



النطاق القانوني لاكتساب الحيازة المؤهلة في المصارف The legal scope of acquiring qualified tenure in banks

ا.م.د. خالص نافع أمين
جامعة بغداد/كلية القانون

Assistant Professor Dr . khalis nafie 'amin
College of Law - University of Baghdad
dr.khalis@colaw.uobaghdad.edu.iq

باحث قانوني - عبد الله عبد السادة جودة بندر التميمي
كلية القانون/جامعة بغداد

Legal researcher. Abdullah Abdul-Sada Jouda
Bandar Al-Tamimi
College of Law – University of Baghdad
Abdullah.Abdulsada1101a@colaw.uobaghdad.edu.iq

الملخص:

تتناول هذه الدراسة تحديد النطاق القانوني لاكتساب الحيازة المؤهلة في المصارف، هذا المصطلح الحديث (الحيازة المؤهلة) الذي وفد الى تشريعاتنا بموجب أمر سلطة الائتلاف وتحديداً في قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ مع مصطلحات أخرى كمصطلح الوصاية المصرفية ومصطلح المصرف الجسري التي لم تكن معروفة لدينا، والحكمة من تقرير هذا المصطلح (الحيازة المؤهلة) تقوم على أساس التأكد من أن الأشخاص الذين ستكون لهم القدرة على التحكم بسياسات المصرف والتحكم بالقرارات التي تصدر عن الهيئة العامة بفعل ما يمتلكون من نسبة مؤثرة تمكنهم من ممارسة نفوذ مهيم، يمتلكون من المهارات والقدرات ما تمكنهم من إدارة المصرف بصورة آمنة ورشيدة والحد قدر الإمكان من حالات التعثر المالي التي قد تتعرض لها المصارف، وقد بينت التشريعات المختلفة النطاق القانوني للأشخاص الذين سيكون لهم القدرة على ممارسة هذا النفوذ المهيم وأوجبت على كل شخص أخذ الموافقة المسبقة من الجهة المختصة بمراقبة المصارف قبل عقد العزم على الحصول على نسبة محددة في رأس مال المصرف أو حقوق التصويت أو أية نسبة تمكنه من ممارسة نفوذه المهيم.

الكلمات المفتاحية، حيازة مؤهلة، نفوذ، سيطرة، تأثير فعال، أوراق مالية.

Abstract:

This study deals with determining the legal scope of qualified acquisition holding in banks, this modern term (qualified holding) that came to our legislation under the order of the Coalition Authority, specifically in Banking Law No. (94) of 2004, along with other terms such as the term banking guardianship and the term bank, which were not known. The wisdom behind defining this term (qualified holding) is based on ensuring that the

people who will have the ability to control the bank's policies and control the decisions issued by the general assembly due to the influential percentage they hold that enable them to exercise dominant influence and possessing the skills and capabilities that enable them to manage the bank in a safe and rational manner and to limit, as much as possible, the cases of financial distress that banks may be exposed to. The various legislations have clarified the legal scope of the persons who will have the ability to exercise this dominant influence and obligated each person to obtain prior approval from the authority competent to supervise banks before deciding to obtaining a specific percentage of the bank's capital, voting rights, or any percentage that enables it from exercising its dominant influence.

Keywords: qualified holding, influence, control, effective influence, securities.

المقدمة

مصطلح الحيازة المؤهلة من المصطلحات الحديثة الذي تم النص عليه في قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤، والحكمة من هذا المصطلح هو ضمان أن الأشخاص الذين يتمتعون بالقدرة على التأثير على قرارات المصرف يتمتعون بقدرات ومعرفة كافية في إدارة شؤون المصرف، ويتمتعون كذلك بسمعة جيدة من خلال عدم وجود قيود جنائية وكذلك توافر الكفاءة المهنية في العمل المصرفي والملاءة المالية. والتحقق من تلك المسائل يكون من قبل الجهة المختصة بمراقبة المصارف، بناءً على إشعار يقدم من قبل كل شخص ينوي اكتساب الحيازة المؤهلة، ولما كانت النية هي أمراً نفسياً ولا سبيل للتوصل إليها لذلك فإن التشريعات المختلفة حددت نطاقاً محدداً اعتبرت بموجبه أن أي شخص ينوي الحصول على النسبة المحددة تشريعياً فإنه يعد في نظر المشرع شخصاً ينوي السيطرة على إدارة المصرف وبالتالي يلزم بتقديم إشعاراً ومن ثم خضوعه لمعايير التقييم للتأكد من قدرته على تولي شؤون المصرف، ومن هنا تأتي أهمية دراسة هذا الموضوع.

وتتلخص مشكلة الدراسة من خلال الإجابة عن التساؤلات التالية:

- ١- الوقوف على الحالات المحددة تشريعياً والتي تدخل في نطاق الحيازة المؤهلة.
- ٢- القاعدة المستقرة في القانون العراقي أن لكل سهم يقابله صوتاً واحداً وفقاً لما يعرف بمبدأ التناسب بين عدد الأسهم وعدد الأصوات، إلا أن قانون المصارف كان له موقفاً مغايراً من خلال التعامل مع



حقوق التصويت بصورة مستقلة عن رأس المال، الأمر الذي فسح المجال لما يعرف بالأوراق المالية التي لا تمنح صاحبها حق التصويت، وتلك الأوراق التي تمنح صاحبها التصويت المزدوج، الأمر الذي يستلزم توضيح ذلك.

٣- إن ورود تعريف الورقة المالية في قانون المصارف بشكل مطلق ومن دون اشتراط أن تكون تلك الأسهم إسمية، وكذلك النص على إمكانية أن تكون الورقة المالية بشكل قيد دفتری أو على شكل شهادة قد فسح المجال أيضاً بإمكانية اصدار أسهم للحامل، كما إنه من المعلوم أن الشركات المساهمة ومنها المصارف تصدر العديد من القيم المنقولة الأمر الذي يستلزم الوقوف على نوع الورقة المالية التي تدخل في نطاق اكتساب الحيازة المؤهلة. كل هذه الأسئلة وغيرها هي ما تمثل مشكلة البحث الذي سنتناوله بأسلوب مقارنة مع التوجيهات الأوروبية ذات الصلة بنظام اكتساب الحيازة المؤهلة وكذلك مع التشريع الأمريكي والمصري والبحريني. ولمقتضيات دراسة هذا الموضوع فقد تم تناوله في ثلاثة مطالب، خصصنا المطلب الأول منه لحيازة نسبة محددة من رأس مال المصرف، أما المطلب الثاني فقد كرسناه لبحث حيازة نسبة من حقوق التصويت، أما المطلب الأخير فقد جعلناه لممارسة النفوذ المهيمن.

المطلب الأول

حيازة نسبة محددة من رأس مال المصرف

يعد رأس المال أمراً في بالغ الأهمية بالنسبة للشركات عموماً، إذ يمثل مقياساً يقاس به مدى تطور الشركة وقدرتها على القيام بأعمالها والوفاء بالتزاماتها، ذلك أنه يعد ضماناً للدائنين، ويساهم في تحديد المركز المالي للشركة ومدى ما تتمتع به من سمعة مالية^(١)، ورأس المال بالنسبة لأي مشروع ذات أهمية كبيرة، ولا يقلل من هذه الأهمية أو يحط منها، قدرة المصارف على تسيير أعمالها من خلال اعتمادها على استغلال أموال المودعين والإفادة منها في تسيير أعمالها وأنشطتها، إذ إنها في بداية تأسيسها تعتمد على رأس المال الذي يقدمه المؤسسون وكل من يريد المساهمة في تأسيس المصرف للتمكن من البدء في ممارسة أعمالها.

وقد بينّ المشرع في قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ العراقي عند تعريفه للحيازة المؤهلة^(٢) بأن حيازة نسبة (١٠ %) من رأس مال المصرف سواء أكانت بصورة مباشرة أم غير مباشرة

(١) د. لطيف جبر كومانبي، الشركات التجارية/دراسة قانونية مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٢. ص ١٤٨.

(٢) عرف المشرع في قانون المصارف العراقي الحيازة المؤهلة من خلال المادة (١) المخصصة للتعريف بالمصطلحات بالقول: (حيازة مباشرة أو غير مباشرة من قبل شخص يعمل بشكل منفرد أو مجموعة أو بشكل متطافر مع شخص أو أشخاص

تدخل في نطاق اكتساب الحيازة المؤهلة، وكذلك فعلت التشريعات الأخرى محل المقارنة، إذ تتخذ من حيازة أو تملك نسبة (١٠ %) أو أكثر من رأس مال المصرف حداً فاصلاً يستوجب أخذ الموافقة المسبقة من الجهة المختصة في البلد الذي يتبعه المصرف قبل الإقدام على اكتساب تلك النسبة، وهذا الأمر من شأنه أن يثير الاستغراب فهل هذا التوافق بين التشريعات المختلفة يعد من قبيل الصدفة أم أن وراء ذلك أمراً ما؟ ولعل ما يرفع أو يبدد هذا الاستغراب هو ما جاء في قول الفقيه الاقتصادي فرنسو كسني (Francois Casnais) الذي يقدر بأن تملك نسبة (١٠ %) أو أكثر من الأسهم العادية في حقوق التصويت داخل المؤسسة مقياس تم اختياره لأن تلك المساهمة هي عبارة عن استثمار طويل المدى الذي يسمح لمالكة ممارسة تأثير على قرارات تسيير المؤسسة^(١). ومن هنا أمكننا القول: إن تلك النسبة تمثل معياراً اقتصادياً أخذت به التشريعات المختلفة ونظمتها في تشريعاتها المصرفية، وإن تملكها يعد مؤشراً على توافر النية لمكتسب هذه النسبة بالسيطرة على إدارة المصرف، لأنه يمثل استثماراً طويلاً الأجل وليس مجرد المضاربة وتحقيق أرباح عاجلة، فضلاً عن ذلك فإن اكتساب نسبة (١٠ %) من رأس مال المصرف تعد نسبة كبيرة ومؤثرة، وأن تملك مثل هذه النسبة الضخمة لا يتفق مع طبيعة النشاط في السوق المصرفية، الأمر الذي يدعو إلى الشك بأن اكتساب مثل هذه النسبة قد يضر بالاقتصاد الوطني بشكل عام، أو بالمصرف الذي حصل فيه الاكتساب، مما تظهر الحاجة معه إلى وجوب التأكد من مصدر تلك الأموال، وكذلك من مدى تمتع المساهم بتلك النسبة ببعض المؤهلات التي تتناسب مع طبيعة العمل في المجال المصرفي، ولا سيما أن تملك مثل تلك النسبة من شأنها أن تمكن المساهم بها من السيطرة على الإدارة وبالتالي فإنه يتطلب التأكد من قدرة هذا المساهم سواء أكان شخصاً طبيعياً أم اعتبارياً من المشاركة بأعمال الإدارة بصورة فاعلة ورشيقة^(٢). ومن هنا فإن التشريعات المختلفة وجدت إنه لا مناص من ضرورة التأكد من مكتسب هذه النسبة ومدى قابليته ومؤهلاته، ولا سبيل للتأكد من ذلك إلا باشتراط الحصول على الموافقة المسبقة قبل السماح له باكتساب مثل هذه النسبة المؤثرة. وبشأن تنظيم نسبة المساهمة في رأس المال المسموح تملكها وفقاً للتشريع العراقي، فإن قانون البنك المركزي رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٦ المعدل بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩١ الذي كان يحكم عمل المصارف قبل الغائه وفي المادة (٤٢) منه لم يكن يسمح لأي شخص طبيعياً كان أم معنوياً تملك ما يزيد على (٥ %) من رأس المال الإسمي، وخول القانون الصلاحية للبنك المركزي عند وجود أسباب مبررة تحديد نسبة التملك بأقل

آخرين في مشروع تمثل (١٠ %) أو أكثر من رأس المال أو حقوق التصويت أو تتيح ممارسة نفوذها على إدارة المشروع الذي تقع عليه الحيازة وحسبما يقرره البنك المركزي العراقي).

^(١) نقلاً عن حاشي وهيبة، تقييم سياسات الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ودوره في التنمية الاقتصادية، مذكرة ماجستير، جامعة تيسيمسليت، ٢٠١٥، ص ١٦.

^(٢) م.م. بان توفيق نجم، العمليات المصرفية غير القانونية ودور الرقابة والتدقيق في ضوء مبادئ بازل (دراسة استطلاعية في المصارف العراقية) بحث منشور في مجلة الاقتصاد الخليجي، جامعة البصرة، العدد ٢٣ لسنة ٢٠١٢، ص ١٦٣.



من النسبة المحددة أعلاه^(١). أما قانون المصارف النافذ فسنجد فيما بعد إنه قد حظر أي قانون من شأنه أن يحدد نسبة المساهمة في المصارف، كما أن قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة المعدل ١٩٩٧ في المادة (٣٢/ثانياً) منه قبل التعديل ، وضع حداً لنسبة مساهمة الأشخاص من غير القطاع الاشتراكي في الشركات المساهمة بأن لا تزيد نسبة المساهمة على (٢٠ %) من رأس مال الشركة المساهمة^(٢)، ولا ريب في أن الغرض من تحديد نسبة المساهمة هو الحد من نشوء الاحتكار أو السيطرة على الشركة من قبل شخص أو مجموعة من الأشخاص يكونون في مركز مسيطر على قرارات وسياسات الشركة، إلا أن قانون المصارف العراقي النافذ ومن خلال المادة (١٠٧) منه قد قضى بعدم تطبيق الأحكام الواردة في قانون الشركات التي تحدد نسبة المشاركة على حملة الأسهم في المصارف^(٣). كما إنه بعد تعليق^(٤) حكم المادة (٣٢) من قانون الشركات العراقي بموجب البند (٣٨) من أمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة المرقم (٦٤) لسنة ٢٠٠٤ صار ممكناً أن تكون المساهمة بأية نسبة كانت دون التوقف بحد معين، بمعنى إمكانية تملك نسبة مؤثرة في الشركة^(٥) .

وما تجدر الإشارة إليه أن أمر سلطة الائتلاف سالف الذكر، الذي أطلق نسبة المساهمة في الشركات يسري على الأشخاص الطبيعية والمعنوية سواء أكانت محلية أم أجنبية، إلا أن هذا الأمر قد جرى تعديله في عام ٢٠١٩ وحدد نسبة مساهمة الأجنبي بأن لا تزيد على (٤٩ %) ^٦، الأمر الذي يثير السؤال الآتي:

^(١) نصت المادة (٤٢/ب) من قانون البنك المركزي العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٦ المعدلة بالقانون رقم (١٢) لسنة ١٩٩١ على: "لا تزيد نسبة مساهمة الشخص الطبيعي أو الاعتباري على (٥ %) خمسة من المائة من رأس المال الإسمي، وتضاف مساهمة الشخص الطبيعي إلى مساهمة الشخص المعنوي الذي يملك فيه ذلك الشخص الطبيعي أكثرية رأس المال الإسمي لاحتساب النسبة المذكورة، ويحق للبنك تحديد نسبة مساهمة أقل إذا وجد أسباباً موجبة".

^(٢) المادة (٣٢) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ قبل التعديل.

^(٣) نصت المادة (١٠٧) من قانون المصارف النافذ على "لا تطبق الأحكام الواردة في قانون الشركات والتي تحدد نسبة المشاركة في الشركات على حملة الأسهم في المصارف".

^(٤) التعليق هو "حالة مؤقتة يزول بزوالها أو تعليقها وإذا زال المانع عاد الممنوع". منشور في قرارات مجلس شوري الدولة لعام ٢٠٠٥، ص ١١٤.

^(٥) كما أن من النتائج المترتبة على تعليق العمل بحكم المادة (٣٢) من قانون الشركات العراقي لسنة ١٩٩٧ المعدل ما يلي (١- إلغاء الشركات المختلطة في العراق. ٢- إمكانية الاكتتاب الفوري. ٣- فسح المجال لتأسيس الشركات القابضة) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، دور المصارف في استثمار اموال العملاء، مجموعة محاضرات تم القاؤها على طلبة الدراسات العليا، كلية القانون - جامعة بغداد للعام الدراسي ٢٠٢١-٢٠٢٢.

^(٦) بعد التعديل الحاصل في عام ٢٠١٩ بموجب القانون رقم (١٧) أصبح نص الفقرة ثانياً من المادة (١٢) من قانون الشركات العراقي النافذ رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ أن يقرأ على الوجه التالي (للشخص الطبيعي أو المعنوي الأجنبي اكتساب العضوية

النطاق القانوني لاكتساب الحيازة المؤهلة في المصارف
باحث قانوني - عبداً لله عبدالسادة جودة بندر التميمي ا.م.د. خالص نافع أمين

هل التعديل الحاصل في عام ٢٠١٩ النافذ حالياً ينطبق على المصارف، على اعتبار أن المصرف ما هو إلا شركة مساهمة وبالتالي يفترض أن تسري عليها النصوص المنظمة لأحكام تلك الشركة الواردة في قانون الشركات. وللإجابة عن هذا السؤال فإنه يستلزم الرجوع إلى المادة (١٠٧) من قانون المصارف والتعرف على مقصد المشرع من ذلك، فإذا كان القصد منها تعطيل نصوص قائمة فإن التعديل الجديد من الممكن أن ينسحب على المصارف ومن ثم ليس من حق الأشخاص الاعتبارية الأجنبية المساهمة في المصارف بنسبة تزيد على (٤٩ %) من رأس مال المصارف، أما إذا كان قصد المشرع هو تقرير أحكام خاصة بالمصارف وتقردها بأحكام خاصة تختلف عن تلك المقررة في قانون الشركات، فهذا يقودنا إلى القول بإمكان الشخص الاعتباري الأجنبي تملك أية نسبة في رأس مال المصارف دون التقيد بحد معين. ومن وجهة نظرنا المتواضعة فإن التعديل الجديد على قانون الشركات الذي حدد مساهمة الأشخاص الأجنبية في الشركات المساهمة بما لا يجاوز (٤٩ %) لا ينطبق على قانون المصارف، وذلك لسببين:

الأول: إن المشرع في المادة (١٠٧) من قانون المصارف استعمل لفظة (لا تطبق) ولم يستعمل لفظة (تلغى، أو، إلغاء) فهذه الأخيرة تدلّ على وقف العمل بنصوص قائمة، ومن ثم فإن إعادة العمل بتحديد نسبة المساهمة يمكن أن يحمل على انطباق النص الجديد على قانون المصارف، عملاً بالقاعدة التي تقرر (إذا زال المانع عاد الممنوع) أما لفظة (لا تطبق) وهي اللفظة التي استعملها المشرع في قانون المصارف فتحمل على أن نية المشرع تتجه نحو افراد أحكام خاصة لقانون المصارف، وهي تشمل جميع الأحكام في الحال أو المآل، ما لم يرد التعديل في قانون المصارف حصراً، ومن ثم فإنه وفقاً للقاعد القانونية المقررة، والتي تقيد بأن الخاص يقيد العام، فإنه للأشخاص الاعتبارية من الأجانب تملك أية نسبة في رؤوس أموال المصارف بدون التقييد بالنسبة التي حددها التعديل الجديد، وبالشروط التي حددها قانون المصارف^(١).

الثاني: إن المشرع في قانون المصارف عند تعريفه للحيازة المؤهلة قد أطلق نسبة المساهمة ولم يقيد بها بحد معين وكل ما اشترطه هو الحصول على الموافقة المسبقة من البنك المركزي العراقي.

عموماً فإنه على صعيد قانون المصارف العراقي النافذ، وكما ذكرنا سابقاً فإنه قد أجاز أن تصل نسبة المساهمة في رأس مال المصرف إلى أكثر من (١٠ %) من رأس المال بشرط الموافقة المسبقة من

بصفة مؤسس أو مساهم في الشركات المساهمة والمحدودة على ألا تقل نسبة مساهمة العراقي عن (٥١ %) من رأس مالها). تدقيق

(١) هذه الشروط بينتها المادة (٧/٤) من قانون المصارف رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ حيث نصت على (لا يحق للشخص الأجنبي امتلاك حيازة مؤهلة أو إدارة مصرف محلي ما لم يكن ذلك الشخص مصرفاً أجنبياً خاضعاً لرقابة شاملة وموحدة من قبل السلطة الرقابية في البلد الذي يقع فيه المركز الرئيسي لمصرف الأجنبي أو مصرف للتنمية متعدد الأطراف).



البنك المركزي العراقي، وقد بين المشرع ذلك عند تعريفه للحيازة المؤهلة بأنها حيازة مباشرة أو غير مباشرة في مشروع تمثل (١٠ %) أو أكثر من رأس المال. ومن المعلوم ان شركات المساهمة ومنها المصارف قد تصدر العديد من الأوراق المالية عند ممارسة نشاطاتها وتسيير أعمالها، الأمر الذي يستلزم منا تحديد نوع الورقة المالية التي تدخل في رأس المال، واستبعاد أية ورقة مالية لا تدخل في هذا المفهوم، وهذا لا يكون إلا من خلال التعرف على الأوراق المالية التي تصدرها الشركات المساهمة. والأوراق المالية متعددة ولا يمكن حصرها، ذلك أن أية ورقة يكشف عنها العرف التجاري وتتوافر فيها خصائص الورقة المالية تعد ورقة مالية^(١)، والأوراق المالية قسم منها لا يدخل في رأس المال إلا إذا تم تحويلها إلى أسهم، وقسم آخر يدخل في رأس المال وبالتالي فإن حيازة النسبة المحددة قانوناً منها تدخل في إطار الحيازة المؤهلة، وبقصد تسليط الضوء على ذلك فقد تم تناولهما في الفقرتين التاليتين:

أولاً: الأوراق المالية التي لا تمثل نسبة من رأس المال. نتناول هذه الفقرة في نقطتين نخصص الأولى للكلام عن حصص التأسيس أما الثانية فسنتكلم فيها عن وثائق الاستثمار، ولا شك في أن القصد من ذلك هو بيان فيما إذا كانت حيازة تلك الأوراق تمثل حيازة من نسبة رأس المال في المصرف أم لا.

(١) حصص التأسيس: إن تأسيس شركة مساهمة ومنها المصارف، ليس بالأمر اليسير، حيث يتطلب إتمام التأسيس جهوداً كبيرة يقدمها أصحاب الفكرة في التأسيس، وقد يكون لبعض المؤسسين النفوذ والخبرة في مجال التأسيس، أو لديهم القدرة على تأمين الاكتتاب بعدد كبير من أسهم الشركة، أو حتى تقديم براءة اختراع، ومن هنا فإنه وبمقابل الخدمات التي يقدمها هؤلاء المؤسسون أثناء مرحلة التأسيس يتم منحهم سندات تخولهم الحصول على أرباح، مكافأة لهم للجهود المبذولة في مرحلة التكوين، ويحدد النظام الداخلي الكيفية التي تُعطى بها، والحقوق التي تمنحها، وقد ينص النظام الداخلي على تسمية أخرى لهذه الحصص رغبةً في تغطية حقيقتها، كأن يطلق عليها تسمية (أسهم التمتع) بالرغم من احتفاظها عملياً بصفات حصص التأسيس ونتائجها، فهذه التسمية في حقيقتها لا تعدو أن تكون سوى تسمية صورية تستر في حقيقتها حصص المؤسسين^(٢). وحصص التأسيس، عبارة عن سندات ليس لها قيمة إسمية ولا تمثل جزءاً من رأس المال ولا تسهم في تكوينه، وهذه السندات تمنحها الشركة لمن تنازلوا لها عن التزام منحتهم الحكومة أو عن حق من الحقوق المعنوية لقاء نسبة معينة من الأرباح تحدد في نظام الشركة^(٣)، فهي

(١) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، النظام القانوني لإدارة محفظة الأوراق المالية، الناشر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٢٢.

(٢) القاضي د. الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء التاسع، الشركة المغفلة، سندات الدين وحصص التأسيس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٥، ص ٢٣٠-٢٣١.

(٣) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، مصدر سابق، ص ٣٨.

عبارة عن صكوك تمنح لأشخاص تثميناً لما قدّموه من جهود استثنائية أو خدمات أو مساعدات عند تكوين الشركة. ومن التعريفات المتقدمة يتوضح لنا بأن حصص التأسيس لا تدخل في رأس مال المصرف، بل إن صاحبها لا يعد شريكاً في المصرف، فهو مجرد دائن للمصرف بحصة من الأرباح وليس له الحق في الإدارة^(١)، وحيث إن النص الوارد في قانون المصارف العراقي اشترط أن تكون النسبة المؤهلة لاكتساب الحيازة المؤهلة أن تكون جزءاً من رأس مال المصرف، ولعدم تحقق هذا الشرط، فإن حصص التأسيس لا تصلح أن تكون محلاً لاكتساب الحيازة المؤهلة ولا تدخل في نطاقها.

وما تجدر الإشارة إليه أن قانون الشركات العراقي لم ينظم هذه الحصص^(٢)، الأمر الذي يمكن عدّه نقصاً تشريعياً يستوجب التنظيم، ذلك أن ترك المسألة من دون أي نص قانوني يمنع، أو يجيز إصدار حصص التأسيس من شأنه أن يفسح المجال لاجتهادات غير مبررة يمكن تداركها^(٣)، بخلاف المشرع المصري الذي تناولها في المادة (٣٤) من قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١، التي جاء فيها "لا يجوز إنشاء حصص تأسيس أو حصص أرباح إلا مقابل التنازل عن التزام منحتة الحكومة، أو حق من الحقوق المعنوية ويجب أن يتضمن نظام الشركة بياناً بمقابل تلك الحصص والحقوق المتعلقة بها....". وفي نطاق قانون المصارف نجد إن المشرع قد أطلق العنان للورقة المالية، فقرر أن كل ورقة قابلة للتداول تعد من قبيل الأوقاق المالية ويدخل في ذلك حصص التأسيس باعتبار قابليتها للتداول.

(١) د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج ١، الإسكندرية، دار المعارف، ١٩٦٦، ص ١٣٧.

(٢) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي مصدر سابق ص ٣٩.

(٣) ومن هذه الاجتهادات الفقهية ما صدر عن إدارة الفتوى والتشريع في دولة الكويت التي كتبها العلامة السنيهوري ومما جاء فيها "لم يرد في قانون الشركات التجارية نصاً يمنع إنشاء حصص التأسيس في الشركة المساهمة، ولم يرد في الوقت ذاته نصاً يبيح هذه الحصص، والأصل الإباحة فيما لا يخالف النظام العام أو الآداب، وليس في إنشاء حصص تأسيس تعطي للمؤسسين في مقابل ما بذلوه من الجهود في تأسيس الشركة ما يخالف النظام العام أو الآداب...". والرأي المتقدم قد لاقى القبول لدى بعض الفقه، بينما وجه البعض الآخر سهام النقد أليه بالقول "١- إن حصص التأسيس تعد امتيازاً لفئة معينة من المساهمين، والامتياز لا يتقرر إلا بنص قانوني. ٢- لا يجوز للشخص أن يكون حكماً وخصماً في آن واحد على اعتبار إن المؤسسين هم الذين يحددوا مكافأتهم لقاء القيام بتأسيس الشركة. ٣- منع بعض التشريعات إصدار حصص التأسيس كالقانون الفرنسي، وإن القانون المصري الذي أجازها أخضعها إلى قيود قانونية صارمة فالمطلوب تقديمه مقابل حصص التأسيس في القانون المصري يعتبر حصة عينية كالتنازل عن امتياز حكومي أو براءة اختراع أو علامة تجارية وليس جهداً بشرياً. ٤- الفساد واستغلال النفوذ، ويظهر ذلك في تاريخ إصدار هذه الحصص الذي اقترن بشراء ذمم رجال السياسة والفساد السياسي والاستغلال، كما حصل بمناسبة تأسيس قناة السويس البحرية، ومن باب سد الذرائع يجب عدم إجازة إصدار أو إنشاء هذه الحصص على الأقل عند عدم وجود تنظيم قانوني لها". للمزيد بشأن حصص التأسيس، يمكن الرجوع إلى القاضي الياس ناصيف، مصدر سابق، ص ٢٨١-٢٨٦.

ومهما يكن من الأمر فإن حصص التأسيس لا تصلح أن تكون محلاً لاكتساب الحيازة المؤهلة وكما أشرنا سابقاً، كونها لا تمثل جزءاً من رأس مال المصرف، بل هي مجرد مكافأة تمنح لمن قَدَمُوا أعمالاً جلية للشركة في مرحلة التكوين، ولكن تبقى الخطورة قائمة في حالة تحول تلك الحصص إلى أسهم، وبالتالي دخولها في رأس مال المصرف، وهذا ما يدعونا إلى القول بضرورة وجود تنظيم قانوني لحصص التأسيس. وما تجدر الإشارة إليه إن المشرع الفرنسي قد ألغى العمل بحصص التأسيس، ذلك أن من شأن هذه الحصص أن تجعل حاملها في وضع أفضل من المساهمين لأنهم يشتركون في الأرباح ولا يتحملون الخسارة، فهم لا يقدمون حصة في رأس المال الشركة^(١).

(٢) وثائق الاستثمار: وهي عبارة عن سندات قابلة للتداول في سوق المال تصدر عن صندوق الاستثمار وتمنح للمساهمين في الصندوق لقاء الحصص المقدمة من قبلهم للاستثمار في مجال الأوراق المالية^(٢)، وصندوق الاستثمار من الممكن أن يكون مصرفاً يقوم بأعمال الاستثمار في مجال الأوراق المالية، بعد الحصول على موافقة البنك المركزي^(٣)، فمتى ما قام المصرف بإنشاء صندوق لغرض تلقي الحصص من المستثمرين لأغراض تتعلق بالاستثمار في سوق الأوراق المالية حصراً، فإنه يقوم بتزويد المستثمرين بوثائق تؤيد تسليم هذه الحصص، وبقدر تعلق الأمر بموضوع بحثنا فإن حيازة وثيقة الاستثمار التي يمنحها المصرف للمستثمر لا تعد جزءاً من رأس مال المصرف، فهي لا تمنح المستثمر صفة المساهم في المصرف، وإن حق المستثمر يكون قاصراً على المشاركة في الأرباح والخسائر التي تحققها استثمارات الصندوق فقط^(٤). ولكل ما تقدم يمكننا القول إن حيازة وثائق الاستثمار تستبعد من نطاق الورقة المالية التي تكون محلاً لاكتساب الحيازة المؤهلة فصاحب وثيقة الاستثمار لا يعدو أن يكون سوى دائناً محتملاً عند تحقق الأرباح وبالمقابل قد تلحقه الخسارة أيضاً في الأحوال التي يتعرض فيها الصندوق الذي انشأه المصرف للخسارة.

ثانياً: الأوراق المالية التي تمثل نسبة من رأس المال: تناولنا هذه الفقرة في نقطتين تكلمنا في الأولى عن سندات الدين وفي الثانية فقد خصصناها للأسهم.

(١) د. فتحي عبد الرحمن الشويطر، النظام القانوني لتداول الأوراق المالية في البورصة، دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠٢٠، ص ١٥٣.

(٢) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، مصدر سابق، ص ٤٠.

(٣) المادة (١٧٣) من اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.

(٤) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، مصدر سابق ص ١٥٤.

(١) سندات الدين: لم يحدد قانون المصارف حداً أعلى لرأس مال المصرف، وترك الباب مفتوحاً لإرادة المؤسسين والمساهمين الذين قد يقرروا فيما بعد زيادة رأس المال^(١) نتيجة لرغبتهم في النمو والتوسع، أو قد يلحق المصرف خسارة وتسوء أحواله فلا يجد الموارد الكافية فيقرر زيادة رأس المال لكي يستطيع الوفاء بديونه وتعويض النقص الحاصل لديه، وربما لا يجد المصرف ملجأً لزيادة رأس ماله سوى الاقتراض من الغير عن طريق إصدار سندات القرض، فزيادة رأس المال قد يجنب المصرف مخاطر عروض السيطرة^(٢) ويعرف هذا السند بأنه: "ورقة مالية اسمية قابلة للتداول، وغير قابلة للتجزئة وتمثل حق دائنية لحاملها تجاه الشركة"^(٣). أوهي صكوك قابلة للتداول تعطي لأصحابها الحق المتفق عليه بالإضافة إلى قيمته الإسمية عند انتهاء مدة القرض^(٤)، وصاحب السند يعد دائئاً للمصرف، ويترتب على ذلك حق حامل السند بتقاضي الفوائد المتفق عليها وبحسب المواعيد المثبتة فيه، وكذلك حقه في استرداد قيمة السند عند حلول الأجل المحدد، كما يحق لحامل السند التصرف فيه بالبيع أو الرهن عن طريق تداوله بالطرق التجارية، فإن كانت إسمية تنتقل بالقيود في سجلات الشركة، وإن كانت للحامل فتنتقل بالمناولة، أما إذا كانت إذنية فتنتقل عن طريق التطهير، أي بالكتابة على ظهر السند بما يفيد التصرف فيه لصالح المظهر إليه^(٥)، وسندات الدين وإن كانت تدخل في رأس مال المصرف بعد الاقتراض، إلا أن حامل السند لا يعد مساهماً بنسبة من رأس المال في المصرف فهو دائئ للمصرف، ولكن قد يتم تحويل هذه السندات إلى أسهم، فعندئذٍ تتغير صفة حامل السند من مجرد دائئ للمصرف إلى مساهم، ويترتب على ذلك إذا كانت نسبة القرض التي أصبحت نسبة مساهمة في رأس المال تصل أو تزيد على (١٠ %) من رأس المال، وجب تقديم طلب اكتساب الحيازة المؤهلة وخضوعه لمعايير التقييم التي يتبعها البنك المركزي. وما يستلزم الإشارة إليه، إنه إذا كان المشرع العراقي في قانون الشركات لم يتعرض إلى ذكر السندات القابلة للتحويل إلى أسهم، فإن قانون المصارف، ومن وجهة نظرنا قد أشار إلى ذلك النوع من السندات التي يمكن تحويلها إلى أسهم دون أن يتناولها بالتنظيم من حيث الشروط التي الواجب توافرها في عملية تحويل الأسهم إلى سندات، وسندنا في ذلك، هو ما ورد في المادة (١٠٦) حيث نصت المادة المذكورة على "بحلول كانون الأول ٢٠٠٥/٣١ تمنع المصارف من الاشتراك في أنشطة المتاجرة بالأسهم لحسابها

(١) يشترط قانون الشركات العراقي لإمكانية زيادة رأس مال الشركة المساهمة تحقق الشروط التالية: (١- أن يكون رأس المال مدفوعاً بالكامل. ٢- قرار الهيئة العامة بزيادة رأس المال. ٣- موافقة الجهة القطاعية المختصة على زيادة رأس المال).

(٢) د. علي طلال هادي، حماية أقلية المساهمين من مخاطر الاستحواذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون-

جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد الثاني، ٢٠١٧، ص ٤٠٩. <https://doi.org/10.35246/jols.v32i2.48>

(٣) د. لطيف جبر كومانبي، مصدر سابق، ص ٢٠٧.

(٤) د. سميحة القليوبي، الشركات التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٥، ٢٠١١، ص ٧٩١.

(٥) سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، ٢٠٠٨،

ص ١٢١-١٢٢.

الخاص، ولن تحصل على أسهم أو حصص أو سندات مرتبطة بأسهم عن طريق شرائها إلا بموافقة مسبقة من البنك المركزي العراقي فعبارة (سندات مرتبطة بأسهم)^(١)، التي تعرف بأنها أوراق مالية هجينة تدفع بسعر كوبون ثابت، أو هي سندات دين يعتمد سعرها المحقق على أداء أسهم المصدر، مثل السندات القابلة للتحويل أو السندات القابلة للاستبدال^(٢) فالسندات القابلة للتحويل (Convertible bond) عبارة عن سندات تسمح لحاملها أو للجهة المصدرة الحق في تحويلها إلى أسهم ويتم احتساب سعر السهم وفقاً لقيمتها السوقية ويعطى لحامل السند عدداً من الأسهم تعادل قيمة السند والفائدة المترتبة عليه^(٣). أو هي "حقوق الدين أو حقوق الملكية التي يمكن تحويلها إلى أوراق مالية قابلة للتصويت"^(٤). وأخيراً لا بد من الإشارة أن السندات القابلة للتحويل إلى أسهم قد ورد ذكرها في مشروع قانون الأوراق المالية العراقي وذلك من خلال المادة (٤) المخصصة لتعريف الورقة المالية^(٥).

ثانياً: الأسهم: عرفنا سابقاً عند تعرضنا للكلام عن بعض الأوراق المالية الأكثر شيوعاً، إن كلاً من حصص التأسيس، ووثائق الاستثمار، وسندات الدين، لا تمنح صاحبها الحق في حيازة نسبة من رأس المال ما لم يتم تحويلها إلى أسهم، والنتيجة المنطقية لذلك فإنه ينحصر نطاق اكتساب الحيازة المؤهلة في الأسهم، وكل ورقة مالية يمكن تحويلها إلى أسهم بالنسبة للحالة الأولى التي تتعلق بحيازة نسبة (١٠%) أو أكثر من رأس مال المصرف، على أنه يجب أن لا يفهم عدم إمكانية تحقق اكتساب الحيازة المؤهلة بغير حيازة الأسهم، أو الأوراق القابلة للتحويل إلى أسهم، إذ إنه من الممكن أن تتحقق الحيازة

^(١)وردت هذه العبارة في النص المكتوب باللغة الانكليزية كالتالي: (equity-linked bonds).

^(٢) Equity-linked securities are Hybrid securities paying a fixed Coupon Equity-rate Equity-linked securities are Debt securities whose Realised rate will depend on the performance of the shares of the issuer (like convertible bonds) or of a third company (like Exchangeable bonds. See, Definition for: Equity-linked securities-vernimmen. Available at the link, <http://www.vernimmen.com>. last visited 2/8/2023.

^(٣)محمد الزغبى أنواع السندات، مقالة منشورة ومتاحة على الرابط الالكتروني: <https://rouwwad.com>. تاريخ الزيارة في ٢٠٢٣/٨/٢.

^(٤) Electronic code of federal regulation (e-CFR) Title 12-Bank and Banking 225-41.

^(٥)تم تعريف الورقة المالية في المشروع بأنها "أي حقوق ملكية أو أدوات مالية متعارف عليها على أنها ورقة مالية وتعتبرها الهيئة كذلك، وعلى وجه الخصوص يشمل مصطلح ورقة مالية ما يلي: ٢- سندات المديونية القابلة للتحويل وغيرها من مستندات المديونية التابعة للمصدر".

المؤهلة من خلال الجمع بين حيازة نسبة من رأس المال لا تصل إلى (١٠ %) مع وجود تأثير فعال، هذا التأثير الذي قد يملكه كل من حامل حصص التأسيس والأوراق الأخرى التي أشرنا إليها سابقاً.

وقبل أن نتناول الورقة المالية (السهم) التي تمنح حاملها حق المساهمة في نسبة من رأس مال المصرف، نجد إنه من الضروري التوقف قليلاً أمام تعريف الورقة المالية الوارد ذكره في قانون المصارف لنتعرف على نوع السهم الذي أجاز القانون العراقي التعامل به، مع ضرورة التسليم بحقيقتين

الحقيقة الأولى: - إن قانون المصارف وكما نوهنا سابقاً قد تم وضعه بأمر سلطة الائتلاف المؤقتة المنحلة وبمشاركة مؤسسات عالمية ذات باع طويل وخبرات متراكمة في مجال الاقتصاد وتحديدًا في مجال العمل المصرفي، الأمر الذي يعطينا انطباعاً أولياً بأن الأحكام المعروفة في قانون الشركات قد لا تتماشى مع قانون المصارف، وتحديدًا في نوع الورقة المالية التي يجوز التعامل بها.

الحقيقة الثانية: إن قانون المصارف وبموجب القسم (٣) الذي جاء بعنوان (التشريعات غير المنسجمة) قد علق العمل بأي نص يتعارض مع أحكامه^(١). ومن ثم فإن أي نص قانوني سواء أكان في قانون الشركات أو أي قانون آخر يتعارض مع قانون المصارف صراحةً أو دلالةً، يعد معطلاً ولا يعمل به، فالغلبة تكون لقانون المصارف عند التعارض، والأمر المستقر عليه تشريعياً وفقهاً أن القانون العراقي لا يعرف سوى الأسهم والسندات الإسمية^(٢)، فهل هذا الأمر يتماشى مع التوجه الحديث الذي أورده المشرع في قانون المصارف العراقي عند تعريفه للورقة المالية أم لا؟ وسنحاول الإجابة عن هذا التساؤل بشيء من الإيجاز. عرفت المادة (١) من قانون المصارف العراقي الورقة المالية بالقول: "أداة مديونية قابلة للتداول، وأية أداة أخرى تعادل أداة المديونية هذه، وأية أداة قابلة للتداول تمنح الحق في حيازة ورقة مالية أخرى لدين قابلة للتداول بواسطة الاكتتاب والتبادل ويجوز أن تكون الأوراق المالية القابلة للتداول في شكل شهادة،

^(١) جاء في القسم (٣) من قانون المصارف العراقي النافذ ما نصه (٢) - أي نص في القانون العراقي لا ينسجم مع هذا الأمر، أو قانون المصارف لسنة ٢٠٠٤ وملحقه (أ) يعلق هنا للمدى الذي لا ينسجم فيه مع هذا الأمر).

^(٢) من الناحية التشريعية ينظر المواد (٢٩ و ٧٧) من قانون الشركات العراقي النافذ. أما على صعيد الفقه فيعرف السهم بأنه: "صكوك متساوية القيمة قابلة للتداول بالطرق التجارية والتي يتمثل فيها حق المساهم في الشركة، لا سيما حقه في الحصول على الأرباح" أ وهو "منقول معنوي يمثل ملكاً للمساهم يقرر له بموجبه حقوقاً مالية ومعنوية وله نقل ملكيته وترتيب حقوق عينية أخرى عليه" أما السند فيعرف بأنه "صك قابل للتداول تصدره الشركة ويمثل قرضاً طويل الأجل يعقد عادة عن طريق الاكتتاب العام". وتكون الأسهم والسندات في القانون العراقي إسمية دائماً. د. أحمد بن محمد الخليل، الأسهم والسندات وأحكامهما في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط ٢٠١٤، ص ٨١ و ٨٢. وكذلك د. لطيف جبر كومانني مصدر سابق، ص ١٨٥ و ٢٠٧، وكذلك د. محمد علي صاحب حسن، الحقوق العينية المقررة على أسهم الشركات المساهمة والمحدودة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد



أو قد تكون بشكل قيد دفترتي"^(١). ونلاحظ على التعريف المتقدم إنه بين مفهوم الورقة المالية بحيث ينطبق على كل ورقة قابلة للتداول يتم الحصول عليها عن طريق الاكتتاب، أو التبادل ويدخل في ذلك الأسهم لقابليتها للتداول. كما أن التعريف لم يستلزم أن تكون الورقة المالية إسمية بل أجاز أن تكون على شكل شهادة تعطى للحامل، وهذا ما يفهم مما ورد في عجز التعريف، إذ أشار إلى جواز أن تكون الورقة بشكل قيد دفترتي، أو بشكل شهادة. ومن وجهة نظرنا فإن المقصود بالورقة التي تكون بشكل قيد دفترتي هي الورقة الإسمية، أما التي تكون بشكل شهادة فتشمل الأشكال الأخرى للورقة، إذ قد تكون على شكل ورقة تعطى للحامل دون ذكر اسم معين ويتم تداولها بالمناولة، أو قد تكون اذنية تتداول عن طريق التظهير، وما يدفعنا إلى تأكيد هذا التوجه هو تعريف الورقة المالية الوارد في التشريع الفرنسي في المادة الأولى من قانون ١٩٨٨/١٢/٢٣ الذي عرف الورقة المالية بالقول: "صكوك تصدرها الأشخاص المعنوية العامة أو الخاصة وتنقل ملكيتها عن طرق القيد في السجلات، أو بالتسليم، وكل نوع منها يخول صاحبه حقوقاً متماثلة وهي تمثل حصة في رأس مال الشخص المعنوي المصدر أو حق دائنية على ذمته المالية"^(٢) فهذا التعريف يشابه التعريف السابق الذي أورده المشرع في قانون المصارف من حيث الشكل الذي من الممكن أن تكون عليه الورقة المالية، فلفظة القيد في السجل تشمل الورقة المالية الإسمية، أما لفظة التسليم فإنها تشمل الورقة المالية التي تصدر من دون ذكر اسم معين فمثل هذه الورقة يتم تداولها بالتسليم المادي. ومن هنا أمكننا القول بأن قانون المصارف العراقي قد جاء بأحكام مغايرة فيما يتعلق بالشكل الذي من الممكن أن تكون عليه الورقة، وبالتالي فإنه يمكن أن تكون الورقة المالية إسمية، أو للحامل، أو اذنية. كما أن القانون المؤقت لأسواق الأوراق المالية (٧٤) لسنة ٢٠٠٤، لم ينص على وجوب أن تكون الأسهم إسمية في القسم (٢/١٠)، فضلاً عن ذلك فإن القسم (١) المخصص للتعريف في البند (١٥) قد عرف السندات بالقول: "السندات هي أسهم تجارية ذات قيمة مالية من ضمنها أسهم الشركات المساهمة أو الأموال المشتركة الحكومية، أو التي تصدرها الشركات، حقوق بيع السندات، شركات محدودة أو أية أشكال استثمارية أخرى" فهذا التعريف لا يتضمن أية إشارة بوجوب أن تتخذ الأسهم التي تطرحها الشركات المساهمة الشكل الإسمي. في حين نجد الإشارة واضحة وصريحة بوجوب أن تتخذ الأسهم الشكل الإسمي في قانون سوق المال المصري رقم (٩٥) من خلال المادة (٨) منه التي تنص على "على كل من يرغب

^(١) في النسخة الانكليزية استعمل المشرع لفظة debt security والترجمة الدقيقة لهذه اللفظة هي (سندات الدين، أو ضمانات الدين)، الأمر الذي قد يوحي بأن الأسهم لا تدخل في نطاق التعريف، لأن الأسهم تمثل حق ملكية وليس مجرد دين، ولكن ما يجعلنا نميل إلى دخول الأسهم في التعريف، هو ما ورد في التعريف المتقدم الذي يشير إلى وأية أداة قابلة للتداول....

^(٢) د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، دور البنوك في خدمة الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣، ص ١٠.

في عقد عملية يترتب عليها تجاوز ما يملكه (١٠ %) من الأسهم الإسمية في رأس مال إحدى الشركات التي طرحت أسهمها في اكتتاب عام أن يخطر الشركة قبل عقد العملية بأسبوعين على الأقل...". أما قانون الشركات العراقي فقد أوجب أن تكون الأسهم والسندات التي تصدرها الشركات المساهمة على شكل أوراق إسمية^(١). وعليه فإن أية أسهم مهما كان شكلها يمكن الأخذ بها وفقاً لقانون المصارف وتدخل في رأس مال المصرف حيث إنها تعد جزء من المساهمة في المصرف، وإذا كانت هناك بعض الميزات للأسهم للحامل^(٢)، أو الأسهم الاذنية باعتبارها تتناغم مع ما يوجبه العمل التجاري من سرعة في إيقاع التصرفات القانونية، فإننا نجد بأن إصدار أسهم للحامل أو حتى اذنية لا ينسجم مع طبيعة النشاط المصرفي الذي يستلزم معرفة المساهمين، والتعرف كذلك على النسبة التي يملكها، إذ إنه يترتب على تملك بعض النسب وجوب التقيد بإجراءات محددة، فإذا كانت نسبة التملك تزيد على (٥ %) من رأس المال ولا تصل إلى (١٠ %) من رأس المال، لزم الأمر إخطار البنك المركزي، أما إذا كانت النسبة (١٠ %) فأكثر، وجب أخذ الموافقة المسبقة قبل تملك مثل هذه النسبة، وهذا ما أشارت إليه ضوابط الترخيص المصرفي الصادرة عن البنك المركزي عام ٢٠١٩ التي تم ذكرها سابقاً. وعليه نقترح أن يعاد صياغة تعريف الورقة الوارد في قانون المصارف بالشكل الذي يضمن وجوب أن تتخذ الورقة المالية الشكل الإسمي، لأننا وكما ذكرنا سابقاً فإن قانون المصارف قد منع العمل بأي قانون يتعارض مع أحكامه نصاً أو دلالة، فضلاً عن ذلك فإن وجوب أن تتخذ الورقة المالية الشكل الإسمي من شأنه أن يسهل الرقابة على حملة الأسهم والحد من عمليات غسيل الأموال.

خلاصة ما تقدم: فإن التشريعات المختلفة تضع نسبة معينة تعد في نظر المشرعين نسبة من شأنها أن تؤدي إلى خلق مركزاً مسيطراً على إدارة المصرف، وإن كان في حقيقة الأمر إن حيازة تلك النسبة لا تؤدي بالضرورة إلى خلق هذا المركز، ولكن لإجراءات احتياطية كان لا بد من وضع مقياس ليتسنى لها مراقبة المصارف كونها تمثل عماد الاقتصاد الوطني، فتملك مثل هذه النسبة مجرد قرينة على السيطرة، إذ أن السيطرة ممكن أن تتحقق حتى في حالة الحصول على أقل من (١٠ %)، ذلك أن الشركات المساهمة تضم أعداداً كبيرة من الشركاء (المساهمين) وإن الغالبية منهم لا يهمهم من المساهمة سوى

(١) وهذا ما يتوضح من خلال النصوص القانونية الواردة في قانون الشركات العراقي النافذ، فعلى صعيد الأسهم بين المشرع في نص المادة (٢٩/أولاً) التالي: (يقسم رأس المال في الشركة المساهمة والمحدودة إلى أسهم إسمية نقدية متساوية القيمة، وغير قابلة للتجزئة). أما بشأن السندات فقد بينت المادة (٧٧) من ذات القانون "...وتعتبر هذه السندات ذات قيمة إسمية واحدة قابلة للتداول، وغير قابلة للتجزئة".

(٢) من المميزات التي تحقّقها الأسهم للحامل سهولة تداولها في أسواق المال وكذلك انخفاض كلفة التداول. بن مختار إبراهيم، سلطة رأس المال في الشركة المساهمة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة ب اتنة ١ لخضر، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٢١٩.



الحصول على الارباح^(١)، وقد لا تتحقق حتى بامتلاك (٢٠ %) فمسألة السيطرة أمر نسبي وتختلف من مصرف إلى آخر^(٢)، ولإدراك المشرع ذلك فكان لا بد من وضع ضابط معين، يرشده إلى أن نية المساهم تتجه نحو السيطرة على إدارة المصرف، فهذه النية مسألة كامنة في النفس ولا سبيل للوصول إليها إلا بوضع معايير من شأنها أن تمكن المشرع وترشده للتوصل إلى تلك النية، ذلك أن الواقع العملي قد أفرز عدة أنواع من المساهمين في شركات المساهمة بالنظر إلى نية كل منهم، فهناك المساهم الشريك وغالباً ما يكون من المؤسسين حيث تتوافر لديه النية في المشاركة وتحمل الأرباح والخسائر، وهناك أيضاً المساهم المستثمر الذي لا يهيمه من مساهمته سوى الحصول على الأرباح فهو يبيع ويشترى الأسهم بقصد المضاربة، وهناك المساهم الذي يخطط للولوج إلى المصرف بقصد التحكم بإدارته، بل أن هناك من الشركات من تعتمد إلى دس جواسيس في الشركة من خلال الحصول على نسبة مؤثرة في الشركة للدخول للإدارة والرقابة عليها^(٣)، ومن هنا أمكننا القول بأن وضع نسبة محددة تمثل الحد الأدنى تمكن الجهات المختصة أمراً لا بد منه للتوصل إلى نية المساهم.

والجدير بالذكر إن المشرع العراقي قد وضع حداً أدنى للحيازة المؤهلة ولم يتعرض لوضع حد أعلى، وبذلك فإنه يكون قد سمح بالسيطرة على المصارف وإجراء تغييرات في هيكل الملكية وأناط مهمة منح الموافقة، أو رفضها إلى البنك المركزي العراقي وفقاً لمعايير محددة قانوناً، وكذلك وفقاً للسلطات التي يتمتع بها البنك المركزي، الأمر الذي يثير تساؤل مفاده هل يجوز للشخص الطبيعي المساهم أو الشخص الاعتباري من غير شركة المساهمة التفرد بملكية كامل رأس المال المصرف؟ والحقيقة أن قانون المصارف عند صدوره لم يبين الشكل الذي يجب أن يكون عليه المصرف ولكن تم تدارك ذلك لاحقاً بوجوب أن يتخذ المصرف شكل شركة مساهمة، وبناءً على ذلك فإنه لا يجوز للشخص الطبيعي والاعتباري تملك كامل رأس مال المصرف، ما لم يكن الشخص الاعتباري شركة مساهمة تمارس العمل المصرفي، وهذا ما يدعونا إلى القول بوجوب تحديد حد أعلى للنسبة التي يجوز تملكها من قبل الشخص الطبيعي أو الاعتباري من غير شركات المساهمة ليكون متوافقاً مع التوجه الذي يقضى بأن يكون المصرف على شكل شركة مساهمة، فضلاً عن ذلك فإذا أدت عملية اكتساب الأسهم إلى تقليل عدد المساهمين إلى ما دون الحد المبين قانوناً فإنه يتعين على البنك المركزي رفض عملية الاكتساب، إذ لا مجال للأخذ بمبدأ تحول

(١) د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم ونوفل رحمن ملغيط، المسؤولية القانونية للمستحوز على الشركة المساهمة، مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١ السنة ٤. ٢٠١٢. ص ١٢-١٣.

(٢) على طابع عبد الغني، الوسائل القانونية لإعادة هيكلة المصارف اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١٦. ص ٢٠٥.

(٣) د. نواصريه الزهراء، التنازل عن الأسهم، منشورات زين الحقوقية والأدبية، ط ١، ٢٠١٩، ص ١٣-١٨.

الشركة المعروف في قانون الشركات^(١)، ذلك أن المصرف يجب أن يبقى على الدوام شركة مساهمة، والشركات المساهمة لا يجوز تحولها إلى شركة من نوع آخر. فضلاً عن ذلك فإن هناك من التشريعات قضت بعدم جواز تسجيل المعاملات التي تؤدي إلى انخفاض عدد المساهمين عن خمسة مساهمين^(٢). وإذا كان المشرع العراقي قد بين النسبة الواجب تملكها لإمكان طلب اكتساب الحيازة المؤهلة فإنه لم يشترط أن تكون تلك الأسهم تتمتع بحقوق التصويت، فهل أن قانون المصارف جاء بحكم مغاير لما مستقر عليه في قانون الشركات القاضي بأن لكل مساهم حق التصويت في اجتماعات الهيئة العامة، وهذا ما سنراه في المطلب الثاني من هذا البحث.

المطلب الثاني

حيازة نسبة من حقوق التصويت

الحيازة كما ترد على الشيء فإنها ترد كذلك على الحق، ومصلحة المساهمين تقتضي أن يكونوا على دراية ومعرفة بما يجري في أروقة الشركة التي يساهمون بجزء منها، وهذا ما لا يمكن تحقيقه من دون السماح للمساهمين في المشاركة في الاجتماعات التي تعقدها الشركة، فحق المساهم في الحضور يعد من النتائج المترتبة على المشاركة في الشركة^٣، وفي سبيل تحقيق الحماية القانونية للمساهمين في الشركات المساهمة ومنها المصارف فقد تكفلت التشريعات بمنح حقوق التصويت للمساهمين بقدر نسبة مساهمتهم للتعبير عن رأيهم، ويتخذ القرار في الشركة بالأغلبية، أي أغلبية رأس المال الحاضرة وقت التصويت، وصاحب السهم يعد مالكا لحصة في الشركة، فحقه إذن من قبيل حقوق الملكية التي تخول صاحبها حق التصرف والاستعمال والاستغلال (الانتفاع)، ذلك أن الحقوق التي ينتجها السهم متعددة، فللمساهمين الانتفاع بما ينتج السهم من أرباح، وكذلك حقه في الإشراف والرقابة والاطلاع على سجلات

^(١) نصت المادة (١٥٣) من قانون الشركات العراقي النافذ على: "يجوز تحول الشركة من نوع إلى نوع آخر من الأنواع التي نص عليها هذا القانون مع مراعاة الاستثناءات الآتية: أولاً- لا يجوز تحول الشركة المساهمة إلى محدودة أو تضامنية أو مشروع فردي ولا الشركة المحدودة إلى تضامنية. ثانياً- لا يجوز تحول الشركة المحدودة أو التضامنية إلى مشروع فردي إلا في حالة نقصان عدد أعضائها إلى عضو واحد. ثالثاً- لا يجوز تحول الشركة المساهمة أو المحدودة أو التضامنية أو المشروع الفردي إلى شركة بسيطة".

^(٢) وهذا ما قضى به المشرع التركي في قانون البنوك رقم (٥٤١١) ل سنة ٢٠١١، في المادة (١٨) منه المخصصة لاقتناء ونقل الأسهم حيث نص على: "لا يجوز تسجيل المعاملات التي تؤدي إلى انخفاض عدد المساهمين عن خمسة، ونقل الأسهم المتأثرة دو إذن في دفتر الأسهم. تعتبر أي سجلات يتم إجراؤها في دفتر الأسهم بالمخالفة للحكم السابق باطلة، وتطبق أحكام هذه الفقرة أيضاً على اكتساب حقوق التصويت وإنشاء حقوق انتفاع على الأسهم".

^(٣) د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، حماية الأقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون- جامعة بغداد المجلد السادس والعشرون /العدد الأول، ٢٠١١ ص ١٣٠. <https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM.130-266779>



الشركة، وكذلك حقه في التصويت فهذه الحقوق تعد من الحقوق للصيقة بالسهم، وإذا كان السهم غير قابل للتجزئة فإنه من الممكن أن تتجزأ الحقوق التي ترد عليه فيكون صاحب السهم مالكا للرقبة ويرتب لغيره حق انتفاع، كأن يمنح غيره حق الانتفاع بالتصويت وعندئذ يكون هناك حقين عينيين على السهم، هما حق مالك الرقبة، وصاحب حق الانتفاع الذي له التمتع بالشيء كما لو كان مالكا له، ومع أن مالك الرقبة يفقد حقه في التصويت إلا إنه لا يفقد حقه كشريك مساهم في الشركة^(١). وبالرغم من عدم تنظيم حق الانتفاع في السهم على مستوى التشريع العراقي وكذلك المصري، إلا أن الفقه المصري انقسم بذلك إلى اتجاهين، الأول: يرى بأنه متى ما ثبت حق الانتفاع لشخص وكانت الملكية لآخر ولم يكن هناك اتفاق بين الطرفين على كيفية ممارسة حق التصويت، فإنه يتقرر لصاحب حق الانتفاع، لأنه الشخص الذي يهيمه الدفاع عن مصالحه المالية وحسن سير المشروع وإدارته، إذ أن التصويت يدخل ضمن أعمال الإدارة ومن المقرر أن لصاحب حق الانتفاع المشاركة في الإدارة. أما الرأي الثاني: فيرفض الاتجاه الأول، بسبب تجاهله لدور مالك الرقبة والذي يبدو بصورة أوضح في اجتماعات الجمعية العامة غير العادية، ويبرر ذلك بأنه إذا كان للمنتفع الحضور والتصويت في الجمعية العامة العادية باعتبارها تنظر في المسائل المتعلقة بإدارة الذمة المالية وتوزيع الأرباح، فإن المسائل المتعلقة بمصير الشركة ومستقبلها تستلزم حضور مالك الرقبة إن أراد هو ذلك في اجتماعات الجمعية العامة غير العادية^(٢). وحق التصويت عمل أو تصرف يعبر فيه المساهم عن رأيه في مسألة معينة مطروحة للنقاش تخص الشركة من شأنها أن تسهم في تطوير عملها، وقد أحال قانون المصارف العراقي تنظيم أعمال الإدارة في المصارف إلى النصوص المعمول بها في قانون الشركات، حيث نصت المادة (٢٥) من قانون المصارف على (١- في حالة عدم وجود أحكام محددة مخالفة لنص القانون يتم الالتزام بأحكام قانون الشركات، فيما يتعلق بالأمور الخاصة بمجالس إدارة المصارف ومدراءها المفوضين والاجتماع العمومي لحملة أسهمها)، ووفقاً لقانون الشركات العراقي، للمساهم أن يدلي بصوته بنفسه أو ينيب عنه غيره بموجب وكالة إن كان المناب من غير المساهمين، وإذا كان المناب أحد المساهمين تكون الإنابة بورقة يعدها المصرف بالتنسيق مع البنك المركزي باعتباره الجهة المختصة بمراقبة المصارف، ويجوز أن يكون المناب أحد أعضاء مجلس الإدارة^(٣). وبصدد موقف المشرع المصري فقد أجاز توكيل الغير للحضور في اجتماعات الشركة بشرط

(١) د. نواصرية الزهراء، مصدر سابق، ص ٩١-٩٣.

(٢) نقلاً عن د. عماد محمد أمين، حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات والبرمجيات، مصر - الامارات، ٢٠١٧، ص ٧٨-٨٨.

(٣) المادة (٩١/أولاً) (العضو توكيل الغير بوكالة مصدقة للحضور والمناقشة والتصويت في اجتماعات الهيئة العامة كما يجوز له انابة غيره من الأعضاء لهذا الغرض).

النطاق القانوني لاكتساب الحيازة المؤهلة في المصارف
باحث قانوني - عبداً لله عبدالسادة جودة بندر التميمي ا.م.د. خالص نافع أمين

أن يكون من المساهمين في الشركة ومن غير أعضاء مجلس الإدارة، أما إذا كان المنيب عضواً في مجلس الإدارة فإن له إنابة غيره من أعضاء مجلس الإدارة، إذ يجوز إنابة بعضهم للبعض^(١). كما أجاز المشرع المصري عملية التصويت بالمراسلة ضمناً لمشاركة المساهم في عملية التصويت^(٢). ونظراً لأهمية التصويت في أعمال الشركة المساهمة ومنها المصارف حيث من الممكن أن تتخذ قرارات ذات أهمية كبيرة ومؤثرة في مستقبل المصرف، فقد نص المشرع العراقي على أن من يمارس حقوق تصويتية تمثل (١٠%) من نسبة الأصوات الكلية للمصرف وجب عليه التقدم بطلب باكتساب حيازة المؤهلة، حيث إن حيازة مثل هذه النسبة من حقوق التصويت في نظر المشرع تعد نسبة كبيرة من شأنها أن تؤدي إلى السيطرة على إدارة المصرف، ذلك أن الحالات التي قد تتحقق فيها السيطرة لا تقتصر على حيازة أغلبية رأس المال فحسب، بل من الممكن أن تتحقق كذلك من خلال الحصول على مزايا التصويت، أو إنشاء أسهم ممتازة تعطي لصاحبها أكثر من صوت، أو حتى إبرام اتفاقيات مع المساهمين تقيد من حقوق المساهم في التصويت^(٣)، كما إن عملية السيطرة قد تتحقق عندما يمتلك الشخص أغلبية أصوات الهيئة العامة والسعي إلى إدارة الشركة عن طريق المساهمة في عضوية مجلس إدارة المصرف والتحكم فيه وفقاً لمصلحته^(٤)، فالعبرة ليست بعدد الأسهم وإنما بعدد حقوق التصويت، إذ أن حيازة أسهم ذات أصوات متعددة قد تحقق السيطرة، ولو كانت نسبة حيازة رأس المال ليست كافية لتحقيق ذلك^(٥). وإزاء أهمية حقوق التصويت فقد حرص المشرع على اعتبارها من المسائل التي يمكن أن تؤدي إلى السيطرة الإدارية، التي تتحقق من خلال الإدارة والرقابة الإدارية^(٦)، وتلافياً لتحقيق مثل هذه الحالة فقد أوجب المشرع في قانون المصارف العراقي على من يمتلك تلك النسبة التقدم بطلب للاكتساب وخضوعه لمعايير التقييم، وتعامل المشرع مع هذه الحالة كحالة مستقلة عن حيازة نسبة من رأس المال، بمعنى إنه ليس بالضرورة أن تؤدي حيازة نسبة (١٠ %) من رأس المال إلى حيازة نسبة تماثلها من حقوق التصويت والعكس كذلك صحيح،

(١) المادة (٥٩) قانون الشركات المصري لسنة ١٩٨١ (لكل مساهم الحق في حضور الجمعية العامة للمساهمين بطريق الأصالة أو النيابة، ولا يجوز للمساهم من غير أعضاء مجلس الإدارة أن ينيب عنه أحد أعضاء مجلس الإدارة في حضور الجمعيات العامة، ويشترط لصحة النيابة أن تكون ثابتة في توكيل كتابي وأن يكون الوكيل مساهماً).

(٢) د. عماد محمد أمين، مصدر سابق، ص ٨.

(٣) د. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط ١، ص ٢١٥ وكذلك ثامر خلف العبد الله، الجوانب القانونية لسيطرة الشركات القابضة على الشركات التابعة لها، مركز دار الدراسات العربية، ط ١، ٢٢٠١، ص ٤٣.

(٤) د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم، ونوفل رحمن ملغيث، مصدر سابق ص ٧.

(٥) د. نواصرية الزهراء، مصدر سابق، ص ٦٤.

(٦) بسام حمدي النعيمي، الأوجه القانونية لسيطرة الشركة القابضة على شركاتها التابعة في ضوء قانون الشركات الإماراتي الجديد رقم (٢) لسنة ٢٠١٥، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٧ ال عدد ١ لسنة ٢٠٢٠ ص ٢٨٧.



فكل حالة يتم معاملاتها بشكل مستقل عن الاخرى وفقاً لقانون المصارف، وفي كلتا الحالتين يلزم كل من يملك أيهما التقدم بطلب اكتساب الحيازة المؤهلة، الأمر الذي يمكن عده بأنه قد فسح المجال لمسائل غير معروفة في قانون الشركات.

عموماً وبقدر تعلق الأمر بموضوع حيازة نسبة محددة من حقوق التصويت التي من شأنها أن تؤدي بصاحبها إلى اكتساب الحيازة المؤهلة وبالتالي يكون عليه واجب أخذ الموافقة المسبقة من البنك المركزي العراقي، فإن من يتمعن في قانون المصارف العراقي يجد إنه قد استعمل في المادة (١) التي عرفت الحيازة المؤهلة لفظة (أو)^(١) من خلال قوله "...تمثل نسبة (١٠ %) أو أكثر من رأس المال، أو حقوق التصويت، أو تتيح ممارسة نفوذها على إدارة المشروع الذي تقع عليه الحيازة...، وبالتالي فإن تحقق أي خيار من تلك الخيارات يؤدي إلى اكتساب الحيازة المؤهلة. والمستقر في قانون الشركات إن لكل سهم صوت واحد^(٢)، والمبدأ الذي أخذ به قانون الشركات هو ما يعبر عنه بمبدأ التناسب، أي تناسب عدد الأصوات مع عدد الأسهم، ومقتضى هذا المبدأ يقوم على أساس تحقيق المساواة بين المساهمين^(٣). ولكن يبدو أن قانون المصارف قد جاء بحكم مغاير وهو امكانية أن تكون الأسهم بصورة لا تمنح لصاحبها أية حقوق تصويت (الأسهم غير المصوتة)، تلك الأسهم التي يعرفها المشرع المصري والذي أجاز لاعتبارات عملية إصدار أسهم للحائز لا يكون لحاملها الحق في التصويت في قرارات الجمعية العامة^(٤)، كما إنه من الممكن وفقاً لقانون المصارف العراقي أن تكون الأسهم مزدوجة التصويت أي تعطي لصاحبها قوة تصويتية تفوق عدد الأسهم التي يملكها، ونستطيع البرهنة على ذلك بالقول: إن المشرع لو أراد الإبقاء على الأصل المعروف في قانون الشركات المتمثل بأن يكون لكل سهم صوت واحد، لما كانت هناك حاجة بأن يذكر في النص عبارة (أو حقوق التصويت) وإنما يكتفي بذكر نسبة رأس المال فقط، وبالتالي ينصرف الذهن تلقائياً إلى وجوب العودة والركون إلى الأحكام التي بينها قانون الشركات المتعلقة بالحقوق

^(١)اللفظة (أو) حرف عطف وفي اللغة تستعمل في مواطن عدة، فقد تفيد الشك، نحو: (قرأت فصلاً أو بعض الفصل)، وقد تستعمل للإبهام: نحو (نحن أو أنتم على حق أو ضلال)، وقد تأتي بما تفيد التخيير نحو: (أدرس الأدب أو الطب) وغير ذلك من الاستعمالات الاخرى، وقد وردت في النص محل البحث بما تفيد التقسيم. ينظر د. أحمد مختار عمر، معجم اللغة العربية المعاصرة، عالم الكتب، القاهرة، ط١، ٢٠٠٨، ص١٣٦.

^(٢)وهذا ما نصت عليه المادة (٩٧/أولاً) من قانون الشركات النافذ بالقول: "في الشركة المساهمة والمحدودة، يكون لكل مساهم عدد من الأصوات يساوي عدد الأسهم التي يملكها".

^(٣)القاضي الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الشركة المغفلة (الأسهم) منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثامن، لبنان، ٢٠١٠، ص٣٥٩.

^(٤)عماد محمد أمين، مصدر سابق، ص٩.

التي يخولها السهم لصاحبه، وعليه فإنه لو افترضنا عدم ذكر العبارة في النص فإن ذلك لا يخل بالفهم السائد في قانون الشركات ولا يغير منه شيئاً. وما يؤكد ذلك أيضاً أن المشرع المصري في قانون البنوك رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ (الملغى) كان يقتصر على لزوم أخذ الموافقة المسبقة من البنك المركزي المصري في حالة تجاوز ملكية أي شخص نسبة (١٠ %) من رأس مال المصرف المصدر فقط، ولم يتعرض إلى حقوق التصويت^(١)، إلا إنه وبموجب المادة (٧٣) من قانون البنوك المصري الجديد رقم (١٩٤) لسنة ٢٠٢٠ قد عدل عن ذلك، وأدخل في النص حقوق التصويت كأحد الخيارات التي تتطلب الحصول على الموافقة المسبقة متى ما تجاوزت حقوق التصويت نسبة (١٠ %)، حيث نصت المادة المذكورة على "لا يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري وأطرافه المترابطة أن يمتلك ما يزيد على (١٠ %) من رأس المال المصدر، أو من حقوق التصويت لأي بنك، أو أي نسبة تؤدي إلى السيطرة الفعلية إلا بعد الحصول على موافقة مسبقة من مجلس الإدارة وكذلك عند كل زيادة على النسبة المصرح بها". وبذلك يكون توجه المشرع المصري الجديد مطابق لموقف المشرع في قانون المصارف العراقي، ولكن يختلف عنه بأن شرط الموافقة المسبقة وفقاً للقانون المصري يقتضي أن تزيد الملكية على (١٠ %) من رأس المال أو حقوق التصويت، أما المشرع العراقي فإن شرط الموافقة المسبقة لا يستلزم أن تزيد الحيازة المؤهلة عن النسبة أعلاه وإنما بمجرد بلوغها. ومن هنا أمكننا القول بأن استعمال المشرع لفظة (أو) إنما أراد بها إمكانية أن تكون هناك أسهم لا تتمتع بحقوق التصويت، كما أراد بها كذلك إمكانية أن يتمتع السهم الواحد بأصوات متعددة مسابراً بذلك بعض التشريعات التي تعرف مثل هذا النظام، وعليه فسنبين في هذا المطلب الأسهم التي لا تمنح صاحبها حق التصويت، وكذلك الأسهم التي تمنح صاحبها الحق في تعدد الأصوات من خلال الفقرتين التاليتين:

أولاً: الأسهم التي لا تمنح صاحبها حق التصويت: بقدر تعلق الأمر باكتساب الحيازة المؤهلة، فإن الأسهم التي لا تدخل في احتساب حقوق التصويت المؤدية إلى اكتساب الحيازة المؤهلة، هي الأسهم التي لا تخول صاحبها بموجب القانون أو النظام، أو بأي شكل من الأشكال أن يختار أو يصوت لاختيار المديرين أو اعفائهم، فهي أسهم تمثل استثماراً سلبياً ولا تمنح صاحبها السيطرة على الجهة مصدرة الورقة المالية^(٢)، وتعرف معايير المحاسبة الدولية ما يسمى بحقوق التصويت المحتملة، مثل (خيارات شراء

^(١) نصت المادة (٥١) من قانون البنك المركزي المصري لسنة ٢٠٠٣ (الملغى) على: "لا يجوز لأي شخص طبيعي أو اعتباري أن يمتلك ما يزيد على ١٠ % من رأس المال المصدر لأي بنك أو أية نسبة تؤدي إلى السيطرة الفعلية عليه، إلا بعد الحصول على موافقة مجلس إدارة البنك المركزي...".

^(٢) **Nonvoting securities:** "Common shares, preferred shares, limited partnership interests, limited liability company interests, or similar interests are not voting securities if: 2- the securities represent an essentially passive investment or financing device and do not otherwise

الأسهم، أو السندات التي يمكن تحويلها إلى أسهم (فهذه لا تعطي صاحبها حق التصويت في الحال، ولا تدخل عند إجراء التقييم في القدرة على التحكم بسياسات الشركة، ولكن متى ما كانت حقوق التصويت قابلة للممارسة، أي قد تم تحويلها إلى أسهم فعلاً، فإنها تؤخذ في نظر الاعتبار عند تقييم فيما إذا كانت هناك القدرة في التحكم في السياسات المالية والتشغيلية للمصرف^(١)، وإصدار أسهم لا تتمتع بحقوق التصويت أمر معروف في الكثير من التشريعات إذ يجوز إصدار أسهم يقتصر حق صاحبها على تقاضي الأرباح دون أن تمنحه حق المشاركة في الإدارة^(٢)، فالمشرع المصري أجاز إصدار أسهم لحامله دون أن يكون متمتعاً بحق التصويت، إلا إنه لم يضع ضمانات من شأنها أن توفر الحماية القانونية لحملة هذا النوع من الأسهم، كما أجاز المشرع الفرنسي في المادة ١/١٧٧، من قانون الشركات لسنة ١٩٦٦ المعدلة بالقانون ٧٨-٧٤١ في ١٣/٧/١٩٧٨ إصدار أسهم ذات الأفضلية في الأرباح التي لا تتمتع بحقوق التصويت بشرط أن يتضمن النظام الأساسي للشركة إصدار مثل هذه الأسهم وبما لا يزيد على (٢٥ % من رأس المال، ولعل ما يبرر إصدار هذا النوع من الأسهم هو إدراك المشرع أن غالبية المساهمين لا يهمهم من المساهمة سوى الحصول على الأرباح^(٣)، كما أن مؤسسي الشركة قد يخشون من سيطرة المساهمين على الشركة لذلك يفضلون إصدار هذا النوع من الأسهم التي لا تعطي صاحبها الحق في التصويت لكي ينفردوا بإدارة الشركة وتوجيهها على النحو الذي يتوافق مع ما يرونه مناسباً لهم، حتى وإن كان رأس المال الذي يملكونه لا يمثل الأغلبية، إذ تبقى سلطة التحكم للمؤسسين نتيجة لتمتعهم بأغلبية الاصوات^(٤).

provide the holder with control over the issuing company...."see, Electronic Code of Federal Regulations(e-CFR) 225.2 Definition Nonvoting securities.

⁽¹⁾ **Potential voting rights:** "An entity may own instrument (e.g. share warrants, share call option, debt or equity instruments that are convertible into ordinary shares) that have the potential (if exercised or converted) to give the entity voting power or reduce another party voting power over the financial and operating policies of another entity (potential voting rights). Where potential voting rights are currently exercisable or convertible, they are considered when assessing whether an entity has the power to govern another entity financial and operating policies". for any more about Potential voting rights, **See**, Deloitte Business Combinations and changes in ownership interests. Page.24.

^(٢) د. الياس ناصيف، الشركات المغفلة، مصدر سابق، ص ٣٤٧.

^(٣) د. عماد محمد أمين رمضان، مصدر سابق، ص ٢١٣ و ٢٢١.

^(٤) على سبيل المثال يوجد لدى شركة Google ثلاثة أنواع من الأسهم: النوع الأول:-(Class A) وعددها ٢٩٢ مليون سهم يتم تداولها باسم Google وتمثل ما نسبته ٤٢% من رأس المال، وفي شهر نيسان من سنة ٢٠١٤ جرى تقسيم تلك الأسهم

ثانياً: الأسهم التي تتيح لصاحبها تعدد الأصوات:

الأصل في حقوق التصويت هو تطبيق مبدأ التناسب الذي أخذ به المشرع العراقي في المادة (٩٧) من قانون الشركات النافذ، الذي يعني أن لكل سهم صوت واحد، وكلما زادت عد الأسهم زادت نسبة الأصوات التي يستطيع المساهم الإدلاء بها في إطار اجتماعات الهيئة العامة. وهذا المبدأ تنازلت عنه بعض التشريعات، كالتشريع الفرنسي حيث سمح في حالات استثنائية إصدار أسهم تتمتع بحقوق تصويت متعددة ولبعض الشركات، كشركات تنفيذ خطط التنمية الفرنسية في بلاد ما وراء البحار ومن هذه الشركات شركات الاقتصاد المختلط وشركات التزام المرافق العامة وذلك بقصد منع الشركات الأجنبية من السيطرة على المشاريع الوطنية، ومن ثم بقاء السلطة في هذه الشركات الهامة بيد الوطنيين^(١)، فالأسهم التي تتيح لحاملها حق تعدد الأصوات تعد الوسيلة المثلى التي تمكن بعض المساهمين من السيطرة على الإدارة بفعل ما يتمتعون به من قوة تصويتية^(٢)، فهذا النوع من الأسهم يسمح للمساهم التأثير في عملية اتخاذ القرار على الرغم من ضعف نسبة مساهمته في رأس المال^(٣). وقد أجاز المشرع المصري إصدار أسهم ذات الصوت المتعدد من خلال المادة (٣٥) من قانون الشركات رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١ المعدلة بالقانون رقم (٤) لسنة ٢٠١٨ حيث نصت على " يجوز أن ينص النظام على تقرير بعض الامتيازات لبعض أنواع الأسهم وذلك في التصويت أو الأرباح أو ناتج التصفية، على أن تتساوى الأسهم من نفس النوع في الحقوق والامتيازات أو القيود. كما أن النظم الأنجلو أمريكية تعرف مثل هذا النوع من الأسهم التي تعطي لصاحبها الحق في تعدد الأصوات وبحسب ما ينص عليه النظام الداخلي للشركة، والمثال البارز على ذلك وإن لم يكن في إطار النشاط المصرفي إلا إنه يدخل في إطار الشركات المساهمة

وننتج عن ذلك نشوء نوع جديد من الأسهم أطلق عليه (Class C) وعددها ٣٤٥ مليون سهم وهذا النوع من الأسهم سعره أرخص من النوع الأول مثلاً ٨١٣ دولار مقابل ٨٣٦ دولار لكن لا يملك أصحابها الحق في التصويت، وهناك نوع آخر من الأسهم وهو (Class B) وهذا النوع من الأسهم يعد نوعاً خاصاً ولا يتم بيعه للعامة وهو يمثل ٧% من رأس مال الشركة وعدده خمسون مليون سهماً، ويملك المؤسسون مثل لاري بيج وسيرغي برين خمسة وأربعين مليون سهماً منه، ويمتاز هذا النوع من الأسهم بأن كل سهم يعطي عشرة أصوات لصاحبه، ما يعني أن المؤسسين لديهم أربعمئة وخمسون مليون صوتاً بينما باقي الأسهم كلها لديها ثلاثمئة واثنتان وأربعون صوتاً فقط، وبذلك ضمن المؤسسون عدم ابعادهم من الشركة. محمد حبش، الملكية والسيطرة في الشركات المساهمة، مقالة منشور ومتاحة على الرابط.. الإلكتروني:

<https://io.hsoub.com/ELI5/50410>.

(١) فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركات المساهمة، دراسة قانونية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨، ص ٢٠٦.

(٢) د. أكرم ياملي، اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد ١، ال سنة ٢٠٠٦، ص ٢٠٦.

(٣) بن مختار إبراهيم، سلطة رأس المال في الشركة المساهمة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق العلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة باتنة ١ الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠١٧، ص ٢١١.



عموماً، هو أن لدى شركة (فيس بوك) سابقاً و (ميتا) حالياً، نوع من الأسهم وهو النوع (B) حيث يمنح هذا السهم صاحبه قوة تصويتية بواقع عشرة أصوات لكل سهم^(١). وقبل أن ننهي الكلام عن الأسهم التي لا تمنح صاحبها الحق في التصويت وتلك التي تتيح تعدد الأصوات، لا بد من الاعتراف بأن التعامل في مثل هذه الأنواع من الأسهم لا يجري التعامل بها في العراق، فالواقع العملي يدل على إن الفهم السائد والمترسخ لدى الجميع أن الأسهم تتمتع بخصائص محددة ومنها إنها تمنح أصحابها حقوقاً متساوية في التصويت فليس هناك أفضلية سهم على آخر، إذ أن النظام القانوني في العراق لا يعرف الأسهم الممتازة، وحقيقة نجد بأن الواقع العملي لا يصلح أن يتخذ مسوغاً لتجاهل النصوص القانونية، فالقوانين توضع لتطبق، وقانون المصارف قد أقر بالتفرقة بين حيازة نسبة من رأس المال وحيازة حقوق التصويت، كما إن المشرع المصري قد أخذ بنفس الاتجاه في قانونه الجديد وأقر بهذه التفرقة، وإمام كل ذلك فإنه لن يكون أمامنا إلا أحد الأمرين التاليين:

الأول: أما أن يصار إلى وضع نظام قانوني من البنك المركزي يوضح حقيقة اكتساب الحيازة المؤهلة عن طريق حيازة نسبة من حقوق التصويت. أو

الثاني: يتخذ الاجراءات الكفيلة واللازمة لطلب إعادة صياغة تعريف الحيازة المؤهلة بما تؤمن الترابط بين رأس المال وحقوق التصويت، بمعنى أن الحيازة المؤهلة تتحقق بحيازة (١٠ %) أو أكثر من الأسهم التي تتمتع بحقوق التصويت.

والأمر الذي يستلزم الإشارة اليه أن مشروع قانون الأوراق المالية لسنة ٢٠٠٨ وفي المادة (١/ش) قد أشار إلى الأوراق المالية التي تتمتع بحقوق التصويت وذلك عندما عرف المساهم الرئيسي بالقول: "شخص أو مجموعة من الأشخاص يعملون معاً ولديهم سيطرة أو ملكية منفعة تبلغ (١٠ %) أو أكثر من فئة أوراق مالية لها حق التصويت خاصة بمصدر أو مرخص له" ويفهم من هذا التعريف إمكانية وجود أوراق مالية لا تتمتع بحقوق التصويت وفقاً للمشروع. ولكن لا ينطبق على حاملي تلك الأسهم وصف المساهم الرئيسي، لأن ذلك مشروط بأن تكون الأوراق المالية تتمتع بحقوق التصويت.

المطلب الثالث

ممارسة النفوذ على إدارة المصرف

بعد أن فرغ المشرع سواء أكان في قانون المصارف العراقي، أم في التشريعات الاخرى محل المقارنة من وضع نسبة محددة من رأس المال، أو حقوق التصويت تمثل الحد الأدنى التي تمكن الجهات المختصة

(١) محمد حبش، الملكية والسيطرة في الشركات المساهمة، مقالة منشورة على الانترنت، مصدر سابق.

النطاق القانوني لاكتساب الحيازة المؤهلة في المصارف
باحث قانوني - عبداً لله عبدالسادة جودة بندر التميمي ا.م.د. خالص نافع أمين

بمراقبة المصارف من الاسترشاد بهما للتوصل إلى نية من يكتسب تلك النسب، ووجوب خضوعه لمعايير التقييم التي تحدد مدى ملاءمته لتملك تلك النسب المؤثرة، وزيادة في الحذر والمخاوف من السيطرة التي من الممكن أن تتحقق من خلال الحصول على أقل من نسبة الحيازة المؤهلة، فقد أناط المشرع للبنك المركزي صلاحية تقرير مدى وجود الحيازة المؤهلة بمعيار آخر غير منضبط وغير محدد بنسبة معينة، وهو معيار ممارسة النفوذ المهيمن^(١)، أو حسب ما يطلق عليه الفقه الأمريكي التأثير المسيطر (The controlling influence)^(٢)، ويسميه الفقه الفرنسي بالتأثير الفعال^(٣)، وأطلق عليه المشرع المصري السيطرة الفعلية^(٤)، فضلاً عن أن المشرع البحريني استخدم مصطلح ممارسة تأثير جوهري^(٥)، وتخضع مسألة وجود هذا التأثير المهيمن أو عدم وجوده إلى تقدير البنك المركزي العراقي وهو ما يتم استنتاجه من خلال الواقع الذي يتأتى من مختلف الظروف المتعلقة بالمصرف، فالنفوذ هو "السطوة أو الهيمنة التي يفرضها شخص على آخر"^٦

وقد تعرض المشرع في قانون المصارف العراقي في المادة (١) المخصصة لتعريف المصطلحات إلى الحالات التي تركها لتقدير البنك المركزي بصيغ مختلفة فقد استعمل تعبير أو تتيح ممارسة نفوذها وحسب ما يحدده البنك المركزي (exercise significant influence) وذلك عند تعريفه للحيازة المؤهلة، كما استعمل تعبير آخر وهو، أو يمارس سيطرة مؤثرة وكما يحددها البنك المركزي exercise a controlling influence وذلك عندما عرف السيطرة، وأخيراً استعمل عبارة ممارسة سيطرة فعالة (effective control exercise) عند تعريفه للشركة التابعة، وهذه الأخيرة لم يترك تقديرها للبنك المركزي، ونعتقد بأنها أيضاً تخضع لتقدير البنك المركزي على اعتبار إنها تتعلق بالحيازة المؤهلة. وحقيقة نجد بأن هذا الأمر محير بعض الشيء ولا يمكن فهم المراد من كل منهم، فالمشرع لم يفصح عن المقصود بهما، والقاسم المشترك بينهما أن المشرع لم يتطلب نسبة محددة وترك مسألة التعرف على وجود النفوذ أو السيطرة

^(١) ذكر المشرع (النفوذ المهيمن) في قانون المصارف العراقي في المادة (١) عند تعريفه الحيازة المؤهلة بعبارة أو تتيح ممارسة نفوذها على إدارة المشروع.

^(٢) See, Federal Register/ Vol.85, No.41/Monday, March 2,2020/Rules and Regulations, page 12399.

^(٣) نقلاً عن ثامر خليف العبد الله، مصدر سابق، ص ٣٣.

^(٤) المادة (٥١) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ (الملغى) وكذلك المادة (٧٤) من القانون الجديد ل سنة ٢٠٢٠.

^(٥) المادة (٣/١) من لائحة تنظيم السيطرة في البنوك، مصدر سابق.

^(٦) د. يونس صلاح الدين علي، اساءة استعمال النفوذ كعيب من عيوب الإرادة في القانون الانكليزي، دراسة مقارنة بالقانون العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الأول، ٢٠١٨، ص ٩٨.



المؤثرة أو السيطرة الفعالة لتقدير البنك المركزي^(١)، ويذهب رأي إلى أن تلك المفاهيم تؤدي إلى معنى السلطة أي الحق في الحكم^(٢). ومن خلال النظر لما نصت عليه التشريعات المختلفة سألغة الذكر، فإننا نرجح أن المعنى المراد منهما واحد وإن المقصود بهما جميعاً هو السيطرة الفعلية التي من الممكن أن تتحقق حتى في حالة الحصول على أقل من الحد الأدنى المحدد لنسبة الحياة المؤهلة، فالحيمنة تدل على معنى السيطرة الفعلية على الشيء بحيث يستطيع المهيمن استعمال الشيء كما لو كان مالكا له^(٣)، أو أن تكون له قدرة التأثير على توجيه إدارة وسياسات المصرف، فالحيمنة لا تتحقق بمجرد تملك حصة كبيرة فحسب، إذ أن هذا التملك لا يعدو أن يكون مجرد قرينة على وجود السيطرة الفعلية^(٤)، ذلك انه يكفي في بعض الأحيان تملك نسبة قليلة من الأسهم لتحقيق السيطرة والإدارة الفعالة بالشكل الذي يتيح تمرير القرارات الضرورية في اجتماعات المساهمين^(٥). وما ينبغي التأكيد عليه إن نظام الحياة المؤهلة لا يقف عند حد تملك نسبة محددة من رأس المال أو حقوق التصويت، بل أن التشريعات المختلفة وضعت الحد الأدنى له فحسب، ومن ثم فإن هذا النظام أي (نظام الحياة المؤهلة) يشمل كلاً من السيطرة الفعلية و السيطرة القانونية، وأن ممارسة التأثير المهيمن يدخل في نطاق اكتساب الحياة المؤهلة عند النظر بطلبات الاكتساب، ذلك أن هذا النفوذ المهيمن في حقيقته ما هو إلا السيطرة الفعلية، فالسيطرة تتحقق عندما

(١) وما يجدر الإلماع إليه أن هناك الكثير من الباحثين قد وجهوا سهام النقد للمشرع في قانون المصارف العراقي إذ اعتبروا أن تحديد المشرع لنسبة (٢٥ %) من رأسمال المصرف ليس بالضرورة أن يؤدي إلى تحقيق السيطرة على المصرف واقترحوا أن لا يتقيد المشرع بنسبة محددة لأن السيطرة ممكن أن تتحقق بأقل من ذلك، وقد فاتهم موقف المشرع بشأن معيار النفوذ المهيمن الذي لا يقوم على نسبة معينة من ملكية رأس المال، وبذلك فإن الانتقادات الموجهة للمشرع في قانون المصارف ليست في محلها، ذلك أن المشرع لم يقتصر في سبيل تحقيق السيطرة على معيار كمي فحسب، بل استند كذلك إلى معيار واقعي وهو معيار النفوذ المهيمن والذي يترك أمر تقديره لسلطة البنك المركزي وينظر ذلك لكل مصرف على حدة. بشأن الانتقادات الموجهة ينظر، إبراهيم إسماعيل إبراهيم ونوفل رحمن ملغيط، مصدر سابق، ص ١٣. وكذلك على طابع عبد الغني، مصدر سابق، ص ٢٠٥.

(٢) د. إحسان عبد الهادي النائب، مفهوم السلطة وشرعيتها، إشكالية المعنى والدلالة، بحث منشور في قسم العلوم السياسية /كلية القانون جامعة السليمانية، متاح على الرابط الإلكتروني، <https://sj.sulicihan.edu.krd>، تاريخ الزيارة ١٧/٤/٢٠٢٣. (٣) د. حسام سرور، الاستحواذ وأثره على المنافسة في المعاملات التجارية، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، مصر، ٢٠٢١، ص ٢٨٠.

(٤) د. حسام توكل موسى، إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق التنافسية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في ضوء القرارات والدراسات الصادرة عن جهاز حماية المنافسة المصري، ٢٠٢٢، ص ٧.

(٥) فالنتين كاتسونوف، استعباد العالم (نهب على الطريقة اليهودية) وزارة الثقافة، دمشق، ص ١٢١ و١٢٢.

يمارس الشخص نفوذاً مهيماً على إدارة المصرف^(١). وقد عرف البنك المركزي بموجب الاعمام المرقم (١٣٦/٢/٩) في ١/٤/٢٠١٩ في المادة (٨) منه تلك السيطرة بالقول " يقصد بالسيطرة الفعلية للشخص أن يكون مالكا لأية نسبة من شأنها تمكينه من تعيين غالبية أعضاء مجلس إدارة المصرف أو التحكم على أي نحو في القرارات التي يصدرها مجلس إدارته أو التحكم في القرارات التي تصدر عن جمعيته العمومية"^(٢)، كما عرفها القانون المصري بأنها " كل وضع أو اتفاق أو ملكية الأسهم أو الحصص أياً كانت نسبتها والتي تؤدي إلى التحكم في تعيين أعضاء مجلس الادارة أو القرارات الصادرة عنه أو عن الجمعيات العامة للشركة المعنية"^(٣)، والسيطرة الفعلية تستخلص من مختلف الظروف والعوامل وينظر كل مصرف على حدة^(٤) ومن هذه العوامل، الروابط العائلية، المصالح الاقتصادية، التأثير على أعضاء مجلس الإدارة ، القدرة والإمكانية على تعيين أو عزل أغلب أعضاء مجلس الإدارة، وجود اتفاق تعاقدى يعطي الحق بالإدارة. فالسيطرة الفعلية وإن لم تحدد صورها في التشريع المصرفي إلا إنها تستمد من الحرية التعاقدية ومبدأ سلطان الارادة^(٥). ومن التعريفات التي سلطت الضوء على السيطرة الفعلية هو ما جاء في تعريف المحكمة الكندية لهذا النوع من السيطرة في قضية (Transport M .I. Coutere V -The Queen 2003-2264-t.) " بأنها السيطرة التي يمارسها شخص على شركة وإن لم يملك أكثر من (٥٠ %) من رأس المال، إلا أن لذلك الشخص القدرة على ممارسة التأثير الناتج عن أسباب اقتصادية أو تعاقدية أو أخلاقية وإن هذه القدرة كافية للقول بوجود السيطرة"^(٦). وعلى صعيد التوجيهات الاوربية المنظمة للحيازة المؤهلة فإن التوجيهات واللوائح القطاعية تلزم الأشخاص الذين لا تصل نسبة حيازتهم إلى (١٠ %) أو أكثر بخضوعهم لإجراءات الاخطار المسبق، ومعايير التقييم إذا كانت النسبة التي

(١) د. فاطمة رزق مصطفى، النظام القانوني لتجمع الشركات، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، ٢٠٢٠، مصدر سابق، ص ١٠٨.

(٢) التعريف المذكور نقله البنك المركزي العراقي عن المادة (٥١) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري لسنة ٢٠٠٣.

(٣) المادة (٥١) من قانون البنك المركزي المصري لسنة ٢٠٠٣ مصدر سابق.

(٤) The assessment as to whether or not a significant influence over the management of a credit institution can be exercised always comes down to a case-by-case analysis in which all relevant facts and circumstances should be taken into account. see, Guide on qualifying holding procedures Banking supervision. Op.cit, page9.

(٥) ثامر خليف العبد الله، مصدر سابق، ص ٣٣. وأحمد وسمي، مصدر سابق، ص ٢٣٣.

(٦) معلومات هذه القضية وتفاصيلها متاحة على الرابط الالكتروني التالي: www.canlii-org/ca/cas/tcc/2003tcc-20002264.html

وأشار إليها كذلك إبراهيم إسماعيل إبراهيم ونوفل رحمن ملغيط مصدر سابق، ص ١٣-١٤.

بمملكونها من شأنها أن تتيج ممارسة تأثير كبير سواء تم ممارسة هذا التأثير أم لا^(١)، ذلك أن ممارسة النفوذ المهيمن يدخل في اطار اكتساب الحياة المؤهلة^(٢). ويعد هذا المعيار غير المنضبط من خلق وابتكار معهد القانون الامريكي^(٣)، فقد وجد أن هناك حالات يمكن أن تتحقق فيها السيطرة من دون الحاجة إلى تملك النسبة المحددة من رأس مال المصرف، وبهدف معالجة المخاوف التي يثيرها النفوذ المسيطر في إمكانية هيكلة مصرف ما فقد أضاف الكونغرس الأمريكي في عام ١٩٧٠ هذا المعيار (التأثير المسيطر) إلى تعريف الشركة القابضة التي سبق أن عرفها في قانون الشركة القابضة لسنة ١٩٥٦ بأنها "أي شركة ١- تملك أو تتحكم أو تحتفظ بشكل مباشر أو غير مباشر بسلطة تصويت (٢٥ %) أو أكثر من الأسهم التصويتية لكل مصرف من مصرفين أو أكثر أو شركة أصبحت أو تصبح شركة مصرفية قابضة بموجب هذا القانون، أو ٢- التي تتحكم بأي شكل من الأشكال في انتخاب أغلبية أعضاء مجلس إدارة كل بنك من بنكين أو أكثر"^(٤). فهذا التعريف عند وضعه في بادئ الأمر لم يتطرق إلى معيار التأثير المسيطر ولكن تم اضافته لاحقاً بعد مداولات ومناقشات مستفيضة، فقد أدرك مجلس الادارة في الاحتياطي الفيدرالي بإمكانية تحقق السيطرة بمعيار جديد لا يقوم على أساس نسبة محددة، وخول مجلس الإدارة الصلاحية في تقرير وجود هذا التأثير من عدمه، وبهدف تبسيط المسألة على مجلس الإدارة فقد

(1) **significant influence:5-1** (Pursuant to the sector Directive and Regulation, a proposed acquisition or increase in a holding which does not amount to 10% of the capital or voting rights of the target undertaking should be subject to prior notification and prudential assessment if such holding would enable the proposed acquirer to exercise a significant influence over the management of the target undertaking whether such influence is actually exercised or not. **see**, Joint Guidelines on the prudential assessment of acquisition and increases of qualifying holdings in the financial sector. Op.cit, page15.

(٢) الهيئة المصرفية الاوربية/ تعريف الحياة المؤهلة، متاح على الرابط: الالكتروني،
<https://www.eab.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/puplicld/2018-3762>. تاريخ

الزيارة في ١٣/١٠/٢٠٢٢.

(٣) حسين محمد فتحي، الاسس القانونية لعروض الاستحواذ على إدارات الشركات، ص ١٦.

(4) in 1970, Congress made significant amendments to the BHC Act, including revisions to the definition of control. Specifically, Congress added to the existing two Prongs of definition of control a new third prong. This third prong provided that a company has control over a bank or other company if the board determines after notice and opportunity for hearing that the company directly or indirectly exercises a controlling influence over the management or policies of the bank or company. See, Federal, Register, op.cit, page,12399.

تم وضع عدة افتراضات يتم من خلالها التوصل إلى وجود هذا التأثير ومن أهم تلك الافتراضات (علاقات العمل، التمثيل في الإدارة، تقييد الحقوق التعاقدية، اتفاقات الإدارة)^(١).

عموماً فإن معيار ممارسة النفوذ المهيمن على إدارة المصرف أخذت به مختلف التشريعات ومن بينها المشرع العراقي في قانون المصارف وكما تم بيان ذلك سابقاً، بل وحتى في قانون الشركات^(٢) وترك المشرع أمر تقدير وجود هذا النفوذ إلى الجهة المختصة بمراقبة البنوك (البنك المركزي العراقي) الذي يسعى عن طريق سلطته الرقابية إلى التثبت من التطبيق السليم لأحكام القانون وحماية مصالح الأطراف كافة^٣ ومسألة التحقق من وجود التأثير المهيمن تستخلص من مختلف الظروف وينظر لكل مصرف على حدة. وما تجدر الإشارة إليه أن التهديد بالتخلص من مجموعات كبيرة من الأوراق المالية، لا تدخل في إطار التأثير المسيطر، ذلك أن مسألة التخلص من الأوراق المالية أمر متاح للمستثمرين في التصرف بممتلكاتهم في أي وقت، فحرية التصرف بالأوراق المالية من النظام العام، إلا إذا وجد نص في القانون أو نظام المصرف يفيد بعكس ذلك^(٤).

الخاتمة

بعد أن تناولنا موضوع النطاق القانوني لاكتساب الحيازة المؤهلة في المصارف بالبحث والتدقيق في النصوص القانونية التي تناولته في التنظيم، فإن الفائدة من البحث لا تكتمل ما لم يستتبع ذلك البحث خاتمة توضح أهم النتائج التي تم التوصل إليها مشفوعة بالمقترحات وهذا ما سنوضحه من خلال الفقرتين التاليتين:

أولاً: النتائج: فيما يلي أهم النتائج التي تم التوصل إليها من خلال البحث والتي نعرضها في النقاط التالية:

(1) More for information, see, Federal Register page 5-15.

(٢) وهذا ما يفهم من خلال نص المادة (٣/١) من قانون الشركات التي جاء فيها: "يهدف القانون إلى حماية حاملي الأسهم من تضارب المصالح ومن سوء تصرف مسؤولي الشركة ومالكي أغلبية الأسهم والمسيطرين على شؤونها فعلياً". فعبارة المسيطرين على شؤونها فعلياً تدل على ممارسة النفوذ والتأثير المسيطر (السيطرة الفعلية).

(٣) د. هيفاء مزهر فلحي الساعدي، البنك المركزي بين المقرض والمسعف الأخير، بحث منشور في كلية القانون - جامعة بغداد،

المجلد ٣٤، العدد الأول، ٢٠١٩، ص ٤١٣. <https://doi.org/10.35246/jols.v34i1.131>

(4) **Threats to Dispose of Securities:** Historically, the board has viewed threats to dispose of large blocks of voting or nonvoting securities in an effort to try to affect the policy and management decisions of another company as presenting potential controlling influence concerns if a company with control over 10% or more of a class of voting securities of a second company threatens to dispose of its investment if the second company refuses to take some action desired by the first company. The Board recognizes that investors generally should be able to exit investments without raising control concerns. See, Federal Register/ Vol.85, No.41/Monday, March 2, 2020/ Rules and Regulation. Page 12407.



(١) يقوم مصطلح الحياة المؤهلة على أساس افتراض تشريعي مفاده أن كل شخص سواء أكان طبيعياً أم معنوياً ينوي الحصول على نسبة مؤثرة قدرها المشرع بنسبة (١٠ %) أو أكثر من رأس المال أو حقوق التصويت أو أية نسبة من شأنها تمكينه من ممارسة نفوذه على إدارة المصرف، يعد في نظر المشرع شخصاً ينوي السيطرة على إدارة المصرف، ومن ثم فإن نطاق الحياة المؤهلة يتحدد بتحقيق واحدة من الحالات المذكورة، سواء تمت السيطرة بالفعل أم لا.

(٢) للخصوصية التي تتمتع بها المصارف، وبهدف التأكد من كفاءة ومقدرة الأشخاص المؤثرين في عملية صنع القرار في الهيئة العامة للمصرف أو مجلس الإدارة، فقد شددت التشريعات إلى وجوب أخذ الموافقة المسبقة من الجهة المختصة بمراقبة المصارف قبل تحقق أية حالة من الحالات التي تدخل في نطاق اكتساب الحياة المؤهلة، وخضوع أولئك الأشخاص إلى معايير التقييم قبل السماح لهم باكتساب الحياة المؤهلة، والهدف من هذه الموافقة هو ضمان وجود إدارة رشيدة قادرة على تلبية متطلبات العمل المصرفي.

(٣) يرجع أصل مصطلح الحياة المؤهلة إلى التشريعات الأوروبية، التي تنظم حالة المساهمة في رأس مال المؤسسات المالية بنسبة محددة تحديداً تشريعياً أو أي نسبة أخرى تتيح لصاحبها ممارسة النفوذ المهيمن على إدارة المصرف وبالتالي السيطرة على إدارته، وقد استقى المشرع في قانون المصارف هذا المصطلح من تلك التوجيهات ونظمها في القانون رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤ وافرد لها باباً مستقلاً بعنوان (تغييرات الملكية واكتساب الحياة المؤهلة). وتغييرات الملكية في المصارف أمر معروف في التشريعات الأمريكية ويتم بحثه بعنوان (تغييرات السيطرة)، أي تغيير الجهة المتحكمة في إدارة المصرف، ومن خلال المزج بين المصطلح الوارد في التوجيهات الأوروبية وبين المصطلح المعروف في التشريع الأمريكي ظهر للوجود ما يعرف ب (تغييرات الملكية واكتساب الحياة المؤهلة) الذي تبناه المشرع في قانون المصارف العراقي.

(٤) الحياة المؤهلة نظام قائم على الاعتبار الشخصي، فاكتساب الحياة المؤهلة لا يكون إلا من قبل الأشخاص القادرين على تحمل مسؤولية إدارة المصرف، وضمان حسن الأداء فيه. فهو نظام لا يمنع السيطرة على إدارة المصرف، وإنما يهدف إلى ضرورة التأكد من كون الشخص الذي لديه النية في اكتساب الحياة المؤهلة يمتلك من المؤهلات والقدرات الشخصية والمالية على المحافظة على إدارة المصرف إدارة سليمة وناجحة. فضلاً عن ذلك فإنه لا ينتقل إلى الورثة وإنما تنتقل إليهم مقدار ما يملكه مورثهم فقط، فإذا ما أراد الورثة الاستمرار بالحياة وجب عليهم تقديم طلب بذلك إلى البنك المركزي العراقي وخضوعهم مجدداً إلى معايير التقييم.

ثانياً: المقترحات:

(١) ضرورة إصدار نظام خاص ينظم أحكام الحيازة المؤهلة بشكل مفصل ليكون مرجعاً قانونياً يتيح المجال للبنك المركزي العراقي الرجوع إليه عند النظر بطلبات اكتساب الحيازة، ولغرض المساهمة بإيجاد نظام قانوني محكم نقترح أن يتضمن هذا النظام الذي نأمل إصداره بعض النقاط التالية:

(١) توسيع دائرة تطبيق هذا النظام ليكون شاملاً لجميع المؤسسات المالية والتي تشمل المصارف وشركات الاستثمار المالي وكذلك شركة ضمان الودائع، وأية جهة أخرى تكون مهمة الإشراف عليها من قبل البنك المركزي العراقي.

(ب) إلزام الأشخاص الذين يعتزمون اكتساب الحيازة المؤهلة بنشر طلبات اكتساب الحيازة المؤهلة في الصحف الرسمية وكذلك في النشرة التي تصدر عن البنك المركزي وأية وسيلة أخرى يراها البنك المركزي وذلك لغرض إتاحة الفرصة للمساهمين في المصرف من تقديم الاعتراضات على تلك الطلبات والت تكون محل نظر للبنك المركزي قبل إصدار قرار الموافقة أو الرفض.

(ج) قيام البنك المركزي بالرد على طلبات اكتساب الحيازة المؤهلة خلال مدة محددة وذلك لأن من شأن ذلك أن يسهم في تحقيق الشفافية والوضوح في عمل البنك المركزي ويسهم في تحقيق الثقة بالتعامل معه.

(د) على البنك المركزي عند نظره في طلبات اكتساب الحيازة المؤهلة اتباع مبدأ التناسب الذي أخذت به التوجيهات الأوروبية من حيث المعلومات التي يلزم بتقديمها طالب الاكتساب بحسب ما إذا كان شخصاً طبيعياً أم معنوياً وكذلك بحسب النسبة التي ينوي اكتسابها، فكلما زادت نسبة الاكتساب يتم إخضاعه لمعايير تقييم أشد.

(٢) إلغاء تعريف الورقة المالية الوارد في قانون المصارف، لأن وجود مثل هذا التعريف في القانون المذكور يمكن أن يحمل على إنه مفهوماً خاصاً للورقة المالية في قطاع المصارف يختلف عما هو عليه الحال في القوانين الأخرى، في حين أن مفهوم الورقة المالية يجب أن يكون موحد بالنسبة لجميع الشركات التي تصدر عنها تلك القيم المنقولة، ونفضل أن يدرج تعريف الورقة المالية في قانون سوق الأوراق المالية حصراً.

(٣) قيام البنك المركزي العراقي بتشديد الرقابة على المصارف والتعرف على الأشخاص المؤثرين في إدارة المصرف والزامهم بتقديم طلبات اكتساب الحيازة المؤهلة وإجراء التقييم الشخصي والمالي، وفرض جزاء مالي على كل شخص يثبت اكتسابه الحيازة المؤهلة من دون الموافقة



المسبقة مع حرمانه من حق تقاضي الأرباح وحقوق التصويت للأسهم الت تزيد عن الحد المسموح بتملكه.

المصادر

أولاً المصادر باللغة العربية:

الكتب العامة:

- ١- د. لطيف جبر كوماني، الشركات التجارية/دراسة قانونية مقارنة، مكتبة السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٢.
- ٢- د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، النظام القانوني لإدارة محفظة الأوراق المالية، الناشر، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
- ٣- القاضي د. الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الجزء التاسع، الشركة المغفلة، سندات الدين وحصل التأسيس، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، ٢٠٠٥.
- ٤- د. مصطفى كمال طه، الوجيز في القانون التجاري، ج١، الإسكندرية، دار المعارف، ١٩٦٦.
- ٥- د. فتحي عبد الرحمن الشويطر، النظام القانوني لتداول الأوراق المالية في البورصة، دار الكتب والدراسات العربية، ٢٠٢٠.
- ٦- د. سميحة القليوبي الشركات التجارية،
- ٧- د. سامي محمد الخرابشة، التنظيم القانوني لإعادة هيكلة الشركات المساهمة العامة، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١، ٢٠٠٨.
- ٨- أحمد بن محمد خليل، الأسهم والسندات وأحكامهما في الفقه الإسلامي، دار ابن الجوزي للنشر والتوزيع، ط١٤٢٦هـ، ٢٠٠٤.
- ٩- د. عاشور عبد الجواد عبد الحميد، دور البنوك في خدمة الأوراق المالية، دار النهضة العربية، القاهرة، سنة ٢٠٠٣.
- ١٠- عماد محمد أمين، حماية المساهم في شركة المساهمة، دراسة مقارنة، الكتاب الثاني، دار الكتب القانونية، دار شتات والبرمجيات، مصر - الامارات، ٢٠١٧.
- ١١- د. معين فندي الشناق، الاحتكار والممارسات المقيدة للمنافسة في ضوء قوانين المنافسة والاتفاقيات الدولية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ط١.
- ١٢- كذلك ثامر خلف العبد الله، الجوانب القانونية لسيطرة الشركات القابضة على الشركات التابعة لها، مركز دار الدراسات العربية، ط١، ٢٢٠١.
- ١٣- د. نواصرية الزهراء، التنازل عن الأسهم، منشورات زين الحقوقية والأدبية، ط١، ٢٠١٩.

- ١٤- القاضي الياس ناصيف، موسوعة الشركات التجارية، الشركة المغفلة(الأسهم) منشورات الحلبي الحقوقية، الجزء الثامن، لبنان، ٢٠١٠.
- ١٥- فاروق إبراهيم جاسم، حقوق المساهم في الشركات المساهمة، دراسة قانونية مقارنة، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٨.
- ١٦- د. حسام سرور، الاستحواذ وأثره على المنافسة في المعاملات التجارية، دار النهضة العربية للتوزيع والنشر، مصر، ٢٠٢١.
- ١٧- د. حسام توكل موسى، إساءة استغلال المركز المسيطر في السوق التنافسية، دراسة تحليلية تطبيقية مقارنة في ضوء القرارات والدراسات الصادرة عن جهاز حماية المنافسة المصري، ٢٠٢٢.
- ١٨- فالنتين كاتاسونوف، استعباد العالم (نهب على الطريقة اليهودية) وزارة الثقافة، دمشق، ترجمة
- ١٩- د. فاطمة رزق مصطفى، النظام القانوني لتجمع الشركات، دار الجامعة الجديدة، مصر، الإسكندرية، ٢٠٢٠.

البحوث والمجلات:

- ١- م. بان توفيق نجم، العمليات المصرفية غير القانونية ودور الرقابة والتدقيق في ضوء مبادئ بازل (دراسة استطلاعية في المصارف العراقية) بحث منشور في مجلة الاقتصاد الخليجي، جامعة البصرة، العدد ٢٣ لسنة ٢٠١٢، ص ١٦٣.
- ٢- د. إبراهيم إسماعيل إبراهيم ونوفل رحمن ملغيط، المسؤولية القانونية للمستحوذ على الشركة المساهمة، مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، العدد ١ السنة، ٤. ٢٠١٢.
- ٣- بسام حمدي النعيمي، الأوجه القانونية لسيطرة الشركة القابضة على شركاتها التابعة في ضوء قانون الشركات الإماراتي الجديد رقم (٢) لسنة ٢٠١٥، بحث منشور في مجلة الشارقة للعلوم القانونية، المجلد ١٧ العدد ١ لسنة ٢٠٢٠.
- ٤- د. أكرم ياملكي، اختلاف حقوق المساهم باختلاف أنواع الأسهم، بحث منشور في مجلة الحقوق الكويتية، العدد ١، السنة ٣٠، ٢٠٠٦.
- ٥- أحمد حسن وسمي، الآثار الاقتصادية والقانونية لعمليات الاستحواذ على إدارة شركات المساهمة المقيدة في سوق الأوراق المالية، دراسة مقارنة، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية). مصدر سابق، ص ٢٣٣.
- ٦- د. محمد علي صاحب حسن، الحقوق العينية المقررة على أسهم الشركات المساهمة والمحدودة، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد الأول، الجزء الأول ٢٠١٧. <https://jols.uobaghdad.edu.iq/index.php/jols>

٧- د. هيفاء مزهر فليحي الساعدي، البنك المركزي بين المقرض والمسعف الأخير، بحث منشور في كلية القانون - جامعة بغداد، المجلد ٣٤، العدد الأول، ٢٠١٩، ص ٤١٣.

<https://doi.org/10.35246/jols.v34i1.131>

٨- د. يونس صلاح الدين علي، اساءة استعمال النفوذ كعيب من عيوب الإرادة في القانون الانكليزي، دراسة مقارنة بالقانون العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، العدد الأول، ٢٠١٨.

<https://doi.org/10.35246/jols.v33i1.12>

٩- د. علي طلال هادي، حماية أقلية المساهمين من مخاطر الاستحواذ، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد، المجلد ٣٢، العدد الثاني، ٢٠١٧.

<https://doi.org/10.35246/jols.v32i2.48>، ٢٠١٧

١٠- د. علي فوزي إبراهيم الموسوي، حماية الأقلية من القرارات التعسفية في قانون الشركات العراقي، بحث منشور في مجلة العلوم القانونية، كلية القانون - جامعة بغداد المجلد السادس والعشرون / العدد الأول، ٢٠١١

ص ١٣٠. <https://search.emarefa.net/ar/detail/BIM.130-266779>

التشريعات العراقية

١. قانون المصارف العراقي رقم (٩٤) لسنة ٢٠٠٤.

٢. قانون البنك المركزي العراقي رقم (٦٤) لسنة ١٩٧٦

٣. قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل.

التشريعات العربية

١- اللائحة التنفيذية لقانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لسنة ١٩٩٢.

٢- قانون الشركات المصري رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨١.

٣- القانون البنك المركزي واجهاز المصرفي والنقد المصري رقم (١٩٤) لسنة ٢٠٢٠.

٤- لائحة تنظيم السيطرة في البنوك طبقاً لأحكام قانون مصرف البحرين المركزي رقم (١٦) لسنة ٢٠٢١.

٥- قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المصري رقم (٨٨) لسنة ٢٠٠٣ (الملغى)

الاطروحات والرسائل :

١- حاشي وهيبة، تقييم سياسات الاستثمار الأجنبي المباشر في الجزائر ودوره في التنمية الاقتصادية، مذكرة ماجستير، جامعة تيسيمسليت، ٢٠١٥، ص ١٦.

- ٢- بن مختار إبراهيم، سلطة رأس المال في الشركة المساهمة، اطروحة دكتوراه مقدمة إلى كلية الحقوق والعلوم السياسية قسم الحقوق، جامعة باتنة ١ الحاج لخضر، الجزائر، ٢٠١٧.
- ٣- علي طابع عبد الغني، الوسائل القانونية لإعادة هيكلة المصارف اطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون - جامعة بغداد، ٢٠١٦.

ثانياً: المصادر الاجنبية:

- 1) Electronic code of federal regulation(e-CFR) Title 12-Bank and Banking 225-41
- ٢) قانون البنوك التركي رقم (٥٤١١) لسنة 2011
- 3) Deloitte Business Combinations and changes in ownership interests.
- 4) Federal Register/ Vol.85, No.41/Monday, March 2,2020/Rules and Regulations
- 5) Guide on qualifying holding procedures Banking supervision.,
- 6) Joint Guidelines on the prudential assessment of acquisition and increases of qualifying holdings in the financial sector.

المواقع الالكترونية:

- <http://www.vernimmen.com>. last visited 2/8/2023
- <https://rouwwad.com>.
- <https://io.hsoub.com/ELI5/50410>.
- <https://sj.sulicihan.edu.krd>.
- www.canlii-org/ca/cas/tcc/2003tcc-20002264.html
- <https://www.eab.europa.eu/single-rule-book-qa/-/qna/view/puplicld/2018-3762>.