان الأخير هو الشكل الغالب للجهة المستشارة.

3. لا يتم إعطاء الاستشارة إلا بعد إبرام عقد خاص بذلك سواء كانت الجهة المستشارة مصرف، أم أي شخص آخر.

4. يعتمد المستشار المصرفي على جهده العقلي ودكائه وكفاءته عند تقديم الاستشارة وهو ما يجعل المستشار شخص محل اعتبار.

5. يقع على المستشار المصرفي المسؤولية عند تحقق شروطها وأركانها، سواء كانت عقدية أم تقصيرية تجاه الزبون.
6. قد يتحمل المستشار المصرفي المسؤولية التأديبية أو الجنائية، بسبب ما يصدر عنه من أخطاء.
7. لا يتحمل المستشار المسؤولية بمفرده إذا أمتنع الزبون عن التعاون معه وكان سبباً في عدم صحة الاستشارة المقدمة بسبب إخفاء لبعض المعلومات على سبيل المثال.

ثانياً: المقترحات

1. نقترح على المشرع العراقي تنظيم الاستشارات في قانون التجارة النافذ وجعل العمل بها لكل الأشخاص، من مصارف أو شركات متخصصة أو اشخاص الطبيعة.
2. تعديل قانون المصارف العراقي الحالي رقم (94) لسنة 2004 بما يتلاءم مع التطورات في المجال التجاري والاقتصادي والمصرفي، ويكون ذلك من خلال النص على الخدمات الاستشارية للمصارف.
3. تعزيز وتفعيل دور المستشار المصرفي لما له من دور كبير في زيادة الوعي والتثقيف بالعمل المصرفي ولما له من أثر كبير في تحسين فرص الوصول إلى أفضل النتائج في المسائل المتعلقة بالاستحواذ والاستثمار.
4. ندعو المشرع العراقي عند تنظيمه للاستشارات المصرفية أن يضع شروط جوهرية في شخص المستشار أسوة بالقانون الفرنسي والأمريكي اللذين اشترطا الخبرة والكفاءة والحصول على الرخصة لمزاولة العمل.

ومع ذلك فإن تحقق الضرر الأدبي محتمل أيضاً عند وقوع الخطأ من المستشار لا الضرر المادي فقط، على وجه الخصوص إذا كان الزبون طالب الاستشارة شركة أو تاجر، وكانت استشارته تتعلق بتمويل مشاريع أو انقاذ مركزه المالي من التعثرات التي يمر بها، وكانت الاستشارة سبباً في تدهور اوضاعه نحو الأسوء مما أثر على سمعته أكثر بين التجار (64)

ولابدّ من الإشارة أن الضرر الادبي هنا يخضع للقواعد العامة سواء في القانون العراقي أو القوانين المقارنة، إذ لا يوجد ما يميزه ليحظى بخصوصية في التنظيم.

ثالثاً: العلاقة السببية

لا يكفي للقول بتحقيق المسؤولية على عاتق المستشار ما لم تكن الأضرار المترتبة هي نتيجة الأخطاء الصادرة منه، ومن ثم ماهية العلاقة السببية وكيف يتم أثباتها في نطاق بحثنا؟

العلاقة السببية هنا هي أن يكون الضرر الذي لحق بالزبون ناتج عن خطأ المستشار. وتعد العلاقة السببية متحققة متى كان فعل المستشار هو السبب في إيقاع الضرر، بمعنى آخر أن خطأ المستشار هو السبب المنتج لحدوث الضرر الذي لحق بالزبون (65).

وإذا ما ثبتت العلاقة السببية فيجب تعويض الزبون، وطبقاً للقانون المدني العراقي فإنه يجب تعويض الزبون عن الخسارة وما فاتته من كسب (66).

ويختلف التعويض في المسؤولية العقدية عنه في المسؤولية التقصيرية، فالأضرار التي يتم التعويض عنها في الأولى هي الأضرار المباشرة المتوقعة، في حين تعوض الأضرار المباشرة في المسؤولية التقصيرية متوقعة كانت أم غير متوقعة وفي حال انقطاع العلاقة السببية فلا يمكن مساءلة المستشار، وأسباب انقطاعها تتمثل بالسبب الأجنبي وهو ما أخذ به المشرع العراقي والفرنسي (67).

المصادر والمراجع:

- (1) نعم رسول راضي وآخرون، إدارة المصارف (صناعة الخدمات المصرفية)، ورقة عمل مقدمة إلى كلية الإدارة والاقتصاد، جامعة الكوفة، ص6
- (2) حسنين علي هادي، المركز القانوني للمستشار في سوق الأوراق المالية، رسالة ماجستير مقدمة إلى جامعة القادسية/كلية القانون، 2017، ص8.
- (3) لغة: المستشار: أسم مفعول من أستشار، وأستشار فعل من استشارة، يستشير، استشار فهو يستشير ومفعول مستشار ومصدره أستشاره في أمر يهيمه، طلب منه المشورة واستشار في الأمر، يستشير، أستشر، استشارة، فهو مستشير والمفعول مستشار، تبين، نضح، استشارة، استفرجة، أخبره، واستشار فلان طلب رأيه. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية، المجلد الأول، عالم الكتاب، القاهرة، ط1، 2008، ص220.
- (4) سوى ما جاء في المادة (1/27ط) منه التي جاءت ضمن بيان المشرع العراقي للأنشطة التي تقوم بها المصارف المرخص لها حيث نصت على (...تقديم خدمات كمدير حافظ للأوراق أو كمستشار مالي أو وكيل استشاري مالي).
- (5) محمود مشاور وخلاف فاتح، عن إمكانية استحداث البريد بنك في النظام المصرفي الجزائري، رؤية قانونية على ضوء التجربة الفرنسية، بحث منشور في المجلة الأكاديمية للبحث القانوني، المجلد (12)، العدد (2)، 2021، ص444.
- (6) مصطفى سرحان العبيي، التنظيم القانوني للاستشارات المصرفية، اطروحة دكتوراه، كلية القانون، الجامعة المستنصرية، 2023، ص12.
- (7) ومن القوانين التي عرفت الاستشارات المشرع الإماراتي فقد عرف الاستشارات المالية بأنها: (الآراء والتوصيات المالية المبنية على الأبحاث والدراسات والتحليلات الاقتصادية المالية ودراسات الجدوى وتحديد القيم الاقتصادية المتوقعة للأوراق المالية والسلع أو عقد السلع والشركات التي يتم تقديمها للزبائن أو نشرها للجمهور بأي وسيلة من وسائل النشر ووسائل الاتصال المختلفة). ينظر قرار مجلس دائرة هيئة السلع والأوراق المالية الإماراتي رقم (48/ر) لسنة 2008.
- (8) قانون مستشاري الاستثمار الأمريكي لسنة 1940.
- (9) ربيع كمون، دور الهيئات الاستشارية في القطاع البنكي، بحث منشور في مجلة القانون المغربي، دار السلام للطباعة والنشر، العدد (32)، 2014، ص102.
- (10) إذ يسهم التعامل مع المستشارين على وجه الخصوص بالنسبة لعمليات الاستحواذ في خفض تكاليف المعاملات غير المتماثلة وخفض تكاليف التعاقد Georgina Benou, Jeff Madura, High-tech acquisitions, Firm specific characteristics and the role of investment bank advisors, Journal of High Technology Management Research, 16, 2005, p 103.
- (11) مصطفى سرحان العبيي، مصدر سابق، ص24.
- (12) Dyer, L.M. and Ross, Seeking advice in a dynamic and complex business environment:
- (13) ما يشار إليه قبل البحث في شروط عمله هو عدم الحاجة للتواصل بين المستشار وطلب الاستشارة وجها لوجه، ذلك أن معظم الخدمات المصرفية أو المقدمة من قبل الشركات المتخصصة أو حتى الأشخاص الطبيعية أصبحت تقدم من خلال الانترنت. Yngve Antones,odd ArneThunberg,Bank advisors work between contradictory demands of control and reflective learning,2011,p9.
- (14) محمد سالم، عقد تقديم خدمة الاستشارة الفنية والاستشارة القانونية في ضوء القانون المغربي: محاولة في تحديد الطبيعة، بحث منشور في مجلة المنارة للدراسات القانونية والإدارية، العدد (9) 2015، ص125.
- (15) عبد الخالق غالي مهدي وذكرى محمد حسين، الاحكام القانونية للتدقيق المصرفي (دراسة مقارنة)، بحث منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد الرابع، السنة الثامنة، 2016، ص352.
- (16) نصير صبار لفته، التزامات المستشار في سوق الأوراق المالية (دراسة تحليلية في ضوء التشريع العراقي والاماراتي والأمريكي)، بحث منشور في مجلة الكوفة للعلوم القانونية والسياسية، المجلد (10)، العدد (32)، 2017، ص215.

- Ruben Mangoid, Determinants of bank advisor revenues, International Journal of productivity and Performance Management, 2013, Vol62, Iss7, p689.
- (18) محمد عبد اللاه حسن، تقييم عقود الاستشارات القانونية بشأن تداول الأوراق المالية، منشأة المعارف للنشر والتوزيع، الاسكندرية، 2011، ص71ط.
- (19) مقال متاح على الانترنت على الرابط التالي www.https://worldline.com، تاريخ الزيارة 2013/11/12.
- (20) Georgina Benou, Jeff Madura, Ibid, p110
- (21) Ruben Mangoid, Determinants of bank advisor revenues, Ibid, p690.
- (22) Yngve Antones, odd Arne Thunberg, Bank advisors work between contradictory demands of control and reflective learning, p15.
- (23) Henry Cheynel et Francois laffond, LES METIERS DU SECTEUR DE LA BANQUE, 2021. P11.
- (24) SEC. 80-B-5 investment advisers contracts. Investment. Advisers (24) ضرورة الاستشارة المصرفية في سورية، بحث منشور في مجلة سلسلة العلوم القانونية، المجلد (45)، العدد (16)، 2023، ص133.
- (25) ومن بينها القانون الأمريكي والاماراتي، إذ جاء في قانون مستشاري الاستثمار الأمريكي لسنة 1940 المعدل بأنه فرد أو شركة يحترف العمل في مجال تقديم المشورة للأخريين سواء كان مباشرة أو من خلال كتابات متعلقة بقيمة الأوراق المالية أو الحث على الاستثمار في شراء وبيع الأوراق المالية للحصول على مقابل. القسم 202(a) (11) من قانون مستشاري الاستثمار لسنة 1940 مشار إليه لدى حسنين علي هادي، مصدر سبق ذكره، ص9.
- (26) معتمد كامل أوزون، مصدر سابق، ص127.
- (27) صلاح إبراهيم شحاته، ضوابط منح الائتمان المصرفي من منظور قانوني ومصرفي، ط1، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، ص89.
- (28) ابو الكور رفيقة، الالتزام بأعلام الزبون المستهلك في مجال القروض البنكية، بحث منشور في مجلة دفاتر السياسة والقانون، العدد (18)، 2018، ص14.
- (29) صادق راشد الشمري، إدارة العمليات المصرفية، دار اليازوري للنشر والتوزيع، ، 2019، ص75.
- 30، مشار إليه لدى حسن حسين البراوي، عقد تقديم المشورة، دار النهضة العربية للنشر، Paris, 23.janv, 1990, D.inf, ap، القاهرة، 1998، ص351.
- (31) Savtier, op, cit, p140ets (31) مشار إليه لدى أحمد بركات مصطفى، مسؤولية البنك عن تقديم المعلومات والاستشارات المصرفية، دار النهضة العربية ، القاهرة، 2006، ص86.
- (32) https://www.lemonde.fr/argent/article/2024/06/10/fraude-bancaire-les-victimes-n-ont-plus-que-treize-mois-pour-reagir_6238380_1657007.html?utm_source=chatgpt
- (33) ذنون يونس صالح، مفهوم عقد تقديم المشورة القانونية وتكييفه القانوني، مجلة جامعة تكريت للحقوق، المجلد (1)، العدد (1)، 2016، ص152.
- (34) معتمد كامل أوزون، مصدر سابق، ص124.
- (35) نبيل محمد أحمد صبيح، التزام البنك منحه الائتمان بتقديم النصيحة (أو المشورة) للعملاء، دار النهضة العربية للنشر، القاهرة، 1998، ص66.
- Le Tourneau (ph) de l allegement delobligation de renseignement ou de conseil-D 1987- cg p 101. (36)
- et
- (37) نبيل محمد أحمد، مصدر سابق، ص17.
- (38) محمد غياث شبيخة، إدارة الأعمال المصرفية، دار مؤسسة رسلان للنشر، ط1، 2024، ص81.
- (39) احمد بركات مصطفى، مصدر سابق، ص12-13.
- (40) Rene Savatier. Les contrats des conseils professionnels en droit prive. Dalloz Siery (40) مشار إليه لدى المصدر نفسه، ص15.
- (41) تعرف السرية المصرفية بأنها الموجب على عاتق المصارف بحفظ القضايا التي تتعلق بالزبون سواء كانت مالية أم اقتصادية أم شخصية . نعيم مغيب، تهريب وتبييض الأموال، دراسة في القانون المقارن، ط1، 2005، ص76.
- (42) حسن حسنين البراوي، مصدر سابق، ص270-271.
- (43) حماية المستهلك (العمل) في الخدمات المصرفية، اللجنة العربية للرقابة المصرفية، ورقة قدمت في الاجتماع السنوي الثاني والعشرين للجنة الذي عقد في أبوظبي يومي 25-26 نوفمبر 2012، ص5. متاحة على الموقع الالكتروني على الرابط التالي <https://www.amf.org.ae>. تاريخ الزيارة 2023/11/10.
- (44) Hanet al. 2012. p(44) مشار إليه لدى اسلام محمد عبد الحميد ومحمود فرج بكر، تحليل أثر الافصاح والشفافية كمبدأ للحكومة على إدارة الأرباح (دراسة تطبيقية على قطاع البنوك التجارية)، بحث منشور في مجلة جامعة الاسكندرية، المجلد السادس، العدد الثالث، 2022، ص296.
- مجلة المعهد، مجلة علمية محكمة مفتوحة المصدر، ذات الرقم المعياري (ISSN 2518-5519) و (eISSN 3005-3587)
- هذا العمل مرخص بموجب الاسناد/ غير تجاري/ 4.0 دولي. [CC BY-NC 4.0](https://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/)

- (45) وبهذا الصدد نشير إلى المادة (52) من قانون المصارف العراقي رقم (94) لسنة 2004 التي نصت على: (تعد المعلومات التي يتم الحصول عليها من المصرف التي تكشف عملائه ومعاملاتهم أو أي أمور خاصة أخرى تتعلق بعلاقة المصرف مع عملائه سرية ولا يتم الإفصاح عنها إلا بعد موافقة المصرف أو حسيما يخوله هذا القانون)
- (46) حسن حسين البراوي، مصدر سابق، ص 295.
- (47) محمود الكيلاني، الموسوعة التجارية والمصرفية، عقود التجارة الدولية في مجال نقل التكنولوجيا، المجلد الأول، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2009، ص 199.
- (48) N.REBOUL.OP.Cit(48)، مشار إليه لدى حسن حسين البراوي، مصدر سابق، ص 298.
- (49) محمد لبيب شنب، شرح أحكام المقالة، دار النهضة العربية للنشر، 1962، ص 65.
- (50) ينظر المواد (880 و 881) وما بعدهما من القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
- (51) ينظر نص المادة (738) من القانون المدني العراقي أعلاه.
- (52) راشد أنور احمد، عقد المشورة في مجال الحصول على أنظمة حاسبات الكترونية، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد (18)، العدد (2)، 1994، ص 138.
- (53) https://www.reuters.com/business/finance/frances-top-court-orders-bnp-paribas-repay-scam-victim-2024-10-23/?utm_source=chatgpt.com
- (54) خاصة إذا كان الأمر يتعلق بأنشطة غير قانونية كغسل الأموال أو أية أنشطة احتيالية أخرى.
- (55) ينظر في ذلك عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، المجلد الثاني، دار النهضة العربية للنشر، ص 1083.
- (56) Pouillet(y) les problemes juridiques particuliers nes de la multiplicité des prestataires, op. cit, p135.
- (57) ينظر نص المادة (250) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 المعدل.
- (58) https://www.reuters.com/business/finance/frances-top-court-orders-bnp-paribas-repay-scam-victim-2024-10-23/?utm_source=chatgpt.com
- (59) أستئناف نيم في 11 يناير 1956، مجلة بنك 1956، تعليق ماران، المجلة الفصلية للقانون التجاري، مشار إليه لدى أحمد بركات مصطفى، ص 224.
- (60) مع الإشارة إلى أن هناك استشارات قانونية أو ضريبية في أحيان أخرى.
- (61) لأنه لم يرد في القانون العراقي ولا بقية القوانين المقارنة تحديد لمفهوم الضرر المادي أو الادبي. وهو حال معظم التشريعات.
- (62) د. عبد الرزاق احمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني ج 1، المجلد 2، دار احياء التراث العربي، بيروت، 1964، ص 1197. للمزيد من الكلام عن الضرر المادي ينظر د. عبد الودود يحيى، الموجز في النظرية العامة للالتزامات، دار النهضة
- (63) يقصد بالعنصر الأول الخسارة اللاحقة: الانتفاص الذي يصيب قيمة من القيم المكونة لجانب الإيجابي للذمة المالية، أو تشير الى زيادة في قيم الجانب السلبي لها. المقصود بالعنصر الثاني (الكسب الفائت) فانه يعني فقدان ما كان من الممكن ان يحصل عليه المتضرر من حقوق مالية فهو ضرر يصيب الجانب الإيجابي للذمة المالية
- L.G.D.J., 2001, P.119.
- G. Viney, et P. Jourdain, Traité de droit civil, les effets de la responsabilité, 2ème éd., (64)
- (65) حسن حسين البراوي، مصدر سابق، ص 296.
- (66) ينظر نص المادة (169) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، يقابلها المادة (1149) من القانون المدني الفرنسي لسنة 1804.
- (67) للمزيد ينظر عامر غانم العلواني، تعدد الأسباب وأثره في المسؤولية المدنية، أطروحة دكتوراه، جامعة النهرين، كلية الحقوق، 2002.