

ضمانات الائتمان المصرفي

المستشار الدكتور

تامر ريمون فهم

هيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا

الكتاب الاول

الطبعة الأولى

٢٠١٢

دار النهضة العربية

٣٢ ش عبد الخالق ثروت - القاهرة

الناشر
العنوان
رقم الإيداع
الترقيم الدولي



دار النهضة العربية
32 ش عبد الخالق ثروت - القاهرة
2012 / 4959
I.S.B.N : 978 - 977 - 04 - 7980 - 8

إهداء

أشكر الله تعالى المدخر فيه كنوز الحكمة والعلم
إلى قرّة عيني عبير وماريز ومينا
إلى والدي الذي علمني أن العقل هو مقياس النجاح
إلى والدتي التي علمتني أن العاطفة هي جمال الحياة

اهدي لهم هذا البحث شكراً وعرفانا

نبذة عن الكاتب

الكاتب يعمل حالياً مستشار بهيئة المفوضين بالمحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية. وسبق له العمل كرئيس لنيابة النقض وقاضي بالمحاكم الابتدائية ووكيلاً للنائب العام. وقام بتمثيل القضاء المصري في عدة مؤتمرات دولية مثل مؤتمر حقوق المرأة الإنسانية، منظمة المرأة العربية في لبنان. كما قام بتمثيل وزارة العدل المصرية في عدة مؤتمرات دولية مثل المؤتمر الدولي للامم المتحدة الخاص بالشاهد المجهول والذي تم عقده في فيينا، بالنمسا، والمؤتمر الدولي للامم المتحدة الخاص بمكافحة الارهاب الدولي في روما، بايطاليا، والمؤتمر الدولي لمنظمة التجارة العالمية الخاص بالملكية الفكرية، والذي عقد في بكين وشنغهاي، بالصين. وحصل الكاتب على عدة شهادات علمية دولية منها؛ شهادة هيوبرت هامفري (Hubert Humphrey) العلمية في دراسة القانون الدولي، من جامعة مينيسوتا، الولايات المتحدة الأمريكية، ودبلومة متخصصة في دراسة القانون الدولي من جامعة لاهاي، هولندا، وشهادة علمية في دراسة حقوق الانسان، جامعة ستراسبورج، بفرنسا. بالاضافة إلى حصوله على شهادة الماجستير ودرجة الدكتوراه في القانون التجاري وذلك من جامعة عين شمس بالقاهرة.

مقدمة عامة :

إن الأبحاث العلمية في عالمنا المعاصر يجب أن ترتبط بظروف المجتمع الذي نعيش فيه وتحاول أن تعرض المشاكل وتجد لها الحلول المناسبة وإلا أصبحت ذات قيمة نظرية فقط لا ترتبط بالواقع العملي.

تمر بلادنا الآن بظروف اقتصادية غاية في الأهمية ويجب علينا المرور من عنق الزجاجة والعبور إلى منطقة اقتصادية آمنة تكفل للمواطنين الحياة الكريمة في ظل مستوى معيشي أكثر استقراراً.

هناك عدة فرص في الوقت الحاضر لتشجيع الاستثمارات المحلية ونموها ولجذب الاستثمارات الأجنبية إلى بلادنا. ويجب تكاتف جميع الجهود من أجل عدم تفويت تلك الفرص دون أعمال إيجابية على المستوى الاقتصادي والقانوني تؤدي في الأمد القريب والبعيد إلى النمو الاقتصادي الذي نهدف إليه.

التطوير القانوني لضمانات الائتمان المصرفي هو موضوع ذلك البحث. وسبب اختيار ذلك الموضوع هو طبيعة المرحلة الاقتصادية التي تمر بها بلادنا في الوقت المعاصر ومدى الحاجة إلى نظام قانوني مستقر يشجع ويجذب الاستثمارات المحلية والأجنبية.

تحتاج الدارسة القانونية للائتمان المصرفي إلى دراسة القواعد القانونية الخاصة بهذا الفرع القانوني في القانون المدني والقانون التجاري والقوانين الخاصة، فالتنظيم القانوني لضمانات الائتمان المصرفي هو الطريق

الصحيح لنمو الاقتصاد المصري. ومن خلال دراسة بعض التجارب في الاقتصاديات المتقدمة، لاحظنا أن هناك اهتماماً بتطوير وتنظيم واستقرار النظام القانوني للانتماء المصرفي في تلك الدول، والدور الإيجابي الذي لعبه القانون في الانتماء المصرفي لتطوير ونمو تلك البلاد من الناحية الاقتصادية.

لذلك يجب على الباحثين القانونيين في هذه المرحلة إلقاء الضوء على أهمية الاستقرار القانوني للانتماء المصرفي وذلك من خلال تطوير ضماناته حتى تكون متلائمة مع ظروفنا الحالية.

فالوضع الحاضر للضمانات الائتمانية المصرفية في حاجة إلى إعادة نظر وتطوير شامل حتى لا تعرقل المشروعات الاقتصادية الحالية والمستقبلية في بلادنا.

وهناك العديد من القواعد القانونية التي تتعلق بضمانات الانتماء المصرفي في القانون المصري. وتنتشر هذه الضمانات في عدة فروع قانونية سواء في القانون المدني أو القانون التجاري أو في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ واللوائح والقرارات التنفيذية البنكية الكثيرة. وقد تؤدي كثرة القوانين واللوائح إلى عدم الإحاطة الكاملة بها بالنسبة للعاملين في المجال القانوني الأمر الذي قد يؤثر على الاستقرار القانوني للانتماء المصرفي ويجعل المستثمر دائماً في وضع غير مستقر من الناحية القانونية ومن ثم احتمال هروب العديد من الاستثمارات من بلادنا خوفاً من عرقلة المشروعات الاقتصادية. ولذلك نحاول في هذا البحث تجميع هذه القواعد المنتشرة في

عدة قوانين ودراستها ونقدها وبحث إمكانية وكيفية تطويرها.

الدراسة التحليلية للنظام القانوني لضمانات الائتمان المصرفي في الوقت الحاضر تلقي الضوء وتعطي الاتجاه لمحاولة التطوير القانوني له والذي قد يؤدي إلى التطور الاقتصادي الذي نهدف إليه.

ونحاول في جزء من هذا البحث إلقاء الضوء على بعض قواعد الضمانات في النظم القانونية الائتمانية المصرفية في الدول الأخرى ومحاولة ربط هذه النظم بظروف تلك البلاد الاقتصادية في أوقات تاريخية معينة، حتى تكون الدراسة المقارنة مفيدة في بيان مدى ملائمة هذه النظم القانونية المتطورة مع واقعنا القانوني والاقتصادي.

فهناك عدة قواعد قانونية متطورة تتعلق بضمانات الائتمان المصرفي تساعد على حل بعض المشكلات للمخاطر الائتمانية. وعلى سبيل المثال فإن تطوير آلية عمل البنوك بشكل إيجابي يحتاج إلى تطوير قانوني لنظامها الائتماني والمصرفي، مما يساعد على جذب الاستثمارات وكذلك على إيجاد الحلول القانونية المناسبة للمشروعات المتعثرة بدلا من تعثرها.

ولذلك يجب أن تكون العلاقة القانونية التي تربط البنوك بأصحاب رؤوس الأموال علاقة تعاون والشعور بوحدة المصالح في الفريق الواحد. ويأتي ذلك من خلال نظام قانوني يشجع على الأفكار الاقتصادية المتطورة.

وبالمثل فإن مشاركة البنوك في المشروعات الاستثمارية يحقق عدة أغراض اقتصادية ويسمح في الوقت ذاته بممارسة الدور الرقابي للبنوك على تطور تلك المشروعات ومدى نجاحها أو فشلها في تحقيق أهدافها.

وحتى تكون مشاركة البنوك فعالة وإيجابية يتعين تطوير القوانين الائتمانية المصرفية، حتى تكون متلائمة مع تلك المشاركة.

الاستقرار والشفافية القانونية هما اللذان يشغلان بال معظم أصحاب رؤوس الأموال قبل للتوجه باستثماراتهم إلى أي دولة. ومما لا شك فيه أن مدى شفافية النظام القانوني للائتمان المصرفي المصري واستقراره هو أحد المعايير الرئيسية لدى أصحاب رؤوس الأموال في استخلاص مدى ملائمة المناخ القانوني لمشروعاتهم الاستثمارية.

ويُعد النظام القانوني المصري للإفلاس من الموضوعات المهمة التي يتناولها هذا البحث بهدف تطويره حتى يلاءم التطور الاقتصادي مع دراسة مقارنة لبعض النظم القانونية للإفلاس في بعض الدول الأجنبية وكذلك مقارنة النظام القانوني للمصري للإفلاس مع قانون الإفلاس الدولي.

ونحاول في هذه الدراسة تحليل القواعد القانونية المعاصرة في ضمانات الائتمان المصرفي سواء على المستوى المحلي أو الدولي بهدف الوصول إلى نظام قانوني للائتمان المصرفي أكثر تطوراً وملائم للظروف الاقتصادية التي تمر ببلادنا في الوقت الحاضر وكذلك للوصول إلى حلول للعراقيل القانونية التي تقف في وجه نمو الاقتصاد المصري.

وموضوع البحث يقودنا إلى التحدث عن الأزمة المالية العالمية التي حدثت مؤخراً، لأن للبنوك والمؤسسات المالية هي أصل الداء والبؤرة التي تفجرت منها الأزمة المالية التي تعتصر الاقتصاد حالياً.

وفي البداية نطرح هذا السؤال: كيف بدأت الأزمة ولماذا البنوك هي أصل الداء^(١)؟

توسعت البنوك التجارية أو الاستثمارية، على مستوى العالم في تقديم قروض هائلة بتريلونات الدولارات دون ضوابط وضمانات انتمائية كافية لملايين العملاء، وذلك لأهداف متعددة. وعلى سبيل المثال، أغدقت البنوك على عملائها بالقروض لشراء المساكن، وذلك فيما يعرف بقروض الرهن العقاري أو "Mortgage" وقد دفعت سهولة الحصول على تلك القروض أعداداً كبيرة للاستفادة من تلك الفرص دون أن يكونوا قادرين على سداد الأقساط ودون أن يقدموا ضمانات كافية تثبت قدراتهم المالية. وقد أدى هذا الوضع إلى إقبال كبير على تملك المساكن، مما دفع أسعارها إلى الارتفاع. وبالتالي حفز هذا مزيداً من المضاربين على الشراء انتظاراً لمزيد من الارتفاع المتوقع للأسعار ثم البيع بعد ذلك.

ومن جانبها توسعت المؤسسات المقرضة (من ضمنها البنوك) في تقديم خدمات وأدوات مالية مختلفة اعتماداً على ما تراكم لديها من تدفقات غير أن الرياح لم تأت بما تشتهي البنوك والعملاء على السواء، فقد انفجرت فقاعة الرهن العقاري وتباطأت عمليات الإقراض قبل أن تتوقف تقريباً في ٢٠٠٦ — ٢٠٠٧. وقد بدأت الأسعار تنهوى، ووجد الملايين أنفسهم مضطرين لترك منازلهم لعدم قدرتهم على الوفاء بأقساط وفوائد القروض، وبالتالي تحملت للبنوك خسائر باهظة أدت إلى انهيار بعضها. وبدأ حدوث

(١) دراستنا في هذا الجزء مستوحاه من بعض المعلومات التي تم نشرها في وسائل الإعلام المختلفة والإنترنت.

ما عُرف بانهييار أسواق الاستثمار العقاري الذي كان شرارة البداية التي أشعلت الأزمة الاقتصادية الحالية.

بالإضافة إلى ذلك، ساهم التطبيق الخاطئ للبنوك لنظام التوريق (Securitization) — الذي نعرضه بعد ذلك بالتفصيل — إلى بيع القروض في الأسواق والبورصات، دون أن تكون البنوك المقرضة قد أخذت قرارها بمنح الائتمان بناء على دراسة سليمة لمنح القرض للمقترض وبحث جدارته الائتمانية، ودون أن تحصل على ضمانات لسداد هذه التمويلات الأمر الذي أدى إلى بيع قروض لا يسدها العملاء، مما أدى إلى زعر جمهور للمشتريين لسندات هذه القروض ولجؤهم إلى البنوك الأصلية المقرضة أو للبنوك البائعة لاسترداد ثمن هذه السندات والتي يستحيل بيعها مرة أخرى لمشتريين آخرين نتيجة معرفتهم لعدم قدرة سدادها في حالة حفظها إلى نهاية مدة عقد التمويل الأصلي الذي أجرى بمعرفة البنك المقرض. وفي النهاية أدى ذلك — بالإضافة إلى عوامل اقتصادية أخرى — إلى إفلاس البنوك ومشكلات مالية لا حصر لها وقد ساهم ذلك بشكل مباشر في الأزمة الاقتصادية الحالية.

يُعد عمل البنوك محفوفاً بالعديد من المخاطر، تعود عادة إلى مدى استقرار الاقتصاد العالمي، وكفاءة الأشخاص الذين يديرون البنوك وأعمالها المختلفة، لأنه قد تتخذ بعض القرارات الخاطئة الخطيرة من القائمين على إدارة البنوك، مما يهدد استمرارها في نجاحها في السوق المصرفي. ويحدث سقوط أو على أقل تقدير تحديات مالية ومصرفية غاية في الصعوبة للعديد من البنوك في العالم نتيجة للسياسة المصرفية الخاطئة بالإضافة إلى عوامل

أخرى. ويوجد العديد من الأمثلة حدثت في وقت سابق؛ فمثلاً بنك إنجلترا واجه العديد من التحديات المصرفية والمالية في عام ١٩٦٤. وكذلك سقط العديد من البنوك في العالم خلال فترة الكساد الاقتصادي بين الحرب العالمية الأولى والثانية^(١). وقد حدث في الفترة من عام ١٩٧٣ حتى ١٩٧٦ بعض المشكلات المالية للبنوك في إنجلترا، بسبب الهبوط الحاد في أسعار العقارات. وقد فجر ذلك الأزمة البنكية الثانية، والتي أدت إلى ضغوط على بعض البنوك الكبيرة والمتوسطة الحجم.

وقد قام بنك إنجلترا برسم سياسة مالية أسماها "عملية قارب النجاة"، وقد اشترك مع العديد من البنوك في تنفيذها. وحدثت ذات المسألة في ألمانيا.

تواجه البنوك العديد من المخاطر في عملياتها اليومية، والمثال الأكثر شهرة، هو للتوجيه الخاطئ لاستثمار أموال البنوك في مشروعات اقتصادية فاشلة، مثل إقراض مشروعات في دول غير مستقرة على الناحية الاقتصادية أو لتذبذب أسعار العملات الأجنبية. وقد تحدث الأزمات في البنوك نتيجة للتوجيه الخاطئ في سياسة الائتمان طويل الأجل أو الائتمان قصير الأجل، إذ أنه يجب اختيار التوجيه الصحيح في الوقت المناسب.

ويؤدي اضطراب البنوك دائماً إلى أزمات اقتصادية؛ فالبنك يستثمر أموال العملاء من عامة الناس والشركات التجارية الكبيرة منها والصغيرة والمؤسسات المختلفة، ومن ثم فإن حدوث أزمات مالية له، يؤدي بالتبعية

(1) E.P Ehinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley - Ellinger's Modern Banking Law, Fourth Edition, 2005 , Page 26.

لأزمات اقتصادية لهذه الفئات مما يؤثر على اقتصاد البلاد⁽¹⁾.

دور البنوك المركزية في مواجهة الأزمة الاقتصادية:

الحقيقة أنه في ظل هذه الأزمة الاقتصادية العالمية، لابد أن يكون للبنوك المركزية دور في تحقيق التوازن للأسواق المالية التي تعاني نقصاً مفرطاً في السيولة. ودور تلك البنوك لابد أن يتركز على العمل على توفير السيولة اللازمة لفك تلك الأزمة الخانقة.

إن البنك المركزي أو المصرف الاحتياطي أو السلطة المالية (حسب القواعد القانونية المختلفة لكل دولة) هو كيان مسئول عن السياسة المالية لدولته أو لمجموعة من الدول الأعضاء، وأقوى وأشهر البنوك المركزية في العالم تضم البنك المركزي الأوروبي في الاتحاد الأوروبي والمصرف الاحتياطي الفيدرالي في الولايات المتحدة الأمريكية. ومسئولية هذه البنوك الرئيسية هي الحفاظ على مستوى منخفض من التضخم والبطالة بشكل يسمح بالنمو الاقتصادي. ومن مهام البنك المركزي أيضاً الحفاظ على استقرار العملة الوطنية ومصادر المال.

وهناك المزيد من المسؤوليات الأكثر حيوية للبنوك المركزية تشمل التحكم بأسعار فائدة القروض المدعومة والقيام بدور المقرض كملجأ أخير للقطاع البنكي خلال الأزمات المالية. كما أن البنوك الخاصة عادة ما تكون مكملة للنظام المالي الوطني.

وفي معظم الدول، فإن البنك المركزي له ولاية وعن طريقه تقوم

(1) E.P Ehhinger, Eva Lonnnicka, and Richard Hooley – 2005, last reference, page 27.

الحكومة بالتدخل في السياسة المالية. ولكن "البنك المركزي المستقل" هو الذي يعمل تحت القوانين الموضوعية ليمنع التدخل السياسي. ومن أمثلة ذلك المصرف الاحتياطي الفيدرالي وبنك إنجلترا^(١) وبنك كندا والمصرف الاحتياطي الاسترالي وبنك الجمهورية الكولومبية والبنك المركزي الأوروبي.

ونحن نرى أن أهم دور للبنوك المركزية هو وضع السياسة المالية، وتحقيق النمو والازدهار الاقتصادي. ولذلك فإن البنوك المركزية تستخدم أدوات السياسة المالية ومنها وضع أسعار الفائدة، ونظام ضمانات الائتمان، وتهدف من ذلك تأمين عمليات الائتمان المصرفي والمخاطر الائتمانية إلى أبعد حد ممكن.

وفي الولايات المتحدة الأمريكية — وعندها بدأت الأزمة الاقتصادية الحالية، بدأ التدخل الحكومي سواء من خلال وزارة الخزانة أو الاحتياطي الفيدرالي (البنك المركزي) في وضع الخطة، والتي أقرها الكونجرس في شهر أكتوبر عام ٢٠٠٨. وأنفقت الحكومة مبالغ طائلة تصل إلى ١,٨ تريليون دولار، خصصتها الحكومة من خلال عشر خطط وعمليات إنقاذ مختلفة، منها عمليات تملك حصص في بنوك، وتأمين عمالقي الرهن

(١) إدارة النظام المصرفي بأكمله في إنجلترا كانت — حتى يونيو ١٩٩٨ — في يد بنك إنجلترا. فقد صدر في إنجلترا قانون عام ١٦٩٦، جعل بنك إنجلترا يحتكر إدارة السوق المصرفي فيها، دون أي بنك آخر، وإن كان هذا القرار لم يجعل من بنك إنجلترا في هذا التوقيت بنك مركزي — بالمفهوم المتعارف عليه الآن — إلا أنه كان نواه أو بداية لذلك الاتجاه. (E.P Ehinger, Eva Lonnicka, and Richard)
(Hooley – 2005, previous reference, page 29).

العقاري (Fannie Mae & Freddie Mac)، وشراء شركة التأمين العملاقة (AIG). وكانت الحكومة الأمريكية تهدف من ذلك إلى الحيلولة دون انهيار جميع المؤسسات والبنوك المالية. ولذلك فقد اشترت حصص في بنوك كانت لا تعاني من أزمات حقيقية مثل (Bank of America) و (City Group) و (Wells Fargo)، وقامت بضخ أموال إضافية لها، حتى تستطيع تلك البنوك من خلال توفير السيولة المالية لها من أن تتقذ الاقتصاد — الأمريكي من الأزمة المالية الراهنة، من خلال عمليات ائتمان واستثمارات مدروسة.

والحقيقة أن هذه الخطوات من الحكومة الأمريكية سعت إلى حماية الرأسمالية وليس الانقلاب عليها، بدليل أنها قررت عدم فرض الوصاية الإدارية على هذه البنوك، وإنما وضعت شروط هامة حتى تتجنب تلك البنوك مخاطر ائتمانية شديدة تؤدي إلى زيادة المشكلة. ولكن المهم أن تستغل تلك البنوك هذه السيولة المادية في منح قروض وتمويلات تتخذ فيها القرارات الائتمانية على نحو سليم.

ونحن نرى، أنه لا يوجد نظام اقتصادي يطبق بشكل حرفي في جميع الدول وفي جميع الظروف. وعلى سبيل المثال، لا مانع في ظل تطبيق نظام السوق الحر أو النظام الرأسمالي، أن تراقب الدولة تطبيقه بشكل يحقق التنمية الاقتصادية، وأن تتدخل عند الحاجة لمنع الكوارث أو معالجتها وتتخذ جميع التدابير التي تراها للخروج من هذه الأزمات.

نجحت للبنوك المركزية الأوروبية إلى حد ما في التصدي للأزمة المالية العالمية، والفضل في ذلك يرجع إلى المتابعة السليمة والخطط الموحدة التي

اتفق عليها القادة الأوروبيون من جانب ومحافظو البنوك المركزية من جانب آخر.

لقد كان واضحاً منذ الأيام الأولى من وقوع أزمة "Wall Street"، أن الحكومات الأوروبية وبنوكها المركزية الكبرى تتابع من كثب تطورات الأزمة الحالية في الأوساط المالية الأمريكية، ونجحت في وضع خطط تعتمد على مبدأ كيفية حماية البنوك. ولذلك، فقد كان القاسم المشترك في التحركات السياسية والاقتصادية الأوروبية هو "البنوك" سواء من ناحية ضمان القروض بين البنوك، أو من حيث ضخ السيولة المالية في الأسواق لتأمين وضع البنوك، أو من خلال المساعدات المباشرة اللازمة لإعادة تشكيل رأس مال البنوك، أو من خلال عمليات التأمين الجزئي والكلي للبنوك نفسها، أو خلال قرارات الحكومات بإعادة شراء أصول الدين المدومة أو المتعثرة للتخفيف من أسباب الأزمة الرئيسية، أو من خلال طمأنة المواطنين العاديين من الناحية المعنوية والمالية على ودائعهم البنكية. لقد اتخذت بعض القرارات من خلال البنك المركزي نفسه، والبعض الآخر من الحكومات واستهدفت البنوك بصفة عامة، وبعضها كانت قرارات معنوية، والبعض الآخر كانت قرارات عملية محسوبة بالأرقام.

والحقيقة هي إن البنوك في أوروبا كانت هدفاً لكثير من الإجراءات من الاتحاد الأوروبي، ففي عام ٢٠٠٠ كانت هناك خطة لاندماج العديد من البنوك في دول أوروبا^(١). وهذه الخطة كان لها أثرها في الأزمة العالمية الحالية، حيث ساعد ذلك في توسيع قاعدة المعاملات لهذه البنوك المندمج

(1) E.P Ehhinger, Eva Lonnicka, and Richard Hooley – 2005, previous reference, page 53.

فيها، مما يعطيها المقدرة الاقتصادية للتدخل لحل هذه الأزمة في دول أوربا المختلفة.

وفي آسيا، فقد قامت البنوك المركزية بخفض الفائدة على القروض المصرفية حتى تستطيع توفير السيولة المالية اللازمة للخروج من الأزمات المالية مثل ما فعل البنك المركزي في اليابان والصين. كما تعاونت البنوك المركزية في آسيا مع مثيلاتها في دول أخرى لوضع حد لهذه الأزمات. وقد ساهم إنشاء صندوق مشترك للاحتياطيات بالعملات الصعبة في آسيا لتفادي الأزمات المالية في الدول الـ ١٣ الأعضاء في هذا الصندوق^(١)، في تفادي اضطرابات وأزمات مالية شاهدها المنطقة الآسيوية من قبل. ومن الممكن أن يلعب هذا الصندوق دوراً مهماً في حماية الدول الآسيوية في هذه الأزمة العالمية.

والحقيقة هي أنه لا أحد يعرف حتى الآن متى تنفك آثار وتداعيات هذه الأزمة المالية بشكل كامل. ولكن الواضح أن الأمر قد يستغرق بعض الوقت ويحتاج للمزيد من الجهد والتخطيط للخروج من عنق الزجاجة.

وعلى أية حال، فإن تطوير ضمانات الائتمان المصرفي يساهم إلى حد كبير في التخفيف من حدة الأزمة المالية في مصر والعالم؛ إذ أن تطويرها يهدف إلى نمو الائتمان المصرفي وتوفير السيولة اللازمة للخروج من هذه الأزمة من خلال تمويل المشروعات الاستثمارية التي ترجع بالفائدة على الاقتصاد الوطني.

(١) تقرر تأسيسه خلال اجتماع البنك الآسيوي للتنمية في مدريد عام ٢٠٠٧ وعلى رأس الدول المؤسسة اليابان وكوريا الجنوبية.

ونستهل موضوع هذا البحث بفصل تمهيدي عن الدور الذي تلعبه الأموال والبنوك في تطوير ضمانات الائتمان المصرفي، وكذلك ندرس عناصر وأهداف الائتمان المصرفي، والتي تساعد على تطوير هذه الضمانات.



فصل تمهيدي
النقود والمصارف والضمانات

فصل تمهيدي

النقود والمصارف والضمانات

النقود — كظاهرة اقتصادية — تعتبر ابتكاراً إنسانياً، أملت ضرورة حل التناقض بين سكون نظام اقتصادي معين في فترة تاريخية محددة، وحركة فنون الإنتاج واحتياجات الإنسان المستمرة والمتجددة بتجدد التاريخ. وهي مسيرتها لرتبطت منهجياً وتاريخياً بثلاثة مراحل: الأولى وتتميز بنظام اقتصادي مغلق، ممثلي بالمتناقضات، والثانية تبدأ بظهور اقتصاد المبادلة كنقيض للفكرة الأولى. وكمحاوله لتلافي قصوره، والذي لا يمكن أن تكتمل صورته، إلا بتواجد أدوات استقراره وهي النقود بوظائفها الحديثة، لتحقيق معاً التركيب بين الفكرة ونقيضها، ولتكون الاقتصاد النقدي ممثلاً للمرحلة الثالثة.

فالنقود أداة لاختزان القيم، لأنها أداة لاختزان القوة الشرائية لاستخدامها عند الحاجة في المستقبل، وذلك لاستحالة توافق مواقيت تلقي النقود مع مواعيد إنفاقها.

على أن النقود ليست الوسيلة الوحيدة لاختزان القيم في المجتمعات الحديثة، إذ يمكن اختزانها بالاحتفاظ بالودائع الآجلة وودائع التوفير لدى البنوك أو شراء أنون الخزنة أو الأوراق التجارية أو الأسهم أو السندات، ومع هذا تتقضي مثل هذه الأصول بتحويلها إلى نقود أي قابليتها للسيولة.

والاحتفاظ بأرصدة نقدية للوفاء بالحاجة هي أهم ميزة للسيولة. ويزداد تفضيل الناس للسيولة عندما يتوقعون انخفاضاً الأسعار في المستقبل، إلا أن

القوة الشرائية للنقود قد تتغير بانخفاض أو ارتفاع قيم السلع والخدمات^(١).

كيفية نشأة النظام الائتماني ومراحل تطوره:

أولاً: النقود في النظم الاقتصادية الحديثة (كيفية نشأة نظام الائتمان):

تقوم الرأسمالية على أساس ملكية الأفراد لأدوات الإنتاج. ولا يُبغى من وراء ذلك سوى تحقيق أكبر ربح نقدي ممكن. والربح هو الفرق بين تكاليف الإنتاج والإيراد المتحصل من تسويق السلع. ولما كانت تكاليف الإنتاج تتمثل في أثمان عوامل الإنتاج، بينما يتوقف مقدار الإيراد المتحصل من تسويق السلع المنتجة على أثمان هذه السلع في السوق، فإن المنتجين يزيدون من حجم الإنتاج أو يخفضونه ويتجهون نحو هذا الفرع من فروع الإنتاج أو ذلك على ضوء ما يتوقعون أن تكون عليه أثمان السلع المنتجة بالقياس إلى أثمان عوامل الإنتاج. ولذلك كان لحركات الائتمان دورها الفعال في توجيه الإنتاج وتنظيمه وتوزيعه في ظل النظام للرأسمالي. ولما كانت أثمان السلع والخدمات تقوم بالنقود، فإن للنقود أهميتها في النظام للرأسمالي إذ تمثل الأساس الذي يرتكز عليه جهاز الائتمان أو الوسيط الذي يباشر هذا الجهاز عن طريقه دوره الهام في توجيه الإنتاج وتنظيمه وتوزيعه^(٢).

(١) د/ محمد زكي شافعي، مقدمة في النقود والبنوك، طبعة ١٩٦٩ — دار النهضة العربية — ص ١٠ وما بعدها.

(٢) في ذات المعنى، د/محمد أحمد الرزاز، اقتصاديات النقود والبنوك، الناشر: دار الثقافة العربية، طبعة ١٩٩٥، ص ٢٨.

تعريف النقود الائتمانية: تعرف النظم النقدية الحديثة أنواع النقود التي تتميز بأن قيمتها النقدية تتجاوز بكثير ما قد يكون للمادة التي صنعت منها من قيمة كسلعة وذلك بعكس العملات الذهبية والفضية. وقد تكون نقوداً معدنية أو ورقية.

جاء التعامل بالنقود الائتمانية مصحوباً في المعتاد بوعده من جانب مصدرها {الدولة أو البنوك} بدفع قيمتها بوحدة نقد سلعية لدى الطلب. ومن هنا يطلق عليها اصطلاح النقود الائتمانية، لأن الائتمان عبارة عن الوعد بدفع مبلغ من النقود أي ديون تترتب لصالح حاملها في ذمة الدولة أو البنوك. وتعتمد النقود الائتمانية على ثقة حاملها في قابليتها للصرف بوحدة نقد سلعية حينما كانت قابلة للصرف أو في مجرد قبول الأفراد لها في التعامل عندما توقف ما كان لها من تلك القابلية للصرف. ويُعد استعمال النقود الائتمانية مرحلة حاسمة في تطور النقود وتحريرها من كيانها السلعي القديم حتى لم تعد النقود اليوم سوى مجرد بطاقة أو تذكرة تخول حاملها حقاً على رصيد الجماعة من السلع والخدمات دون أن يكون لها في ذاتها أي وجه من وجوه الاستعمال، وتتميز بأنها ديون وأن ليس لطبيعة المادة التي صنعت منها أي اعتبار. وهذا التطور التاريخي يرد إلى رغبة المتعاملين في التحرر من مخاطر التعامل بالمسكوكات واستعمال النقود المعدنية^(١).

(١) د/ محمد زكي الشافعي، مقدمة في النقود والبنوك، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها، صبحي تادرس فريضة، النقود والائتمان، الدار الجامعية، ١٩٨٥، مصطفى رشدي شيحة، الاقتصاد النقدي والمصرفي، الدار الجامعية، ١٩٨٥.

وتعد من أهم أنواع النقود، نقود الودائع أو الودائع الجارية لدى البنوك التجارية، ومن ثم هي مجرد قيد كتابي على دفاتر بنك تجاري. فهي التزام مصرفي بدفع مبلغ معين من وحدات النقد القانونية للمودع لدى الطلب. وتستعمل الشيكات أو أوامر الدفع في نقل ملكية هذا النوع من الودائع من شخص إلى آخر. ولقد شهد القرن التاسع عشر ازدياد أهمية للودائع الجارية كأداة لتسوية الديون في كثير من البلدان حتى باتت أهم وسائل الدفع في النظم المصرفية النامية. وأصبح الشيك أهم أدوات الائتمان في العصر الحديث في التعامل وأسهل أنواع النقود في النقل. إلا أن نقود الودائع تختلف عن غيرها من أنواع النقود المتداولة من ناحية عدم اعتراف القانون لها بصفة قانونية في التداول، فما يجبر أحد على قبول الوفاء بالشيكات مثل البنكنوت أو المسكوكات الرمزية، على أنها أصبحت أهم أنواع النقود للمتداولة عملياً في كثير من البلدان سواء من حيث الكم أم من حيث تواتر الاستعمال في تسوية المدفوعات.

وحيث أن جميع النقود، أصبح لها السمة الائتمانية من حيث عدم تساوي قيمة الوحدة الفعلية مع قيمتها النقدية والقانونية، إلا أن هناك اختلاف بالطبع بين أوراق البنكنوت التي يصدرها البنك المركزي وتكون لها قيمة قانونية في التداول، وبين نقود الودائع التي تُودع في بنوك تجارية، ويعطى المودع مقابلها إيصالات بالقيمة المودعة، إذ أن الأخيرة ليس لها ذات القيمة القانونية في التداول في الأسواق مثل أوراق البنكنوت.

وتتفاوت بالطبع أهمية استعمال البنكنوت كنقود ودائع، بالقياس على مدى تقدم الدول من الناحية الاقتصادية، فالدول المتقدمة اقتصادياً تستخدم

نقود الودائع كأساس في تسوية المدفوعات. وفي الولايات المتحدة الأمريكية، علي سبيل المثال، تتم تسوية معظم المدفوعات المهمة مثل قيمة استخدام الكهرباء وأقساط السكن وقيمة فواتير التليفون والغاز وغيره عن طريق نقود الودائع سواء باستخدام الشيكات أو كروت الائتمان. أما في الدول المتأخرة اقتصاديا، تتضاءل أهمية نقود الودائع كأداة لتسوية المدفوعات، حيث تكون أوراق البنكنوت هي الأوراق الواسعة الانتشار في تلك التسويات.

ومن العرض المتقدم، نستخلص نتيجة مهمة، وهي أنه لا يمكن فصل دراسة النقود المصرفية عن دراسة البنوك في النظم النقدية الحديثة المتقدمة وذلك لسببين: **أولاً:** أن البنوك المركزية هي مركز سك النقود المصرفية. **ثانياً:** أن تداول النقود المصرفية بين الأفراد والشركات وفي كافة الأسواق يتم عن طريق عمليات مقاصة تقوم البنوك فيها بالدور الرئيسي^(١).

ثانياً: المصارف (البنوك) :

من الواضح أن فكرة العمل المصرفي — على الأقل في أصلها — تستند إلى فكرة المصرف ذاته، فما هو المصرف؟ ليس هناك تشريع وضع تعريفاً منضبطاً للبنك أو المصرف، حتى في البلاد العربية مصرفياً، فالشرح الإنجليز يقرون بعدم وجود تعريف في أي تشريع، ويفضلون عدم وضع تعريف جامع، لصعوبة ذلك، ويقنعون بذكر معيار هو الحد الأدنى في خصائص المؤسسة كي تعتبر مصرفاً، فيقولون إنه يلزم أن يكون في

(١) في هذا المعنى، د/ محمد أحمد الرزاز، اقتصاديات النقود والبنوك، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها.

اختصاصها كحد أدنى:

- (١) قبول النقود من العملاء وديعة.
 - (٢) تحصيل الشيكات التي تكون مستحقة لهم وإيداع حصيلتها في حساباتهم.
 - (٣) وفاء الشيكات والأوامر الصادرة من العملاء على حساباتهم.
 - (٤) فتح حسابات جارية في دفاترها^(١).
- وقد يضاف إلى هذه الوظائف أعمال أخرى، وإنما هذه هي الحد الأدنى اللازم، وإلا فلا تعتبر المنشأة بنكاً. وفي فرنسا ينظم البنوك قانون صدر سنة ١٩٤٠ وتعرض لتعديلات بالقانون الجامع سنة ١٩٨٤. ويستند الشراح إلى بعض أحكامه وإلى أسباب أخرى، فيعتبرون جوهر البنك أنه يتلقى الودائع النقدية من الجمهور، وأن هذا العمل يفرق بينه وبين المؤسسات المالية التي تعمل بأموالها الخاصة التي لا تجمعها عن طريق ودائع الجمهور. وهذا الفرق يبرر، في نظر هؤلاء الشراح، إخضاع للبنوك لرقابة حكومية صارمة^(٢).

(١) د/ على جمال الدين عوض، "عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية"، دار النهضة العربية — الطبعة الثالثة عام ٢٠٠٠ ص ١١ وما بعدها.

(٢) في إنجلترا يبدو قبول الودائع من الجمهور من الخصائص الفذة في تعريف البنك كما يبدو من قانون البنوك الصادر في ١٩٧٩، حيث ورد في المادة (٣٧) منه أن هذا القانون مقصود به تنظيم قبول الودائع وكفالة مزيد من الحماية للأشخاص للمودعين لدى المؤسسات التي تقبل الودائع والتي يعتبر هذا القانون أنها هي البنوك، وتذكر أحكامه حول محور أساسي هو مصالح المودعين.

وفي مصر كذلك، لا يوجد تعريف للبنوك، وإن ورد في القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي - والذي ألغي بمقتضى القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد - تقسيم للبنوك، وعرض لاختصاص كل من البنوك التجارية، والبنوك المتخصصة غير التجارية، وبنوك الاستثمار والأعمال، (وإن كانت الحدود الفارقة فيما بين كل نوع من هذه البنوك غير حاسمة). وينظر في معرفة نوع كل منها إلى نشاطه الأساسي. وهذا التداخل في الاختصاص ملحوظ في معظم البلاد، وهو أمر طبيعي. والذي يميز البنك أنه، أولاً: يتلق قروضا (في صورة ودائع توفير أو شهادات استثمار أو شهادات إيداع أو حسابات جارية أو غير ذلك)، وثانياً: أنه يستثمر هذه القروض لحسابه الخاص لا لحساب المقرضين، وذلك بخلاف شركات توظيف الأموال التي تستثمر أموال المودعين لحسابهم الخاص، ويترتب على ذلك أن البنوك تدفع لمقرضيها فوائد أو عوائد^(١).

(١) مفاد نصوص المواد الأولى من القرار بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٧ ببعض الأحكام الخاصة بمزاولة عمليات البنوك والمادة ٢١ من القرار بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والمادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ١٤٦٦ لسنة ١٩٦٤ و للمواد ١، ٥، ١٥، ١٨، ١٩ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي أن النظام المصرفي في مصر تتولاه أصلاً شركات مساهمة تعتبر من اشخاص القانون الخاص وتباشر نشاطها وفقاً لقواعد هذا القانون ولا أثر لمساهمة الدولة في رأسمالها على طبيعة عملياتها أو طرق إدارتها وأن مباشرة عمليات البنوك على سبيل الاحتراف مقصورة على هذه الشركات المساهمة ويحظر القيام بصفة أساسية وعلى وجه الاعتیاد بأى عمل من أعمال البنوك ما لم يكن -

وتجدر الإشارة إلى أن الشخص يعتبر تاجراً بمجرد توافر شروط التاجر فيه، أي احتراف التجارة وتوافر الأهلية التجارية، على خلاف وصف البنك فلا يكسبه كل شخص يباشر عمليات البنوك، بل يلزم لذلك حصوله على إذن من الجهة الإدارية المختصة وقيده في سجل البنوك الذي يمسكه البنك المركزي عملاً بالمادة (٣٢) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣^(١).

تعريف البنوك الشاملة؟ كانت البنوك في مصر ثلاثة أنواع، بنوك متخصصة (كبنك التنمية الصناعية والبنك العقاري) وبنوك استثمارية وبنوك أعمال. والأصل أن كل منها يقتصر على نشاط معين، وعملاً هناك تداخل في لوجه نشاطها.

ولا يعد هذا التقسيم عصرياً، فإن الاتجاه العام في العالم يتجه إلى فكرة البنوك الشاملة.

- القائم به مسجلاً طبقاً للقانون في سجل خاص يمسكه البنك المركزي. إلا أن تسجيل البنك في هذا السجل لا علاقة له بشخصية الشركة المساهمة وطبقاً لهذه التشريعات ليس للبنوك أي امتياز مما هو مقرر للمرافق العامة بل هي تباشر عملها كما يباشره أي تاجر آخر يخضع للقانون الخاص وعملها لا يخضعون لقواعد الموظفين العموميين بل لعقد العمل. (نقض مدني، الطعن رقم ٤٥٨ من ٧٣ ق، جلسة ٢٠٠٤/٧/٥، منشور في المستحدث من أحكام النقض).

(١) نُشر في الجريدة الرسمية - العدد ٢٤ (مكرر) في ٢٠٠٣/٦/١٥.

المصارف الشاملة UNIVERSAL BANKS (مفهومها - وظائفها - مميزاتها)^(١) :

توجد العديد من الصيغ لمفهوم المصارف الشاملة، فمن هذه الصيغ ما يعرف المصارف الشاملة على أنها البنوك التجارية الجامعة التي تقوم بالوساطة وخلق الائتمان ودور المنظم. ومنهم ما يعرفها، بأنها البنوك التي تجمع ما بين وظائف البنوك التجارية (الوظائف المصرفية للخالصة) ووظائف مصارف الاستثمار بما يتضمنه ذلك من امتلاك أسهم الشركات المساهمة والاشتراك في إدارتها. ويعرفها البعض الآخر بأنها ذلك المصرف الذي يحصل على مصادر تمويله من كل القطاعات ويمنح الائتمان لكل القطاعات بالإضافة إلى تقديم كافة الخدمات المتنوعة غير المستندة على رصيد مصرفي.

وفي إطار تلك التصورات المختلفة لمفهوم المصارف الشاملة يمكن تعريفها بأنها تلك المصارف التي تقوم بتقديم كافة الخدمات المصرفية التقليدية وغير التقليدية بما فيها القيام بدور المنظم. ولا تقوم تلك المصارف على أساس التخصص القطاعي أو الوظيفي بل تعمل على دعم الاستثمار وتشجيعه في بنیان الاقتصاد القومي، وكذلك تحقيق التطوير الشامل والمتوازن لاقتصاديات الدول مع القيام بدور فعال في تطوير السوق المالية.

(١) موجز من محاضرة قيمة ألقاها الأستاذ محمود عبد العزيز رئيس اتحاد المصارف العربية في مؤتمر إتحاد المصارف العربية الذي عقد باسطنبول في ١٩٩٤/٧/٢٠ تحت عنوان "مفهوم ووظائف البنوك الشاملة مع الإشارة إلى البنوك الإسلامية"، نقلاً عن عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٣ وما بعدها.

ومن خلال هذا المفهوم يتضح لنا إمكانية قيام المصارف الشاملة بالعديد من الوظائف المتنوعة والبناءة التي يمكن حصرها فيما يلي:

أ - وظائف تقليدية للمصارف التجارية: **commercial bank**

ممثلة في الوساطة المالية ومنح الائتمان، وخدمة النشاط التجاري، وإن كانت هذه الوظيفة اتجهت عوائدها الصافية للهبوط، ونافست القطاعات غير المصرفية للبنوك في أداء بعض هذه الوظائف.

ب - وظائف غير تقليدية للمصارف التجارية :

وهي تلك الوظائف التي ظهرت نتيجة للتطورات المتلاحقة في البيئة الاقتصادية المحيطة، وما يتطلبه من ضرورة تقديم سلسلة خدمات متنوعة لا تعتمد على رصيد، مثل عمليات المبادلات (Swaps) والخيارات (options) والمستقبليات والعقود الآجلة (Forward Contracts) واتفاقيات أسعار للفائدة الآجلة ("Forward interest rates agreements").....الخ، فضلا عن كل ما يتعلق بالخدمات المصرفية الشخصية. **private banking**

ج - وظائف البنوك التاجرة **Investment Banks** بالتعبير الأمريكي و**(Merchant Banks)** بالتعبير الانجليزي:

وهي التي تقوم على أساس تبني المشروعات الاستثمارية في مختلف القطاعات ودعمها مالياً وإدارياً بما يستلزم ذلك من توفير التمويل اللازم (إقراض، مساهمة، ترويج سندات) أو ضمانها لدى الغير أو توفير القروض المسوقة طويلة الأجل وكذلك القيام بدراسات الجدوى للمشروعات الجديدة والترويج لها ومتابعتها وعلاج مشكلاتها، هذا فضلا عن الخدمات المتنوعة والجديدة في مختلف المجالات ومنها على سبيل المثال تقديم كافة الخدمات

للشركات بما فيها عمليات التسييد (التوريق) Securitizations، إدارة المحافظ، إدارة عملية الدمج والاحتواء (LBO) Leverage Buy Outs & Management Buy Outs (MBO)، تمويل التنمية العقارية (التأجير التمويلي)، التأمين، القيام بأعمال الوساطة في مجال الشحن البحري، القيام بدور بيوت الخصم، إدارة صناديق المعاشات وتدبير وتوظيفها وغيره، تمويل العملاء من خلال إصدار أوراق مالية لهم، التجارة في الأوراق المالية، إدارة الاكتتاب وضمانه، وبالإضافة إلى المساهمة في خلق المناخ الاستثماري الملائم^(١).

وبذلك الشكل يكون المصرف الشامل أكثر قدرة على تلبية احتياجات شرائح عملائه المختلفة في المكان والزمان المناسب لهم، وتطوير إمكاناته لتلبية احتياجات السوق المتطورة من حيث:

(أ) توفير التمويل اللازم لمختلف قطاعات النشاط الاقتصادي وبالتالي تحقيق التوازن بين مختلف القطاعات وكذلك تنويع محفظة القروض للحد من المخاطر.

(ب) توسيع نطاق أعمال الوساطة في مختلف المجالات لتشتمل على سبيل المثال أعمال التأمين والعقارات والشحن.

(ج) التعامل في كافة الأدوات الاستثمارية والتوسع في أداء خدمات التراسـت Trust (تكوين المحافظ الاستثمارية للغير).

(د) المساهمة المباشرة في المشروعات بمختلف أنواعها والاشتراك في

(١) يراجع في ذات المعنى، د. طارق طه، إدارة البنوك، طبعة ١٩٩٩، ص ٤٠ وما بعدها.

مجالس إدارتها وتوجيهها.

(هـ) القيام بالترويج للمشروعات وإعداد دراسات الجدوى وتقديم كافة الخدمات المتعلقة بها والتي تساهم في المحافظة على نجاح واستمرارية هذه المشروعات في السوق.

(و) المساهمة في خلق المؤسسات المالية اللازمة للتعامل في الأسواق المالية مثل صناديق الاستثمار، وضامني الاكتتابات ومؤسسات تقييم المخاطر وشركات السمسرة والمقاصة.

(ز) دعم المناخ الاستثماري وتنقيته من خلال الدراسات الدائمة والمعلنة لأوضاع السوق وحاجات المستثمرين وإمداد الأجهزة المعنية في الحكومات بالتغيرات المأمولة والتي تشجع وتزيد من إمكانيات الاستثمار بتلك الأسواق.

ويحقق المصرف الشامل العديد من المميزات نتيجة لتنوع خدماته واضطلاعه بالعديد من المهام المتطورة والتي تواكب تطور الوضع الاقتصادي السائد ولعل أهم تلك المميزات التي يحفظها المصرف الشامل ما يلي:

- العمل على أساس الحجم الكبير وبالتالي تحقيق البت في التكاليف، وذلك نتيجة لتعظيم الاستفادة من الأقسام الإدارية العامة في خدمة الإدارات المصرفية الأساسية.
- توسيع تشكيلة الخدمات المصرفية المقدمة لجمهور العملاء مع الاستفادة من شبكة الفروع المنتشرة للمصرف.

- الاستفادة من خبرات وتجارب المصارف التجارية والمتخصصة قطاعيا في إطار المصرف الشامل.
- التنويع القطاعي لمحفظه القروض والاستثمارات وبالتالي خفض المخاطر الائتمانية.
- توظيف السيولة الفائضة لدى المصارف في مجالات التنمية وبما يحقق درجة أفضل من التوازن القطاعي.
- توفير إمكانية القيام بدور فعال في تنشيط سوق الأوراق المالية بشقيه (أولي وثانوي) وذلك في إطار سياسة المصرف الاستثمارية.
- التوسع في ممارسة الأساليب المعاصرة في إدارة الموجودات والمطلوبات، بما فيها من إدارة الفجوة، والهامش والفاقد، بالاستفادة من تحقيق التوافق في الآجال وعلى أساس توقعات حركة أسعار الفائدة في السوق لتعظيم العائد.
- دعم الصناعات المتكاملة والناشئة، عمليات نقل التكنولوجيا، والمساهمة في تحقيق التوازن بين مختلف قطاعات النشاط الاقتصادي^(١).

كما أنه يوجد في العصر الحديث ما يسمى "Internet Banks" وهي البنوك التي تقوم بكافة أعمالها عن طريق شبكة الانترنت الأمر الذي يتطلب أن ننشأ مع هذه البنوك نظام أمان شديد الدقة حتى يحمي العملاء من أعمال

(١) يراجع د/ على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص ١٣ وما بعدها.

للنصب أو إفشاء أسرار حساباتهم^(١).

ثالثاً: نماذج من الائتمان المصرفي في القانون المقارن:

بعض الدول تستغل التنوع والمميزات المختلفة في نشاط المصارف، وبالتالي تقوم بأعمال ائتمان مصرفي متعددة. وعلى سبيل المثال يوجد عدة أنواع للائتمان المصرفي في القانون التجاري الأمريكي الموحد^(٢):

(١) الائتمان المصرفي القابل للإلغاء: وهو الائتمان الذي يمكن للبنك إلغاؤه بعد منحه للعميل بغير سابق إنذار للعميل أو أخذ رأيه.

(٢) الائتمان المحوري: وهو الائتمان الذي يفتح البنك لعميله للسحب منه مرات متعددة، على أن يكون هناك حد أقصى أو سقف للسحب الائتماني لا يجوز للعميل أن يتجاوزه، ولكن يجوز للبنك أن يقوم بتعليق الحد الأقصى حسب تطور الأعمال التجارية للعميل وطلبه ذلك.

(٣) الائتمان غير القابل للإلغاء: هو عكس الائتمان القابل للإلغاء، فلا يجوز للبنك إلغاؤه أو تعديله بدون إذن مسبق من عميله بذلك.

(٤) الائتمان الإضافي: يظهر عندما يوجد ائتمان آخر، فيقوم الائتمان الإضافي بضمان الائتمان الآخر أو عدة ائتمانات أخرى.

(٥) الائتمان القابل للتحويل: وذلك عندما يسمح للشخص أو العميل للمستفيد من الائتمان بتحويله إلى شخص آخر طبقاً لظروفه أو

(1) David Warne, Nicholas Elliott, Banking Litigation, London, Sweet & Maxwell, 1999 page 81.

(2) Review, Lazar Sarna, Letters of Credit, the Law and Current Practice, third edition, Carswell, 1998 1-8 and the following pages.

ظروف عمله.

(٦) الائتمان البديل: يوجد عندما يتخلف البنك عن أداء بعض التزاماته قبل عميله، ويكون متعهداً في ذلك الوقت بعقد ائتمان آخر لمصلحة عميله في حالة إغفاله القيام بالتزاماته نحوه.

(٧) الائتمان التدويني: هو الائتمان الخاص بكروت الائتمان والتي يشتري بها عملاء البنوك بعض احتياجاتهم في مقابل تدوين ثمن هذا البيع في إيصال عليه القيمة وتوقيع العميل، وفي هذه الحالة تلتزم البنوك بسداد قيمة الثمن المدون في الإيصال.

(٨) الائتمان التعويضي: يظهر في التعامل بين بنكين، أحدهما سدد للآخر بعض المصاريف أو أي مبالغ أخرى، فيفتح له البنك المدين هذا الائتمان التعويضي حتى يسدد دينه للبنك الدائن.

(٩) الائتمان المتداول: يشير إلى نوع الائتمان الذي تفتح البنوك لعملائها لسحب مبالغ مالية محددة في عقد الائتمان سواء بالعملة المحلية أو بأي عمله أجنبية أخرى مقابلة.

(١٠) الائتمان المؤجل والمقبول: يشير إلى الائتمان الذي توقع البنوك بقبولها ولكن تحت شرط تأجيل الدفع لأجل آخر.

(١١) الائتمان التفاوضي المستقيم: على عكس الائتمان القابل للتحويل، فهذا الائتمان من حق العميل فقط الذي أجرى عقد الائتمان مع البنك وليس له تحويله إلى آخر.

(١٢) الائتمان ذات التعهد الالتزامي: وهو خاص بالحالة التي تتعهد فيها

البنوك بسداد التزامات عملاءها عند حدوث تعثر في السداد.

(١٣) الائتمان المتصل: وهو عبارة عن عدة حسابات ائتمان لا تتفصل عن بعضها.

(١٤) الائتمان ذات المادة الحمراء: وهنا يكون تعهد البنك بدفع الائتمان دون تقديم أي مستندات من قبل المستفيد في عقد الائتمان، والمادة الحمراء تشير هنا إلى تصديق البنك بالخط الأحمر بصرف الائتمان للمستفيد عند طلبه بغير تقديم أي مستندات^(١).

كما أنه من الجدير بالذكر أن العديد من المؤسسات في أوروبا يجب أن تتبع قواعد ائتمان محددة وضعتها أجهزة اقتصادية داخل الاتحاد الأوروبي، والأخير هو الذي يعطي هذه المؤسسات رخصة العمل المصرفي داخل الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي دون الرجوع إلى السلطات الداخلية لهذه الدول. وهذه القواعد تشمل الضمانات، الاندماج، حافظة الإدارة، الربح.... الخ. ولهذه البنوك أنشطه يحددها الاتحاد الأوروبي حتى ولو كانت تتفرد بها عن البنوك الأخرى – التي لا تتبع قواعد الاتحاد الأوروبي – في الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي. ولا تستطيع السلطات الداخلية لهذه الدول أن تمنع أنشطة هذه البنوك. كما يوجد العديد من المعايير الأخرى التي يجب أن تتبعها الدول أعضاء الاتحاد الأوروبي عند استخراج الترخيص لبنوك جديدة^(٢).

(1) Lazar Sarna, Letters of credit, the law and Current practice, the previous reference, page 1-9 and the following pages.

(2) E.P Ehhinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley – 2005, previous reference, page 57 – 60

ولعل التساؤل الأول الذي يثار في هذا الموضوع من البحث — ما المقصود بضمانات الائتمان المصرفي؟ وما إذا كانت الضمانات تعني الحفاظ على الشيء؟.

وهل الائتمان الذي نقصده يختلف عن الائتمان الذي ذكر في القوانين المصرفية والتجارية، أم نقصد معنى آخر للائتمان؟

رابعاً: المعنى القانوني لضمانات الائتمان المصرفي:

إن لفظ "المصرفي" بكل تأكيد واضح لغوياً وقانونياً، فلا اختلاف بشأنه في اللغة العربية أو الإنجليزية أو القانون أو الفقه، فهو المعنى العربي لغوياً وقانونياً لكلمة "بنكي"، إذ الأخيرة هي كلمة باللغة الإنجليزية Bank والياء للتخصيص وباللغة الإنجليزية يستعاض عنها بحروف ing أي تكون كلمة banking.

وهنا يجب أن نقف على تحديد المعنى القانوني المقصود بكل وضوح من مصطلح (ضمانات الائتمان المصرفي)، لأن في تحديده بوضوح بداية وأساس لدراستنا والتي تدور في فلك هذا المعنى.

إن المعنى القانوني يجب أن يكون جلياً واضحاً محدداً لا يحتمل غير معنى واحد مقصود من المشرع وإلا كان التشريع عبثاً وهو ما ينأى عنه المشرع بالطبع.

وحتى نصل إلى المعنى القانوني الذي يقصده المشرع من اصطلاح (ضمانات الائتمان المصرفي)، يجب أن نحدد المعنى القانوني لكل كلمة في هذا المصطلح وهم ثلاث كلمات: الأولى: ضمانات، الثانية: الائتمان، والثالثة: المصرفي.

كلمة ضمانات تعني قانوناً تأمينات، ولفظ تأمينات ظهر بداية في القانون المدني ثم تطور بعد ذلك وتم استخدامه في القوانين الأخرى سواء التجارية أو المصرفية أو حتى في قانون الشركات. وبالتالي عندما يذكر المشرع في أي التشريعات لفظ ضمانات، يقصد به تأمينات. ولفظ التأمين هو معنى قانوني واضح ومحدد وإن أستخدم في عدة قوانين، فهذا لا ينفي عنه صفتي الوضوح والتحديد. فقد ذكر تارة في قوانين التأمين الاجتماعي، وذكر تارة أخرى في القانون المدني عندما ذكرت التأمينات المدنية سواء العينية منها أو الشخصية. وبكل تأكيد ذكر هذا اللفظ في القوانين التجارية والمصرفية وفي قوانين الشركات وإن أستخدم بالطبع المرادف الآخر له وهو لفظ ضمانات لأنه قد يكون أكثر استخداماً عند علماء الاقتصاد، وإن كان هذا لا ينفي أن المقصود قانوناً بضمان الشيء هو تأمين الشيء.

ونتيجة بعد ذلك لتحديد المقصود قانوناً بلفظ ائتمان، فنجد أن المعنى يحتاج أكثر لتوضيح محدد، لأن كلمة ائتمان (credit) لا تعني قانوناً ضمان الشيء وإلا كان ذلك من المشرع تكراراً للفظ ضمان وهو ما لم يقصده المشرع. والمقصود قانوناً بلفظ ائتمان هو إعطاء الأمان لأحد الأشخاص عند منحه شيئاً عينياً أو نقدياً، أي أن لفظ الائتمان من الممكن تقسيمه إلى جزئيين، الجزء الأولي في معنى مصطلح ائتمان هو تصديق الشخص أو إعطائه الأمان، وبالتالي عند استخدام هذا اللفظ من المشرع، فهنا بالتأكيد سوف يقصد شيء يتعلق بالثقة وبالتصديق وليس التشكيك أو التكذيب. والجزء الثاني في المعنى القانوني لمصطلح ائتمان يعني منح الشخص شيئاً عينياً أو نقدياً، وعندما نجمع هذين الجزئيين، سوف يتضح لنا

أن لفظ الائتمان يعني قانوناً "منح الشخص شيء عينيّاً كان أم نقديّاً بشرط توافر عنصر الثقة والتصديق والأمانة"^(١).

يبقى بعد ذلك لفظ المصرفي والتي أعتقد أنها قد لا تحتاج إلى إيضاح أكثر من القول بأنها المعنى القانوني باللغة العربية لمصطلح (Banking)، وهي تتعلق بالبنوك والياء للتخصيص.

ومن ثم إذا جمعنا الكلمات الثلاثة وهي ضمانات والتي تعني تأمينات، والائتمان والتي تعني منح الشخص شيئاً عينيّاً أو نقديّاً بشرط توافر عنصر الثقة والتصديق والأمانة، والمصرفي والتي تعني البنكي بالمعنى القانوني الدارج؛ فسوف نصل إلى التعريف القانوني لاصطلاح ضمانات الائتمان المصرفي وهو: "تأمينات يقدمها طالبو الائتمان إلى البنوك في وصورة نقدية أو عينية بشرط توافر عنصر الثقة بين الطرفين"^(٢).

(1) In the same meaning, E.P Ehinger, Eva Lonnnicka, and Richard Hooley - Ellinger's Modern Banking Law, Previous reference, 2005 , Page 754.

(2) Review the Basic Term of the Loan Contract - In the same meaning, E.P Ehinger, Eva Lonnnicka, and Richard Hooley - Ellinger's Modern Banking Law, Previous reference , 2005 , Page 754 and the following pages.

وجدير بالذكر أنه يوجد في القانون التجاري - الأمريكي الموحد قواعد أساسية تتعلق أيضاً بالسياسة الائتمانية ل ضمانات التمويل المصرفي، نعرض بعض منها على النحو الآتي:

عقد للضمان المرافق لعقد الائتمان المصرفي وله حجته بالنسبة لطرفيه ولأطراف عقد الائتمان المصرفي.

جميع المسائل الخاصة بضمانات الائتمان المصرفي، يجب أن ينص عليه عقد -

وقبل الخوض في موضوع هذا البحث نقوم بتحليل الائتمان المصرفي وذلك ببيان العناصر المكونة له من الناحية الاقتصادية حتى نقف على جوهره ومحتواه. ثم ندرس أهداف الائتمان المصرفي، حتى نصل إلى الأهداف التي يجب تحقيقها من خلال ضماناته.

خامساً: عناصر وأهداف الائتمان المصرفي:

أ - العناصر المكونة للائتمان المصرفي من الناحية الاقتصادية:

١ - الائتمان المصرفي يرتكز على الثقة:

وهذه الثقة يمكن أن نستوحيها لأول وهلة من الاشتقاق اللغوي للكلمة ذاتها، سواء في اللغة العربية أو في اللغة اللاتينية^(١). كما أن هذه الكلمة

- الائتمان المصرفي ذاته، وأن يترك للأطراف بعد ذلك إمكانية إضافة ضمانات أخرى بعد إنشاء عقد الائتمان المصرفي ذاته.

* يجب أن يقوم المدين أو الضامن بالتوقيع بالموافقة على الضمانات التي قدمها في عقد الائتمان المصرفي كتأمين لعقد القرض المصرفي.

* هناك بيانات رئيسية يجب ذكرها في خانة الضمانات الملحق بعقد الائتمان المصرفي أو في عقد الضمانات الملحق بعقد الائتمان المصرفي مثل عنوان الضمان وبيانات خاصة بالضمان ذاته من ناحية الكم والكيف. نقلاً عن

(E. Allan Farnsworth & John Honnold, Cases and Materials on Commercial Law, Fourth Edition, Minelo, New York, The Foundation Press, Inc. 1985, page 816).

(١) في اللغة اللاتينية تشتق Credit من كلمة Cedere يعني الثقة avoir confiance

انظر: F. Baudhuin, op. cit, p. 11 et s. ; Ph. Malaurie, L. Aynes

op. cit, No 1 p. 9 note 2. — نقلاً عن د/ نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص

بالائتمان، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة عام ١٩٩١، ص ١٨.

تبرز العوامل النفسية، وهي غالباً معقدة، التي تقف وراء نشوء الائتمان وتطوره.

علاوة على ذلك، نجد أن الائتمان المصرفي يتضمن مخاطر كبيرة، فالمدين ليس عليه أن يرد ما أخذه فحسب، وإنما عليه أيضاً أن يستثمر رأس المال الذي اقترضه في الغرض المنصوص عليه حتى يتمكن من رده بالإضافة إلى الفائدة المستحقة عليه. ولذلك نجد أن أداء الائتمان لوظيفته أمر حساس يحتاج إلى مدنية مادية متقدمة بالإضافة إلى أدوات قانونية واقتصادية متقنة.

وعادة ما يدور النقاش حول حقيقة طبيعة الائتمان المصرفي؛ فالبعض يرى فيه قبل كل شيء وبصفة كلية — عنصر الثقة، وهؤلاء جعلوا الائتمان أمراً نفسياً لا أكثر ولا أقل. بينما يرى آخرون أن الائتمان المصرفي أكثر موضوعية، وذلك لتعلقهم أكثر بعنصر وضع رأس المال تحت تصرف الغير. ولذلك لم يجعلوا للثقة دخلاً في الائتمان المصرفي إلا باعتبارها شرطاً من شروطه^(١).

٢ - الائتمان المصرفي وسيلة من وسائل توظيف الأموال؛

قد يبدو لأول وهلة أن الائتمان المصرفي ليس إلا توجهاً من البنوك نحو رجال الأعمال للنشيطين، وذلك بقصد استثمار أموال البنك في مشروعات تخص رجال الأعمال. ومن ثم رد المبالغ إلى البنوك المقرضة مرة أخرى بالفوائد المستحقة عليها. ولكن الوضع الحالي تغير الآن بعد توجه البنوك ناحية

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة عام ١٩٩١، ص ١٩ وما بعدها.

الاستثمار للفعال لأموالها، وذلك بالدخول شركاء في المشروعات والقيام بدور ايجابي في عملية الائتمان بعد منح القرض للعميل وليس فقط الوقوف عند منح القرض وانتظار رده إلى البنك كما كان يحدث في الماضي.

٣ - للائتمان المصرفي دور ايجابي في الاقتصاد القومي :

يؤدي الائتمان المصرفي دوراً مهماً في اقتصاد أي دولة؛ فالائتمان المصرفي يعنى منح القروض لأشخاص يقومون بدورهم بمشروعات صناعية أو تجارية أو زراعية أو أية مشروعات استثمارية أخرى. وهؤلاء الأشخاص يستغلون الأموال محل التسهيلات الائتمانية في تطوير المشروعات وتشغيلها على النحو الذي يحقق عائداً اقتصادياً يمكن معه رد أموال البنوك، وفي ذات الوقت تحقيق الربح لهم.

للائتمان المصرفي علاقة طردية بالاقتصاد القومي، فكلما زاد حجم الائتمان وتم توظيفه بطريقة اقتصادية وقانونية سليمة، تحققت تنمية وتقدم اقتصادي يعود بالنفع على الأفراد والبنوك والدولة والمجتمع ككل.

٤ - للائتمان المصرفي دور اجتماعي مهم :

التضامن الاجتماعي يعني تضامن أفراد المجتمع — الطبيعيين منهم والاعتباريين — بقصد تحقيق صالح جميع أفرادهم. وعندما تقوم البنوك بمنح التسهيلات الائتمانية للأفراد لاستغلالها في تحقيق عائد اقتصادي يعود بالنفع عليهم، فذلك يعني تضامن أفراد المجتمع، وهم في هذه الحالة البنوك وعملائها، بقصد تحقيق صالح الطرفين باستغلال أموال البنوك واستثمارها في مشروعات يعمل فيها كثير من العمال مما يؤدي إلى نفع المجتمع وفي ذات الوقت انتعاش الاقتصاد القومي.

ب - أهداف الائتمان المصرفي :

(١) الائتمان المصرفي يسمح بالاستخدام الأمثل لرأس المال المتاح:

يتكون رأس المال على المستوى القومي من المدخرات؛ فمعظم طبقات المجتمع تقريباً تقوم، في الوقت الحاضر، بالادخار لدى البنوك وصناديق الادخار. وبالرغم من أن هذه المدخرات قد تم تكوينها بواسطة المواطنين فإنهم في الغالب لا يملكون القدرة على استثمارها، أي توظيفها بأنفسهم وليس لديهم الوقت ولا الكفاءة اللازمين لذلك. وبفضل الائتمان المصرفي تقوم المؤسسات التمويلية الكبيرة بجمع رؤوس الأموال ووضعها — بدلاً من أن يبقى الجزء الأعظم منها معطلاً — تحت تصرف المواطنين الذين لديهم القدرة على استثمارها، وذلك في سبيل تحقيق أكبر منفعة للجماعة. وهكذا يستطيع المجتمع أن يقوم بالتجهيزات اللازمة من بناء الطرق والسكك الحديدية، في الوقت الذي تتطور فيه أيضاً التجارة والصناعة وبالتالي يتحقق الازدهار.

(٢) الائتمان المصرفي يسمح بتركز رؤوس الأموال:

في الاقتصاد المعاصر أصبحت المؤسسات الكبيرة من أهم سماته — وهذه المؤسسات لا يمكن أن تقوم اعتماداً على الفرد الواحد أو حتى مجموعة من الشركاء لتزويدها برأس المال اللازم. وهي تحتاج على الأقل في فترة من فترات حياتها، إلى الائتمان المصرفي. فلو أن شركة رغبت في توسيع مصانعها ومعداتها، أي تحتاج إلى استثمار طويل الأجل، فإن أمامها ثلاثة بدائل عامة: فإنها تستطيع أن تتوسع بإعادة استثمار أرباحها، أو أنها تقوم بطرح أسهم جديدة للاكتتاب، أو أنها تقوم بالحصول على

ائتمان طويل الأجل. ومن غير هذا الائتمان لا يتحقق التركيز اللازم في النشاط الصناعي. ففي بعض البلدان تعرض التطور فيها إلى الإعاقة، بالرغم من أن لديها الثروة اللازمة، وذلك بسبب عدم وضع هذه الثروات بالطريقة الكافية تحت تصرف المشروعات. أما في البلدان المتقدمة، فيرى البعض، أنه في العصر الحالي قد وصل تركيز رؤوس الأموال إلى درجة مفرطة. وإذا كان هذا الواقع صحيحاً فإنه يثبت فقط أنه ينبغي احترام الحد المناسب أو المعقول لهذا التركز. ومع ذلك فإن الأمر المتيقن منه أن بعثرة وتوزيع رؤوس الأموال، كما كان من قبل، يتعارض تماماً مع التطور الاقتصادي المعاصر^(١).

٣) الائتمان المصرفي يقوم بدور منشط وفعال في الإنتاج:

لو أن صاحب الصناعة اعتمد فقط على رؤوس أمواله الخاصة لأدى ذلك إلى تقييد نشاطه. وذلك لأن مجال الحركة أمامه سيكون محدوداً، حيث أنه ينبغي عليه أن يحتفظ بالاحتياطي اللازم من السيولة، وبالتالي لن يقترض إلا بخوف، وفي حدود إمكانياته المتاحة.

فتتظيم الائتمان المصرفي يعطي له، على العكس، حرية في الحركة والتفكير. وذلك إذا كان مشروعه في وضع سليم. وهكذا يتخلص مدير المؤسسة من الانشغال الدائم بتأمين الأموال اللازمة، لأنه يعرف أنه عند الحاجة يستطيع أن يلجأ إلى البنك ليطلب منه ما يحتاج من ائتمان. كما أنه يعلم أنه إذا استلزم الأمر إعطاء أجل للدفع لعميل له فإنه يستطيع الحصول على هذا الحق عن طريق الخصم.

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، طبعة ١٩٩١، ص ٤٨ وما بعدها.

ومن الواضح أن منشآت الأعمال تطلب كميات كبيرة من الائتمان القصير الأجل، فالتاجر الذي يرغب في شراء مخزون سلعي، أو المستورد الذي يتسلم شحنة من السلع المستوردة يحتاج إلى ائتمان مؤقت. بل إنه قد لا يشتري أي سلع ما لم يحصل على الأموال اللازمة لدفع ثمنها. ولو أنه لم يتبع هذه السياسة، فالنتيجة المترتبة على ذلك إما أن تكون لديه أرصدة نقدية كبيرة عاطلة معظم الوقت، وإلا اضطر إلى أن يعمل على نطاق صغير. والميزة الكبيرة للائتمان المصرفي أنه يمكن التاجر من أن يدفع ثمن البضاعة المشتراه بعد أن يتسلم الثمن من بيعها. فهو يستطيع أن يستخدم أرصده الخاصة للحصول على المصانع والمعدات، ويعتمد على البنك، لو كان مركزه الائتماني جيداً، لتمويل بضاعة المخزون إلى أن يتم تشغيلها.

وهكذا بفضل الائتمان المصرفي، سيكون الإنتاج أكثر وفرة، فيمكن الإنتاج على نطاق واسع وبتكلفة أقل. وهذا كله ضروري لتحسين مستوى المعيشة في المجتمع، لأنه لا يمكن استهلاك إلا ما تم إنتاجه (أو استيراده).

٤) الائتمان المصرفي يشجع على تكوين كبير من المدخرات بضمان مقابل مجزئتها:

في الواقع أنه دون استثمار المدخرات فإن الجمهور لن يقبل بصورة كافية على الادخار. فتوظيف رؤوس الأموال لم يعد حالياً من الأمور الميسرة. وقد كان أكثر صعوبة منذ قرون، فقد كان نطاق الأراضي محدوداً، والمباني المشيدة لم تكن ذات أهمية كبيرة. ولذلك فقد اتخذ الادخار أساساً شكل الاحتفاظ بقطع الذهب أو الفضة وما ينطوي عليه ذلك من عقبات ومخاطر. وعلى ذلك، فإن تكوين أفراد المجتمع، في مثل هذه

الظروف، لرأس المال، وخاصة رأس مال عامل، كان شبه مستحيل.

ونحن لسنا في حاجة أن نؤكد أن العالم المعاصر في حاجة إلى رؤوس أموال ضخمة وأن تكوينها عن طريق المدخرات أصبح شرطاً جوهرياً للتقدم الاقتصادي. فإذا كانت الدول الحديثة لديها مجموعة من الأدوات الاقتصادية مثل المسكك الحديدية، والقنوات، والطرق، وإذا كانت تملك المنازل التي يعيش فيها سكانها، والمؤسسات الصناعية والتجارية التي تقوم بالإنتاج، فذلك كله راجع إلى أن المواطنين لا يستهلكون كل ما يكسبون، وبمعنى آخر أنهم يدخرون^(١).

وبعد أن درمنا عناصر، وأهداف الائتمان المصرفي، بقي أن نوضح أن الائتمان المصرفي مثله مثل كافة النظم القانونية لا يمكن أن يؤدي دوره في حماية المجتمع من أشخاص وبنوك دون إدارة فعالة تتمثل في البنك المركزي^(٢).

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ٥٢.
(٢) تنص المادة (٥) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أنه " يعمل البنك المركزي على تحقيق الاستقرار في الأسعار وسلامة النظام المصرفي في إطار السياسة الاقتصادية العامة للدولة. ويضع البنك المركزي أهداف السياسة النقدية بالاتفاق مع الحكومة، وذلك من خلال مجلس تنسيقي يشكل بقرار من رئيس الجمهورية، وتحدد اللائحة التنفيذية نظام عمل هذا المجلس.

ويختص البنك المركزي بوضع وتنفيذ السياسة النقدية والائتمانية والمصرفية ". كما تنص المادة (٦) من ذات القانون على أنه " يتخذ البنك المركزي الوسائل التي تكفل تحقيق أهدافه والنهوض باختصاصاته، وله على الأخص ما يأتي:

وبوجه عام يمكن تلخيص أهداف مراقبة الائتمان المصرفي في الآتي:

(١) استقرار سعر الصرف: إن الهدف التقليدي لمراقبة الائتمان المصرفي هو العمل على الاحتفاظ باستقرار أسعار الصرف، وذلك من خلال إتباع القواعد النقدية المعدنية.

(٢) استقرار المستوى العام للأسعار العام والتقليل من حدة التقلبات الاقتصادية: إن جوستاف كاسل Gustave Cassel وكينز Keynes يعتبران استقرار المستوى العام للأسعار هو الهدف المقصود من سياسة البنك المركزي في الرقابة على الائتمان. ويهدف استقرار المستوى العام للأسعار - وبالتالي الاستقرار في قيمة النقود - إلى عمل النظام الاقتصادي بسلاسة وتحقيق الرفاهية الاقتصادية. فالتغير في المستوى العام للأسعار يؤدي إلى حدوث تغييرات واضطرابات كبيرة في العلاقات الاقتصادية، وبالتالي العلاقات القانونية، بين الدائن والمدين، بين المنتج والمستهلك، وبين العامل وصاحب العمل وهكذا، وذلك في داخل الدولة وبين الدول مما يترتب عليه بدوره عدم استقرار طويل الأمد الأمر الذي يترتب عليه آثار اقتصادية واجتماعية وخيمة. أما الاستقرار في المستوى العام للأسعار يؤدي إلى القضاء على مثل هذا الاختلال.

(٣) استقرار سوق النقد: بعض الاقتصاديين يركزون على أن هدف سياسة البنك المركزي من مراقبة الائتمان يجب أن يكون العمل على

استقرار سوق النقد. وعلى ذلك، فيجب أن تعمل هذه السياسة على القضاء على التقلبات الموسمية في الطلب على الأرصدة وأن توفر الائتمان في وقت الأزمات. وعلى أية حال فإن مثل هذا الهدف لم يلق قبولاً على نطاق كبير ذلك لأنه لا يتفق مع هدف استقرار مراحل النشاط الاقتصادي الأخرى.

(٤) تشجيع النمو الاقتصادي: هناك إجماع على أن يكون من ضمن أهداف الرقابة على الائتمان المصرفي تحقيق معدل متوازن للنمو الاقتصادي مع تحقيق التنمية الشاملة. فيجب أن تهدف سياسة إدارة الائتمان المصرفي نحو التشجيع والمحافظة على مستوى عال من التوظيف والدخل. فالاتجاه الحديث في السياسة النقدية هو العمل على الجمع بين هدف استقرار سعر الصرف وهدف الارتقاء والمحافظة على مستوى عال من التوظيف والدخل. وعليه فإن السياسة الائتمانية كوسيلة للنهوض بالنمو الاقتصادي أصبحت إحدى أهداف سياسة البنك المركزي في إدارة الائتمان المصرفي^(١).

وقبل الخوض في موضوع البحث، نقرر أن موضوع ضمانات الائتمان المصرفي هو موضوع ذات أبعاد متعددة تمثل بالنسبة لهذا البحث أهدافاً نحاول الوصول إليها، وهي كالآتي: أولاً: الحفاظ على الثقة بين طرفي عقد الائتمان المصرفي. ثانياً: الحفاظ على حقوق البنك في استرداد تمويله في نهاية عقود الائتمان المصرفي. ثالثاً: منح العملاء مساحة واسعة من فرص الحصول على تمويلات من البنوك يستطيعوا بها تنفيذ مشروعات استثمارية

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، المرجع السابق ص ٥٤ وما بعدها.

نافعة لهم ولمجتمعاتهم.

وفي سبيل الوصول إلى تحقيق هذه الأهداف ذات الأبعاد المتعددة والمتكاملة، نحاول من خلال هذا البحث، في جزئه الأول، أن نلقي الضوء على مزايا وعيوب الضمانات التقليدية التي تستخدمها البنوك حتى الآن للموافقة على منح القروض، مع دراسة كيفية تطويرها لتلاءم الظروف المعاصرة. ثم ندرس في الجزء الثاني من البحث الضمانات المصرفية المتطورة والتي من الممكن أن تلعب دوراً فعالاً في تطوير الائتمان المصرفي ونمو الاقتصاد القومي.



الباب الأول
ضمانات الائتمان المصرفي
في ظل القواعد التقليدية

الباب الأول

ضمانات الائتمان المصرفي في ظل القواعد التقليدية

نبحث في هذا الباب ضمانات الائتمان المصرفي في ظل القواعد التقليدية. وبعد أن حددنا قانوناً المقصود باصطلاح ضمانات الائتمان المصرفي، نستطيع أن نخطو إلى دراستها، فنبدأ بدراستها في هذا الباب في ظل القواعد التقليدية بتطبيقها بذات الطرق القانونية على الوقائع المعاصرة.

الأصل في كل عقود التمويل المصرفي أنها عقود مبنية ومؤسسة على الاعتبار الشخصي بمعنى أنها تقوم أساساً على ثقة البنك في عميله. إلا أن مقدار هذه الثقة يختلف من عملية إلى أخرى تبعاً لظروفها وطبيعتها. ونظراً لتغير معيار الثقة فإن البنك عموماً يطلب من عميله المقرض أن يقدم ضمانات ليقوم البنك بالتنفيذ عليها أو استعمالها في حالة تأخر أو امتناع العميل عن السداد.

ومما لا شك فيه أن هذا التأخير أو الامتناع الذي قد يبديه البنك يكون أساساً لظروف طارئة أو مخاطر غير محسوبة قد تؤثر في نشاط العميل وليس لعدم الثقة في العميل أساساً، حيث أن أساس منح الائتمان، لابد وأن يكون قائماً على دراسة ائتمانية متأنية لمركز العميل المالي وسمعته والتدفقات النقدية التي ترد إليه، والتي على أساسها يكسب البنك الثقة اللازمة لمنح عميله التمويل المصرفي الذي يطلبه. ومن تلك الثقة يستطيع البنك أن يتبين نية العميل في السداد وهي أساس منح الائتمان^(١).

(١) إبراهيم ممدوح زكي، الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي (القرض — التسهيل الائتماني)، ص ٦٧ وما بعدها.

وتختلف أنواع الضمانات التي يمنحها العميل للبنك ومن ضمنها الضمانات الشخصية كالكفالة والضمان الاحتياطي على الأوراق التجارية أو ضمانات عينية بأن يخصص مالا معيناً سواء كان منقولاً أو عقاراً لصالح البنك للتنفيذ عليه في حالة تأخر أو امتناع العميل عن السداد شأن الرهون سواء كانت عقارية أو تجارية أو رهن المنقول (بضائع) أو رهن الأوراق المالية أو الودائع النقدية، كما قد يمنح البنك عميله التمويل اللازم بدون ضمان عيني اكتفاءً بأن يقوم العميل بتوقيع سندات شخصية عليه (السند الإنشائي) وهذا ما يسمى بالضمان الأسمى (ضمان شخص العميل).

ونقسم دراستنا في هذا الباب إلى ثلاث فصول: الفصل الأول: الضمانات المدنية والتجارية للائتمان المصرفي، الفصل الثاني: القواعد التقليدية في تجريم عدم الوفاء بالدين، والفصل الثالث: مدى حفاظ القواعد التقليدية على المال العام وتقديم الاقتصاد.



الفصل الأول

الضمانات المدنية والتجارية للائتمان المصرفي

السؤال الذي يثار للوهلة الأولى عند مقارنة هذا الموضوع هو: هل القانون المدني تضمن نصوصاً تتعلق بضمانات الائتمان المصرفي؟^(١) والإجابة على هذا السؤال بالإيجاب. ولكن لا نستطيع أن نتمادى ونقرر أن القانون المدني خص الائتمان المصرفي بضمانات معينة، فالقانون المدني قرر بعض الأحكام العامة بخصوص الضمانات أي التأمينات والتي تنطبق على علاقات الأشخاص فيما بينها سواء كانت أشخاص طبيعية أو معنوية، ومن الأشخاص المعنوية بالطبع البنوك.

التأمينات في القانون المدني تنقسم إلى تأمينات شخصية وتأمينات عينية. والتأمينات الشخصية هي التضامن والتضامم والاشتراط لمصلحة الغير^(٢) والإنابة والكفالة. وأما التأمينات العينية فهي الرهن الرسمي والرهن الحيازي وحق الاختصاص وحقوق الامتياز وكذلك التأمينات العينية التي تنقرر على أموال التركة والحق في الحبس.

وضمانات الائتمان المصرفي في القانون التجاري لا يجب فصلها عن ضمانات الائتمان المصرفي في القانون المدني، فهي تختلط بها ولا تتفصل عنها. والدليل على ذلك أن القواعد والأحكام العامة للضمانات هي التي قررها القانون المدني، ثم أورد القانون التجاري بعض القواعد لهذه الضمانات، والتي تتشابه في بعض أحكامها مع أحكام الضمانات في القانون

(١) أصبح مصطلح الائتمان مستخدم على محيط القانون المدني والقانون التجاري.

(٢) مثل حالة التأمين من الإعسار.

المدني. ولكنها تتميز أيضاً ببعض القواعد التي لها خصوصيتها عن قواعد الضمانات في القانون المدني، لكونها تتشابه وتتاسب المبادئ في القانون التجاري.

كما يجب أن نوضح أيضاً، ونحن بصدد دراسة القواعد التقليدية وضمانات الائتمان المصرفي، أننا لن نتعرض في هذا الفصل لبعض القواعد والمبادئ المتطورة لضمانات الائتمان المصرفي، والتي نشأت حديثاً نسبياً نظراً لحاجة معاملات الائتمان المصرفي لهذه الضمانات. ولهذا سيقصر بحثنا في هذا الفصل على الضمانات التقليدية، والتي يجب أن نوضح أنها ما زالت تلعب الدور الأكبر في حجم الضمانات في عمليات الائتمان المصرفي.

والحقيقة أن ضمانات منح الائتمان هي ضمانات سداد الائتمان، فالبنوك تمنح الائتمان عندما تضمن أن العميل لديه من الضمانات الكافية، والتي تؤهله لسداد الائتمان المصرفي. ويرتبط قرار منح الائتمان للعميل ارتباطاً لا يقبل التجزئة بالضمانات التي قدمها (الشخصية منها والعينية) والتي تضمن للبنك أنه لن يتعثّر في المستقبل في سداد دينه للبنك.

والسؤال الذي يطرح نفسه ونحن بصدد تقسيم مواد دراسة هذا البحث، هو ماهية الضمانات التقليدية في الائتمان المصرفي؟ أي بمعنى آخر، ما هي الضمانات التي ورد ذكرها في القوانين، والتي قد تستخدمها البنوك حتى تستطيع أن تؤمن عمليات الائتمان التي تقوم بها لصالح عملائها؟

والإجابة على هذا السؤال، سوف تقودنا إلى تقسيم مواد البحث في هذا الفصل. ولكن يجب أن نوضح أنه لا يوجد بصفة عامة في جميع القوانين

ضمانات الائتمان المصرفي في ظل القواعد التقليدية

الحصر الشامل (المانع لتواجد أي ضمانات أخرى) لهذه الضمانات التي ورد ذكرها في القوانين. وليس معنى ذلك أنه لا توجد ضمانات تقليدية، بل توجد هذه الضمانات بشكل واضح، وقد ورد ذكرها في القانون المصري على سبيل الحصر. وحتى ولو اختلف بعض الفقهاء في إضافة أو حذف بعضها دون البعض الآخر، فإن هذا لن يردنا أن نؤكد أن الضمانات التقليدية لعمليات الائتمان المصرفي استقر عليها الفقه والقضاء — سواء الدولي أو المحلي — منذ فترة من الزمن وتواترت الآراء والأحكام القضائية لتؤكد أننا بصدد قواعد معروفة لن يختلف عليها الشراح في الأغلب الأعم.

وبعد هذه المقدمة، فالإجابة على السؤال الذي طرحناه بشأن ماهية ضمانات الائتمان المصرفي في القواعد التقليدية هي: ضمان شخص العميل (المبحث الأول)، الرهن (المبحث الثاني)، التأمينات الشخصية (الكفالة) (المبحث الثالث)، الأوراق التجارية (المبحث الرابع)، الأرصدة الدائنة (المبحث الخامس)، غطاء الاعتماد المستندي (المبحث السادس)، غطاء خطاب الضمان (المبحث السابع).



المبحث الأول

ضمان شخص العميل (التمويل بدون ضمان عيني)

قد يتعامل البنك مع عميل له بالقروض أو التسهيلات الائتمانية التي تُمنح له بضمان شخصه (أي الثقة في شخص العميل)، وهو ما يسمى بالتمويل بدون ضمان عيني، فهي تسهيلات ائتمانية تقدمها البنوك للعملاء الذين يثبت التحليل الائتماني سمعتهم الطيبة ووفائهم بانتظام بالتزاماتهم وخبرتهم في مجال عملهم ومركزهم المالي الممتاز وتحقيقهم لأرباح طيبة وتمتعهم بسيولة مناسبة وتوافر سجل مشرف لمعاملاتهم السابقة مع البنك.

إن الضمان الذي يمكن توافره لدى العميل لا يمثل على الإطلاق أساس منح التمويل، ولكن الأساس في التمويل المصرفي هو احتمالات الربح التي ستعود على البنك من ذلك التمويل مع استظهار نية العميل في السداد. لذا فلا يوجد ما يمنع قانوناً من أن يمول البنك العميل بدون ضمان عيني أو حتى بدون تقديم ضامن شخصي (كفيل) لأن هدف البنك من التمويل في الأساس هو الربح من خلال توظيف الأموال المودعة لديه بعوائد لصالح مودعيها. وأهم ضمان للبنك هو اطمئنانه لنية العميل في السداد^(١).

وبالنسبة للبنوك يمثل ضمان شخص العميل أهم ضمانات الائتمان المصرفي، إذ أنه مع توافر ضمانات عينية وشخصية أخرى، دون تمتع العميل بالسمعة الطيبة والقدرة الشخصية على سداد القرض والملاءة المالية

(١) د/ عبد الحميد محمد الشواربي، أ/محمد عبد الحميد الشواربي، إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، منشأة المعارف، ص ٥٢٠ وما بعدها.

اللزمة للسداد، تتزايد مخاطر عدم سداد هذا الائتمان المصرفي^(١).

الضمان العام للدائنين وأهميته:

تنص المادة (٢٣٤) من القانون المدني على أن أموال المدين جميعها ضامنة للوفاء بديونه. وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان، إلا من كان له منهم حق التقدم طبقاً للقانون. ومفاد ذلك أن لكل دائن أن يستوفي حقه جبراً عن المدين بالتنفيذ على أمواله. والضمان ينصب على عموم أموال المدين وليس على مال معين بالذات. فالزمة المالية للمدين في مجموعها هي التي تضمن الوفاء بديونه. وفكرة الزمة المالية باعتبارها مجموعاً معنوياً مجرداً يحتوي على ما يكون للشخص من حقوق وما عليه من التزامات في الحال وفي المستقبل، تعتبر تطوراً وتقدماً مهماً في مجال الفكر القانوني، فهي تكفل حماية الدائن دون الإضرار بمصالح المجتمع ومصلحة المدين.

فبالنسبة للدائن، لا ينصب حقه على مال بعينه دون غيره، بل ينصب على كافة أموال المدين الحاضرة والمستقبلية. فعناصر الزمة تقنى فيها وتفق ذاتيتها ويصبح للزمة المالية كيان وذاتية مستقلة عن عناصرها. ويترتب على ذلك أن الدائن يستطيع أن ينفذ على العناصر الإيجابية لزمة المدين بصرف النظر عما إذا كانت هذه العناصر أو الحقوق موجودة وقت نشأة الالتزام أو اكتسبها المدين بعد ذلك، فكافة أموال المدين تضمن حقوق الدائن

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، طبعة

٢٠٠٢ - ٢٠٠٣، ص ٤ وما بعدها.

بصرف النظر عن وقت اكتسابها^(١).

والمزية المهمة التي تقدمها فكرة الذمة المالية^(٢) للدائن تكمن في أن الضمان لا ينصب على مال بعينه بحيث يضر إذا هلك للمال أو نقصت قيمته. وإنما ينصب على الذمة المالية باعتبارها مجموعاً معنوياً مجرداً لا يرد عليه الهلاك والفناء. فالضمان لا يتأثر من حيث وجوده بمال معين، ويحتفظ بحيوية وعائه دون أن يقتصر على مال أو أموال موجودة في لحظة نشوء الالتزام. ومن ثم، فإن الضمان العام للدائنين يتصف بالعمومية من حيث أنه يشمل كافة أموال المدين حاضرها ومستقبلها.

وتظهر العمومية كذلك من ناحية أن الضمان مقرر لكل الدائنين. ولما كان حق كل دائن ينصب على الذمة المالية للمدين، فالأصل أن الدائنين جميعاً متساوون بالنسبة لضمان حقوقهم وبصرف النظر عن تاريخ نشوء حق كل منهم وليس لأحدهم أفضلية على الآخر بسبب أسبقية نشوء الالتزام. وإذا لم تكف العناصر الإيجابية للوفاء بحقوق الدائنين، قسمت الأموال الموجودة وقت التنفيذ على الدائنين قسمة غرماء أي بنسبة دين كل واحد منهم. وأساس ذلك هو فكرة الذمة المالية، فحق كل دائن يضمنه المجموع للمعنوي المجرد وهو الذمة المالية وليس ما تتضمنه من أموال ومن ثم فهم

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٥.

(٢) يراجع في فكرة الذمة المالية: الدكتور/ حسام الدين كامل الأهواني، أصول القانون، طبعة ١٩٨٨، ص ٦ وما بعدها.

جميعاً متساوون عند التزامهم^(١).

وفكرة الذمة المالية وما يترتب عليها من المساواة بين الدائنين تحقق فائدة كبرى للمدين. ولما كان الضمان لا ينصب على مال بذاته وإنما على الذمة كفكرة مجردة، فإن المدين يحق له التصرف في أمواله كما يشاء، ولا يتضرر الدائن من ذلك، لأن الضمان لا ينصب على المال المتصرف فيه وإنما على الوعاء المعنوي أي الذمة المالية وهي قائمة موجودة لم يمسها التصرف في وجودها. والدائن لا يملك بالتالي أن يمنع المدين من التصرف في أمواله أو عقد دين جديد ولا يتمتع بحق رقابة تصرفات المدين. ومصلحة المدين تتمثل في عدم غل يده عن التصرف في أمواله بما يحقق مصلحته والمحافظة على قيمتها وحسن استثمارها مما يعود بالنفع على الدائنين.

ومبدأ المساواة بين الدائنين العاديين لا يخلو من الفائدة بالنسبة للمدين من حيث أنه يبقى على باب الائتمان مفتوحاً أمامه. فالدائن الذي يعلم أنه سيكون في ذيل قائمة الدائنين لن يقبل على التعامل مع المدين، أما إذا كان يتساوى مع من سبقه، فإن ذلك لن يكون في حد ذاته سبباً لإحجامه عن التعامل مع المدين.

وأخيراً، فإن حرية التصرف في الأموال، وتدعيم الائتمان يحققان مصلحة اقتصادية عامة.

(١) بلانبول وريبير وبيكيه، ج ١٢، رقم ١ ص ١ طبعة ١٩٥٣، مشار إليه - د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٦.

ويتمثل ضمان شخص العميل في ثلاث نقاط مهمة لازمة لمنح الائتمان المصرفي وهي كالآتي^(١):

(أ) **الشخصية Character**: تعد شخصية العميل الركيزة الأساسية الأولى في القرار الائتماني وهي الركيزة الأكثر تأثيراً في تقدير المخاطر التي تتعرض لها المصارف، وبالتالي فإن أهم مسعى عند إجراء التحليل الائتماني هو تحديد شخصية العميل بدقة. وكلما كان العميل يتمتع بشخصية أمينة ونزيهة وسمعة طيبة في الأوساط المالية، وملتزماً بكافة تعهداته وحريصاً على الوفاء بالتزاماته، كان أقدر على إقناع المصرف بمنحه الائتمان المطلوب والحصول على دعم المصرف له. وقياس عامل معنوي كعامل الأمانة والنزاهة بدرجة دقيقة أمر تكتفه بعض الصعوبات من الناحية العملية، ويتم التغلب على هذه الصعوبات من خلال الاستعلام الجيد وجمع البيانات والمعلومات عن العميل من المحيطين العملي والعائلي له، لمعرفة المستوى المعيشي وموارده المالية والمشكلات المالية التي يعانيها، ومستواه الاجتماعي وسجل أعماله التي قام بها وماضيه مع المصرف ومع الغير وسابق تصرفاته مع المصارف الأخرى. ويتم ذلك عن طريق الاتصال بالمنشأة والعاملين بها، وبمورديها والمصارف التي سبق للعميل المتوقع التعامل معها.

(١) الدكتور عبد العزيز الدغي، الدكتور ماهر الأمين، إيمان انجرو، بحث التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض المصرفي بالتطبيق على المصرف الصناعي السوري، مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية - سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية المجلد (٢٨) العدد (٣) ٢٠٠٦.

(ب) **القدرة Capacity** : وتعني باختصار قدرة العميل على تحقيق الدخل وبالتالي قدرته على سداد القرض والالتزام بدفع الفوائد والمصروفات والعمولات.... ومعيار القدرة أحد أهم المعايير التي تؤثر في تقدير المخاطر التي يتعرض لها المصرف عند منح الائتمان. وعليه لابد للمصرف عند دراسة هذا المعيار من التعرف على الخبرة الماضية للعميل المقترض وتفاصيل مركزه المالي، وتعاملاته المصرفية السابقة سواء مع نفس المصرف أو أية مصارف أخرى. ويمكن الوقوف على الكثير من التفاصيل التي تساعد متخذ القرار الائتماني من خلال استقراء العديد من المؤشرات التي تعكسها القوائم المالية الخاصة بالمقترض. وكلما كانت نتائج دراسة هذا الجانب إيجابية زاد اطمئنان متخذ القرار إلى قدرة المقترض محل الدراسة على سداد القرض المطلوب وفق الشروط المقترحة للقرض وفي مواعيد السداد التي سيتم الاتفاق عليها.

(ج) **رأس المال Capital**: يعتبر رأس مال العميل أحد أهم أسس القرار الائتماني، وعنصراً أساسياً من عناصر تقليل المخاطر الائتمانية باعتباره يمثل ملاءة العميل المقترض وقدرة حقوق ملكيته على تغطية القرض الممنوح له، فهو بمثابة الضمان الإضافي في حال فشل العميل في التسديد. هذا وتشير الدراسات المتخصصة في التحليل الائتماني إلى أن قدرة العميل على سداد التزاماته بشكل عام تعتمد في الجزء الأكبر منها على قيمة رأس المال الذي يملكه، إذ كلما كان رأس المال كبيراً انخفضت المخاطر الائتمانية والعكس صحيح في ذلك، فرأس مال العميل يمثل قوته المالية. ويرتبط هذا العنصر بمصادر التمويل

الذاتية أو الداخلية للمنشأة والتي تشمل كل من رأس المال المستثمر والاحتياطيات المكونة والأرباح المحتجزة، حيث إنه لا بد أن يكون هناك تناسب بين مصادر التمويل الذاتية للعميل المقترح للذاتية وبين الاعتماد على مصادر التمويل الخارجية.

عموماً لا تكتفي البنوك في حالة منح القرض أو التسهيل بدون ضمان عيني بعقد القرض أو التسهيل وإنما يوقع أيضاً العميل المقترض سنداً ائنيّاً لصالح البنك يحقق للبنك سرعة التنفيذ على العميل من خلال دعوى الإفلاس أو أمر الأداء في حالة توقفه عن السداد^(١).

وعموماً هناك عدد من المبادئ الأساسية واجبة المراعاة بدقة وحصافة عند إقرار تسهيلات ائتمانية بالضمان الشخصي تتمثل في النقاط التالية^(٢):

(١) ينبغي أن يكون الغرض منها هو تكملة نقص مؤقت ناتج عن مباشرة العميل لنشاطه العادي حسب السير الطبيعي للأمور. ومن ثم يجب أن تتحمل مالية العميل بالمجهود الأكبر أولاً ثم تكملة المعاونة التي يقدمها البنك. لذلك يجب أن يعرف البنك قيمة المساهمة التي سيقدمها العميل في التمويل وأن يستلزم قيام العميل بها أولاً.

(١) أ / إبراهيم مدوح زكي، الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي (القرض - للتسهيل الائتماني)، ص ١١٦ وما بعدها.

(٢) د/ عبد الحميد محمد الشواربي، أ/ محمد عبد الحميد الشواربي، إدارة الخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، منشأة المعارف، ص ٥٢٠ -

(٢) ينبغي أن يكون الغرض منها هو تكملة نقص مؤقت في رأس المال المتداول وليس في الأصول الثابتة، ومن ثم يجب ألا يكون الغرض من الاعتماد هو شراء آلات أو أصول ثابتة تحتاج تصفيتها إلى وقت طويل. ولذا يتحتم على البنك معرفة الغرض الذي سيستخدم فيه الاعتماد.

(٣) ينبغي أن يكون المبلغ المطلوب أو الحد الأعلى الذي سيحدد للاعتماد كافياً، وسيترتب عليه استكمال النقص في مالية العميل، وسيؤدي إلى زيادة قدرته على الوفاء وتوازن حركة السيولة الخاصة بالمنشأة. أما إذا رأى البنك أن المبلغ المطلوب لن يسد النقص الحالي أو المتوقع، ولن يمكن العميل من مواصلة نشاطه المعتاد بحيث يضطر إلى معونات تكميلية، فإنه يجب على البنك أن يعتذر عن منح المعاونة المطلوبة، وإلا فإنه يخاطر بالتجمد مع العميل. ومن المتعارف عليه أن السلفيات بدون ضمان التي تقدم للعميل يجب أن تتراوح بين ١٠% و ٣٠% من الأموال المستثمرة للعميل وألا يتجاوز إجمالي الائتمان الممنوح للعميل واحد في أية صورة وبأية شروط عن ٢٥% من رأس مال البنك.

(٤) أن يكون الدخل المنتظر الذي تقوم عليه تقديرات الوفاء بقيمة الاعتماد وملحقاته من فوائد وعمولات قريباً ومؤكدأً وقائماً على السير الطبيعي للأمر، ولذلك يلزم الربط قدر الإمكان بين الاعتماد المطلوب والدخل المنتظر الذي سيستخدم في الوفاء به.

(٥) أن يكون منح الاعتماد واستخدامه لأجل قصير يتناسب مع دورة نشاط

العميل ومع التواريخ المحددة للإيراد الذي سيخصص للوفاء بها. ولما كانت دورات نشاط العميل تتابع، وبالتالي سيتتابع تقديم الائتمان لللازم لتمويلها، فإن البنك يقوم بمنح العميل حداً أعلى لهذه الاعتمادات طبقاً لدورة النشاط.

(٦) يجب على البنك متابعة الإشراف على حركة حساب العميل وملاحظة استخدام هذه الاعتمادات في تمويل النشاط المعتاد للمنشأة المقترضة. ويتم هذا الإشراف في اتجاهين أساسيين:

(أ) جملة المسحوبات والإيداعات الشهرية أو نصف الشهرية أو كل عشرة أيام واستخراج متوسطات للاستعانة بها في المقارنات الشهرية والسنوية لحركة الحساب وللاستئارة بها في مدى سير النشاط المعتاد وملاحظة ما قد يعتريه من حالات لركود أو النشاط الزائد غير العادي over trading.

(ب) الجهات التي يوجه إليها العميل استخدامات الاعتماد أي سبب للمسحوبات وخاصة الكبير منها ذات الأهمية وكذلك للجهات التي ترد منها الإيداعات لملاحقة ما إذا كان في الحساب عند منح الاعتماد ومعرفة أثر ذلك على توازن مالية العميل من جهة ومقدرته على الوفاء من جهة أخرى. وقلما تطلب البنوك إثباتاً خاصاً في هذا الشأن وتكتفي بمراقبة الشيكات المسحوبة على الاعتماد.

وإذا كان الاعتماد المطلوب كبيراً ويحتاج إلى متابعة خاصة، فإن على البنك — فضلاً عن الشروط السابقة — أن يطلب من العميل تقديم الخطة العامة لتطور الاعتماد من تاريخ منحه إلى تاريخ انتهائه. وعادة يطلب ذلك

في حالة الاعتمادات الموسمية وفي حالة اعتمادات التجهيز الخاصة بعمليات الإنتاج الكبيرة سواء للتصدير أو للسوق المحلي^(١).

وتتلخص أهم الضوابط المصرفية واجبة المراعاة عند إقرار تسهيلات بالضمان الشخصي:

- (١) التمتع بسمعة جيدة.
- (٢) خبرة كبيرة وإدارة جيدة لنشاطه.
- (٣) سلامة المركز المالي وقوته وسيولة أصوله.
- (٤) عدم وجود ديون ممتازة (ضرائب وتأمينات) متأخرة أو مستحقة أو متنازع عليها. وبالنسبة لحالات النزاع التي لم يتم حلها يتم حسمها يتعين التحوط بمخصصات جيدة في المركز المالي للعميل.
- (٥) سابقة التعامل مع البنك أو مع وحدات مصرفية أخرى ومؤشرات ذلك التعامل.

ولكن إذا كان الضمان العام للدائنين أو فكرة الذمة المالية تحقق مصلحة لكل من الدائن والمدين والمجتمع، فإن ذلك لا يعني خلوها من المخاطر بالنسبة للدائن.

المخاطر التي تتهدد الدائن (البنك) بالرغم من وجود الضمان العام^(٢):

يُعد تمكين المدين من حرية التصرف في أمواله من أهم مزايا فكرة

(١) د/ عبد الحميد محمد الشواربي، /محمد عبد الحميد الشواربي، إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، المرجع السابق، ص ٥٢٢.

(٢) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق ص ٧ وما بعدها.

الذمة المالية، باعتبارها مجرد عناصر في وعاء الذمة المالية مع استمرار بقاء الضمان العام متمثلاً في الذمة المالية، باعتبارها فكرة معنوية يرتبط وجودها بوجود المدين على قيد الحياة.

وإذا كان من الناحية النظرية، لا يحق للدائن أن يتضرر من تصرفات مدينه لأن الذمة المالية في مجموعها هي الضمان العام ولا يتمثل الضمان العام في مال بعينه، إلا أن الذمة المالية وبالرغم من كونها فكرة معنوية، فهي لا تصلح ضماناً فعالاً للدائن إلا إذا كانت تتطوي على عناصر إيجابية تكفي للوفاء بالديون.

فبقاء الذمة المالية كفكرة معنوية لا يجدي نفعا للدائن إذا كان الوعاء أو الذمة لا تحتوي على عناصر إيجابية كافية، ومن ثم فإن التصرف الذي ينقص هذه العناصر يؤثر على قدرة الدائن في استيفاء دينه من الناحية العملية.

والحقيقة أنه من حق المدين التصرف في أمواله، لأن هذا الحق يتعلق بالنظام العام بحيث لا يمكن الانتقاص منه إلا بنصوص تشريعية استثنائية تمنعه من التصرف في أمواله مثل المادة (٢٠٨ - أ مكرر) من قانون الإجراءات الجنائية والتي تجيز منع تصرف المتهم في أمواله على النحو الذي ندرسه تفصيلاً في جزء تالٍ في هذا البحث (في الفصل الثاني من الباب الأول)، ولذا فإن حق الشخص التصرف في ملكه يحميه الدستور بموجب نص المائتين (٣٢، ٣٤) من الدستور، إلا أنه يجب تقييد هذا الحق في بعض الحالات الاستثنائية بما لا يخل بحق الملكية وبموجب قانون ينص

على هذا الاستثناء^(١).

وعلى هذا يكون للدائن معرضاً لخطر تصرف المدين في أمواله. وإذا كان الأصل هو عدم المساس بحرية المدين في التصرف في أمواله لارتباط ذلك بضرورات اقتصادية واجتماعية وإنسانية، إلا أن المشرع قد حرص على توفير قدر من الحماية للدائن دون المساس بالأصل وهو حرية التصرف.

٢٠

كما يتعرض الدائن لخطر مزاحمة باقي الدائنين؛ إذ قد لا تكفي أموال المدين للوفاء بجميع حقوق دائنيه. وحينئذ لا مفر من توزيع مقابل هذه الأموال تبعاً لأحكام قسمة الغرماء حيث يخسر كل دائن جزءاً من حقوقه.

(١) الحماية التي يكفلها الدستور للملكية الخاصة - وبوصفها إحدى القيم الجوهرية التي يرفعها - لا تقتصر على ما هو قائم فعلاً من مصادرها التي استقام بها الحق في الملكية صحيحاً وفق أحكام الدستور، ولكنها تمتد بداهة إلى ما هو مشروع من صور كسبها التي تعد سبباً لتلقيها أو لانتقالها من يد أصحابها إلى آخرين، فلا يكون تقييد دائرتها جائزاً. فالأموال التي نملكها، وكذلك ما يؤول إلى أغيار من عناصرها، هي التي قصد الدستور إلى صونها، ولم يجر المساس بها إلا استثناءً، وبمراعاة الوسائل القانونية السليمة التي تقارن حق إنشائها وتغيير سندها. وينبغي بالتالي النظر إلى الحماية التي تشملها بما يقيمها وفق مفاهيم الحرية التي يمارسها الأفراد تعبيراً عن نواتهم، وتوكيداً لحدود مسئوليتهم عن صور نشاطهم على اختلافها *Self-defining responsible activity*، فلا يكون صون الملكية إلا ضماناً ذاتياً لأصحابها، يرد عن ملكيتهم كل عدوان ينال من عناصرها. (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٦ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، جلسة ١٩٩٧/١١/١٥).

وكلما ازدادت ديون المدين أي زادت العناصر السلبية لنمته المالية، تضاعلت فرص حصول الدائنين على حقوقهم كاملة وذلك حتى لو لم يتصرف المدين في العناصر الإيجابية للذمة المالية.

وإذا كان حدوث هذه المخاطر يرجع إلى غش أو إهمال من جانب المدين، فقد حرص المشرع على توفير قدر من الحماية للدائن^(١).

وتتمثل هذه الحماية، بصفة أساسية في وسائل المحافظة على الضمان العام والواردة في القانون المدني، وهذه الوسائل ترتد إلى ثلاث، الدعوى غير المباشرة، والدعوى البوليصة أو دعوى عدم نفاذ التصرفات، ودعوى الصورية^(٢).

ويستبين مما سبق أن المشرع يحرص على التوفيق بين أمرين، الأمر الأول حرية المدين في التصرف في أمواله باعتبار أن الضمان هو الذمة المالية وليس مالا بعينه، الأمر الثاني عدم التماذي في المجاز والدخول في دنيا الواقع بالنظر إلى أثر التصرف على العناصر الإيجابية للذمة المالية. ومع الإبقاء على حرية المدين في التصرف، يحرص المشرع على عدم الإضرار بالدائنين عن طريق عدم الاعتداد ببعض التصرفات في مواجهة

(١) راجع د/ شفيق شحاته: النظرية العامة للتأمين العيني، الطبعة الثانية، ١٩٥٣، رقم ٣، ص ٤، ود/ عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، طبعة ١٩٥٤، ص ٩ وما بعدها، ود/ شمس الدين الوكيل: نظرية التأمينات في القانون المدني، الطبعة الثانية، ١٩٥٩، ص ٢٣ وما بعدها.

(٢) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، ص ٩ وما بعدها.

الدائن واعتبار المال محل التصرف باقياً ضمن عناصر الذمة المالية.

لا تقبل حرية التصرف المساس بها من حيث الأصل. ولكن حماية الدائن تتأتى عن طريق عدم إخراج العناصر الإيجابية التي أراد المدين إخراجها بالتصرف وذلك متى كان من شأن التصرف إعاقة المدين أو زيادة إعساره.

ويعيب هذه الوسائل أنه يجب على الدائن أن يكون متيقظاً ومراقباً لكل تصرفات مدينه باحثاً حول أثرها على العناصر الإيجابية للذمة المالية. كما أن المراقبة والتدخل قد لا تؤدي إلى منفعة خاصة للدائن، بحيث يظل معرضاً لمخاطر المساواة مع غيره من الدائنين. وأخيراً فإن هذه الوسائل لا تقدم للدائن الضمانة الفعالة التي تشجع على الائتمان وتطمئنه إلى الحصول على حقه دون إجراءات قضائية، وقد لا تسفر عن منفعة خاصة له حيث أنها جميعاً لا تبدأ إلا في لحظة لاحقة تماماً على نشأة حق الدائن.

ومن هنا فقد كان على الفكر القانوني أن يتوصل إلى وسيلة قانونية تكفل من ناحية حرية المدين في الحصول على حقه بالرغم من التصرف. ولا يتحقق الاطمئنان الكامل إلا إذا حصل الدائن على حقه كاملاً دون أن يتعرض لمزاحمة الغير، فالاطمئنان على الحصول على الحق كاملاً في لحظة نشأة الحق يكفل توافر الائتمان^(١).

(١) د. حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٩ وما بعدها.

ولكن إذا افترضنا هروب العميل خارج البلاد، فما هي قيمة الضمان الشخصي؟

بالطبع لن يكون للضمان الشخصي أي أهمية أو قيمة في هذه الحالة، لأنه حتى لو ترك عدداً من الأصول في ذمته المالية يمكن التنفيذ عليها، فلن يفيد ذلك في حالة زيادة دين البنك على أصوله. ولذلك كان من المهم ضمان عدم هروب العملاء المدينين قبل سداد ديونهم المصرفية. ومن هنا يأتي أهمية استصدار قرار منع من السفر.

وقد ارتقى المشرع بمقتضى نص المادة (٤١) من دستور جمهورية مصر العربية الصادر سنة ١٩٧١ بحرية التنقل والسفر داخل البلاد أو خارجها إلي مصاف للحريات العامة والحقوق الدستورية - وقرر المشرع الدستوري^(١) لذلك ضماناً شكلية تتمثل في النص على سبيل الحصر على جهتين فقط، أناط بهما الاختصاص بإصدار قرارات المنع من التنقل والسفر وهما للقاضي المختص والنيابة العامة. وإذا استلزمت ذلك ضرورة التحقيق ولأن المجتمع، فوض المشرع السلطة التشريعية في تنظيم القيود التي تمس تلك الحريات، على أن تمارس ولايتها بنفسها دون أن تتنازل عنها للسلطة التنفيذية^(٢).

(١) نصت المادة (٤١) من الدستور المصرى على أن "الحرية الشخصية حق طبيعي وهى مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس لا يجوز القبض على احد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تستلزمه ضرورة التحقيق وصيانة امن المجتمع، ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة، وذلك وفقاً لأحكام القانون. ويحدد القانون مدة الحبس الاحتياطي".

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم ٦٩٠٤ لسنة ٤٤ قضائية، جلسة ٢٠٠٢/٢/٢. وفي ذات المعنى، قضاء محكمة النقض الجنائي في الطعن رقم -

إن الحرية الشخصية حق مقرر للفرد لا يجوز الحد منه أو انتقاصه إلا

- ٢٣٦١ لسنة ٥٥ قضائية، جلسة ١٩٨٨/١١/١٥. والحقيقة أنه في خصوص قرار المنع من السفر، يختلف قضاء المحكمة الإدارية العليا في أحكامه، فهناك إتجاه يقضي باعتبار قرار النائب العام بمنع مواطن من السفر هو قرار إداري يخضع لرقابة مجلس الدولة، في حين إعتبره بعض الأحكام قرار قضائي لا يخضع لرقابة قضاء مجلس الدولة، ومثال للإتجاه الأول "ولما كان ذلك فإنه وأن كان قضاء النقض قد جرى بأن النيابة العامة شعبة أصلية من السلطة القضائية، تتولى أعمالاً قضائية أهمها وظيفة التحقيق ثم وظيفة الاتهام أمسام المحاكم الجنائية، وأن القرارات والإجراءات التي يتخذها بحكم وظيفتها القضائية تعتبر من صميم الأعمال القضائية إلا أن النيابة العامة لا تنهض ولايتها في خصوص المنع من السفر إلا وفقاً لقانون ينظم القواعد الموضوعية والشكلية لإصدار قرارات بذلك، وأنه في غياب هذا القانون، وفي ضوء ما قضت به المحكمة الدستورية العليا بحكمها في القضية رقم ٢٤٣ لسنة ٢١ ق "دستورية"، جلسة ٢٠٠٠/١١/٤، فلا تستنهض النيابة العامة هذه الولاية ولا تكون لها قائمة، ويكون ما تصدره النيابة في هذا الشأن مجرد إجراء فاقد لسنده الدستوري والقانوني مما تختص به محاكم مجلس الدولة باعتبارها صاحبة الولاية العامة في المنازعات الإدارية وفقاً لنص المادة ١٧٢ من الدستور، وقانون مجلس الدولة بمراقبة مشروعياته ووقف تنفيذه أو إلغائه حسب الأحوال، وذلك هو عين ما أكدته محكمة النقض في الطعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ في الجلسة ١٩٨٨/١١/١٥". (قضاء المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ٣٠٥ لسنة ٤٨ قضائية، جلسة ٢٠٠٦/٢/٤). وهناك مثال للإتجاه الثاني في قضاء مجلس الدولة وكان هذا القضاء يتعلق بقرار للنائب العام بمنع مواطن من السفر " قرار النائب العام متى صدر في إطار اختصاصه بمناسبة تحقيق تجريمه النيابة العامة ويقتضيه صالحه لا يعتبر قراراً إدارياً فينحسر القضاء بإلغائه عن اختصاص القاضي الإداري" (قضاء المحكمة الإدارية العليا، طعن رقم ١٠٥٨، لسنة ٤٦ قضائية، جلسة ٢٠٠١/٣/١٠).

لمصلحة عامة في حدود القوانين واللوائح المنظمة لهذا الحق. ولما كان حق التنقل هو فرع من الحرية الشخصية، فإنه لا يجوز، بمقتضى ما تقدم، مصادرتة دون مسوغاً وتقيدته دون مبرر، خلافاً لما ورد في القوانين واللوائح، وإلا كان ذلك مخالفاً للقانون وإساءة لاستعمال السلطة مما يجيز الطعن فيما يصدر من قرارات في هذا الشأن أمام هذه المحكمة، فتبسط رقابتها وتتسلط عليه بولايتها^(١).

منع المدين من السفر:

المنع من السفر في القانون المصري قد يكون إجراء جنائياً أو إجراء متعلقاً ببعض المسائل المدنية والتجارية

أ - في المسائل الجنائية: يجب التفرقة بين فرضين:

الفرض الأول: المتهم بجناية أو جنحة قبل إحالته للمحكمة الجنائية قد يُمنع تفادياً لهروبه من مغادرة البلاد بقرار من النيابة العامة إذا ما قدرت ضرورة لذلك لاعتبارات الأمن والصالح العام لأسباب متعلقة بطبيعة الجريمة أو بشخص المتهم فيها.

الفرض الثاني: عند إحالة القضية للمحكمة الجنائية، فإن منع المتهم بجناية أو جنحة الهارب من السفر يكون من اختصاص هذه المحكمة.

(١) محكمة القضاء الإداري المصري، الدعوى رقم ٣٥٥١ لسنة ٧ ق، جلسة ١٩٥٤/١٢/٢٨، مشار إليه - نعيم عطية، المنع من السفر، طبعة ١٩٩١، دار النهضة العربية، ص ٥ وما يليها.

ب - في بعض المسائل المدنية أو التجارية :

الأصل هو عدم المساس بالحرية الشخصية للمدين وبالتالي فإن الإكراه البدني في المسائل المدنية والتجارية — كقاعدة — غير جائز .

— ولكن استثناء: يجوز أن يُمنع من السفر المحكوم عليه الصادر ضده حكم جنائي غيابي بناء على طلب مقدم من المدعي بالحق المدني في شكل عريضة مقدمة إلى قاضي الأمور الوقتية، وذلك إلى حين إعلانه بالحكم الغيابي. كما يجوز استثناء في بعض المسائل التجارية المتعلقة بإفلاس المدين أن يُمنع سفره إلى خارج البلاد (ندرس ذلك بالتفصيل في الفصل المتعلق بالإفلاس).

ويمكن تعريف منع الشخص من السفر بأنه " منع الشخص من مغادرة إقليم أو منطقة أو دولة معينة، أي منعه من مغادرة حدود هذه الدولة. والمنع من السفر يُعتبر إجراء تحفظياً لمنع فرار المتهم من التهمة المنسوبة إليه في المسائل الجنائية، أو لمنع فرار المدين في المسائل المدنية قبل حصول الدائن على سند تنفيذي بالدين" ^(١).

وتمنح بعض الدول العربية سلطة المنع من السفر لقضاء المحاكم، فنجد قانون العقوبات للعام السوري ، لم يرد فيه المنع من السفر كعقوبة أصلية أو فرعية أو إضافية. وبناء عليه يُعد استخدام المنع من السفر كعقوبة في أي جرم مخالفة دستورية صارخة، وذلك بالاستناد إلى المادة التاسعة والعشرون من الدستور السوري التي تنص على أنه "لا جريمة ولا عقوبة

(١) د/ سيد أحمد محمود، حول منع المدين من السفر، طبعة ١٩٩٨، دار النهضة العربية، ص ٤٥ وما بعدها.

إلا بنص قانوني". وكذلك لم يرد المنع من السفر كتدبير احترازي أو إصلاحي في قانون العقوبات العام السوري. إلا أن الاجتهاد القانوني وبعض القوانين السورية الخاصة قد استخدم المنع من السفر إلى خارج البلاد كتدبير وقائي في حالات معينة ومحددة وذلك ضمانا لحقوق أخرى يخشى أن يتم هدرها في حال السماح لشخص ما بمغادرة البلاد قبل أداء هذه الحقوق. ولابد لذلك من صدور أمر من المحكمة باعتباره من صلاحيتها، وذلك عن طريق إصدار قرار قضائي ينص صراحة على مدة المنع من السفر إلى خارج البلاد وذلك في الحالات التالية: - المشتبه بهم بجرائم جنائية وذلك لمنع هروبهم وضمان مثولهم أمام الشرطة لمواصلة التحقيق - المتهمون بجرائم جنائية وذلك بهدف ضمان مثولهم أمام المحكمة (ولتنفيذ العقوبة في حال تمت إدانتهم) - المحكوم عليهم (مالياً) بهدف ضمان تسديد الدين أو تنفيذ قرار الحكم. ويحق للمحكمة أن تمنع خروج شخص من البلاد فقط في هذه الحالات المحددة وفقط في حال لم تتوفر طريقة أخرى لتحقيق الهدف ذاته. وفي حال المنع ضمانا لحقوق مالية، يجب أن يكون هناك طلب خطي من صاحب الحق يقدم للمحكمة حسب الأصول^(١).

وقد أجاز المشرع الكويتي في المادة (٢٩٧) من قانون المرافعات للدائن بحق محقق الوجود وحال الأداء، ولو قبل رفع الدعوى الموضوعية، أن يطلب إصدار أمر بمنع المدين من السفر، ويصدر الأمر بناء على

(١) تقرير المركز السوري للإعلام وحرية التعبير، حول إشكالية المنع من السفر في سوريا

عريضة تقدم من صاحب الشأن لإدارة التنفيذ. وفي رأي فقهي^(١)، أنه نظراً

(١) د/ سيد أحمد محمود، حول منع المدين من السفر، المرجع السابق، ص ٢٠٤ وما بعدها. وقد اقترح مؤلف المرجع السابق مشروع قانون لمنع المدين من السفر وهو كالآتي:

مادة أولى: لصاحب الشأن (أو للدائن) بحق محقق الوجود حال الأداء، ولو قبل رفع المطالبة القضائية بالدين، أن يقدم عريضة لقاضي التنفيذ — الذي يقع في دائرته موطن للمدين — طالباً إصدار أمر بمنع المدين من السفر وبتقدير للدين تقديراً مؤقتاً، إذا لم يكن معين المقدار، متى كانت هناك أسباب جدية تدعو إلى الظن بفرار المدين من الوفاء بالدين رغم قدرته على ذلك، وللقاضي للأمر قبل إصدار الأمر أن يجري تحقيقاً مختصراً إذا لم تكفه المستندات المؤيدة للطلب.

كما يجب إعلان الأمر لمن صدر ضده خلال أسبوعين من تاريخ صدوره، وإلا تعتبر العريضة والأمر الصادر عليها بالمنع كأن لم تكن ويكون للتظلم من الأمر خلال أسبوعين من تاريخ إعلان الأمر خاضعاً للقواعد المنصوص عليها في المادتين (١٩٧، ١٩٩) من قانون المرافعات.

ولا يخل صدور أمر المنع من السفر بسلطة الإدارة في إنهاء إقامة للمدين الأجنبي أو أمره بمغادرة البلاد إذا اقتضى ذلك الصالح العام.

مادة ثانية: يمتنع إصدار الأمر بمنع المدين من السفر في الأحوال الآتية:

أ- إذا مرض المدين أو زوجه أو أحد أصوله أو فروعه من الدرجة الأولى واحتاج السفر بطلب مشفوع بشهادة طبية من جهة رسمية داخلية أو مترجمة رسمية، إذا كانت صادرة من جهة خارجية تفيد حاجته إلى السفر.

ب- إذا كان زوجاً للدائن أو من أصوله أو فروعه ما لم يكن الدين نفقة مقررة.

ج- إذا قدم كفالة مصرفية أو وكيلاً مقتدرًا يقبله المختص بإصدار — الأمر.

د — إذا لودع خزانة إدارة التنفيذ مبلغ من النقود مساو للدين وملحقاته وخصص للوفاء بحق الدائن الذي صدر الأمر بناء على طلبه ويعتبر هذا المبلغ محجوزاً عليه بقوة القانون لصالح هذا الدائن وإذا وقعت عليه بعد ذلك حجز جديدة، فلا يكون -

لأن نظام منع المدين من السفر الوارد في قانون المرافعات الكويتي الحالي ليس له نظير في قانون المرافعات المصري الحالي، وبما أن الشريعة الإسلامية وهي المصدر الرئيسي للتشريع (المادة الثانية من الدستور المصري)، والتي تُعتبر مصدراً لنظام منع المدين من السفر، فإنه يجب أن يتبنى المشرع المصري هذا النظام والذي ثبت فعاليته في المجتمع الكويتي،

- لها أثر في حق من خصص له المبلغ.

مادة ثالثة: يستمر أمر المنع من السفر ساري المفعول حتى ينقضي لأي سبب من الأسباب التزام المدين قبل دائلة الذي استصدر الأمر، بحيث إذا انقضى الالتزام خارج إدارة التنفيذ، تعين على الدائن أو على المدين إخطارها بذلك خلال أسبوع من تاريخ الانقضاء حتى يسقط الأمر.

ومع ذلك يسقط الأمر أيضاً في الأحوال الآتية:

أ- إذا لم يقدم للدائن لإدارة التنفيذ ما يدل على رفع المطالبة القضائية بالدين خلال سبعة أيام من صدور الأمر بالمنع من السفر.

ب إذا انقضت ثلاث سنوات على صدور حكم نهائي في دعوى المطالبة بالدين دون طلب تنفيذه أو على آخر إجراء صحيح من إجراءات تنفيذه دون طلب الاستمرار فيها.

ج- إذا وافق الدائن كتابة على إسقاط الأمر.

هـ- إذا قدم المدين أو غيره كفالة مصرفية كافية أو كفيلاً مقتدرًا يقبله المختص بإصدار الأمر. ويكون محضر الكفالة المشتمل على تعهد الكفيل بمثابة سند تنفيذي قبله بما تعهد به ويجيز أيضاً منعه من السفر.

و- إذا أودع خزانة إدارة التنفيذ مبلغاً من النقود مساو للدين وملحقاته وخصص للوفاء بحق الدائن الذي صدر الأمر بناء على طلبه ويعتبر هذا المبلغ محجوزاً عليه بقوة القانون لصالح هذا الدائن، وإذا وقعت عليه بعد ذلك حجز جديدة، فلا يكون لها أثر في حق من خصص له المبلغ.

وذلك في استيفاء الدائن لحقه وفي تفادي الإجراءات المعقدة ومنازعات وعقبات التنفيذ الجبري، مما يحقق الثقة والاستقرار في التعامل ويؤدي إلى الازدهار الاقتصادي في الدولة.

وحيث لا يوجد أي نص يبيح منع الدائن لمدينه من السفر في إطار القانون المصري، فقد جرى العمل على لجوء الدائن إلى استصدار أمر على عريضة من قاضي الأمور الوقتية يمنع مدينه من السفر. ويبلغ الأمر إلى الجهات المختصة بوزارة الداخلية التي تقوم بتنفيذ المنع من السفر اعتباراً من اليوم التالي لإعلانها بالأمر. ويحدد قاضي الأمور الوقتية أن المنع من السفر يظل قائماً حتى يتم سداد الدين المستحق على المدين. ويؤسس المنع من السفر بأن المادة (٤١) من الدستور تضمنت أن المنع من التنقل لا يكون إلا لأمر تلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. وإذا كان الدائن مصرفاً، فلا يجب أن يغيب عن البال أن الاقتصاد يقوم على القدرة المالية للمؤسسات الاقتصادية في المجتمع، وأن البنوك أحد فروع هذه المؤسسات، وحتى تؤدي دورها، يتعين عدم حرمانها من أموالها التي تتعامل بها مع أفراد المجتمع، ويتعين حماية أموال البنوك من احتفاظ الغير بها لديهم وعدم ردها وقت حلول آجالها.

ويجب أن تفهم عبارة أمن المجتمع الواردة في المادة (٤١) من الدستور على أنها لا تقتصر على الأمن الجنائي لمنع الجريمة وإنما تمتد أيضاً إلى الأمن السياسي والاقتصادي. ويكفي لصدور الأمر عدم تقديم المدين ما يثبت براءة ذمته^(١).

(١) د/ حسام الأهواني، بحث نُشر في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الأول -

وقد قضت محكمة النقض أنه من المقرر بنص الفقرة الأولى من المادة (٤١) من الدستور أن الحرية الشخصية حق طبيعي وهي مصونة لا تمس وفيما عدا حالة التلبس. لا يجوز القبض على أحد أو تفتيشه أو حبسه أو تقييد حريته بأي قيد أو منعه من التنقل إلا بأمر تلزمه ضرورة التحقيق وصيانة أمن المجتمع. ويصدر هذا الأمر من القاضي المختص أو النيابة العامة وذلك وفقاً لأحكام القانون. لما كان ذلك - وكان مؤدى هذا النص - في ضوء سائر نصوص الدستور المنظمة للحقوق والحريات العامة وضماناتها - أن أوامر القبض على الأشخاص أو تفتيشهم أو حبسهم أو منعهم من التنقل أو السفر أو تقييد حريتهم بأي قيد دون ذلك - هي إجراءات جنائية تمس الحرية الشخصية - التي لا يجوز تنظيمها إلا بقانون صادر من السلطة التشريعية وليس من سلطة أخرى بناء على تفويض ولا بأداءه أدنى مرتبة^(١).

وقد يكون تهرب المدين من سداد دينه عن طريق تصرفات صورية يجريها مع آخرين بطريق صوري قبل هروبه خارج البلاد دون سداد دينه، يكون الهدف منها هو التصرف في أصوله حتى لا ينفذ عليها عند هروبه، إلا أنه في هذه الحالة يرد عليه قصده ولا يعتد القانون بهذه للتصرفات الصورية. وقد عبرت محكمة النقض المصرية في أكثر من قضاء لها عن ذلك ومن هذا ما قضت به من أن "الدائن الشخصي للمتصرف يعتبر من

- يناير - سنة ١٩٩١ - السنة ٣٣، ص ٤٨ - ٤٩.

(١) قضاء نقض مدني - طعن رقم ٢٣٦١ لسنة ٥٥ ق، الصادر بجلسة

١٥/١١/١٩٨٨، مجموعة المكتب الفني س ٣٩ - ج ٢ - ص ١١٥٩.

الغير في الصورية ويجوز له إثباتها بطرق الإثبات كافة. ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون حقه سابقاً على التصرف للصوري الصادر من المدين الذي يبقى صورياً حتى بالنسبة إلى الدائنين الذين استجدوا بعد هذا التصرف. ويظل الشيء محل التصرف داخلاً في الضمان العام للدائنين جميعاً سواء من كان حقه سابقاً على التصرف للصوري أو لاحقاً له وسواء كان هذا الحق مستحق الأداء أو غير مستحق الأداء ما دام خالياً من النزاع، ذلك أنه متى كان التصرف صورياً فإنه لا يكون له وجود قانوناً. ولا يشترط لقبول الطعن بالصورية من الدائن أن يكون هو المقصود إضراره بالتصرف الصوري، إذ من مصلحة أي دائن للمتصرف أن يثبت صورية هذا التصرف حتى يظل الشيء محل التصرف في الضمان العام للدائنين فيستطيع أن ينفذ عليه بدينه. فإذا كان الحكم المطعون فيه قد أقام قضاءه برفض الدفع بالصورية الذي أبداه الطاعن على أن دينه لاحق للتصرف المدعى بصوريته وعلى انقطاع صلته بالدائن الذي قصد بهذا التصرف التهرب من دينه يكون قد أخطأ في تطبيق القانون وتأويله^(١).

وبعد أن درشنا في المبحث الأول ضمان شخص المدين بما يحويه من وجوب تحقق ثقة البنك في العميل الذي يمنحه قرضه، وإذا كانت مسألة الثقة في شخص العميل تُعد معياراً مشتركاً في كافة التمويلات المصرفية، إلا أنها قد يزيد دورها أو يقل حسب الظروف المتعددة والمختلفة في شتى عقود الائتمان المصرفي، على أنه لا غنى عنها ولا يمكن موافقة البنوك

(١) قضاء مستقر لقضاء محكمة النقض المصرية، ومن ذلك، تراجع الطعن رقم ١٥٨

لسنة ٣١ ق، جلسة ١٩٦٥/١٢/٩.

على منح العملاء تمويلات دون دراسة شاملة لشخص المدين ونمته المالية من كافة السبل. ومن غير ذلك يصعب منح التمويلات المصرفية. كما أن إهمال البنوك في إعطاء هذه النقطة القدر من البحث الذي تستحقه يؤدي إلى زيادة مخاطر الائتمان من ناحية عدم سداد مستحقاتها.

وننتقل في الجزء التالي من البحث إلى الضمانات العينية والذي تمثلها الرهون بأشكالها المختلفة وهو موضوع ليس بجديد وخاصة في شقه المدني. ولكن الجديد في هذا البحث هو محاولة ربط هذه الضمانات بموضوع الائتمان المصرفي من حيث دراسة كيفية الاستخدام الأمثل لها حتى تحقق البنوك أهدافها في تأمين استيفاء مبالغ القروض الممنوحة للعملاء.



المبحث الثاني

التأمينات العينية (الرهن) كضمانة من ضمانات الائتمان المصرفي

تعريف التأمينات العينية :

أولاً: حقوق عينية أي سلطات ترد مباشرة على المال المنقل بها بقطع النظر عن وجود أية رابطة بين صاحب الحق العيني التبعية وبين مالك المال المرتب ذلك الحق، إذ قد يكون مالك هذا المال هو المدين نفسه وقد يكون شخصاً آخر غير المدين مثل الكفيل العيني.

ثانياً: حقوق تبعية أي أنها لا توجد لذاتها بل لضمان حق آخر هو حق شخصي أو حق دائنية، وتكون تابعة للحق المضمون وتدور معه وجوداً وعدمًا، فإذا انقضى الحق الأصلي انقضى معه الحق التبعية، لأن التابع يتبع الأصل^(١).

التأمينات العينية وردت على سبيل الحصر^(٢) :

لما كانت التأمينات العينية تؤدي إلى الإخلال بالمساواة بين الدائنين، حيث يتقدم الدائن صاحب الحق العيني التبعية على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من أصحاب الحقوق العينية التبعية، فإن ذلك

(١) د/ سليمان مرقس، للوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية (الحقوق العينية التبعية)، — حق الرهن الرسمي وحق الاختصاص — الجزء الثاني، الطبعة الثالثة — دار الكتب القانونية (شنتات) — المنشورات الحقوقية صادر بيروت — لبنان ص ١ وما بعدها.

(٢) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٣٦ وما بعدها.

الإخلال لا يمكن أن يتقرر إلا بنص قانوني. ولهذا فإن المادة (٢٣٤) من القانون المدني تقرر أن الإخلال بالمساواة بين الدائنين بتقديم أحدهم لا يمكن أن يتقرر إلا طبقاً للقانون. كما أن التأمينات تنقل المال أينما كان وهذا قيد هام يجب ألا يكون إلا بنص.

ويستقل المشرع وحده دون غيره بتقرير الحقوق العينية التبعية. ويستلزم ذلك أن يكون التقرير وارداً على سبيل الحصر. فلا يجوز الاتفاق على إنشاء حق عيني تبعي لم يتقرر بنص تشريعي.

كذلك فإن ورود التأمينات العينية في القانون المدني على سبيل الحصر يقدم ضمانه مهمة لمن يعتزم إقراض المدين؛ فهو يعلم مقدماً الحقوق العينية التبعية ومن ثم يستطيع أن يتعرف بسهولة عمن يتقدم عليه من الدائنين ويحدد أثر ذلك على احتمالات استيفاء دينه. فلن يتقدم عليه إلا من كان صاحباً لحق عيني تبعي محدد طبقاً للقانون.

وعندما يقرر المشرع الحقوق العينية التبعية، فإنه يحدد شروط إنشاء كل حق وأحكامه بالتفصيل وما تتعلق منها بالنظام العام، وذلك مراعاة لاعتبارات المحافظة على الثقة والائتمان في المعاملات وتحديد حدود الخروج على مبدأ المساواة بين الدائنين الذي يعتبر بدوره من المبادئ الأساسية للقانون المدني.

والخروج على مبدأ المساواة بين الدائنين ليس من شأنه مجرد المساس بحقوق الدائنين العاديين فحسب بل يمس مصلحة اقتصادية تتعلق بالصالح العام في مجال المعاملات المالية بصفة عامة.

وانطلاقاً من نفس الاعتبارات التي استوجبت تعداد الحقوق العينية التبعية على سبيل للحصر، فإنه لا يجوز أن يتضمن الاتفاق المنشئ لحق عيني تبعي شروطاً تختلف عن تلك الواردة في القانون. فلا يجوز الاتفاق في الرهن الرسمي على سلب حيازة المال المرهون، أو الاتفاق في الرهن الحيازي على استبقاء المدين لحيازة المال المرهون. وعلى هذا، فالقواعد المنظمة للحقوق العينية التبعية قواعد أمرة تتعلق بالنظام العام ولا يجوز الاتفاق على ما يخالف حكمها.

والمقصود بالحصر أن يكون المشرع قد أقر بصورة أو بأخرى الحق العيني التبعي. ويكفي أن يكون قد أقر الحق التبعي حتى ولو لم ينظمه بالتفصيل.

والعبرة بالحصر الموضوعي وليس بالحصر الشكلي^(١)، ولا يلزم أن يكون الحصر في القانون المدني، بل يمكن أن يكون في أي تشريع آخر.

ولما كانت التأمينات العينية تعتبر استثناءً على قاعدة المساواة بين الدائنين، فإن النصوص المنظمة لهذه التأمينات يجب أن تفسر تفسيراً ضيقاً، فالاستثناء لا يتوسع في تفسيره. ولا يجوز أن يمتد حق الامتياز مثلاً إلى حق آخر غير المنصوص عليه عن طريق القياس مهما كانت درجة تشابهه مع الدين المنصوص عليه.

وتؤثر التأمينات العينية التي أقرها المشرع لا تنشأ في مواجهة البنك إلا بإحدى الطرق الآتية: الاتفاق ويسري ذلك على الرهن الرسمي والرهن

(١) د/ أحمد سلامة: التأمينات المدنية - الرهن الرسمي - طبعة ١٩٦٣، ص ٤٨.

الحيازي، نص القانون وهو حق الامتياز، حكم القضاء وهو حق الاختصاص^(١).

والتأمينات العينية تؤثر في العلاقة بين البنك والمدين في عقد القرض، إذ أن هناك من التأمينات العينية ما يجعل البنك مطمئناً إلى حد ما في منح القرض لطالبه وخاصة ما إذا كانت تغطي أصل الدين أو جانب كبير منه.

مزايا الحقوق العينية التبعية بالنسبة للائتمان:

(١) تخول صاحبها فوق حق الضمان العام المقرر له — باعتباره دائناً عادياً — مزية التقدم على غيره من الدائنين في استيفاء حقه الأصلي من المقابل أو البديل النقدي للمال المرتب عليه الحق التبعية. كما تخوله مزية تتبع ذلك المال في أي يد كان، فإذا باع مالك المال محل التأمين العيني هذا المال، كان للدائن أن يتتبعه في يد من يشتريه وأن ينفذ عليه بحقه^(٢).

وبناء على ذلك، فإن من حق البنك الذي له ضمان عيني على مال محدد في أموال مدينه التقدم على غيره من الدائنين والتفويض على هذا المال في حالة إعساره أو إفلاسه، كما تخوله حق تتبع هذا المال إذا انتقل إلى يد الغير.

(٢) أنها لا تخرج المال المتقل بها من ملكية صاحبه، ولا تغل يد المالك

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون للمدني المصري، للمرجع السابق، ص ٣٨.

(٢) جرانمولان في التأمينات العينية نبذه ٩ مشار إليه — الدكتور/ السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، طبعة سنة ١٩٧٠ ص ٢٦٢.

عن التصرف في ملكه، الأمر الذي يعتبر مزية هامة بالنسبة للبنك والعميل في اتفاق الائتمان المصرفي الذي يضمنه ضمان عيني، إذ تعطي هذه الميزة الحق للعميل في إدارة أمواله والتصرف فيها حسبما تقتضي مصلحته المالية، بما يقيه الأزمات المالية التي قد تؤدي إلى إعساره في سداد دين الائتمان المصرفي.

(٣) أنها تؤدي إلى زيادة الائتمان من حيث أنها توفر للدائن ضماناً خاصاً فتشجعه على ائتمان المدين وإمهاله، وتيسر بذلك للمدين الحصول على المال الذي يلزمه وإلى المهلة التي يحتاج إليها، فوق أنها تحمل الدائنين الآخرين على التريث في نزع ملكية أموال المدين المتقلة بضمان خاص، فتكفي المدين إلحاحهم في مطالبته.

(٤) أنها تؤدي إلى توفير الحماية الحقيقية للبنك ضد مخاطر الائتمان، أو بمعنى آخر خطر عدم قيام العميل بسداد مبلغ القرض وملحقاته للبنك في الميعاد المتفق عليه في عقد القرض، وذلك قد يكون نتيجة لعدة مخاطر تعرض لها المدين مثل إفلاسه، فالتأمين يعطي البنك في هذه الحالة التقدم على سائر الدائنين الآخرين في استيفاء حقه، بدلاً من أن يكون مثله مثل باقي الدائنين ويستوفي جزءاً من حقوقه قبل مدينه^(١).

وبناء على ما تقدم، فإن التأمينات العينية تقوم على تخصيص مال أو أموال لضمان الوفاء بالالتزام. وهي تؤمن الدائن أولاً من خطر مزاحمة الدائنين الآخرين بما تخوله من تقدم أو أولوية على سائر الدائنين العاديين وعلى بعض الدائنين أصحاب التأمينات، كما تؤمنه من خطر تصرف مالك

(1) E.P Ehhinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley – Modern Banking Law, previous reference, page 748.

المال الذي يرد عليه التأمين بما تخوله، فيما عدا أحوال خاصة، من تتبّع بحيث يبقى للدائن صاحب التأمين العيني حق التنفيذ على المال المحمل بالتأمين العيني في أي يد يكون.

والتأمينات العينية ليس من شأنها أن تجعل حق الدائن مرتبطاً بمال بعينه، بل أن الضمان الأساسي هو الضمان العام للدائنين، ولكن مالا بعينه من الأموال التي تدخل في الذمة المالية للمدين يخصص كضمان أولي وأساسي لسداد الدين وبصرف النظر عن مصير هذا المال من حيث استمراره في الذمة المالية للمدين أو خروجه منها بالتصرف إلى الغير، فهو ينتقل إلى الغير متقلاً بحق الدائن.

والتأمين العيني متى ورد على مال معين من أموال المدين، لا يحرم أي دائن عادي من دائنيه من التنفيذ على هذا المال، ولكن يتقدم الدائن صاحب التأمين العيني على الدائنين العاديين عند توزيع الثمن أو حصيلة التنفيذ. ولكن يلاحظ أن الدائن العادي قد لا يتمكن إطلاقاً من التنفيذ على هذا المال إذا ما تصرف فيه المدين تصرفاً نافذاً في مواجهته، وذلك بعكس الدائن صاحب الحق العيني الذي يكون له عندئذ حق التتبع^(١).

والتأمينات العينية تحصن الدائن ضد مخاطر ضياع الضمان على الوجه الآتي^(٢):

(١) د/عبد الفتاح عبد الباقي، الوسيط في التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها

(٢) د/حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ١٥ وما بعدها.

لما كان الخطر الأساسي الذي يتعرض له الدائن هو تصرف المدين في أمواله مما قد يؤدي إلى إفساره، ولما كانت حرية المدين في التصرف من المبادئ العامة للقانون المدني التي يجب بالتالي الحفاظ عليها، فقد حلت التأمينات العينية هذا التعارض عن طريق عدم المساس بحق المدين في التصرف في أمواله ولكن وحتى لا يضر الدائن من ذلك، فإن التصرف لا يخرج المال عن ضمان الدائن، بالرغم من خروجه من الذمة المالية للمدين. فبالرغم من التصرف، فإن المال المتصرف فيه يدخل في ضمان صاحب الحق العيني التبعية، بحيث يحق له التنفيذ عليه وفاء لدينه. فالمال المتصرف فيه يكون مملوكاً للمتصرف إليه ويخرج من الذمة المالية للمدين ومع هذا يظل ضامناً لوفاء دين صاحب الحق العيني عليه. وهذا هو ما يسمى بحق التتبع باعتباره من السلطات التي يخولها القانون لصاحب الحق العيني التبعية.

وتلك السلطة تُفضل بكثير بالنسبة للدائن عن اللجوء إلى دعاوي المحافظة على الضمان العام، فهي تكفيه مؤنة اللجوء إليها من جهة، كما أنه لا يتمتع بها كل دائن من الجهة الأخرى. فحق التتبع يحمي الدائن ضد تصرفات المدين بصفة عامة أيا كان أثرها.

إن وظيفة الضمان العيني هي تأمين البنك من عدم سداد العميل لمبلغ القرض وملحقاته، وبالتالي فإن هذا التأمين هو ضمان حقيقي ضد مخاطر الائتمان، ولكن هناك بعض التصرفات التي يتخذها البنك والتي من الممكن أن تقلل خسائره من جراء التعرض لمخاطر الائتمان، مثل بعض البنود في اتفاق عقد القرض التي تقلل حجم الأخطار. ولكن لا تُعتبر هذه الاتفاقات في

النهاية للضمان الحقيقى ضد مخاطر الائتمان^(١).

والخطر الثانى، الذى يهدد الدائن هو عدم كفاية أموال المدين لسداد كافة ما عليه من ديون حيث يطبق مبدأ المساواة بين الدائنين ويخضع لقسمة الغرماء التى تعنى للدائن خسارة جزء من حقه. ومواجهة هذا الخطر لا تكون إلا بالإخلال بالمساواة وتقديم دائن على آخر فى استيفاء دينه. والحق العيني التبعى يخول الدائن بدوره تلك السلطة؛ فصاحب الحق العيني التبعى يتقدم الدائنين العاديين فى استيفاء حقه، ومن ثم يمكنه الحصول على كامل حقه حتى ولو لم يتبق أى مبلغ للدائنين العاديين. ويحمى حق التقدم الدائن ضد خطر المساواة بين الدائنين^(٢).

ويلاحظ أن الأموال محل التأمين العيني تظل أيضاً داخل الزمة المالية للمدين، طالما أنه لم يتصرف فيها، ومن ثم يستطيع باقى الدائنين التنفيذ على ما يتبقى من مقابل نقدي بعد استيفاء الدائن صاحب الحق للعيني التبعى لحقه. أما إذا كان المدين قد تصرف فى المال، فإنها لا تدخل فى الزمة المالية ولا يستطيع الدائن العادى التنفيذ عليها، إلا إذا نجح فى الدعوى البوليصية ودعوى عدم نفاذ التصرفات. وهذه مزىة هامة يتمتع بها صاحب الحق العيني التبعى ولا تتوافر للدائن العادى، فالأول له أن ينفذ على المال، بالرغم من التصرف فيه دون اللجوء إلى تلك الدعاوى وحتى لو لم تتوافر شروطها.

(1) E.P Ehinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley – Modern Banking Law, previous reference, page 745.

(٢) المذكرة الايضاحية للقانون المدنى الكويتى، ص ٧٣٣.

وبحسب الأصل، فإن الدائن صاحب الحق العيني التبعية لا يفقد حقه في الضمان العام المقرر للدائن، فيحق له أن يستوفي حقه عن طريق التنفيذ على أي مال آخر من أموال مدينه، ولكنه لا يتمتع بميزة التقدم في هذه الحالة. وإذا كانت قيمة المال محل الحق العيني التبعية لا تكفي لسداد كامل حقه، فيجوز للدائن أن يرجع بالباقي على الذمة المالية شأنه شأن سائر الدائنين^(١).

ولا يخفى أن مدى نجاح التأمينات العينية كوسيلة لتشجيع الائتمان يرتبط بمدى تقدم نظم الشهر. ولهذا فإن المشرع قد حرص على تنظيم شهر الحقوق العينية التبعية حفاظاً على حقوق الدائنين والغير.

التطور التاريخي للتأمينات العينية نتيجة دورها كضمان للائتمان:

من الناحية التاريخية، كانت التأمينات الشخصية والكفالة، أسبق في الظهور من التأمينات العينية.

ولكن ظهور الكفالة المصرفية يختلف عن الكفالة في صورتها الفردية من حيث أن البنك لا يقدم كفالاته إلا بمقابل وبعد أن يحصل بدوره على ضمانات قوية تكفل له استرداد ما قد يدفعه بناء على الكفالة، مثل ودیعة أو غير ذلك، فهي عمل بعيد تماماً عن الشهامة والترابط التي قامت عليه الكفالة أصلاً.

وهكذا بدأت التأمينات العينية في الانتشار نظراً لما تقدمه من ضمانات

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ١٦.

للدائن وعدم إحراج المدين ببحثه عن الغير ليكفله، فهو يرهن ماله هو ويكفي نفسه مؤنه سؤال الغير كفالتة. كما أن تطور عناصر الثروة مكنت من انتشار التأمينات العينية، فكلما زادت الأموال التي تصلح كضمان، زاد اللجوء إلى التأمينات العينية.

وفي بادئ الأمر، كان المدين ينقل إلى الدائن ملكية أحد أمواله وذلك إلى حين سداد الالتزام، حيث يستعيد المدين ملكيته. فكان انتقال ملكية الشيء إلى الدائن خير ضمان لضمان سداد الدين.

وفي تطور لاحق، وحيث ظهرت مساوئ نقل الملكية على سبيل الضمان، فقد كان المدين يتعرض لخطر تصرف الدائن في العقار، علاوة على فقدانه الانتفاع بالشيء. ولهذا رأى أنه يكفي لضمان حق الدائن أن تنتقل إليه الحيازة دون حرمان المدين من الملكية. وكان تلك بداية ظهور الرهن الحيازي. وبهذا فإن انتقال الحيازة يقدم ضماناً قوياً للدائن، وفي نفس الوقت يتفادى الانتقال للمزدوج للملكية من المدين للدائن ثم العكس.

ويعيب رهن الحيازي حرمان المدين من حيازة الشيء ومن الانتفاع به. كما أن انتقال الحيازة قد يؤدي لمضايقات للدائن سواء من حيث استغلال وإدارة المال المرهون أو وجود مكان يودع فيه المنقول المرهون. والعيب الأساسي لرهن الحيازة يتمثل في أنه يضعف الائتمان الذي كان يستطيع المدين للحصول عليه، لو أنه استبقى الحيازة. فانتقال الحيازة للدائن يحرم المدين من الحصول على ائتمان من دائن آخر، بالرغم من أن قيمة المال المرهون قد تزيد عن قيمة الرهون المتعددة.

ومن هنا ظهر الرهن الرسمي كوسيلة لتفادي مساوئ الرهن الحيازي

مع تقديم أقوى الضمانات للدائن. وهو يتمثل ببساطة في إعطاء الدائن حقا عينيا على شئ للمدين دون سلب الحيازة من المدين (أو دون حرمان المدين من الحيازة). وهذا الحق العيني يكفل له التقدم والتتبع مما يوفر له أكبر قدر من الحماية سواء في مواجهة الدائنين العاديين أو في مواجهة تصرفات المدين. وبهذا فقد أمكن حماية الدائن مع تحقيق مصلحة المدين بعدم حرمانه من حيازة الشئ محل الرهن، ومن ثم فتح الباب أمام فرص الائتمان بقدر ما تسمح به قيمة الشئ^(١).

وجاء بعد ذلك حق الامتياز الذي يخول الدائن صاحب الدين الممتاز أن يتقدم غيره من الدائنين عند استيفاء الحقوق. وهذا الحق لا يتقرر إلا بنص قانوني، ويتميز شأنه شأن الرهن الرسمي بأن المدين يحتفظ بحيازة المنقولات أو العقارات التي يرد عليها حق الامتياز.

وفي العصر الحديث، فإن الغلبة للتأمينات العينية التي لا تؤدي إلى فقدان المدين لحيازة المنقول أو العقار محل التأمين، وهما الرهن الرسمي وحق الامتياز. ولكن في نفس الوقت مازال الرهن الحيازي يلعب دورا في مجال التأمينات العينية.

أقسام التأمينات العينية أو الحقوق العينية التبعية :

أولاً: من حيث نشوئها: تُقسم إلى تأمينات اتفاقية هي الرهن الرسمي والرهن الحيازي، وتأمينات قضائية هي حق الاختصاص، وتأمينات قانونية هي حقوق الامتياز.

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، للمرجع السابق، ص ٢٣.

ثانياً: ومن حيث محلها: تُقسم إلى تأمينات لا ترد في الأصل إلا على العقار وهي الرهن الرسمي والاختصاص، وتأمينات ترد على المنقول وعلى العقار وهي الرهن الحيازي وحقوق الامتياز.

ثالثاً: ومن حيث حيازة المال محل التأمين: تُقسم إلى تأمينات تقتضي وضع المال محل التأمين في حيازة الدائن وهي الرهن الحيازي، وتأمينات لا تقتضي نقل الحيازة وهي الرهن الرسمي والاختصاص وحقوق الامتياز. وإذا كان هذا هو التقسيم المتبع في الفقه المصري، ففي إنجلترا، اتجه الفقه إلى تقسيمها إلى عدة أقسام وهي كالآتي:

أولاً: تأمينات تتعلق بحقوق الدائنين: وهي مثل التأمينات التي تعطي الحق للدائن في تملك الشيء في حالة عدم سداد الدين، والتأمينات التي ترهن الشيء لصالح البنك.

ثانياً: تأمينات اتفاقية وتأمينات قانونية: فقد يتفق الطرفان على تأمينات مثل الرهن الرسمي أو الرهن الحيازي.....الخ. وهناك تأمينات أخرى ينص عليها القانون الانجليزي مثل حق الحجز على ممتلكات شخص استيفاء لدين معين.....الخ.

ثالثاً: تأمينات محددة وتأمينات غير محددة: والتأمينات الأخيرة هي ما تتعلق بممتلكات المدين دون تحديد، ولكن التأمينات المحددة هي ما تتعلق بأحد ممتلكات المدين المحددة⁽¹⁾.

(1) E.P Ehhinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley – 2005, previous reference, page 748 and the following pages.

وإذ كان موضوع البحث يتعلق بضمانات الائتمان المصرفي، ومن بينها الضمانات التقليدية والتي وردت في القانون المدني على النحو الموضح مسبقاً، فهذا يدعونا إلى الخوض في تفاصيل بعض هذه الضمانات والتي نقيدها في موضوع هذا البحث، ولذلك سوف نبحث في الرهن الرسمي (المطلب الأول)، الرهن الحيازي (المطلب الثاني)، الرهن التجاري (المطلب الثالث)، رهن الأوراق التجارية (المطلب الرابع).



المطلب الأول

الرهن الرسمي كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي

أولاً: الرهن الرسمي كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي:

نظمت المواد من (١٠٣٠ إلى ١٠٨٤) من القانون المدني أحكام الرهن العقاري أو الرهن الرسمي. وقد درج إطلاق اسم الرهن الرسمي على رهن العقار لكون العقار لا تنتقل حيازته إلى الدائن المرتهن له ولكون ملكية العقارلت عموماً والتصرفات الواردة عليها لا بد من تسجيلها رسمياً لدى الشهر العقاري المختص. ومن ثم درجت تسمية الرهون العقارية بالرهون الرسمية، وإن كان واقع الأمر أن هناك العديد من المنقولات ترهن أيضاً رسمياً وتسجل لدى الشهر العقاري المختص.

وفي البداية يجب أن نعرف عقد الرهن الرسمي. وقد عرفته المادة (١٠٣٠) من القانون المدني بأنه عقد به يكسب الدائن على عقار مخصص لوفاء دينه حقاً عينياً يكون له بمقتضاه أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون^(١). فالرهن الرسمي حق عيني تبقي عقاري لا يتجزأ.

(١) وإذا كان المشرع قد صرف — في هذا التعريف — إصطلاح "الرهن الرسمي" إلى العقد الذي ينشئ الحق العيني التبقي فإنه إعترف — في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني — أنه يطلق الرهن الرسمي على العقد الرسمي وعلى الحق العيني الذي ينشئه هذا العقد، والغالب في الفقه إطلاق هذا الاصطلاح على الحق العيني التبقي الذي يتولد عن العقد، فيقال حق الرهن أو الرهن (أنظر: محمود جمال الدين زكي في التأمينات الشخصية والعينية طبعة ١٩٧٩ ص ١٦٠ -

(أ) فهو حق عيني لأنه سلطة مباشرة لشخص على مال معين أي أنه لا يقع على عاتق شخص، بل يثقل العين مباشرة ويتتبعها في أي يد كانت لاستيفاء دينه^(١). ويخول هذا الحق للبنك المرتهن له ميزة التقدم في استيفاء

- (١٦١). ويرى الأستاذ عبد الملعم البدرأوي أنه إذ كان وصف العقد بأنه رسمي أمراً مقبولاً فإن وصف الحق بأنه رسمي يبدو غير مستساغ ويخلص من ذلك إلى أنه كان من الأصوب أن يطلق على الرهن الرسمي عندما نريد به حق الرهن عبارة "حق الرهن غير الحيازي". راجع في ذلك د/ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية (الحقوق العينية التبعية)، - المرجع السابق - ص ١١ وما بعدها.

(١) الواقع أن حق الرهن للرسمي يرد على مال عقاري، أي على حق عيني واقع على شيء يعتبر عقاراً وفقاً للمادة (٨٢) مدني. والقول بأنه يرد مباشرة على شيء مما يعتبر عقاراً فيه تجاوز، لأن الراهن لا يرهن الشيء في ذاته، بل الحق الذي يملكه على هذا الشيء سواء كان حق ملكية أو إنتفاع أو غيرهما، أو بعبارة أدق للقيمة المالية لهذا الحق، إذ هو لا يخول المرتهن له أية مزية من مزايا ملكية الشيء وإنما يقتصر على تخويله مزية على قيمة ملكية هذا الشيء المالية (في هذا المعنى بلانيول وريبير الموجز ج ٢ نبذة ٣٥٨١ ونبذة ٣٦٣١ ونبذة ٣٦٣٦). ولذلك يكون هناك تجاوز أيضاً في وصف حق الرهن بأنه عيني. وقد ذهب أستاذنا الدكتور شفيق شحاتة إلى حد اعتبار التأمين العيني مجرد وصف للالتزام المضمون بهذا التأمين. (انظر كتابه في نظرية التأمين العيني نبذة ١٤، وراجع في مناقشة هذا الرأي وتفنيده عبد الباقي في التأمينات الشخصية والعينية الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ نبذة ١٧٣ في الهامش، شمس الدين الوكيل في نظرية التأمينات سنة ١٩٥٦ نبذة ٢٨، محمد علي إمام في التأمينات الشخصية والعينية، طبع مكتبة نهضة مصر (بدون تاريخ) ص ٢٠٢ إلى ص ٢١٥. راجع ما ورد في هذا الهامش - د/ سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية (الحقوق العينية التبعية)، - المرجع السابق - ص ١٣ وما بعدها.

دينه من ثمن العقار المرهون على الدائنين العاديين وعلى الدائنين للذين لهم حقوق عينية على ذات العقار المرهون إذا كانوا متأخرين عنه في المرتبة. فإذا استوفى البنك الدائن حقه في مواجهة دائن آخر في وقت كان العقار المرهون ما زال في يد مالكة، سمي هذا تقدماً.

إما إذا استوفى دينه في وقت كانت ملكية العقار المرهون قد انتقلت إلى غير مالكة، فإن ذلك يسمى تقدماً على الدائنين الآخرين وتتبعاً في يد من انتقلت إليه ملكية هذا العقار. وتخفف ميزة التتبع المخولة للبنك المرتهن له من الخطر الناشئ عن عدم انتقال حيازة العقار المرهون إلى هذا الأخير^(١).

(ب) الرهن الرسمي حق تبعي^(٢): وحق الرهن الرسمي حق تبعي للدين الذي يضمنه هذا الرهن. فلا يقوم هذا الحق إلا بقيام الدين للمضمون به، ويتبع للدين وجوداً وعدماً. فكل رهن رسمي لصالح البنك المرتهن له يفترض إذن وجود عقد تمويل صحيح يضمنه هذا الرهن، فإذا اعتور الالتزام العقدي عيب يؤدي إلى بطلانه أو إبطاله أو نقضه، اختفى الرهن مع الالتزام. وينتهي انتهاء الالتزام بالوفاء أو بأية طريقة أخرى من طرق الانقضاء. وإذا كان الرهن الرسمي يضمن أي التزام مهما كانت طبيعته

(١) راجع د/ سليمان مرقس، المرجع السابق — ص ١٤ وما بعدها.

(٢) د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، — المرجع السابق — ص ٢٧١ وما بعدها — لوران ٣٠ فقرة ١٧٣ — جيوار ٢ فقرة ٦٣٣ — بودري ودي لوان ٢ فقرة ٩٠٢ — كولان وكابيتان ودي لامورالديير ٢ فقرة ٦٦٠ — بيدان وفواران فقرة ٣٠٣ — بلانيول ريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٠ ص ٣٧٧ (مشار إليهم في المرجع السابق، للدكتور السنهوري، هامش ص ٢٧٢).

وأوصافه، فيجوز أن يضمن الرهن التزاماً مؤجلاً أو التزاماً شرطياً فيصبح مؤجلاً أو شرطياً كالاتزام المضمون^(١) الأمر الذي يمكن معه القول بأن الرهن الرسمي يعد من الضمانات المهمة لعقود التمويل المصرفي؛ لكون التزامات العميل (المدين) في السداد مؤجلة على النحو المتفق عليه فيها.

على أنه يجوز من جهة، في القانون الفرنسي، فصل الرهن الرسمي عن الالتزام المضمون فيحتفظ صاحب العقار المرهون بالحق في منح مرتبة الرهن الرسمي لبنك مرتتهن غير البنك المرتتهن له الأول، فيتحقق ذلك بأن يفي صاحب العقار المرهون البنك المرتتهن الأول ويستبقى مرتبة الرهن يعطيها لمن يشاء من البنوك، فيصبح لهذا البنك مرتبة الدائن المرتتهن الأول الذي سبق أن استوفى حقه.

وأما عن إنشاء رهن رسمي لضمان حق مستقبل، فيتحقق ذلك إذا فتح مصرف اعتماداً لأحد عملائه مضموناً برهن يأخذه المصرف على عقار لهذا المدين. فيوجد الرهن أولاً قبل أن يوجد الدين، ثم يوجد الدين بعد ذلك. ويجوز قيد الرهن قبل أن يوجد الدين، ويعتبر الرهن موجوداً حتى قبل أن يقبض العميل الاعتماد المضمون بالرهن. وتوجد دعوة الآن واتجاها في بعض التشريعات إلى إباحة رهن المال المستقبل. وإباحة رهن الشيء المستقبل يتفق مع مقتضيات الحياة الاقتصادية وظروف الإنتاج في العصر الحديث. ففي مجال البناء، نظراً لتقدم طرق البناء مما يسمح ببناء مبان

(١) الدكتور السنهوري، المرجع السابق ص ٢٧٢. نقض فرنسي ٢٠ ديسمبر سنة ١٩١١ داللو ١٩١٢ - ١ - ٤٨٦ - بلانيول وريبير وبيكيه ١٢ فقرة ٣٣٤ ص ٣٨١ - مشار إلى هذا الهامش في المرجع السابق للدكتور السنهوري، ص ٢٧٣.

ضخمة تتكلف مبالغ طائلة، فقد أصبح من الصعب أن تتوافر لدى الشخص السيولة الكاملة لتمويل البناء. ومن ثم كان لابد من اللجوء إلى المصارف لتمويل ذلك. وتيسير الحصول على الائتمان اللازم لتحقيق التقدم العمراني الذي لا يتأتى إلا عن طريق تقديم الضمانات اللازمة، وخصوصا الرهن الرسمي باعتباره أكثرها أهمية. كما أن نظام ملكية الشقق يستلزم توفير الائتمان اللازم لإتاحة الإسكان المناسب للملاك محدودي الدخل، بحيث لا يتقل كاهلهم بتحمل نفقات البناء مقدما. ويتوقف نجاح نظام شقق التملك في البلاد النامية على التيسيرات الائتمانية المتاحة وهو ما يوفره الرهن كضمان يشجع المصارف على الإقراض. ولكن يجب أن يكون الشيء المستقبل المرهون محقق الوجود مستقبلا بحسب المجري العادي للأمر ولا يكون وجوده مجرد احتمال^(١).

(ج) الرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة: والرهن الرسمي حق غير قابل للتجزئة، سواء بالنسبة إلى العقار المرهون أو بالنسبة إلى الدين المضمون. أما بالنسبة إلى العقار المرهون، فإنه إذا فرض أن هذا العقار انتقل إلى ورثة مالكة وأصبح كل وارث مسئولاً عن جزء من دين البنك، فإن الجزء من العقار الذي يملكه هذا الوارث يبقى مرهونا في كل الدين. وإذا أدى الوارث الجزء من الدين الذي هو مسئول عنه، بقي الجزء من العقار الذي دخل في ملكه مسئولاً عن باقي الدين. ولا يجوز شطب الرهن عن هذا الجزء من العقار إلا بعد سداد الدين كله. وإذا فرض أن عقارات

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ١٤٠ وما بعدها.

متعددة مرهونة في الدين، فإن كل عقار منها يبقى مرهوناً إلى أن يسدد الدين كله، ولا يكفي وفاء ما يقابل هذا العقار من الدين حتى يتخلص العقار من الرهن.

وأما بالنسبة إلى الدين المضمون، فدعوى الرهن لا تتجزأ، ويترتب على ذلك النتائج الآتية: (١) إذا انقضى جزء من الدين المضمون، فإن العقار الضامن للدين يبقى ضامناً لما بقي منه، فلا يخلص منه ما يقابل ما انقضى من الدين المضمون. فإذا كان ما انقضى ربع الدين مثلاً، بقي العقار كله ضامناً لثلاثة أرباع الدين الباقية دون وفاء، ولا يخلص ربع العقار من الرهن. (٢) وإذا انقضت شخصية الدائن المرتهن له (البنك) واندمج في عدة بنوك أخرى أو اشتراه عدة بنوك، فإن كل بنك من هؤلاء الثلاثة، إذا كانت أنصبتهم في هذا البنك — الذي انتهت شخصيته — متساوية، يكون له ثلث الدين المضمون بالرهن، ولكنه يستطيع أن ينفذ بحقه على كل العقار المرهون. (٣) وإذا مات المدين الراهن، وترك ورثة ثلاثة أنصبتهم متساوية، ورث كل منهم ثلث الثلث فأصبح مديناً به كما هو الأمر في القانون المدني الفرنسي. ولكن إذا انتقل إليه العقار المرهون، فإنه يمكن للبنك الدائن أن ينفذ على هذا العقار بكل الدين، ويكون للوارث في هذه الحالة الرجوع على الوارثين الآخرين كل بقدر نصيبه في الدين^(١).

(١) ويجوز مع ذلك للنزول عن عدم تجزئة الرهن، فيصبح الرهن متجزئاً على عدد ورثة الدائن أو على عدد ورثة المدين. والذي ينزل عن عدم تجزئة الرهن هو الدائن المرتهن (البنك)، صراحة أو ضمناً، فينقسم الرهن على خلفه أو على ورثة المدين (بلانيول وريبير وبيكيه، فقرة ٣٤٢). — نقلاً عن — د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق — الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر -

على أن قاعدة عدم تجزئة الرهن ليست من النظام العام. ويجوز أن يتفق البنك والعميل على التجزئة في عقد الرهن ذاته أو بعد العقد، ولكن على الرغم من ذلك، فإنه يجب على البنك أن يتفق على قاعدة عدم تجزئة الرهن في عقد الائتمان، حتى لا يضيع عليه ضمانه هامة؛ تتمثل في ضمان كامل الشيء المرهون لباقي الدين، إذا كان المدين قد سدد جزءاً من الدين ويتبقى عليه باقي أقساطه^(١).

ولكل هذه للصفات، يعتبر عقد الرهن الرسمي مهماً من ناحية استخدامه كضمانة من ضمانات عقود التمويل للمصرفي، وذلك ما نبحثه في النقطة التالية.

- والأخير في التأمينات الشخصية والعينية، ص ٢٧٤.

(١) وفي النظام الانجلوسكسوني، تختلف القواعد التي تحكم الرهن الرسمي وإجراءاته بحسب ما إذا كان الشيء المرهون مصنع أو فندق أو منزل خاص.....الخ، مما يعكس مدى إختلاف هذا الضمان في حماية حقوق البنوك في الائتمان المصرفي J. R. Lingard, Bank Security Documents, Butterworths, Third edition), (page 258.

وعلى سبيل المثال، ففي بعض القضايا التي تتعلق بالضمانات المصرفية، تبين أن رهن محل تصوير في وسط البلد للبنك الدائن، لا يوفر ذات الضمانة للبنك مثل رهن عقار مؤجر، لأنه يجب في عقد الرهن الرسمي المتعلق بالعقار المؤجر أن يحتوى على تعهد من الراهن بعدم التنازل على حقوق الملكية لصالح آخرين (وبخاصة الدائنين). قاعدة أخرى تقرر أنه يجب على الراهن في حالة رهنه لمسكن أن يقدم مستندات مستخرجة من مكتب مقاول مختص ببناء المساكن يبين فيه متوسط أسعار المساكن التي تشابه العقار المرهون في كافة ظروفه المختلفة. كذلك فإن التعديل الخاص بمرسوم الإفلاس الانجليزي (The Insolvency (Act 1986) أحتوى على قواعد تحمي فيه المصنع المرهون من التوقف عن الإنتاج J R Lingard, (Previous reference), (page 259.

ثانياً: أهمية حق الرهن الرسمي كضمانة من ضمانات الائتمان المصرفي من الناحية العملية:

يعد الرهن الرسمي أكثر وسائل الائتمان المصرفي أهمية في العصر الحديث، وذلك لمزاياه العديدة بالنسبة إلى البنوك، فهو يكفل لها استثمار أموالها في قروض مضمونة برهون رسمية على عقارات تفي قيمتها بقيمة القروض وملحقاتها، ويمنحها مزية التقدم على غيرها من الدائنين ومزية تتبع العقار المرهون في أي يد يكون، دون أن يكلفهم عناء وضع اليد على تلك العقار واستغلاله والمحافظة عليه^(١).

وإذا كان الرهن الرسمي لا يخول البنك الدائن أن يأخذ ثمرة العقار المرهون أولاً بأول استنزالاً من دينه وفوائده، كما هو الشأن في الرهن الحيازي، فإن البنك (الدائن المرتهن) رهناً رسمياً يستطيع أن يطمئن إلى تحصيل فوائد دينه أولاً يقرض المدين إلا ما يقابل بعض قيمة العقار كالنصف مثلاً أو الثلثين، ليجد في الباقي احتياطياً كافياً لوفاء الفوائد والنفقات المستجدة، وليس عليه بعد ذلك إلا أن يدخل قيداً جديداً بهذه الفوائد

(١) النص في المادة (١٠٣٠) من القانون المدني يدل على أن الرهن الرسمي يرتب للدائن المرتهن حقاً عينياً على العقار المرهون لوفاء الدين ويكون له بموجب هذا الحق أن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن العقار المرهون في أي يد تكون، والراهن قد يكون هو المدين نفسه أو كفولاً عينياً آخر يتكفل بضمان الوفاء بدين على الغير، وإذا لم يباشر الكفيل العيني الرهن الرسمي بنفسه وقام به غيره نيابة عنه، وجب أن يكون صادراً منه له وكالة خاصة. (نقض مدني — الطعن رقم ٣٩٥ س ٦١ ق، جلسة ١٩٩٩/٢/٢٨، مجموعة المكتب الفني، السنة الخمسون، الجزء الأول، ص ٣١٦).

والنفقات كلما تجمد منها شيء يذكر .

لذلك فضلت بعض البنوك الرهن الرسمي على الرهن الحيازي، وفضله المدينون أيضا لأنه لا يحرمهم من حيازة عقاراتهم واستغلالها بأنفسهم بل يسمح لهم بترتيب عدة رهون متتالية على العقار الواحد، فلا يضطرونهم إلى أن يستنفدوا قوة للعقار الائتمانية دفعة واحدة. وقد انتشر الرهن الرسمي في مصر انتشارا كبيرا نظرا لحاجة البلاد إلى الأموال اللازمة للتعمير والانتشاء وإقبال أصحاب رؤوس الأموال الأجنبية على استثمارها في مصر، حيث تأسست بيوت كبيرة للائتمان العقاري كالبنك العقاري المصري، وبنك الأراضي المصري، وشركة الرهن العقاري، والبنك الزراعي المصري الذي خلفه البنك العقاري الزراعي المصري ثم بنك التسليف الزراعي الذي أصبح بعد ذلك بنك التنمية والائتمان الزراعي^(١).

ثالثاً: دور الرهن الرسمي في تشجيع الائتمان المصرفي:

غدا الائتمان المصرفي ضرورة اقتصادية في العصر الحديث؛ فصاحب المشروع يبحث عن بنك يقترض منه؛ والبنك يبحث بدوره عن عميل يقرضه.

الائتمان إذن يشجع إنشاء المشروعات، ويوظف رؤوس الأموال وهذه وتلك تؤدي إلى الرواج وتدعيم الاقتصاد الوطني. على أن رأس المال جبان بطبعه؛ كما يقال فهو لا يخرج من مأواه إلا إذا ضمن العودة إليه حاملا معه

(١) د/ سليمان مرقس، اللوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية (الحقوق العينية التبعية)، — المرجع السابق — ص ٢١ وما بعدها.

غنائمه. والرهن الرسمي يقدم له في هذا الصدد خير أمان، إذ هو — أي الرهن الرسمي — يرد على عقار معين. ويعطي البنك الدائن أولوية في استيفاء حقه، ويعضد هذه الأولوية بالتتابع. ولا يمنع هذه الآثار سوى احتمال نظري، هو أن يهلك العقار هلاكاً مادياً دون أن يكون مؤمناً عليه. وحتى عندما يكون هناك تضخم نقدي لا يتعرض حق الدائن للخطر، إذ التضخم رفيق ملازم لارتفاع الأسعار، وحينئذ سوف تزيد قيمة العقار المرهون، وتتأكد فرصة البنك المرتهن له في استيفاء حقه كاملاً^(١). كل هذا والبنك الدائن لا يتجشم عبء إدارة العقار واستغلاله والمحافظة عليه، إذ الرهن الرسمي لا يقتضي مجرد الراهن من حيازة ما رهن، بل تظل له. وتبدو أهمية التحلل من هذه المسؤوليات بالنسبة للبنوك، أو الممول الأجنبي، أو الممول الوطني الذي لا يقيم حيث يقع العقار، أو الذي لا تكون له دراية باستغلاله.

وإذا كان عدم تحميل البنك المرتهن له عبء استغلال العقار عن طريق حيازته ميزة له، فهو ميزة أيضاً بالنسبة للمالك الراهن (عميل البنك)، فهو من ناحية يحوز عقاره ويسهر على حسن استغلاله، ومن ناحية أخرى يستطيع أن يقدمه ضماناً لدين آخر، أو يتصرف فيه، إذ هو يملك العقار ملكية تامة.

كما أن المشرع قرر عدم نفاذ الرهن في حق الغير إلا إذا كان مقيداً على التفصيل الذي سوف نراه، مما يكون قد ضمن لهذا الغير عدم التورط

(١) د/ أحمد سلامة، التأمينات المدنية — الرهن الرسمي، طبعة ١٩٦٦، ص ٥٦ وما بعدها.

في صفقة خاسرة، فإذا أراد أن يشتري العقار المرهون لمكنه أن يعرف، عن طريق إجراءات الشهر، الرهن المحمل به، وكذلك إذا أراد أن يقرض المالك بضمان هذا العقار، وحينئذ يكون على بينة من أمره.

ولكل ما تقدم، يعتبر الرهن الرسمي أداة راقية من أدوات التأمين في الائتمان المصرفي، ويؤدي إلى تحقيق مزايا للدائن (البنك) وللمدين (عميل البنك) أيضاً، وذلك ما ندرسه بالتفصيل في البند التالي.

رابعاً: مزايا الرهن الرسمي للدائن (البنك):

بالنسبة للبنك الدائن، فإن الرهن الرسمي يقدم له ضماناً قوية لا تتأثر بالتصرف في العقار بل ولا بهلاكه متى كان مؤمناً عليه. فالدائن يتمتع بسلطة تتبع العقار لدى الحائز، وله سلطة التقدم في استيفاء حقه من ثمن العقار من أي مقابل يحل محله. فاحتمالات عدم الحصول على الحق تكاد تكون منعدمة.

ويحصل البنك على هذا الضمان دون أن يتحمل بأي عبء تجاه المدين أو العقار. فلا تنتقل إليه حيازة العقار، ومن ثم لا يتحمل مشقة إدارته والحفاظ عليه.

ونظراً لأن الرهن أقوى الضمانات وأرقاها من ناحية للفن القانوني، فإنه كلما اهتم المشرع بتنظيم الرهن الرسمي اتسعت فرص الائتمان.

ولكن انتشار الرهن الرسمي منوط بمعرفة الناس بمزاياه، فهو يحتاج إلى قدر من الدراية بأحكامه القانونية. ولهذا كان نظام الرهن الحيازي ينتشر في الريف المصري. والرهن الحيازي يعطي للدائن ضماناً محسوسة

وملموسة بسبب مجرد انتقال الحيازة، أي يمسك بضماناته في يده. أما الرهن الرسمي فهو يحتاج إلى فهم لكيفية تحقيق الضمان عن طريق التتبع والتقدم على الدائنين الآخرين وأن القيد يكفل حماية حقوق الدائن في مواجهة الغير^(١). وكلما كانت الحياة بسيطة، بحيث لا تكون حيازة المرهون مشقة، وكلما قل الوعي القانوني كلما انتشر الرهن الحيازي^(٢).

ولهذا كان يلاحظ في الماضي في مصر أن الدائن الأجنبي هو الذي يلجأ إلى توظيف أمواله عن طريق الرهن الرسمي وقلما كان يلجأ إلى الرهن الحيازي^(٣).

— وهناك مزايا عديدة يحققها الرهن الرسمي في مجال الائتمان المصرفي وهي على النحو الآتي:

١ - التتبع والتقدم:

غاية البنك (الدائن المرتهن) الأساسية هي أن يستوفي حقه من ثمن العقار حسب المرتبة التي يخولها له القيد الذي أجراه. وفي جميع الأحوال يتم هذا الاستيفاء بالأولوية على سائر الدائنين العاديين. وهو ما يسمى بحق الأفضلية أو التقدم أو الأولوية. ولكن قد يحدث حين يفتح طريق التنفيذ أمام البنك المرتهن أن يكون العقار قد خرج من ذمة المدين الراهن فلم يعد

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٤٤.

(٢) المذكرة الإيضاحية للقانون المدني المصري.

(٣) أحمد عز الدين عبدالله: حماية خاصة بالدائنين المرتهنين في القانون المدني المصري، في التمهيد ص ب القاهرة، ١٩٤٢.

مملوكا له، كما يحدث أن يكون حق آخر من الحقوق المتفرعة على الملكية والتي يجوز التصرف فيها استقلالاً هو الذي خرج. وحينئذ تعترض البنك المرتهن عقبة عدم جدوى التنفيذ على العميل الراهن، ووجوب التنفيذ على المال بين يدي هذا الغير الذي آلت إليه الملكية أو حق متفرع عليها. وهذا ما يسمى بحق التتبع، أو التنفيذ على المال في أي يد يكون، ما دامت ليست يد للمدين للراهن. وإن حق التقدم يلزم الرهن دائماً، أما التتبع فقد يكون حسب ظروف الحال. بل وأكثر من هذا، فالتتبع — عند إنعام النظر — ليس حقاً مستقلاً عن التقدم، بل هو حماية للتقدم، أو ضمان لوقوعه في جميع الأحوال، فهو ليس سوى الرهن ذاته مستعملاً في صورة دعوى موجهة إلى الغير. ومعلوم أن الرهن له أثر مطلق، ذلك أنه وفق قواعد الضمان العام ما يخرج عن ذمة المدين يخرج عن منال الدائنين ما لم ينجحوا في إعادته عن طريق الدعوى البوليصة. أما الرهن فهو يعصم من هذا الخطر، فالمرتهن (البنك) حين يتتبع يطلب نفس الشيء الذي كان يطلبه لو بقى المال في ذمة مدينه، أي يطلب استيفاء حقه بالأولوية من الثمن. وبناء على ما تقدم يكون التتبع مسخراً لحماية التقدم، إذ الأول يؤدي إلى التغلب على عقبة قانونية قامت في طريق الثاني، فهو ليس مستقلاً عنه، ولا يكون له معنى إلا إذا مُهد استعماله لوقوع التقدم^(١).

(١) د/ احمد سلامة، التأمينات المدنية، الرهن الرسمي، طبعة ١٩٦٦ — ص ٢٥١ وما بعدها.

٢ - حماية حق البنك في الرهن الرسمي من خلال الالتزامات التي يربتها عقد الائتمان المصرفي:

توجد عدة شروط تُضمنها غالباً البنوك في إنجلترا في عقد الائتمان المصرفي بضمان الرهن الرسمي، مثل التأمين على العقار محل الرهن أو بنود تتعلق ببيع العقار أو تضمين العقد منع إيجار أحد الأطراف للعقار محل الرهن.....الخ^(١).

كما أن من الواضح أن الالتزامات التي ينشئها اتفاق الرهن الرسمي في ذمة المدين الراهن تُعد مزايا لحماية البنك الراهن وهي:

أ - التزامه بإعطاء البنك المرتهن له حق الرهن الرسمي:

إن الالتزام للرئيسي الذي تتجه إرادة الطرفين في عقد الرهن الرسمي إلى إنشائه هو التزام المدين الراهن بإعطاء البنك المرتهن له حق الرهن الرسمي على عقار معين بالذات، فينشأ هذا الالتزام بمجرد توافق الإرادتين عليه وتحرير العقد الرسمي بذلك^(٢)، سواء كان ذلك بنداً في عقد الائتمان المصرفي أو عقد رهن رسمي مستقل بذاته، يتم إلحاقه بعقد الائتمان المصرفي.

(1) E.P Ehinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley – 2005, previous reference, page 774.

(٢) تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني على أنه "الالتزام بنقل الملكية أو أي حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق، إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

ب - التزام الضمان؛

نصت للمادة (١٠٤٧) مدني على أن الراهن يلتزم بضمان سلامة الرهن. ومعنى ذلك أن عميل البنك (المدين الراهن) يلتزم كما يلتزم للبائع، بضمان التعرض والاستحقاق^(١).

ويجب على البنك — حتى يضمن حقه في كل الأحوال — أن يضمن عقد الائتمان شرط صريح ينص على كيفية انتقال الرهن — في حالة هلاك المرهون — إلى المال الذي يحل مكان الشيء المرهون الذي هلك، وبالأخص في حالة هلاك العقار المرهون. ويجب أن ينص عقد الائتمان على تفاصيل هذا الانتقال ومن يقوم بسداد هذا المال وطريقة وكيفية السداد، وذلك حتى يضمن البنك حمايته من عدم سداد هذا المال أو أقساطه، لأن عدم الاتفاق على هذه التفاصيل قد يعيب الرهن كأحد ضمانات الائتمان للمصرفي.

٣ - دور قانون التمويل العقاري في تيسير إجراءات الرهن والتنفيذ وإخضاع البنوك لتلك الإجراءات^(٢)؛

نظمت المذكرة الإيضاحية لقانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ إجراءات قيد الضمان حيث نصت على أنه "وعالج الباب الثالث من مشروع القانون أحكام قيد الرهن العقاري وحوالة الحق الناشئة عن القرض، محددًا أوضاع وإجراءات قيده بمكتب الشهر العقاري وفقاً لإجراءات ميسرة تتمثل في الاكتفاء بتقديم اتفاق القرض وسند ملكية العقار وفي ضرورة قيام مكتب الشهر العقاري بالبت في طلب تحرير الرهن

(١) راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدني، ج ٤، ص ٢٨٢.

(٢) د/ عبد الفتاح مراد، شرح قانون التمويل العقاري، ص ٥٦ وما بعدها.

خلال أسبوع من تقديمه".

نصت المادة (١٠) من قانون التمويل العقاري رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١ في فقرتها الأولى أنه "يقدم طلب قيد الضمان العقاري إلى مكتب الشهر العقاري الكائن في دائرته العقار من الممول أو المستثمر...". ونظراً لأهمية عملية التمويل العقاري سواء للمستثمر أو الممول لما ينشأ عنها من التزامات وحقوق متعلقة بالطرفين ولما نصت عليه المادة (٧) من ذات القانون من جواز للتصرف في العقار الضامن للمستثمر، فإنه يتعين أن يتم قيد الضمان العقاري في مكتب الشهر العقاري الكائن في دائرته العقار وذلك القيد يتم سواء من الممول أو المستثمر. وقد اقتضت المادة (١٠) المشار إليها للبث في طلب القيد خلال أسبوع من تقديمه. وقد تضمنت المادة (١١) من هذا القانون نظاماً قانونياً جديداً بالنسبة لمصر وهو ما يُعرف بنظام "التوريق" حيث يتيح للمقرض أن يقوم بحوالة محفظة من الحقوق الناشئة من اتفاقات التمويل العقاري إلى جهة مرخص لها بمزاولة نشاط التوريق لكي تقوم بإصدار أوراق مالية يتم تداولها في سوق رأس المال. وتكون تلك الأوراق المالية مضمونة بشكل مباشر بالعقارات المرهونة وفقاً لاتفاقات التمويل العقاري التي تمت حالة الحقوق الناشئة عنها. ويتميز هذا النظام بأنه يمكن المقرض الأصلي سواء كان مصرفاً أو شركة تمويل عقاري أو جهة مرخصاً لها في ذلك من استرداد أمواله عن طريق حوالة حقوق إلى الغير وبالتالي استغلال تلك الأموال في المزيد من التمويل بحيث لا يترتب على زيادة حجم التمويل العقاري استنزاف موارد الجهاز المصرفي. كما أنه يحول التمويل العقاري من خلال تمويل سوق

رأس المال إلى تمويل الأجل فيقدم بذلك للمستثمرين وعاء ادخارياً جديداً لضمان عقاري سليم^(١). ويعرض الباب الرابع من هذا القانون لأحكام وإجراءات التنفيذ على العقار المرهون في حالة تخلف المقرض عن سداد الأقساط المستحقة عليه وما يلحقها من مبالغ. وقد أفرد هذا القانون تنظيمًا مستقلًا ومغايرًا في بعض أحكامه للقواعد العامة المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية بسبب ما يتطلبه نشاط التمويل العقاري من سرعة في التنفيذ على العقار المرهون وفي اقتضاء المقرض أو المحال له الحقوق الناشئة عن اتفاقات التمويل للمبالغ المستحقة لهم، وإلا أحجم المستثمرون والمقرضون عن توظيف أموالهم في هذا المجال وتعرض سوق التمويل العقاري للاضطراب^(٢).

ومع ذلك فقد عني المشرع في هذا القانون بأن تأتي أحكامه مستندة إلى مبادئ أربعة: أولها: ضرورة إقامة التوازن بين مصلحة المقرض في التنفيذ الجبري الميسر والحقوق الأساسية للمقرض، وثانيها: خضوع عملية التنفيذ للإشراف القضائي، وثالثها: أن يتم التنفيذ واقتضاء المقرض لمستحقاته المالية عن طريق بيع العقار المرهون بالمزاد العلني وليس عن طريق أسلوب التملك المباشر للعقار من قبل الدائن الذي تأخذ به بعض النظم القانونية المقارنة. ويأتي ذلك تأكيداً للحكم الوارد في المادة (١٠٥٢) من القانون المدني المصري والقاضي بعدم جواز الاتفاق على تملك الدائن

(١) يتم بحث مسألة التوريق بالتفصيل في الباب الثاني من هذا البحث.

(٢) د/ عبد الفتاح مراد، شرح قانون التمويل العقاري، المرجع السابق، ص ٦٨ وما بعدها.

للعقار المرهون عند عدم استيفاء الدين تلافياً لاحتمالات تعسف المقرض في استعمال هذا الحق، ولضمان أن يحصل المقرض على أفضل سعر للعقار عند عرضه للبيع بالمزاد العلني. أما رابع هذه المبادئ والتي استند إليها القانون في باب للتنفيذ الجبري فهو ألا تكون أحكامه مخالفة للمستقر من قواعد التنفيذ والمرافعات في القانون المصري إلا في أضيق الحدود وبما يحقق الغرض من التشريع، ولذلك نص على سريان أحكام قانون المرافعات المدنية والتجارية فيما لم يرد بشأنه نص خاص في مشروع القانون (قانون التمويل العقاري).

وقد نصت المادة (١٠٢) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أنه ".....وتسري في شأن التنفيذ على العقار المرهون للبنوك أحكام المواد من (١٢) إلى (٢٧) من قانون التمويل العقاري الصادر بالقانون رقم ١٤٨ لسنة ٢٠٠١"، مما يدل على قصد المشرع في سرعة التنفيذ على العقار المرهون وفي اقتضاء للبنوك الحقوق الناشئة عن اتفاقات التمويل للمبالغ المستحقة لهم، وذلك في حالة تعثر المدينين في سداد ديونهم^(١).

(١) تنص المادة (١٦) من قانون التمويل العقاري المشار إليه على أنه "إذا لم يتم المستثمر بالوفاء خلال المدة المحددة له في الإعلان بالسند التنفيذي يصدر قاضى التنفيذ - بناء على طلب الممول - أمراً بتعيين وكيل عقاري من بين الوكلاء المقيدة أسماؤهم في سجل تعدده الجهة الإدارية لهذا الغرض وذلك لمباشرة إجراءات بيع العقار بالمزاد العلني المنصوص عليها في المواد التالية تحت الإشراف المباشر لقاضى التنفيذ وتحدد اللائحة التنفيذية الشروط الواجب توافرها في الوكلاء العقاريين وقواعد تحديد أتعابهم وإجراءات القيد في السجل". -

- كما تنص المادة (١٨) منه على أنه "يحدد اثنان من خبراء التقييم المشار إليهم في الفقرة الثانية من المادة ٤ الثمن الأساسي للعقار. ويحدد الوكيل العقاري شروط بيع العقار بالمزاد العلني على أن تتضمن تاريخ وساعة ومكان إجراء البيع والثمن الأساسي للعقار وتأمين الاشتراك في المزاد وتحدد اللائحة التنفيذية قواعد حساب التأمين". وتنص المادة (١٩) من ذات القانون على أنه "على الوكيل العقاري أن يعلن كلا من المستثمر وحائز العقار والدائنين المقيدة حقوقهم بشروط البيع قبل اليوم المحدد لإجراء المزايدة بمدة لا تقل عن ثلاثين يوما ولا تجاوز خمسة وأربعين يوما كما يقوم بلصق الإعلان على العقار وعلى اللوحة المعدة للإعلانات بالمحكمة المختصة الكائن في دائرتها العقار مع نشره في جريدتين يوميتين واسعتي الانتشار على نفقة المستثمر والممول أو للمستثمر أن يطلب الإعلان أو النشر أكثر من مرة على نفقته". كذلك تنص المادة (٢٠) على أنه "يتولى الوكيل العقاري إجراء المزايدة في اليوم المحدد للبيع، وتبدأ المزايدة بالنداء على الثمن الأساسي وتنتهي بإيقاع البيع على من تقدم بأكبر عرض. فإذا كان هذا العرض أقل من الثمن الأساسي أو لم يجاوز عدد المزايدين ثلاثة أشخاص وجب على الوكيل العقاري تأجيل البيع إلى يوم آخر خلال الثلاثين يوما التالية يعلن عنه بذات الإجراءات المنصوص عليها في المادة ١٩ من هذا القانون ولا يجوز للممول أن يشترك في المزايدة ومع ذلك إذا لم يبلغ أكبر عرض الثمن الأساسي وكان أقل من مستحقات الممول كان له أن يطلب إيقاع البيع عليه مقابل إبراء ذمة المستثمر من جميع التزاماته وفي جميع الأحوال يعتبر العرض الذي لا يزداد عليه خلال خمس دقائق منها للمزايدة". وتنص المادة (٢١) "إذا قام المستثمر بالوفاء بما حل عليه من أقساط في أي وقت سابق على إيقاع البيع وجب على الوكيل العقاري أن يوقف الإجراءات ويلتزم المستثمر بأن يؤدي إلى الممول المصروفات التي يصدر بتقديرها أمر من قاضي التنفيذ". وتنص المادة (٢٢) على أنه "يصدر القاضي حكما بإيقاع البيع بناء على ما تم من إجراءات وسداد كامل الثمن يتضمن قائمة شروطه وما اتبع من إجراءات يوم البيع. ويجب أن يتضمن منطوق الحكم الأمر بتسليم -

خامساً: مزايا الرهن الرسمي للمدين (عميل البنك):

يرجع انتشار الرهن الرسمي في الحياة العملية إلى ما يقدمه من مزايا إلى المدين، وثقة إلى الدائن دون تكبيده أي مشقة أو صعوبة. كما أن المصلحة العامة دعت إلى تشجيعه.

أ - احتفاظ المدين الراهن (عميل البنك) بحيازة الشئ المرهون:

فالرهن الرسمي يقدم ميزة مهمة للمدين ألا وهي احتفاظه بحيازة ما يرهنه من العقارات. ومن ثم تكون له حرية استعماله واستغلاله. فهو يحصل من جهة على منافعه وهذا كسب له، ويتولى بنفسه استغلال ماله، ومن ثم يحسن الاستغلال ويحافظ عليه. وأكثر الناس حرصاً على المال هو مالكه. فالمدين يتمتع بكافة مزايا المالك على العقار بالرغم من رهنه.

والرهن الرسمي يكفي المدين (العميل) مشقة سؤال الغير لكفالاته كفالة شخصية. فماله يكفله في سداد ديونه، ومن ثم فهو يحفظ للمدين ماء وجهه باحتفاظه بحيازة العقار بحيث يظل ظاهراً أمام الناس بمظهر المالك. وهذه ميزة للرهن الرسمي بالمقارنة مع الرهن الحيازي، إذ لن يعرف بالرهن الرسمي إلا من يدخل في معاملات مالية دقيقة مع الراهن، مما يستوجب توجهه إلى الشهر العقاري لمعرفة القيود التي تنقل العقار.

كما أن الرهن الرسمي يقدم للمدين وسيلة ائتمان مستمرة، فالراهن

- العقار خالياً من شأغليه إلى من حكم بإيقاع البيع عليه ما لم يكن الممول قد سبقته موافقته على شغلهم العقار تطبيقاً لأحكام المادة ٧ من هذا القانون أو كانوا مستأجرين للعقار بعقود ثابتة التاريخ قبل اتفاق التمويل ويجب إيداع نسخة الحكم الأصلية ملف التنفيذ في اليوم التالي لصدوره.

يستطيع أن يرتب رهناً آخر على العقار، وهذا يكفل له الحصول على ائتمان بقدر قيمة العقار. ولا يحبس سبق الرهن فرص الحصول على ائتمان مستقبل من بنك آخر أو من ذات البنك حسب ظروف كل حالة.

ب - تآثر حق الضمان العام بوجود حق الرهن: عدم التنفيذ على غير المرهون قبل المرهون؛ لم يتضمن التقنين المصري^(١) نصاً مماثلاً للقانون الفرنسي، وبناء على ذلك، فقد أصبح للبنك الدائن أن يبدأ بالتنفيذ على أموال عميله (المدين في عقد التمويل المصرفي) غير المرهونة. ومع ذلك فإن الذي يجري عملاً هو أن البنك (الدائن المرتهن) يفضل التنفيذ على العقار المرهون وذلك في حالة عدم وجود رهن حيازي على منقولات أو أرصدة مرهونة لديه، إذ أن إجراءات التنفيذ على هذه الأموال والمنقولات قد تكون أكثر يمسراً وسهولة من إجراءات التنفيذ على العقارات.

ويلاحظ أنه إذا كان المدين الراهن شخصاً آخر غير المدين ككفيل عيني، فإن للبنك المرتهن لا يكون له حق الضمان العام على أموال مدينه الراهن، ولا يجوز له وفقاً لحكم المادة (١٠٥٠) مدني التنفيذ على شيء من مال الراهن إلا ما رهن من هذا المال. ولا يكون للكفيل — وفقاً لحكم المادة ذاتها — حق الدفع بالتجريد ما لم يكن هناك اتفاق يقضي بغير ذلك، أي أنه لا يجوز للكفيل العيني — عند التنفيذ على عقاره المرهون — إجبار البنك للدائن على التنفيذ أولاً على أموال المدين، مرهونة في الدين أو غير مرهونة، ما لم يكن هناك اتفاق على غير ذلك.

(١) نص تقيين للمرافعات المصري الصادر بالقانون رقم ١٣ لسنة ١٩٦٨، أو القوانين المعدلة له.

على أن وجود الكفالة العينية لا يمنع البنك الدائن من التنفيذ على أي مال من أموال المدين بمقتضى ما له عليها جميعا من حق الضمان العام. وقد أجازت المادة (١٠٥١) من القانون المدني^(١) - في فقرتها الثانية - للكفيل العيني أن يتقاضي أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلّى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار. ووفقا للمادة (١٠٧١) مدني يتعين على الكفيل العيني إذا أراد تخلية العقار المرهون أن يقدم تقريرا بذلك إلى قلم كتاب المحكمة الابتدائية المختصة ويطلب التأشير به في هامش تسجيل التتبيه بنزع الملكية وأن يعلن الدائن المباشر للإجراءات بهذه التخلية في خلال خمسة أيام من وقت التقرير بها. وعندئذ لا يستمر في اتخاذ إجراءات التنفيذ في مواجهة الكفيل العيني.

ساساً: عيوب الرهن الرسمي للبنك الدائن:

أ - القيود الواردة على حق البنك:

ولأن حق البنك المرتهن لا يخوله على العقار المرهون شيئاً من مزايا الملكية وإنما يقتصر على منحه مزيّتي التقدم والتتبع لاستيفاء حقه للشخصي

(١) تنص المادة (١٠٥٠) من القانون المدني على أنه " إذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين فلا يجوز التنفيذ على ماله إلا ما رهن من هذا المال، ولا يكون له حق الدفع بتجريد المدين ما لم يوجد اتفاق يقضي بغير ذلك". كما تنص المادة (١٠٥١) من القانون المدني على أنه " ١- للدائن بعد التتبيه على المدين بالوفاء أن ينفذ بحقه على العقار المرهون ويطلب بيعه في المواعيد ووفقا للأوضاع المقررة في قانون المرافعات. ٢- وإذا كان الراهن شخصاً آخر غير المدين، جاز له أن يتقاضي أي إجراء موجه إليه إذا هو تخلّى عن العقار المرهون وفقا للأوضاع وطبقا للأحكام التي يتبعها الحائز في تخلية العقار".

من ثمن هذا العقار، فإن المدين الراهن يحتفظ بحقوقه على العقار المرهون ولا يتقيد استعماله إياها إلا بالقدر الذي يتعارض مع التزامه بضمان الرهن أو يكون فيه مساس بمزيتي التقدم والتتبع المقررتين للبنك المرتهن. وتبقى للمدين للراهن حيازة العقار المرهون ولا تنتقل منه إلى البنك المرتهن كما في الرهن الحيازي. ولا يفقد العميل الراهن ملكية المال المرهون ولا ما يتفرع على هذه الملكية من مزايا الاستعمال والاستغلال والتصرف، عدا بعض القيود التي فرضت عليه في مباشرة هذه المزايا.

ب - رسمية عقد الرهن الرسمي ووجوب قيده :

أن أحكام القيد نظمته كل من نص المادة (١٠٥٣) مدني [والتي جرى نصها على " ١- لا يكون الرهن نافذا في حق الغير إلا إذا قيد العقد أو الحكم المثبت للرهن قبل أن يكسب هذا الغير حقا عينيا على العقار، وذلك دون إخلال بالأحكام المقررة في الإفلاس. ٢- لا يصح التمسك قبل الغير بتحويل حق مضمون بقيد، ولا التمسك بالحق الناشئ من حلول شخص محل الدائن في هذا الحق بحكم القانون أو بالاتفاق ولا التمسك كذلك بالتنازل عن مرتبة القيد لمصلحة دائن آخر إلا إذا حصل التأشير بذلك في هامش القيد الأصلي"]. والمادة (١٠٥٤) والتي نصت على أنه " يبتع في إجراء القيد وتجديده ومحوه وإلغاء المحو والآثار المترتبة على ذلك كله، الأحكام الواردة بقانون تنظيم الشهر العقاري. "، والمادة (١٠٥٥) والتي جاء بها " مصروفات القيد وتجديده ومحوه على الراهن ما لم يتفق على غير ذلك. "

كما نصت المادة (١٠٣١/١) من القانون المدني على أنه " لا ينعقد

الرهن الرسمي إلا إذا كان بورقة رسمية". فالمشرع قد اشترط لانعقاد العقد أن يتم في ورقة رسمية. ويقصد بالورقة الرسمية، الورقة التي يثبت فيها موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة، ما تم على يديه أو ما تلقاه من نوي الشأن وذلك طبقاً للأوضاع القانونية وفي حدود سلطته واختصاصه.

وعلى هذا يجب لانعقاد الرهن أن يتم العقد على يدي الموظف المختص بتحرير العقود الرسمية. ولا يكفي أن ينعقد الرهن بحكم أو بمحضر صلح لأن هذه الأوراق وإن كانت أوراقاً رسمية، إلا أنه يحررها موظفون غير مختصين بتحرير العقود. وعلى هذا فإن الرسمية التي ينعقد بها الرهن هي العقد الرسمي^(١).

ولا يخفى على أحد أن أحكام القيد وإجراءات الرسمية لانعقاد العقد تحقق الكثير من المزايا من حيث الحفاظ على المصلحة العامة ومصلحة أطراف عقد الرهن الرسمي. غير أنه إذا لم يفرغ العقد في الشكل الرسمي الذي تطلبه القانون فإن العقد يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً. ويجوز لأي من الطرفين ولكل ذي مصلحة التمسك بالبطلان، وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ويبطل العقد كذلك إذا لم يراع الموظف المختص الشروط التي يلزمها القانون للورقة الرسمية والتي يترتب على مخالفتها البطلان. كما لا تتوافر الرسمية قانوناً ويبطل العقد بالتالي إذا حرره الموظف خارج نطاق اختصاصه. كما أنه دون قيد حق الرهن لا يتم التمسك به قبل الغير (غير أطراف عقد الائتمان المصرفي، وهما البنك والعميل البنك). وبالتالي نجد

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، طبعة

٢٠٠٢ - ٢٠٠٣، المرجع السابق، ص ٧٥.

الكثير من التعقيدات التي قد يكون لها أثرها في تعطيل عقد الائتمان المصرفي، مما يؤثر على الثقة التي يركز عليها هذا العقد.

سابعاً: عدم اكتفاء البنوك بالرهن:

يدفع الواقع العملي في كثير من الأحيان، البنوك إلى عدم الاكتفاء بالرهن كضمانة والسعي إلى تفادي الأحكام المنظمة للرهن، وذلك عن طريق السبل الآتية:

أولاً: حماية البنك في التوكيل النهائي غير القابل للإلغاء الذي يحرره العملاء للبنوك في اتخاذ إجراءات الرهن:

إن كانت الوكالة عقد إلا أنه تجدر الإشارة إلى أن أساس صدورها يكون راجعاً للإرادة المنفردة للموكل وبالتالي يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة^(١)، على أنه إذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل (والوكيل في حالتنا هذه سيكون البنك مانح الائتمان وسيكون البنك موكلاً من العميل الراهن في اتخاذ الإجراءات اللازمة لترتيب عقد الرهن على العقار المقدم من الموكل)، فإنه وطبقاً لأحكام المادة ٧١٥/٢ من القانون المدني يكون لعمل البنك — الموكل — حق إلغاء التوكيل منفرداً — وذلك لكون أساس الوكالة هو (إرادة الموكل). وقد كانت مكاتب الشهر العقاري توافق على إلغاء التوكيلات إذا ما طلب الموكل ذلك حتى لو كان التوكيل يرتب مصلحة

(١) نصت المادة (٧١٥) من القانون المدني على أنه "١- يجوز للموكل في أي وقت أن ينهي الوكالة لو يقيد بها ولو وجد اتفاقاً يخالف ذلك.

فإذا كانت الوكالة بأجر فإن الموكل يكون ملزماً بتعويض الوكيل عن الضرر الذي لحقه من جراء عزله في وقت غير مناسب أو بغير عذر مقبول"

للوكيل وكان منصوباً فيه على أنه غير قابل للإلغاء. ويكون على الوكيل — البنك في حالتنا هذه — الرجوع على موكله بالتعويض المناسب إذا كان له مقتضى. وقد كانت بعض البنوك تقوم بمنح القرض للعميل عند إصدار التوكيل بالرهن لها ثم تفاجأ بعد ذلك بإلغاء التوكيل أثناء اتخاذ إجراءات قيد الرهن مما كان يضع البنوك في موقف لا تحسد عليه^(١).

ولذلك، فإذا كان الأصل هو جواز الرجوع في الوكالة، إلا أنه عملاً وفي عقود الوكالة المشار إليها والصادرة بسبب الائتمان المصرفي، لابد وأن يقترن هذا التوكيل بشرط عدم جواز الرجوع فيه. كما أن للوكيل مصلحة في الوكالة ومن ثم فإنه لا يجوز للموكل أن ينهيها دون موافقة من له المصلحة. وعلى هذا فإننا نكون عادة بصدد وكالة غير قابلة للرجوع فيها.

وإجازة هذه الوكالة تجعلها أمراً جارياً بحيث ترد في صلب عقد الرهن. وبهذا يكون المدين مغلوباً على أمره ويضطر لقبولها كي يحصل على الائتمان. بل أن الخطورة الأساسية لمثل هذه الوكالة تتمثل في أن البنك الدائن يبيع دون أي إجراءات باعتباره وكيلًا عن المالك ومن ثم يخشى التضحية بمصالح باقي الدائنين والعميل المدين كذلك.

ويؤدي التفسير الحرفي للمادة (١/١٠٥٢) من القانون المدني المصري إلى حظر هذه الوكالة، فهذه المادة إذ تحظر بيع الدائن للعقار المرهون دون مراعاة الإجراءات، إنما تستهدف منع الدائن من البيع دون إجراءات بصفته

(١) إبراهيم ممدوح زكي، الجوانب القانونية لعقود التمويل المصرفي (القرض — التسهيل الائتماني)، ص ٩١ وما بعدها.

دائنا وصفته وكيلاً ولا تنفي صفته كدائن مرتهن له. والوكالة من قبيل الاتفاقات التي تمكن الدائن من البيع دون إتباع الإجراءات القانونية.

وفي جميع الأحوال، فلا جدال في بطلان التوكيل متى ورد في صلب عقد الرهن أو جدول الدين المضمون بالرهن^(١).

ثانياً: الشرط المانع من التصرف لتفادي طول إجراءات التنفيذ:

إن المادة (٨٢٤) من القانون المدني وإن نصت على بطلان التصرف المخالف للشرط المانع من التصرف ولم تتعرض للعقد الأصلي الوارد فيه هذا الشرط إلا أن ذلك لا يمنع المتعاقد الذي اشترط هذا الشرط من طلب فسخ ذلك العقد استناداً إلى الأحكام العامة المقررة للفسخ في العقود الملزمة للجانبين متى كان شرط المنع من التصرف من الشروط الأساسية للتعاقد والتي بدونها ما كان يتم. وتكون مخالفة المتعاقد الآخر له في هذه الحالة إخلالاً منه بأحد التزاماته الجوهرية مما يجيز للمتعاقد معه طلب فسخ العقد طبقاً للمادة (١/١٥٧) من القانون المدني التي تعتبر من النصوص المكملّة لإرادة المتعاقدين. ولهذا فإن هذا الحق يكون ثابتاً لكل منهما بنص القانون ويعتبر العقد متضمناً له ولو خلا من اشتراطه. ولا يجوز حرمان المتعاقدين من هذا الحق أو الحد من نطاقه إلا باتفاق صريح^(٢). وإذا طبقنا ذلك على

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٣٢٥.

(٢) نقض مدني — طعن رقم ٢٩٠٣ لسنة ٥٧ ق، جلسة ١٩٨٩/١١/١٦. وقد نصت المادة (١٠٥٢) من القانون المدني على أنه "١- يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في -

عقد الائتمان المصرفي، لأمكن للبنك أن ينص في عقد الرهن على منع المدين الراهن من التصرف في العقار المرهون وإلا كان للبنك الحق في اتخاذ بعض التصرفات القانونية التي تحمي استيفاءه لدينه.

ثالثاً: اشتراط البنك المرتهن تملك العقار المرهون عند عدم الوفاء بدین الائتمان المصرفي وشرط الطريق الممهد:

أوجد القانون الرهن الرسمي تسهيلاً للائتمان وتنشيطاً له، وجعله لا يخول المرتهن إلا مزية التقدم على غيره من الدائنين عند توزيع ثمن المال المرهون بعد حجز هذا المال وبيعه بالطرق المقررة.

وقد خشي المشرع أن يستغل الدائن حاجة المدين إلى المال، فيشترط عليه وقت الرهن أن يصبح العقار المرهون ملكاً له بمجرد عدم وفاء الدين عند حلوله، سواء أكان ذلك في نظير الدين أم كان في نظير ثمن أعلى من قيمة الدين، فيضطر المدين - تحت تأثير الحاجة - إلى قبول هذا الشرط اعتماداً منه على قدرته على الوفاء واستخفافاً بالظروف التي قد تعجزه عنه. ويسمى هذا الشرط شرط تملك المرتهن المال عند عدم الوفاء أو "شرط الطريق الممهد"^(١).

= نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن. ٢- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه".

(١) نصت المادة (١٠٥٢) من القانون المدني على أنه "١- يقع باطلاً كل اتفاق يجعل للدائن الحق عند عدم استيفاء الدين وقت حلول أجله في أن يملك العقار المرهون في نظير ثمن معلوم أيا كان، أو في أن يبيعه دون مراعاة للإجراءات التي فرضها -

وتطبيقاً ذلك قضت محكمة النقض أن مفاد المادة (١٠٥٢) من القانون المدني أن اتفاق الراهن مع الدائن المرتهن على تملك هذا الأخير العقار المرهون إذا لم يتم الوفاء بالدين يقع باطلاً متى أبرم هذا الاتفاق وقت إنشاء الرهن أو قبل حلول أجل الدين. أما بعد حلول الدين أو قسط منه فإنه يجوز للراهن أن ينزل للدائن عن العقار المرهون. ويكون هذا التصرف بيعاً صحيحاً سواء كان الثمن هو ذات الدين أو ما يزيد أو يقل عنه^(١). ويعتبر بطلان شرط التملك عند عدم الوفاء أو شرط الطريق الممهد باطلاً بطلاناً مطلقاً، فيجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك به وللمحكمة أن تقضي به من تلقاء نفسها. ولا يستتبع بطلان هذين الشرطين بطلان الرهن الذي يقترن به أحدهما، وإنما يلغو الشرط وحده ويبقى الرهن صحيحاً، على أنه إذا أثبت البنك (الدائن المرتهن) أن هذا الشرط كان هو دافعه لإبرام عقد الرهن، فإن عقد الرهن يبطل أيضاً، ولا يقتصر البطلان على الشرط وحده^(٢).

ويثور التساؤل عما إذا كان يعتبر من قبيل شرط الطريق الممهد توكيل

- القانون ولو كان هذا الاتفاق قد أبرم بعد الرهن. ٢- ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه".

(١) نقض مدني، الطعن رقم ١٣٤٤ س ٤٨ قضائية، جلسة ١٥/٤/١٩٨٢، مجموعة المكتب الفني س ٣٣ الجزء الأول ص ٤١٣.

(٢) تنص المادة (١٤٣) من القانون المدني على أنه "إذا كان العقد في شق منه باطلاً أو قابلاً للإبطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل، إلا إذا تبين أن العقد ما كان ليتم بغير الشق الذي وقع باطلاً أو قابلاً للإبطال فيبطل العقد كله". د/ سليمان مرقس، الوافي في شرح القانون المدني في الحقوق العينية (الحقوق العينية التبعية)، — المرجع السابق — ص ١٨٩ وما بعدها.

المدين للدائن بأن يبيع العقار المرهون في حالة عدم الوفاء في تاريخ الاستحقاق؟ ودقة المسألة ترجع إلى أن الدائن إذ يبيع وديا يبيع باسم مدينه طبقا للقواعد العامة حيث تتصرف آثار الوكالة إلى الموكل. والأصل أن المدين يحق له التصرف في عقاره المرهون، فالبائع يكون قانونا هو المدين لا الدائن.

ومن وجهة نظري، فإن ما جاء بالبند الثاني في نص المادة (١٠٥٢) من القانون المدني "... ولكن يجوز بعد حلول الدين أو قسط منه الاتفاق على أن ينزل المدين لدائنه عن العقار المرهون وفاء لدينه"، يهدد مركز المدين، إذ يكون المدين بعد حلول أجل الدين في أضعف حالاته وليس العكس، لأنه يقوم بسداد الدين أو قسط من أقساطه. وقد لا يكون لديه المال الكاف لسداده بالكامل الأمر الذي يعطي للبنك ميزة كبيرة في فرض اتفاق على مدينه ويجعله ينزل له عن العقار المرهون وفاء لهذا الدين، ومن ثم يكون مثل هذا الشرط في صالح البنك وضمانه إضافية لعقود التمويل التي يبرمها.

ويرى رأي فقهي (والذي نؤيده)^(١)، أن الدواعي التي استوجبت حظر

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٣٢٤ - ٣٢٥. كما تنص المادة (١٠٧٠) من القانون المدني على أنه "إذا لم يطلب بيع العقار في الميعاد الأول وبالأوضاع المقررة استقرت ملكية العقار نهائياً للحائز خالصة من كل حق مقيد، إذا هو دفع المبلغ الذي قوم به العقار للدائنين الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم منه، أو إذا هو أودع هذا المبلغ خزنة المحكمة". كما تنص المادة (١٠٨٤) من القانون المدني على أنه "إذا بيع العقار المرهون بيعا جبريا بالمزاد العلني سواء كان ذلك في مواجهة مالك للعقار -

بيع العقار المرهون عن غير طريق الإجراءات المقررة قانونا والتي شرحناها في النقطة السابقة، تستلزم بطلان هذه الوكالة، فهي فعلا من قبيل الشرط الممهد متى تمت قبل حلول الأجل.

كما ينتهي الرهن الرسمي بالنسبة لعقد الائتمان المصرفي لثلاثة أسباب، وهي نزول البنك عن الرهن، وتطهير العقار بالنسبة للرهون التي لم يصبها التوزيع، والهلاك الكلي للعقار المرهون.

بعد شرح الرهن الرسمي باعتباره ضمانا من ضمانات الائتمان المصرفي وتوضيح مزاياه وعيوبه الرهن الرسمي باعتباره ضمان للبنك لسداد المدين الراهن لمبلغ القرض، ننقل إلى الرهن الحيازي باعتباره ضمانا أخرى من ضمانات الائتمان المصرفي ونحاول أن نوضح في النقطة التالية الفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي ومدى تفضيل البنك لأي منهما كضمان لسداد المدين الراهن لمبلغ التمويل المصرفي.



- أو الحائز أو الحارس الذي سلم إليه العقار عند التخلية، فإن حقوق الرهن على هذا العقار تنقضي بإيداع الثمن الذي رسا به المزاد، أو بدفعه إلى الدائنين المقيدین الذين تسمح مرتبتهم باستيفاء حقوقهم من هذا الثمن".

المطلب الثاني

الرهن الحيازي كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي

نناقش في هذا الجزء من البحث أحكام الرهن الحيازي من ناحية اعتباره ضماناً من ضمانات الائتمان المصرفي، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: الرهن الحيازي باعتباره ضمان من ضمانات الائتمان المصرفي:

من ناحية التطور التاريخي، فإن الرهن الحيازي يعبر عن مرحلة قديمة حيث كانت العقلية القانونية لا تتصور ترتيب رهن للدائن على شيء دون انتقال حيازة هذا الشيء إليه. فالرهن الحيازي يتميز أساساً بفكرة انتقال الحيازة من الراهن إلى المرتهن له أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان^(١).

والرهن الحيازي لهذا السبب نظام شديد التأثير على حياة الراهن الاقتصادية، لأنه يحرمه في الحال من حيازة الشيء المملوك له ومن حقه في الانتفاع به. ولما كان الفكر القانوني في العصر الحديث قد وصل إلى إمكان تقرير رهن للدائن دون انتقال الحيازة إليه، ومثال ذلك الرهن الرسمي في القانون المصري، فإنه من الممكن الاستغناء عن الرهن الحيازي بالنسبة

(١) يراجع د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، طبعة ٢٠٠٠ - ص ٢٣٧ وما بعدها. كما يراجع د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، طبعة ٢٠٠٢ - ص ٥٧٢ وما بعدها. يلاحظ أنه يطلق على الرهن الحيازي في القانون الفرنسي اسم NANTISSEMENT وهو قد يرد على منقول فيسمى GAGE وقد يرد على عقار فيسمى ANTICHRESE، وقد وحد المشرع كل هذه الاصطلاحات تحت اسم الرهن الحيازي الذي يشمل رهن المنقول ورهن العقار على السواء.

للأشياء التي يمكن رهنها رهنأ رسمياً دون نقل حيازة مثل العقارات أساساً، وبعض المنقولات التي يمكن تنظيم الاعتراف بالحقوق الواردة عليها على أساس الشهر لا على أساس الحيازة^(١).

ومع ذلك فلا زال الإبقاء على نظام الرهن الحيازي كضمانة من ضمانات الائتمان المصرفي مهماً بجانب الرهن الرسمي، إذ أنه من خلاله يستطيع العميل المدين الاتفاق مع البنك في عقد التمويل المصرفي على رهن منقولات لديه رهنأ حيازياً بانتقال حيازتها إلى البنك دون الخوض في إجراءات عقد الرهن الرسمي والتي قد تطول. وهناك بعض التعقيدات الإجرائية التي تلازمه والتي قد تناقض مرونة الائتمان المصرفي.

بالنسبة للمنقولات، فإن القاعدة التي على أساسها يتم الاعتراف بالحقوق الواردة عليها، هي قاعدة الحيازة، ولا يمكن ترتيب رهن للبنك الدائن على منقول دون انتقال حيازته إليه. ولا يمنع هذا أنه بالنسبة لبعض المنقولات أمكن رهنها دون نقل حيازتها لإمكان تنظيم الحقوق الواردة عليها على أساس الشهر (السفن، الطائرات، المحل التجاري.....الخ)، إلا أن القاعدة العامة بالنسبة للمنقولات الأخرى لا زالت هي قاعدة الحيازة^(٢).

أما بالنسبة للعقارات، فإن إمكان رهنها رهنأ رسمياً دون نقل حيازة قد لا يرضي العقلية الريفية التي لا يقنع فيها الدائن برهن لا تنتقل فيه الحيازة

(١) روبرو، التأمينات على المنقول دون نقل حيازته، الدراسات المهداة إلى جورج ريبير، جـ ٢، ص ٣٦٢.

(٢) راجع، التأمينات العينية على الطائرات، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، العدد الثاني، للسنة السابعة، يوليو ١٩٦٥، ص ٢٠٦.

إليه. ومن الناحية العملية، فإن الرهن الحيازي أكثر انتشاراً في البيئات الريفية من الرهن الرسمي^(١)، ويتضح ذلك بوضوح بالنسبة لبنوك التسليف الزراعي.

وإذا كانت هناك أسباب لتفضيل العميل والبنك في عقد التمويل المصرفي للرهن دون نقل حيازة على الرهن الحيازي، فالأجدر أن يوضع النظامين معاً مع ترك المفاضلة بينهما لإرادتهما وظروف عقد التمويل.

والرهن الحيازي كما يعرفه المشرع في المادة (١٠٩٦) هو "عقد يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه أو على غيره، أن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، وأن يتقدم على الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء دينه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون".

والرهن الحيازي ينشأ بمقتضى عقد رضائي لا يشترط لانعقاده أي شكل خاص كما هو الشأن بالنسبة للرهن الرسمي. وكان القانون المدني القديم يشترط لانعقاد الرهن الحيازي أن يتم بالفعل تسليم الشيء المرهون، وكان العقد لهذا السبب من العقود العينية. أما القانون المدني الحالي فقد جعل التسليم التزاماً على الراهن وأثراً للعقد لا شرطاً لانعقاده فأصبح الرهن الحيازي من العقود الرضائية.

والرهن الحيازي قد يرد على عقار أو على منقول، وهذا ما تقرره المادة (١٠٩٧) "لا يكون محلاً للرهن الحيازي إلا ما يمكن بيعه استقلالاً

(١) د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ٢٣٨ وما بعدها.

بالمزاد العلني من منقول وعقار". والمنقول الذي يرد عليه الرهن قد يكون مادياً أو معنوياً كالديون.

وإذا كان الرهن الحيازي بما يترتب عليه من نزع حيازة المدين للشئ المرهون وحرمانه من الانتفاع به، يمثل انتقالاً على المدين لا يوجد ما يبرره خاصة في شأن العقارات، التي يمكن أن تكون محلاً للرهن الرسمي مع الاحتفاظ للمدين بحيازته وسلطته في استغلال العقار المرهون، فإن الرهن الحيازي يحتفظ بأسباب استمراره كضمانة من ضمانات الائتمان المصرفي وشيوعه خاصة في شأن المنقولات التي لا تسمح طبيعتها بتقرير نظام الشهر الذي يتطلبه الرهن الرسمي. بالإضافة إلى ذلك فإن انتقال حيازة الشئ المرهون للبنك المرتهن من شأنه أن يحميه من تصرفات المدين الراهن للغير حسن النية الذي يتمكن بتسلمه للمنقول من الاحتجاج في مواجهة الراهن بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز. كما أن أهمية الرهن الحيازي للعقارات تظهر في شأن رهن الملكيات الصغيرة للأراضي الزراعية التي لا تتجاوز خمسة أفدنة والتي كثيراً ما تزهد البنوك في لرتهاها رسمياً لعدم جواز التنفيذ عليها وبيعها بالمزاد العلني، ويفضلون لرتهاها حيازياً لما يوفره لها الرهن الحيازي من استيفاء ديونها من ثمار وعائد هذه الأراضي خلال فترة حيازتها لها.

بالإضافة إلى ذلك فإنه قد يكون مما ساعد على تدعيم انتشار الرهن الحيازي في عقود الائتمان المصرفي، هذا السلب نفسه لحيازة الشئ المرهون من العميل للمدين وتسليمه للبنك المرتهن أو للعدل المختار من جانبهما وبحيث يظل في حيازة البنك المرتهن محبوساً تحت يده إلى حين

الوفاء. ولعل هذا هو ما يحفز المدين على سرعة سداد القرض اختياراً
تعبلاً لاسترداد ماله ناهيك عن تفضيل البنوك له إذ يحقق لها ميزة استيفاء
المصروفات والفوائد أولاً بأول من غلة الشيء المرهون بما يمنع تراكمها
إلى جانب أصل الدين. وبهذا يظل الشيء المرهون كافياً بذاته لضمان أصل
الدين (المادة ١١٠٤) من القانون المدني^(١).

ولكن ما قررناه بالفقرة السابقة ليس معناه الإخلال بحق المدين على
ملكه المضمون بالرهن^(٢).

(١) راجع الأعمال التحضيرية جـ ٧ ص ٢٤٦ — ٢٤٨. كما تنص المادة ١١٠٤ من
القانون المدني على أنه: (١) ليس للدائن أن ينتفع الشيء المرهون دون مقابل. (٢)
وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك. (٣) وما حصل عليه
الدائن من صافي الربح وما استفادة من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون
بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفقه في
المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات ثم من المصروفات والفوائد ثم من أصل
الدين.

(٢) المقرر — في قضاء محكمة النقض — أن مفاد المادتين ١١٠٣، ١١٠٧ من القانون
المدني أن الأصل أنه متى تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فإنه يلتزم بالمحافظة
عليه وصيانته ويمسك عن هلاكه أو تلفه طالما بقي في حيازته كما يلتزم برده إلى
الراهن متى انقضى الرهن فإن عجز عن رده لهلاكه أو تلفه أو امتنع عن ذلك كان
مخلاً بالتزامه بالرد الذي يشكل خطأ تعاقدياً موجباً لمسئوليته التي لا تدرأ عنه إلا
إذا ثبت أن الهلاك أو التلف راجعاً إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو
قوة قاهرة أو خطأ الراهن أو أن يتمسك بأن هناك اتفاقاً بينه وبين الراهن على
تخفيض هذه المسؤولية تتحدد به نطاقها بالنسبة له (نقض مدني، الطعن رقم ٩٦٠
س ٧١ ق، جلسة ٢٨/١٠/٢٠٠٣)

وقد دعم انتشار الرهن الحيازي كضمانة من ضمانات الائتمان المصرفي ما يتسم به من رضائية أطرافه وخلوه من الإجراءات المعقدة، بما يشجع البنوك للالتجاء إليه كضمان لما يقدمونه من ائتمان مصرفي.

ثانياً: إبرام الرهن الحيازي وتأثير ذلك على أهميته كضمانة من ضمانات الائتمان المصرفي:

تنص المادة (٨٩) من القانون المدني على أنه " يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معنية لانعقاد العقد."

لم يشترط القانون المدني أي شكل خاص فوق ذلك لانعقاد الرهن الحيازي. ولذلك نجد البنوك تستخدم الرهن الحيازي في كثير من الأحوال كضمانة للائتمان المصرفي، لأن إجراءات العقد الرسمي قد تطول وتكون عائق بالنسبة لضمانات الائتمان المصرفي. ولهذا فإن معظم البنوك في العصر الحديث تقبل الرهونات الحيازية كضمانة لائتماناتها.

ثالثاً: مزايا الرهن الحيازي للبنك المرتهن في مجال الائتمان المصرفي:

عقد الرهن الحيازي كما تقرر المادة (١٠٩٦) هو عقد يلتزم بمقتضاه الراهن بترتيب حق عيني تبقي هو حق الرهن، على شيء يسلمه للدائن أو إلى لجنبي يعينه المتعاقدان. وحسب القواعد العامة فإن الالتزام بإنشاء حق عيني على شيء معين بالذات يملكه الملتزم بنشئ في الحال هذا الحق^(١).

(١) تنص المادة (٢٠٤) من القانون المدني على أنه: " الالتزام بنقل الملكية أو أي -

وهذا الحكم ينطبق على عقد الرهن الحيازي الذي يرد على شيء معين بالذات يملكه المدين الراهن. وينشأ حق الرهن لمصلحة البنك المرتهن بمجرد العقد دون حاجة إلى تأخير ذلك إلى وقت تسليم الشيء المرهون إليه، أو إلى وقت اتخاذ الإجراءات الأخرى اللازمة لتنفيذ الرهن في مواجهة الغير.

وكما تقرر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني " قبل التسليم يتم الرهن ويترتب الحق العيني، ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين. ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً. ولكن لا يكون له أن يتقدم أو يتتبع لأن الرهن لا ينفذ في حق الغير قبل التسليم"^(١).

أ - الالتزام بالتسليم:

الالتزام بالتسليم ينشأ عن عقد الرهن لتمكين البنك المرتهن من حيازة الشيء وهو في نفس الوقت شرط لتنفيذ الرهن في مواجهة الغير^(٢).

والإحالة إلى أحكام تسليم الشيء المبيع المقصود بها أحكام زمان التسليم ومكانه وكذلك كيفية التسليم مع مراعاة الطبيعة الخاصة لعقد الرهن.

- حق عيني آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق. إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم، وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل".

(١) للمذكرة الإيضاحية للقانون المدني، ج ٧، ص ٢٠٠.

(٢) تنص المادة (١٠٩٩) من القانون المدني على أنه " (١) على الراهن تسليم الشيء المرهون إلى الدائن أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه. (٢) ويمري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع.

ومع ذلك فإن المدين الراهن يكون قد أوفى بالتزامه إذا راعى أحكام التسليم في البيع وذلك بوضع الشيء تحت تصرف البنك المرتهن بحيث يتمكن من حيازته والانتفاع به دون عائق ولو لم يستولي عليه استيلاء مادياً ما دام قد أعلمه بذلك. وكذلك إذا كان التسليم حكماً^(١).

غير أن التسليم بهذا الوجه إذا كان مبرئاً لزمة المدين الراهن إلا أنه لا يؤدي إلى نفاذ الرهن في مواجهة الغير حيث يشترط فيه انتقال الحيازة الظاهرة الفعلية إلى البنك (الدائن المرتهن)، وبوامها طالما بقي الرهن^(٢).

ب - التزام المدين الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه:

تنص المادة (١١٠١) من القانون المدني على أنه "يضمن الراهن سلامة الرهن ونفاذه، وليس له أن يأتي عملاً ينقص من قيمة الشيء المرهون أو يحول دون استعمال الدائن لحقوقه المستمدة من العقد. وللدائن المرتهن في حالة الاستعجال أن يتخذ على نفقة الراهن كل الوسائل التي تلزم للمحافظة على الشيء المرهون".

فالمدين الراهن في الرهن الحيازي يلتزم بضمان سلامة الرهن، وهذا الالتزام يترادف مع الالتزام بضمان عدم هلاك الشيء المرهون أو تلفه، لأن المقصود بالهلاك ليس هو الهلاك المادي فقط ولكن كل ما يؤدي إلى خروج

(١) في ذات المعنى، يراجع د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، طبعة ٢٠٠٠ ص ٢٤٢ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (١١٠٩) من القانون المدني على أنه "(١) يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه للمعاقدان. (٢) ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون".

الشيء من ضمان الدائن ولو رجع ذلك إلى تصرف قانوني كنزع ملكية الشيء المرهون للمنفعة العامة. والراهن يضمن عدم الهلاك أو التلف سواء رجع إلى فعله أو إلى فعل الغير أو إلى سبب أجنبي.

والفكرة الرئيسية في الضمان أنه حق للدائن والتزام على الراهن، بمعنى أن البنك المرتهن يحق له أن يدفع كل مساس بسلامة الرهن ولكنه لا يلتزم بذلك فيستطيع أن يتخذ موقفاً سلبياً، أما المدين الراهن فهو يلتزم بدفع كل مساس بسلامة الرهن وهو التزام بتحقيق نتيجة^(١).

كل هذه الأحكام تصدق على الرهن الرسمي كما تصدق على الرهن الحيازي كضمانة من ضمانات الائتمان المصرفي باستثناء واحد هو انتقال الحيازة البنك المرتهن في الرهن الحيازي الأمر الذي يجعله ملتزماً بصيانتة والمحافظة عليه. فالبنك المرتهن يحوز الشيء لحساب المالك فيما يتعلق بحق الملكية ويلتزم برده عند انتهاء الرهن. ولذلك يجب عليه أن يحافظ على الشيء حماية لحق الراهن في الملكية وحقه هو في الرهن^(٢).

غير أن التزام البنك المرتهن بالصيانة والحفظ هو التزام ببذل عناية الشخص المعتاد لا بتحقيق نتيجة. فإذا هلك الشيء المرهون أو تلف لسبب أجنبي، فإن البنك المرتهن لا يلتزم بشيء قبل المدين الراهن، بل إن المدين الراهن هو الذي يصبح ضامناً لعدم الهلاك أو التلف في هذه الحالة رغم أن

(١) في ذات المعنى، د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، المرجع السابق، ص ٢٤٥ وما بعدها.

(٢) يراجع د/ سمير عبد السيد تناغو، المرجع السابق، ص ٢٤٦.

الشيء كان في حيازة البنك المرتهن^(١).

ج - حق الحبس؛

باعتباره حقاً عينياً يخول الرهن الحيازي البنك المرتهن، حبس المال المرهون. أياً كانت طبيعته. وينصرف الحق في الحبس إلى العين المرهونة وملحقاتها وتوابعها، في مواجهة كل من ينفذ تجاهه الرهن^(٢).

ولقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني^(٣) " يتميز رهن الحيازة بأن الحيازة ضرورية لنفاذ الرهن في حق الغير، وبأن الحبس ثابت للدائن المرتهن حتى يستوفي الدين".

(١) تنص المادة ١١٠٣ من القانون المدني على أنه: " إذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانيته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع لسبب أجنبي لا يد له فيه". فوجود الشيء في حيازة المرتهن وقت الهلاك أو التلف، قرينة على أنه تسبب في ذلك بتقصيره ولكنها قرينة بسيطة تقبل إثبات العكس (يراجع التأمينات العينية، د/ سمير عبد السيد تناغو، طبعة ٢٠٠٠ - ص ٢٤٦).

(٢) متى انتقلت حيازة العين إلى الدائن المرتهن أمكنه حبسها إلى حين استيفاء حقه فإذا هلك أو تلفت لأي سبب و ترتب على الهلاك أو التلف أن استحق حق آخر انتقل الرهن إلى هذا الحق تطبيقاً لنظرية الحلول العيني التي نصت عليها المادة (١٠٤٩) من القانون المدني، و لا محل لما تثيره الطاعنة من أن الحق في الحلول يقتضي تتبع للثمن الذي دفعته للمدين الراهن، لأن المقصود بالتتبع هو التتبع القانوني أي سلطة الدائن المرتهن في تعقب المال المرهون أينما استقرت ملكيته للتنفيذ عليه و استيفاء الدين. (نقض مدني، الطعن رقم ٦٩٢ س ٤٩ قضائية، جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨، مجموعة المكتب الفني س ٣٤، الجزء الأول، ص ٨٢٥).

(٣) الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء السابع ص ١٩٣.

ويظل حق البنك المرتهن في الحبس قائماً لحين استيفاء كامل حقه المضمون بالرهن، ما لم يتفق على قابلية الرهن للتجزئة، على اعتبار أن حق الحبس مميزة متولدة عن حق الرهن يأخذ حكمه من عدم التجزئة. ولقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدي للقانون المدني " يبقى الحق في حبس المرهون ما دام الدين وملحقاته من فوائد ومصرفات وتعويضات لم يدفع. فإذا بقي شيء من ذلك، ولو قليلاً، بقي الحق في الحبس. أما إذا تم الوفاء به كله انقضى الرهن والحبس والتزم البنك المرتهن برد المرهون"^(١).

وتنص المادة (١١١٠) من القانون المدني على أنه يخول الراهن الدائن المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون عن الناس كافة، دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون. وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة.

ويثبت هذا الحق للبنك المرتهن للعقار أو المنقول، ويخوله الحق في الامتناع على التخلي عن حيازة الشيء المرهون عالماً أن الرهن لم ينقض وعلى الخصوص عالماً أنه لم يستوف كافة المبالغ المضمونة بالرهن. فالحبس هو الحق في رفض رد الشيء المرهون، والاستمرار في حيازته.

وتبدو أهمية الحق في الحبس في أنه يمثل وسيلة ضغط فعالة على المدين توصلها لسداد الدين المضمون خصوصاً إذا كانت قيمة الشيء المرهون تزيد كثيراً عن قيمة الدين.

(١) الأعمال التحضيرية للقانون المدني، الجزء السابع ص ٢٢٣

ويحتج بالحق في الحبس في مواجهة كافة الناس ودون إخلال بحقوق الغير التي يتم حفظها وفقاً للقانون. فالبنك للدائن يحق له أن يمتنع عن رد الشيء إلى المدين الراهن، وعلى هذا الأخير أن يلتزم بتسليم الشيء للبنك وضمان سلامة ونفاذ الرهن. وهذا يقتضي الامتناع عن المطالبة باسترداد الشيء طالما أن الدين لم يتم الوفاء به. ويمارس حق الحبس كذلك في مواجهة للمالك الحقيقي إذا كان الراهن غير مالك وكان البنك للدائن قد تسلم الشيء وهو حسن النية معتقداً أن الراهن هو المالك.

ويحتج بالحق في الحبس في مواجهة المشتري الذي اشترى الشيء المرهون وفي مواجهة الدائنين المرتهنيين الآخرين الذين ارتهنوا الشيء بعد نفاذ حق للحابس في مواجهة الغير.

ويتمتع الحق في الحبس بخاصة عدم التجزئة شأنه في ذلك شأن الحقوق للعينية التبعية، وتسري خصوصاً في حالة وفاة المدين أو وفاة الدائن. وفي حالة وفاة المدين، يحق للبنك الدائن التمسك بالحق في الحبس في مواجهة كل وارث طالما أنه لم يستوف كامل حقه. ولا يؤثر في ذلك سداد أحد الورثة لخصته. وفي حالة انتهاء شخصية البنك الدائن سواء بالاندماج أو خلافه، فيحق للبنك المندمج فيه الحق في الحبس، طالما لم يتم تحصيل الدين بالكامل من المدين.

ويظل الحق في الحبس قائماً، طالما أن البنك الدائن يحوز الشيء. وينقضي الحق في الحبس إذا أخرج الشيء من يد البنك بإرادته، حيث يؤدي

ذلك إلى انقضاء الرهن وفقاً للمادة ١١٠٠^(١).

يتضح من العرض السابق مميزات حبس الشيء المرهون لدى البنك الدائن. وهذه المميزات تمثل ضماناً أكيدة للائتمان المصرفي.

د - الحق في التنفيذ على المال المرهون:

ما يوفره حق الرهن الحيازي للبنك المرتهن من ضمان خاص لا يفقده ما له، باعتباره صاحب حق شخصي، من ضمان عام على جميع أموال المدين. وليس في القانون ما يفرض على البنك المرتهن ترتيباً في استخدام ما تقرر له من ضمان خاص أو في مباشرة ما هو ثابت له من ضمان عام استيفاء لحقه. كل ما في الأمر أنه إذا ما نفذ سواء عاجلاً أم آجلاً على أموال مدينه غير المرهونة له، خضع لقاعدة المساواة بين الدائنين التي تحكم الضمان العام^(٢).

وإذا كان الأصل أن التنفيذ على المال المرهون يتم وفقاً لقانون المرافعات مع احترام أحكام المادة (١٠٥٢) من القانون المدني في شأن شرط التملك عند عدم الوفاء وشرط البيع دون إجراءات، إلا أن المشرع خرج على هذا الأصل في شأن رهن المنقول والدين المرهون.

مقتضى ما ورد في الفقرة الأولى من المادة (١١٢١) مدني أنه يجوز للبنك المرتهن استيفاء لحقه، أن يطلب من القضاء الترخيص له في بيع

(١) يراجع د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٧٠٢ وما بعدها.

(٢) د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، المرجع السابق - ص ٦١٠ وما بعدها.

المنقول المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق دون إتباع إجراءات البيع الجبري، تجنباً لطول الإجراءات وكثرة المصاريف. وللقاضي أن يقدر وجه مصلحة البنك المرتهن في ذلك بما لا يضر بالمدين الراهن^(١).

هـ - الإدارة والاستثمار:

الغرض من انتقال حيازة الشيء المرهون إلى البنك (الدائن المرتهن)، ليس هو فقط تأكيد سيطرته عليه، ولكن تمكينه أيضاً من استيفاء حقه من ثمار الشيء أو إيراده، إذا كان منتجاً لشيء من هذا.

ويترتب على ذلك التزام منطقي على عاتق البنك (الدائن المرتهن)، بأن يتولى إدارة الشيء المرهون واستثماره. وعليه أن يبذل في ذلك عناية للرجل المعتاد. ومقتضى هذه العناية أن يقوم بإخطار المدين الراهن بكل أمر يقتضي تدخله، كما هو الحال في الأمر بتغيير طريقة استغلال الشيء بتحويل المنزل المعد للسكن إلى فندق مثلاً^(٢). ويتولى البنك (الدائن المرتهن) إدارة

(١) د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ٦١٢.

(٢) تنص المادة (١١٠٦) من القانون المدني على أنه " (١) يتولى الدائن المرتهن إدارة الشيء المرهون، وعليه أن يبذل في ذلك من العناية ما يبذله للرجل المعتاد، وليس له أن يغير من طريقة استغلال الشيء المرهون إلا برضاء الراهن، ويجب عليه أن يبادر بإخطار الراهن عن كل أمر يقتضي تدخله. (٢) فإذا أساء الدائن استعمال هذا الحق أو أدار الشيء إدارة سيئة أو ارتكب في ذلك إهمالاً جسيماً، كان للراهن الحق في أن يطلب وضع الشيء تحت الحراسة أو أن يسترده مقابل دفع ما عليه. وفي الحالة الأخيرة إذا كان المبلغ المضمون بالرهن لا تسري عليه فائدة ولم يكن قد حل أجله، فلا يكون للدائن إلا ما يبقى من هذا المبلغ بعد خصم قيمة الفائدة منه بسعرها القانوني عن المدة ما بين الوفاء ويوم حلول الدين".

الشيء واستثماره لحساب المدين الراهن، باعتباره مالك الشيء وإليه تعود ثماره^(١).

ولكن نظراً لأن المدين الراهن مدين للبنك المرتهن بالدين وفوائده وملحقاته، فإن البنك يخصم ثمار الشيء أو مقابل الفائدة التي جناها باستعماله، من مستحقاته قبل العميل الراهن^(٢).

والخلاصة هي أن البنك — الدائن المرتهن — يستثمر الشيء المرهون لحساب الراهن، ولكنه يحتفظ بالثمار خصماً من الدين، وذلك يعطي البنوك ميزة كبيرة تتمثل في ضمان سداد جزء من الدين أو كل الدين في كثير من الحالات من ثمار الشيء المرهون الذي يتحصل عليه البنك أول بأول.

رابعاً: عيوب الرهن الحيازي بالنسبة للبنك المرتهن:

أ - التزام البنك المرتهن بالمحافظة على الشيء المرهون:

ينشأ التزام البنك المرتهن بالمحافظة على سلامة الشيء من وقت انتقال حيازة الشيء إليه. فإذا كان الشيء قد سلم إلى أجنبي وهو العدل (سواء كان بنكاً آخر أو شخص طبيعي أو شركة أو غيره)، فإن الالتزام يقع على عاتق

(١) د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، طبعة ٢٠٠٠ — ص ٢٥٣.

(٢) تنص المادة (١١٠٤) من القانون المدني على أنه "١) ليس للدائن أن ينتفع بالشيء المرهون له دون مقابل. ٢) وعليه أن يستثمره استثماراً كاملاً ما لم يتفق على غير ذلك. ٣) وما حصل عليه الدائن من صافي الربح وما استفاده من استعمال الشيء يخصم من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله، على أن يكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفق في المحافظة على الشيء وفي الإصلاحات، ثم من المصروفات والفوائد، ثم من أصل الدين."

هذا الأخير^(١).

وأساس هذا الالتزام هو أن المدين الراهن لا ينقل للبنك ملكية الشيء، وإنما ينقل له الحيازة فقط وبصفة مؤقتة. ويؤدي احتفاظ المدين الراهن بالملكية مع نقل الحيازة للبنك المرتهن يؤدي بذاته إلى ضرورة قيام البنك (المرتهن) بالمحافظة على الشيء الموجود في حيازته حماية لحق العميل المدين في الملكية.

ويتعارض مع الالتزام بالحفظ مباشرة البنك المرتهن لسلطة التصرف على المال المرهون سواء بالبيع أو الهبة أو بالرهن. ويعتبر تصرفه من قبيل التصرف في مال الغير الذي لا ينفذ في حق الراهن للمالك^(٢).

يلتزم البنك المرتهن بعمل المطلوب منه، بأن يبذل عناية الشخص المعتاد في المحافظة على الشيء (مادة ١١٠٣ من القانون المدني — سابق الإشارة إليها)^(٣).

والعناية التي يبذلها البنك المرتهن في المحافظة على الشيء من شأنها أن

-
- (١) د/ سمير عبد السيد تناغو، التأمينات العينية، طبعة ٢٠٠٠ — ص ٢٤٩ وما بعدها
(٢) د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، طبعة ٢٠٠٢ — ص ٥٩٩.

(٣) نصت المادة (٢١١) من القانون المدني على أنه "١) في الالتزام بعمل، إذا كان المطلوب من المدين هو أن يحافظ على الشيء أو أن يقوم بإرادته أو أن يتوخى الحيلة في تنفيذ التزامه فإن المدين يكون قد وفى بالالتزام إذا بذل في تنفيذه من العناية كل ما يبذله الشخص العادي، ولو لم يتحقق الغرض المقصود. هذا ما لم ينص القانون أو الاتفاق على غير ذلك. (٢) وفي كل حال يبقى المدين مسئولاً عما يأتيه من غش أو خطأ جسيم".

تؤدي إلى المحافظة على الملكية وعلى الرهن، ولكن إذا حدث الهلاك أو التلف رغم هذه العناية لسبب أجنبي، فإن المدين الراهن هو الذي يتحمل العبء في آخر الأمر، فمن ناحية تزول ملكيته أو تنتقص دون أن يرجع على البنك المرتهن بشئ. ومن ناحية أخرى، يزول الرهن أو ينقضي مما يعطي للبنك المرتهن أن يرجع عليه بالضمان طبقاً لأحكام المادة (١٠٤٨) المقررة في الرهن الرسمي^(١).

ب - التزام البنك المرتهن برد الشئ المرهون :

تعتبر حيازة البنك (الدائن المرتهن) للشئ المرهون، حيازة عرضية مؤقتة في مواجهة المالك. ولذلك فهو يلتزم برد الشئ عند انقضاء حقه في الرهن. والتزام البنك المرتهن بالرد، التزام تعاقدى ينشأ عن عقد للرهن ذاته، إلا أنه التزام معلق على شرط هو استيفاء البنك الدائن حقه قبل المدين^(٢).

(١) قضت محكمة النقض أن مفاد (المادتين ١١٠٣، ١١٠٧) من القانون المدني أن الأصل أنه متى تسلم للدائن المرتهن الشئ المرهون فإنه يلتزم بالمحافظة عليه وصيانته ويسأل عن هلاكه أو تلفه طالما بقي في حيازته كما يلتزم برده إلى الراهن متى لنقضى للرهن فإن عجز عن رده لهلاكه أو تلفه أو امتنع عن ذلك كان مخلاً بالتزامه بالرد الذي يشكل خطأً تعاقدياً موجباً لمسئوليته التي لا تدرأ عنه إلا إذا ثبت أن الهلاك أو التلف راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ الراهن أو أن يتمسك بأن هناك اتفاقاً بينه وبين الراهن على تخفيض هذه المسؤولية تتحدد به نطاقها بالنسبة له (نقض مدني، الطعن رقم ٩٦٠ من ٧١ قضائية، جلسة ٢٨/١٠/٢٠٠٣).

(٢) تنص المادة (١١٠٧) من القانون المدني على أنه " يرد الدائن الشئ المرهون -

خامساً: مزايا الرهن الحيازي للعميل الراهن:

أ - احتفاظ الراهن بملكية المال المرهون:

لا يترتب على الرهن الحيازي انتقال ملكية المال المرهون إلى البنك المرتهن. وتكون مباشرة المدين الراهن لسلطات ملكيته مقيدة بما لا يتعارض مع الغرض من الرهن وما يترتب من التزامات على عاتقه. وليس للراهن الحق في استعمال أو استغلال المال المرهون، بل يثبتان للبنك المرتهن على أن يخصم قيمة الإيراد المتحقق مما يستحق له^(١).

ويحتفظ المدين الراهن بالقدرة على مباشرة سلطة التصرف فيما لا يتعارض مع التزامه بضمان سلامة الرهن ونفاذه وضمان عدم هلاك وتلف المال المرهون. فليس هناك ما يمنع — وقد أصبح حق البنك المرتهن نافذاً في مواجهة الغير — من أن يقوم المدين الراهن بنقل ملكية المال المرهون للغير^(٢)، أو بترتيب حق عيني أصلي أو تباعي عليه.

= إلى الراهن بعد أن يستوفي كامل حقه، وما يتصل بالحق من ملحقات ومصرفات وتعويضات.

(١) د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، طبعة ٢٠٠٢ — ص ٥٩٧ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (١١٢٠) من القانون للمدني على أنه: "يجوز للراهن إذا عرضت فرصة لبيع الشيء المرهون، وكان البيع صفقة رابحة، أن يطلب من القاضي للترخيص في بيع هذا الشيء، ولو كان ذلك قبل حلول أجل الدين، ويحدد القاضي عند الترخيص شروط البيع، ويفصل في أمر إيداع الثمن".

ب - الحيابة القانونية للمال المرهون:

لا يحول دخول المال المرهون في حيازة البنك المرتتهن من استمرار الحيابة القانونية للمدين الراهن على المال المرهون، بحيث تكون حيازة البنك المرتتهن حيازة قانونية فيما يتعلق بحق الرهن وحيازة عرضية لحق الملكية. وبحيث لا تعتبر حيازة البنك المرتتهن للمال المرهون من قبيل وضع اليد المكسب للملكية بالتقادم ما لم يتغير سبب حيازته^(١).

ويعتبر البنك المرتتهن في حيازته للمال المرهون نائباً عن المدين الراهن. وإذا كان المال المرهون مملوكاً لغير الراهن، فإن مدة حيازة البنك المرتتهن له تعتبر من قبيل التقادم الساري لمصلحة الراهن. في نفس الوقت، فإن دخول المال المرهون في حيازة البنك المرتتهن يحقق له الحيابة القانونية لحق الرهن على الشيء المرهون — لأنه يحوز الشيء بنية كسب حق الرهن عليه — بما يجعله نافذاً في مواجهة الغير. ويترتب على ذلك أنه يستطيع أن يكسب حق الرهن على أساس الحيابة إذا كان الراهن غير مالك استناداً لنص المادتين (٩٧٦، ١١١٨) من القانون المدني في حالة الرهن الوارد على منقول. واستناداً لنص المادة (٩٦٩) من القانون المدني في حالة الرهن الوارد على العقار^(٢).

(١) تنص المادة (٩٧٢) من القانون المدني على أنه " (١) ليس لأحد أن يكسب بالتقادم على خلاف منده. فلا يستطيع أحد أن يغير بنفسه لنفسه سبب حيازته ولا الأصل الذي تقوم عليه الحيابة. (٢) ولكن يستطيع أن يكسب بالتقادم إذا تغيرت صفة حيازته إما بفعل للغير وإما بفعل منه تعتبر معارضة لحق المالك. ولكن في هذه الحالة لا يبدأ سريان التقادم إلا من تاريخ هذا التغيير."

(٢) في حالة الاتفاق على وضع المال المرهون في حيازة عدل أثناء قيام الرهن، -

سادساً: عيوب الرهن الحيازي للعميل الراهن:

يفرض الرهن الحيازي على المدين التزاماً بتسليم الشيء المرهون إلى البنك، ومن ثم يحرمه من مزايا الشيء، مما قد يضطره إلى الحصول على شيء آخر كبديل للشيء المرهون. وتبدو خطورة انتقال الحيازة إذا كان الشيء المرهون يرتبط بحرفة المدين ومصدر رزقه، فهذا يعني حرمانه من دخله من استثمار الشيء واستخدامه مما يضعف كثيراً من قدراته المالية على سداد دينه ويسلب الرهن دوره كضمان للدين. ولهذا فإن المشرع ينظم بعض أنواع الرهون بحيث لا يسلب المدين الحيازة وذلك بوضع تنظيم خاص لإشهار الرهن، وذلك مثل رهن المحل التجاري، فالإشهار أو التسجيل يحل محل انتقال الحيازة إلى الدائن^(١).

وفي إنجلترا، ثارت مشكلة رهن البضائع للبنك ومدى إمكانية تصرف العميل الراهن لها بالبيع في حالة الحاجة التجارية لبيعها من غير تأخير. وقد استقر الرأي القانوني في إنجلترا في بعض القضايا على ضرورة موافقة البنك المرتهن للبضائع على قيام العميل الراهن ببيعها بحكم ملكيته

- فإن هذه الالتزامات تقع على عاتق العدل وتتحدد مسؤوليته على أساس قواعد الوكالة بحسب ما إذا كانت بأجر أو بغير أجر. (راجع التأمينات العينية والشخصية، د/ همام محمد محمود زهران، طبعة ٢٠٠٢ - ص ٥٩٨).

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ٦٥٨. وتلص المادة (١١٠٩) من القانون المدني على أنه "١- يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي ارتضاه المتعاقدان. ٢- ويجوز أن يكون الشيء المرهون ضامناً لعدة ديون".

لها^(١)، وإلا وقعت أضرار تجارية كبيرة للعميل الراهن لبضائعه نتيجة عدم قدرته على بيعها في الميعاد المناسب — في بعض الأحوال — للتصرف فيها.

سابعاً: وسائل حفظ حقوق البنك في الرهن الحيازي قبل الغير (وسائل حماية البنك قبل غير أطراف الرهن الحيازي وعقد التمويل المصرفي):

أ - انتقال الحيازة للبنك المرتهن أو عدل كشرط عام لنفاذ الرهن الحيازي:

يشترط لنفاذ الرهن الحيازي عموماً أياً كانت طبيعة المال المرهون (منقول مادي أو معنوي أو عقار) في مواجهة الغير، انتقال حيازة الشيء المرهون للبنك المرتهن أو إلى عدل يرتضيه المتعاقدان، الأمر الذي يفسر حق البنك المرتهن في مطالبة الراهن بتنفيذ التزامه بتسليم الشيء المرهون إليه أو إلى العدل المنفق عليه^(٢).

كما خول المشرع للبنك المرتهن الحق في استرداد حيازة الشيء المرهون من الغير إذا ما خرج المال المرهون من يده دون إرادته أو دون

(1) In Lloyds Bank Ltd v Bank of America National Trust and Savings Association, mentioned in Bank Security Documents, J R Lingard, Butterworths, London, third edition, page 305.

(٢) أول التزام في ذمة الراهن هو أن يسلم العين المرهونة إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان. وقبل للتسليم يتم للرهن ويترتب الحق العيني. ويبقى هذا الحق نافذاً فيما بين المتعاقدين ويستطيع الدائن عند حلول الدين أن ينفذ على العين المرهونة بحقه باعتباره دائناً مرتهناً لا باعتباره دائناً عادياً (الأعمال التحضيرية — مذكرة المشروع التمهيدي — الجزء السابع — ص ٢٠٠).

علمه^(١).

واستثناء من شرط استمرار حيازة البنك المرتهن أو العدل للمال المرهون لنفاذ الرهن في مواجهة الغير، أجاز المشرع استمرار الاحتجاج بالرهن قبل الغير برغم انتقال حيازة المرهون للراهن بوصفه مستأجراً على أن يستعاض بالعلانية المستفادة من سلب حيازة المدين الراهن عن طريق شهر الإيجار^(٢).

ب - الشروط الخاصة لنفاذ الرهن الحيازي كضمانة لعقد الائتمان المصرفي :

- (١) نفاذ الرهن العقاري/ وجوب القيد: بجانب انتقال حيازة المرهون لابد لنفاذ الرهن الحيازي الوارد على عقار، من قيد عقد الرهن بحيث لا ينفذ الرهن إلا باجتماع هذين الشرطين ومن تاريخ اجتماعهما. هذا، وقد أحال المشرع في شأن أحكام القيد إلى الأحكام الخاصة بقيد للرهن الرسمي (المادة ١١١٤ من القانون المدني)، وذلك مع مراعاة الاشتراطات الخاصة بقانون الشهر العقاري بالنسبة للرهن الحيازي.
- (٢) نفاذ رهن المنقول المعنوي: يفرق في هذا المقام بين الديون من ناحية

(١) ينص البند (٢) من المادة (١١١٠) من القانون المدني على أنه " ٢- وإذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة ".

(٢) تنص المادة (١١١٥) من القانون المدني على أنه " يجوز للدائن المرتهن لعقار أن يؤجر العقار إلى الراهن دون أن يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير. فإذا اتفق على الإيجار في عقد للرهن وجب ذكر ذلك في القيد ذاته. أما إذا اتفق عليه بعد للرهن وجب أن يؤشر به في هامش القيد، إلا أن هذا التأشير لا يكون ضرورياً إذا جدد الإيجار تجديداً ضمناً".

ورهن غيره من المنقولات المعنوية الأخرى. وفي جميع الأحوال يشترط لقابلية الشيء للرهن أن يكون قابلاً للحالة أو الحجز^(١). ويرجع فيما يجوز رهنه أو لا يجوز رهنه لنصوص قانون المرافعات في شأن محل التنفيذ.

(أ) رهن الديون للبنك: عالجَت المادة (١١٢٣) من القانون المدني حالة رهن الديون العادية والتي نصت على أنه "١- لا يكون رهن الدين نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه أو بقبوله له وفقاً للمادة (٣٠٥)؛ ٢- ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول". ولقد أشارت لذلك مذكرة المشروع التمهيدي بقولها "يقع الرهن الحيازي على الدين باعتباره منقولاً. غير أن الرهن في هذه الحالة تتحور بعض أحكامه بما يتفق مع طبيعة الدين. فمن ناحية انعقاد الرهن ونفاذه يكون رهن الدين بإيجاب وقبول من الراهن والمرتهن. ولكنه لا ينفذ في حق المدين إلا بإعلانه أو قبوله كما هو الأمر في حالة الدين. ولا يكون الرهن نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن للدين، ويكون ذلك بحيازة سند الدين. وتحسب مرتبة الرهن بالتاريخ الثابت للإعلان أو القبول"^(٢). أما بالنسبة لحالة رهن السندات الاسمية والائتمانية، فيتم الرهن بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون

(١) تنص المادة (١١٢٥) من القانون المدني على أنه "إذا كان الدين غير قابل للحالة أو للحجز فلا يجوز رهنه".

(٢) الجزء السابع من الأعمال التحضيرية للقانون المدني ص ٢٧١.

في المادة (١١٢٤) من القانون المدني والتي نصت على أن "السندات الاسمية والسندات الاذنية يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات؛ على أن يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل للرهن، ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان". أي يتم الرهن في هذه الحالة بالتظهير^(١). أما السند لحامله، وإن كان يتضمن حقاً شخصياً إلا أن المشرع اعتبر هذا الحق مندمجاً في السند ومشخصاً فيه بحيث يتداول بتداوله الأمر الذي أدى به إلى تطبيق أحكام رهن المنقول المادي على رهن السندات لحاملها. وعلى ذلك لا ينفذ رهن السندات لحاملها في حق الغير إلا إذا دون الرهن في ورقة ثابتة التاريخ مبين فيها المال المرهون والحق المضمون بياناً كافياً، وذلك

(١) نصت المادة (٣٩٩) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "١- إذا اشتمل التظهير على عبارة " القيمة للضمان " أو " القيمة للرهن " أو أي بيان آخر يفيد الرهن جاز للحامل استعمال جميع الحقوق الناشئة عن الكمبيالة. ومع ذلك إذا ظهر الكمبيالة اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل. ٢- وليس للملتزمين بالكمبيالة الاحتجاج على الحامل بالدفع المبنية على علاقتهم الشخصية بالمظهر ما لم يكن قصد الحامل وقت حصوله على الكمبيالة الإضرار بالمدين، وتكون حماية الحامل في هذا الشأن في حدود دينه المضمون بالرهن." كما نصت المادة (٤٧٠) من ذات القانون على أنه " تسري على السند لأمر أحكام الكمبيالة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع ماهيته، وتسري بوجه خاص الأحكام المتعلقة بالمسائل الآتية:

— الأهلية

— التظهير

.....

بالإضافة إلى نقل حيازة هذه السندات إلى المرتهن (المادة ١١١٨ من القانون المدني). ونشير هنا إلى أن رهن الديون وسيلة منتشرة في ضمان العديد من عقود التمويل المصرفي. وعلى سبيل المثال في خطاب الضمان (الذي ندرسه بالتفصيل لاحقاً)، يقوم البنك بإصدار خطاب الضمان بناء على طلب عميله، ويكون ذلك في الغالب من الأحوال مقابل غطاء سواء كان نقدياً أو أوراق مالية أو تجارية أو خلافه يمثل رهناً لمبلغ خطاب الضمان، الذي يجوز للمستفيد أن يطلب من البنك تسهيل مبلغه في أي وقت. فالغطاء قد يكون وديعة نقدية يودعها العميل في حسابه في البنك، أو يكون بتظهير أوراق تجارية لمصلحة البنك على النحو المشار إليه.....الخ. ويكون هذا للغطاء بمثابة رهناً حيازياً لمصلحة البنك لتغطية أو لضمان مبلغ خطاب الضمان.

(ب) رهن المنقولات المعنوية الأخرى للبنك: لم يتعرض القانون لرهن المنقولات المعنوية الأخرى غير الديون، شأن حق الانتفاع بمنقول وحقوق الملكية الأدبية. والرأي الراجح هو أن يسري في هذا الشأن القواعد العامة لرهن المنقول. وحتى يكون الرهن نافذاً في حق الغير، يشترط بجانب نقل الحيازة للبنك المرتهن تدوين الرهن في ورقة ثابتة التاريخ متضمنة بياناً كافياً للمرهون وللالتزام المضمون^(١).

(١) د/ همام محمد محمود زهران، التأمينات العينية والشخصية، طبعة ٢٠٠٢ - ص ٦٢٨ وما بعدها.

نتائج نفاذ الرهن في مواجهة الغير (حماية حقوق البنك) :

بالرجوع للمادتين (١٠٩٦، ١١١٠) من القانون المدني يتبين في شأن مضمون الحق في الحبس أنه يحق للبنك المرتهن أن يحبس الشيء المرهون وملحقاته عن الناس كافة لحين استيفائه كامل حقه — لأن حق الرهن لا يتجزأ — المضمون بالرهن، دون أية حقوق أخرى تكون للبنك المرتهن قبل الراهن سواء نشأت قبل الرهن أو بعده. ويثبت الحق في الحبس للبنك المرتهن حتى لو كان الشيء المرهون في حيازة عدل، لأن هذا الأخير يحوز الشيء نيابة عن البنك المرتهن ولا يجوز له أن يسلم الشيء المرهون إلا بعد انقضاء الرهن واستيفاء البنك المرتهن لحقه وإلا كان مسئولاً عما يلحق البنك الدائن من ضرر. ويظل للبنك المرتهن الحق في حبس الشيء المرهون طالما ظل الرهن قائماً وناظراً في مواجهة الغير ولم يستوف البنك حقه. وللبنك المرتهن أن يباشر الحق في الحبس تجاه الناس كافة دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون^(١).

كما أن حق الرهن الحيازي يخول للبنك المرتهن للحق في التقدم على الدائنين العاديين — خلافاً لقاعدة المساواة أمام الضمان العام — والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة — الذين اكتسبوا حقوقهم بعد استيفاء البنك المرتهن حيازة لإجراءات نفاذ رهنه —، واستيفاء لحقه كاملاً من المقابل النقدي للشيء المرهون أو مما حل محله. فإذا كان التزام بين أكثر من بنك مرتهن حيازي على عقار، كانت الأسبقية للبنك المرتهن الذي سبق غيره في حيازة العقار وقيد رهنه. ويتقدم على غيره من المرتهنين (سواء كانوا

(١) د/ همام محمد محمود زهران، المرجع السابق، ص ٦٣٠ وما بعدها.

بنوك أو غيرهم من أشخاص) حيازة ولو كانوا أسبق منه إلى قيد حقوقهم. أما إذا كان التزام بين بنك حائز لرهن حيازي وأصحاب حقوق عينية أخرى (رهن رسمي أو اختصاص أو امتياز عقاري خاص)، فالأفضلية تكون لأسبقهم قيدا. وإذا كان هو المرتهن حيازة يتعين أن تكون حيازة العقار قد انتقلت إليه.

وإذا كان المرهون منقولا، فالأفضلية فيما بين المرتهنين حيازة تكون لمن كان رهنه منهم سابقاً في ثبوت تاريخه بشرط أن يكون حائزاً للمنقول^(١).

وإذا اجتمع على المنقول، بنك مرتهن حيازي وصاحب حق امتياز، كانت الغلبة لصاحب حق الامتياز ما لم يفلح البنك صاحب الرهن الحيازي في التمسك بالأثر المسقط لقاعدة "الحيازة في المنقول بحسن نية وسبب صحيح سند الحائز" ليتجنب سريان الامتياز في مواجهته على أساس جهله وقت اكتسابه لحقه ونفاذه بما كان يتقل المنقول من حقوق^(٢).

كما أن للبنك المرتهن الحق في التتبع، أي أن يقتضي حقه بالتنفيذ على الشيء المرهون في أي يد يكون. ولقد ورد بمذكرة المشروع التمهيدي

(١) راجع الأعمال التحضيرية للقانون المدين - الجزء السابع - ص ٢٣٥.

(٢) نصت المادة (١١٣٣) من القانون المدني على أنه "١- لا يحتج بحق الامتياز على من حاز المنقول بحسن نية. ٢- ويعتبر حائزاً في حكم هذه المادة مؤجر العقار بالنسبة إلى المنقولات الموجودة في العين المؤجرة، وصاحب الفندق بالنسبة إلى الأمتعة التي يودعها للنزلاء في فندقه. ٣- وإذا خشي الدائن لأسباب معقولة، تبديد المنقول المتقل بحق امتياز لمصلحته جاز له أن يطلب وضعه تحت الحراسة".

مدني "وللدائن المرتهن أخيراً أن ينفذ على العين المرهونة في يد
، إليه ملكيتها. ويجوز لهذا المالك، وهو الذي يقابل الحائز للعقار
، الرسمي، أن يدفع الدين فيحل محل البنك الدائن في رهن الحيازة.
عل وجب أن يتحمل إجراءات التنفيذ، وليس له أن يخلي العقار أو
ه" (١). وبذلك تختلف أهمية التقدم والتتبع بالنسبة للبنوك الدائنة عن
الحبس وهو كما درسنا من قبل يكون برفض رد الشيء المرهون،
ار في حيازته. وتبدو أهمية الحق في الحبس في أنه يمثل وسيلة
الة على المدين توصلًا لسداد الدين المضمون خصوصاً إذا كانت
؛ المرهون المحبوس تزيد كثيراً عن قيمة الدين، أما حق التقدم
تمثل أهميته في إعطائه الحق للبنوك الدائنة في التقدم على الدائنين
— على النحو المشار إليه — لاستيفاء حقوقها. ويمنحها التتبع الحق
على الشيء المرهون في أي يد يكون.

رهن الحيازي وأثر ذلك في الائتمان المصرفي؛

غرض من تقرير رهن حيازي هو ضمان الوفاء بدين معين،
إن الرهن الحيازي ينقضي بانقضاء الدين المضمون أي كان سبب
(الوفاء، الوفاء بمقابل، استحالة التنفيذ.....) (٢).

ل التحضيرية للقانون المدني — الجزء السابع — ص ٢٣٦.
المادة (١١١٢) من القانون المدني على أنه " ينقضي حق الرهن الحيازي
، للدين المضمون ويعود معه إذا زال السبب الذي انقضى به دون اخلال
، التي يكون الغير حسن النية قد كسبها قانوناً في الفترة ما بين انقضاء الحق
..

كما ينقضي الرهن الحيازي بصفة أصلية بنزول البنك المرتهن عن حق الرهن، أو اتحاد للذمة، عندما يجتمع حق الرهن وملكية العين المرهونة في يد واحدة؛ مثلما هو الحال إذا اكتسب البنك المرتهن ملكية العين المرهونة بأي سبب من أسباب كسب الملكية إذ بعد أن كان صاحباً لحق الرهن الحيازي وحده أصبح مالكاً للعين المرهونة. وينقضي أيضاً الرهن الحيازي بهلاك الشيء المرهون^(١).

ولا يوجد أدنى مشكلة لانقضاء الرهن الحيازي في حالة سداد المدين لدين الائتمان المصرفي. ولكن في حالة عدم السداد وعدم كفاية الضمانات الأخرى التي عينها البنك في عقد الائتمان المصرفي، فإن ذلك قد يتطلب من العميل المدين تقديم ضمانات أخرى توفر للبنك ذات الضمان الذي كان يوفره الرهن الحيازي الذي انقضى، أو على الأقل الاتفاق مع البنك الدائن أو اقتناع الأخير بعدم تأثير انقضاء الرهن الحيازي على قدرة الأول على سداد دينه، لاسيما أن انقضاء أحد ضمانات سداد دين الائتمان المصرفي مثل الرهن الحيازي قد يمثل بالنسبة للبنك الدائن تغييراً في أحد الالتزامات

(١) نصت المادة (١١١٣) من القانون المدني على أنه " ينقضي أيضاً حق الرهن الحيازي بأحد الأسباب الآتية:

- (أ) إذا نزل الدائن المرتهن عن هذا الحق وكان ذا أهلية في إبراء ذمة المدين من الدين. ويجوز الاستدلال على التنازل ضمناً من تخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون أو من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ، على أنه إذا كان الرهن متقلاً بحق تقرر لمصلحة الغير، فإن تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير إلا إذا أقره.
- (ب) إذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد.
- (ج) إذا هلك الشيء أو انقضى الحق المرهون.

الجوهريّة للمدين يبرر له فسخ عقد الائتمان، أو على الأقل تخفيضه في حالة عدم كفاية للضمانات الأخرى المقدمة من العميل المدين.

وبعد أن وضحنا الفرق بين الرهن الرسمي والرهن الحيازي كضمانين للبنك في عقد الائتمان المصرفي، يبقى القول بأن لكل منهما مزاياه وعيوبه، فلا شك أن الرسمية بطول وتعقيد إجراءاتها والتي يتميز بها عقد الرهن الرسمي قد تتناقض مع سرعة ومرونة عقد الائتمان المصرفي، إلا أنها في ذات الوقت تُعد حماية للبنك المرتهن من سيطرة الغير على الشيء المرهون. كما أن أهم ما يتميز به الرهن الحيازي هو قدرة البنك على بيع الشيء المرهون الواقع تحت حيازتها — في حالة عدم سداد العميل المدين للقرض المصرفي — بدون إجراءات طويلة ومعقدة كما في حالة الرهن الرسمي. غير أن الرهن الحيازي قد يرافقه بعض المخاطر والتي تتناقض الأمان والثقة التي يتميز بها عقد الائتمان المصرفي.

وفي النقطة التالية نشرح الرهن التجاري بما يمثله من ضمانات مهمة للبنوك في عقد الائتمان المصرفي، وإن كانت هناك بعض الأحكام المطبقة في الرهن الحيازي تنطبق على الرهن التجاري، فقد أثّرنا أن نعرض للمبادئ المستقلة بهذا النوع من الرهن في حدود كونه ضمانات للبنوك في عقود الائتمان المصرفي.



المطلب الثالث

الرهن التجاري كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي

معظم المنقولات التي لها قيمة، ويمكن للتاجر أن يرهنها، تتعلق باستغلاله التجاري، وبالتالي فإن نقل حيازتها إلى البنك الدائن يعطل مالكها عن مباشرة نشاطه، مما يجعل رهنها في غالب الحالات غير مفيد. ولذلك لجأ المشرع الفرنسي إلى وضع تنظيم لرهن المنقول يحمي فيه كافة المصالح المتعارضة، بحيث لا يلزم لنفاذه نقل الحيازة إلى البنك الدائن بل أنه يشهر بالقيود في سجل خاص ليعلم به الغير. ولذلك فعندما يتصرف المدين فيه إلى الغير فإن الغير يعلم عندئذ أنه مرهون.

ولكن المشرع المصري لم ينظم هذا الرهن الذي لا تنتقل فيه حيازة المنقول إلى المرتهن إلا في مجال ضيق؛ فطبقه على السفن البحرية بقانون رقم ٣٥ لسنة ١٩٥١ والقانون رقم ٨ لسنة ١٩٩٠ والمحل التجاري بقانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠، وعلى البضائع المودعة بالمخازن العامة. وسوف نكتفي بعرض القواعد الخاصة بالرهن التجاري على المنقول مادياً كان أو معنوياً التي تتعلق بدين الائتمان المصرفي.

وللرهن التجاري أحكام خاصة ينفرد بها عن الرهن المدني^(١)، وقد تناول المشرع في قانون للتجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ في الفصل الثالث من الباب الثاني (المواد من ١١٩ إلى ١٢٩) أحكام للرهن التجاري وقصر هذه المواد لتنظيم كل رهن يتقرر على كل مال منقول،

(١) راجع د/ على جمال الدين عوض، عمليات للبنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٨٢١ وما بعدها.

ضماناً لدين يعتبر تجارياً بالنسبة إلى المدين، وبذلك يخرج عن مجال تطبيق هذه المواد، رهن المحل التجاري ورهن السفن البحرية والطائرات حيث أن لها أحكاماً خاصة تنظمها كما ذكرنا.

والحقيقة أنه يندر أن يرهن التاجر عقاراً مملوكاً له للوفاء بدينه، لأنه قد يستغرق وقتاً ومصاريف وإجراءات معقدة، وإنما الوسيلة السهلة الميسورة للمدين التاجر إذا ما أراد أن يقدم لدائنه أو للمصرف الذي يتعامل معه ضماناً عينياً يكفل الوفاء بدينه بالأولوية على غيره، هي أن يبادر إلى منقولاته وأوراقه التجارية والمالية، فيرهنها له رهناً حيازياً. ويظل البنك الدائن واضعاً يده عليها لحين استيفاء الدين. وعليه فإن الرهن التجاري ينصب في أغلب الأحوال على منقول مادي كان أو معنوياً كالديون والسندات الإئتمنية والاسمية أو لحاملها.

أولاً: تعريف الرهن التجاري وتمييزه عن رهن المحل التجاري؛

من نصوص القانون التجاري الجديد يتضح أن الرهن التجاري عبارة عن عقد يلتزم به شخص (تاجر أو غير تاجر)، ضماناً لدين تجاري، عليه أو على غيره. يسلم بمقتضاه إلى الدائن أو إلى شخص أجنبي يعينه المتعاقدان، شيئاً يرتب عليه الدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء إلى أن يستوفي الدين، وأن يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد تكون. ويمكن إثبات هذا العقد بكافة طرق الإثبات^(١). وهو عقد، تتوقف طبيعته على طبيعة الدين

(١) د/ أحمد محمد محرز، العقود التجارية - الإفلاس وفقاً لأحكام قانون التجارة

المضمون، دون الاعتداد بأطراف العقد، فإذا كان الدين تجاريا، كان عقد الرهن تجاريا، حتى لو كان طرفاه أحدهما أو كلاهما مدنيين. وعلى العكس من ذلك إذا كان الدين مدنيا، فإن الرهن يكون مدنيا كذلك حتى لو كان طرفا العقد تجاراً.

وقد أشارت إلى ذلك صراحة المادة (١١٩) من قانون التجارة بقولها "مع مراعاة الأحكام التي تنظم أنواعا خاصة من الرهن التجاري، تسري أحكام هذا الفصل، على كل رهن يتقرر على مال منقول، ضمانا لدين يعتبر تجاريا بالنسبة إلى المدين".

وتتحدد طبيعة العقد، وفقا لتحديد المشرع للأعمال التجارية^(١)، فإذا اعتبر الدين تجاريا بالنسبة لطرفي العقد أو أحدهما، اعتبر الرهن تجاريا.

فالرأي الراجح أن الرهن بأصله لا يعتبر تجاريا ولا مدنيا، بل هو عقد تابع بوصفه ينشئ حقا يضمن الوفاء بحق، فيأخذ عقد الرهن وصف الدين الذي أنشئ الرهن للوفاء به فهو عمل محايد. والعبرة هي بوصف الدين المضمون بالنظر إلى المدين به. ولا عبرة بصفة طرفي الرهن: فإذا رهن تاجر لتاجر شيئا ضمانا لدفع ثمن أثاث عرسه لا يكون الرهن تجاريا لأن الشراء هنا غير تجاري. وكذلك لو استدان مزارع من تاجر مبلغا من المال ورهن لدائنه بعض الحلي فهذا ليس برهن تجاري. ولكن إذا رهن شخص سواء كان تاجرا أو غير تاجر شيئا ضمانا لثمن بضائع اشتراها بقصد بيعها وتحقيق ربح من بيعها فهنا يعتبر دينه تجاريا وكذلك الرهن. ولا اعتبار

(١) د/ أحمد محمد محرز، القانون التجاري الجزائري - الجزء الأول - ص ٥٥ وما بعدها.

الرهن تجارياً يجب أن يكون الالتزام المضمون تجارياً، على الأقل من جانب للمدين^(١).

وكان للرأي أن القروض التي تعقدها المصارف تعتبر تجارية بالنسبة لها أما بالنسبة للمقترض فتكون تجارية أو مدنية حسب قصده. ومتى كان العمل التجاري مختلطاً، فإن صفة الرهن تتعين بصفة الدين بالنسبة للمدين. ولكن ما الحكم إذا كان مقدم الرهن شخصاً غير المدين أي كفيلاً؟، ينظر إلى الرهن الضامن لدين تجاري على أنه هو الرهن التجاري. ومع ذلك فيبدو لنا أن نص المادة (١١٩) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٩ لسنة ١٩٩٧ لم يواجه إلا الحالة العادية التي يكون الراهن فيها هو المدين فيكون عندئذ طبيعياً أن يكتسب الرهن الذي يقدمه لدائنه صفة الدين الذي أبرمه لضمان هذا الدين. أما إذا كان مقدم الرهن شخصاً غير المدين

(١) د / على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٨٢٢ وما بعدها.

ولكن محكمة النقض انتهت إلى عكس ذلك، فقضت بأن القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملاً تجارياً بطبيعته وفقاً لنص المادة الثانية من قانون التجارة وهي كذلك بالنسبة للمقترض مهما كانت صفته والغرض الذي خصص له القرض فإن هذه القروض و على ما جرى به قضاء محكمة النقض تخرج عن نطاق الحظر المنصوص عليه في المادة ٢٣٢ السابقة للذكر و تخضع للقواعد و العادات التجارية التي تبيح تقاضي فوائد على متجمد الفوائد و مجاوزة للفوائد لرأس المال. (نقض مدني الطعن رقم ٢٧٩ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ١٩٦٨/٣/٥، مجموعة المكتب الفني س ١٩، الجزء الأول، ص ٤٩٣).

انفصل عقد الرهن عن العقد الذي أنشأ الدين. وقد تقدم أن العبرة دائماً هي بالنظر إلى المدين في تجارية الدين وفي تجارية الرهن. لذلك إذا كان مقدم الرهن غير المدين وكان الدين تجارياً نطبق هنا أيضاً فكرة التبعية. ولكن أمام نص المادة (١١٩) من قانون التجارة المشار إليها، فإن كل رهن يتقرر على مال ضماناً لدين يعتبر تجارياً بالنسبة إلى المدين فإنه يعتبر تجارياً.

أما بالنسبة لرهن المحل التجاري، فالمحل التجاري يمثل قيمة مالية على قدر كبير من الأهمية لذلك يمكن تقديمه كضمان لحصول التاجر على الائتمان اللازم للاستغلال التجاري. إلا أن المحل التجاري من المنقولات، ويكون مؤدى خضوعه للقواعد العامة أن يكون رهنه رهنًا حيازياً. ويقتضى الرهن الحيازي تخلي المدين الراهن عن حيازته للمال الذي يقدمه كضمان وانتقال هذه الحيازة إلى الدائن المرتهن. ويؤدي تطبيق هذا الحكم على رهن المحل التجاري تخلي التاجر عن حيازة محله مما يستحيل معه الاستمرار في الاستغلال التجاري^(١). ومن الطبيعة الخاصة للمحل التجاري الذي يمكن تعيينه على وجه الدقة بتحديد العناصر الداخلة في تكوينه، فضلاً عن ثبات المحل التجاري في حيز العقار الذي أنشئ فيه، أنشأ المشرع نظاماً لرهن المحل التجاري لا يقتضى انتقال حيازة المحل إلى الدائن المرتهن^(٢). وسوف ندرس ذلك تفصيلاً فيما بعد.

(١) د/ هاني دويدار، مقدمات القانون التجاري، طبعة ١٩٩٣، ص ٢٩٥.

(٢) د/ علي البارودي: القانون التجاري: الأعمال التجارية والتجار — الشركات التجارية — القطاع العام — المنشأة التجارية، عام ١٩٩٠، ص ٤٨٧.

ثانياً : أهمية الرهن التجاري في عقد التمويل المصرفي :

من الطبيعي أن يتركز اهتمامنا في مجال عقود التمويل للمصرفي بهذا النوع من الرهون، لأن الديون تعقد والاعتمادات المالية تفتح لأجل قصيرة نسبياً. ويندر أن يرهن التاجر عقاراً مملوكاً له للوفاء بها. وقد يستغرق إتمام إجراءات الرهن العقاري أجل الدين مع ما يتخلله من تعقيد وما يقتضيه من نفقات. وإنما الوسيلة السهلة الميسورة للمدين التاجر إذا ما أراد أن يقدم للمصرف الذي يتعامل معه ضماناً عينياً يكفل الوفاء بدينه بالأولوية على غيره، هي أن يبادر إلى منقولاته وأوراقه التجارية والمالية فيرهنها له رهناً حيازياً. ويظل البنك الدائن واضعاً يده عليها لحين استيفاء الدين.

وفي ضوء ما تقدم فإن الرهن التجاري ينصب في أغلب الأحوال على منقول، مادياً كان أو معنوياً كالديون والسندات الاسمية أو الإنشائية أو لحاملها.

ويظهر من هذا أن الرهن التجاري يعتبر ضماناً مهماً من ضمانات الائتمان المصرفي، وهي وسيلة مناسبة للمدين من الميسور عليه أن يقدمها ليحظى بشفقة البنك دائنه. وتلقى الأوراق التجارية والمالية قبولا من البنك الدائن لأنها تزيد من اطمئنانه ووثوقه في اقتضاء حقوقه (أصل الدين وملحقاته).

ثالثاً : علاقة التطور التاريخي للرهن التجاري بالتطور التاريخي لفكرة الائتمان :

الأصل في الائتمان المصرفي أنه شخصي لا عيني، بمعنى أن البنك يأتمن مدينه شخصياً دون حاجة إلى أن يرتهن شيئاً من أمواله، مكتفياً بما يتوسمه فيه من قدرة على تنفيذ التزاماته، معتمداً على قسوة القواعد

التجارية في اقتضاء تنفيذ هذه الالتزامات. وقد كان الأمر كذلك بالفعل حتى منتصف القرن التاسع عشر. لذلك لم تتضمن المجموعة التجارية الفرنسية الصادرة عام ١٨٠٧ أحكاماً خاصة بالرهن التجاري، بل اكتفت بالقواعد الواردة في القانون المدني، فكان على المصرف إذا اضطر إلى الالتجاء إلى طلب تقديم الرهن، أن يتبع القواعد والشكليات الخاصة في إنشاء الرهن وفي سريانه على الغير والتي أوردتها المجموعة المدنية.

ونادراً ما كان المصرف، في هذه الظروف، يلجأ إلى الرهن. وحتى إذا لجأ إليه فنادراً ما كان يقبل الائتمان العيني إذا فقد ثقته في شخص المدين، إذ كان مجرد إقدام المدين التاجر على عرض الرهن على المصرف دأته مدعاة لسحب هذه الثقة. وكان التّجاء التاجر إلى الرهن — وهو يقتضي إجراءات خاصة، فضلاً عن نقل حيازة الشيء المرهون إلى المصرف — يبرر للبنك استنتاج أن التاجر قد اضطربت أعماله مما ينقص من جدارته الائتمانية.

ولكن فكرة الرهن تطورت من ناحيتين تؤديان معاً إلى ازدياد أهميته وكثرة الالتجاء إليه في الميدان التجاري: فمن ناحية، أخذت الثروة المنقولة تفيض وتزداد أهمية بعد للثورة الصناعية ووفرة الإنتاج الصناعي، مما جعل الاستناد إليها لجلب ائتمان الدائنين (البنوك)، وجهاً عادياً من وجوه الاستفادة منها. ومن الناحية الأخرى، تطورت نظرة التجار أنفسهم إلى فكرة الرهن، فلم يعد لها في نظرهم ذلك الوجه القاتم الذي ينذر بالانهيار، ولم يعد اشتراط الدائن الحصول على ضمان عيني دليلاً على عدم الثقة. وإنما أصبح الرهن تدريجياً وسيلة من وسائل الائتمان التجاري، وسيلة مناسبة

عادية يقدمها المدين لأن لديه من المنقولات الشيء الكثير، ويقبلها الدائن (البنك)، لأنها تزيد من اطمئنانه ووثوقه من اقتضاء حقوقه.

وما لبث المشرع الفرنسي أن أحس بهذا التطور فاستجاب إليه بالقانون الصادر في ٢٣ مايو ١٨٦٣. وتضمن هذا القانون أحكاما خاصة بالرهن التجاري، خلصته من أكثر شكليات القانون المدني، وبسرت من طرق التنفيذ على الأشياء المرهونة^(١).

رابعاً: إنشاء الرهن التجاري كضمانة للتمويل المصرفي وإثباته:

تسري على الرهن التجاري النصوص الواردة بقانون التجارة التي سنشير إلى كل منها في موضعه. كما تسري عليه نصوص القوانين الخاصة، ونصوص القانون المدني تطبيقاً للمادة (١١٢٢) من القانون المدني للوردة في الفصل الرابع الخاص ببعض أنواع الرهن الحيازي في الجزء الخاص برهن المنقول، وتنص على أنه "تسري الأحكام المتقدمة بالقدر الذي لا تتعارض فيه مع أحكام القوانين التجارية والأحكام الخاصة ببيوت التسليف المرخص لها في الرهن وأحكام القوانين واللوائح المتعلقة بأحوال خاصة في رهن المنقول". ويفهم من ذلك أنه إذا لم يوجد نص مما أشار إليه فإن أحكام القانون المدني الخاصة برهن المنقول تنطبق.

(١) راجع د/ علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، ص ٩٤ وما بعدها، د/ عبد الحي حجازي - العقود التجارية، طبعة ١٩٥٤، د/ أكثم الخولي - الوسيط في القانون التجاري - الجزء الرابع - العقود التجارية ١٩٥٨، د/ سميحة القليوبي، عقود الوكالات التجارية والسمسرة والرهن التجاري، طبعة ١٩٨٠.

وبصفة عامة تنطبق قواعد القانون المدني على الرهن التجاري فيما يتعلق بشروط انعقاده.

١ - انعقاد الرهن التجاري في عقد التمويل المصرفي:

عقد رهن المنقول عقد رضائي يتم بمجرد التراضي. لذلك فهو ينعقد بلا حاجة إلى تسليم المال المرهون إلى البنك الدائن، وإن كان يلزم لنفاذه انتقال الحيازة بأسلوب خاص^(١). وهو عقد تابع، بمعنى أنه ما وجد إلا لضمان الوفاء بالتزام وهو في حالتنا سداد دين الائتمان المصرفي، بحيث يسقط الرهن إذا انتهى هذا الالتزام بسبب من أسباب الانقضاء أو للحكم بإبطاله أو لأي سبب آخر (مادة ١١١٢، ١١١٣ مدني).

ولكن ضرورة انتقال حيازة الشيء المرهون تحتّمها قاعدة أساسية من

(١) تنص المادة (١٢٠) من قانون التجارة على أنه " ١ - يشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان وأن يبقى للشيء المرهون في حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن. ٢ - يكون الدائن المرتهن أو للعدل حائزاً للشيء المرهون في الحالات الآتية:

(أ) إذا وضع تحت تصرفه بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد أن الشيء صار في حراسته.
(ب) إذا تسلم صكاً يمثل الشيء المرهون ويعطي حائزه دون غيره حق تسلمه. ٣ - تنتقل حيازة الحقوق بتسليم الصكوك الثابتة فيها. وإذا كان الصك مودعا عند الغير اعتبر تسليم إيصال الإيداع بمثابة تسليم الصك ذاته بشرط أن يكون الصك معبراً في الإيصال تعييناً نافياً للجهالة وأن يرضي المودع عنده بحيازة الصك لحساب الدائن المرتهن، وفي هذه الحالة يعتبر المودع عنده قد تخلص عن كل حق له في حبس الصك لحسابه لمسبب سابق على الرهن ما لم يكن قد احتفظ بهذا الحق عند قبوله حيازة الصك لحساب الدائن المرتهن".

قواعد القانون المدني تحمي الحائز حسن النية إذا تعلقت الحيازة بمنقول. وهي قاعدة أكتتها المادة (٢٢٧٩) المشهورة من القانون المدني للفرنسي، وتؤكددها في القانون المدني المصري المادة (١/٩٧٦) التي تنص على أنه " من حاز بسبب صحيح منقولاً أو حقاً عينياً على منقول أو سنداً لحامله فإنه يصبح مالكا له إذا كان حسن النية وقت حيازته". وعلى ذلك فإذا تصرف المدين للراهن في الشيء المرهون إلى حائز حسن النية، فإنه يحتج بحقه في مواجهة البنك (الدائن المرتهن) ولو كان لاحقاً لتاريخ الرهن (مادة ٢/١١١٨ مدني).

فالمسألة إذن هي: " كيف توفر الحماية الضرورية للبنك الدائن دون أن نضطر إلى نقل الحيازة؟" وتوفير الحماية الكافية للبنك الدائن يتوقف عليها وجود نظام الرهن جميعه، ذلك أن قيمة الضمان الذي يوفره الرهن التجاري لا يتوقف فقط على قيمة المنقول المرهون وإنما يتوقف على ما يمكن أن يوفره المنقول من الحماية للبنك الدائن. والمنقول المرهون — مهما بلغت قيمته — لا يوفر للبنك الدائن إلا حماية ضئيلة، إذا ظل هذا المنقول في حيازة المدين الراهن، لأن المدين الراهن يستطيع دائما أن يتصرف في هذا المنقول إلى الحائز حسن النية. وبالتالي لا مناص إذن من نقل الحيازة لحماية حقوق البنك الدائن. وعلى المدين التاجر أن يوازن بين حاجته إلى الائتمان وبين حاجته إلى أن يبقى الشيء المرهون تحت يده يباشر عليه نشاطه التجاري. ولا بد له أن يضحى بإحدى حاجتيه لينال الأخرى.

ولكن هذه القاعدة قد خضعت أيضاً لذات التطور الذي أصاب الكثير من القواعد من جراء الثورة الصناعية؛ فقد اتجه الاهتمام إلى القيم

والثروات المنقولة. وقد أخذت الثروة المنقولة تحتل مكانها الممتاز بالنسبة إلى الثروة العقارية التي كانت — قبل ذلك — الثروة الرئيسية التي يعتد بها عند قياس الثروات. وقد كشف هذا التطور — وما زال — عن منقولات ذات أهمية كبيرة، وقيمة تفوق في كثير من الأحيان قيمة العقار، وتتمتع — وهذا هو العنصر المميز لها — بعلامات وصفات مستقلة تكفل لها نوعاً من التعيين الذاتي المجرد عن حيازة الإنسان. ويؤدي هذا التعيين الذاتي ذات الدور القانوني الذي يقوم به العقار إذ يسمح — كما هو الحال في العقار — بإنشاء نظام لشهر الحقوق التي يمكن اكتسابها على المنقول.

ولم يتردد المشرع الفرنسي في الاستفادة من طبيعة هذه المنقولات. وبالنسبة لموضوع الذي نحن بصدد، موضوع الرهن التجاري، فقد سارع المشرع بتنظيم الرهن عليها على وجه يكفل حماية الدائن دون حاجة إلى نقل الحيازة، وذلك بتقرير نظام لشهر الحقوق العينية يغني عن الحيازة، ولا يضر بالغير. فكان القانون الصادر في ١٩ ديسمبر سنة ١٨٧٤ الخاص برهن السفينة، والقانون الصادر في أول مارس سنة ١٨٩٨ خاصاً بالمحال التجارية. ثم صدر القانون الخاص بالمراكب النهرية في ٥ يوليو سنة ١٩١٧، ثم القانون الخاص بالطائرات في ٣١ مايو ١٩٢٤، ثم صدر في ٢٩ ديسمبر ١٩٣٤ قانون خاص ببيع السيارات بالأجل يقرر رهناً لمصلحة البائع على السيارة التي باعها مع بقاء السيارة في حيازة المشتري. وأخيراً خطا المشرع الفرنسي في ١٨ يناير ١٩٥١ خطوة جديدة، إذ أصدر قانوناً خاصاً برهن الآلات والأدوات المستخدمة في الاستغلال الصناعي دون نقل حيازة هذه الآلات. ووضع هذا القانون وسيلة غريبة من وسائل الشهر، إذ

نص على ضرورة أن يضع المدين الراهن على الأدوات المرهونة علامة (Plaque) تدل على تحملها بحق الدائن المرتهن (البنك). ولم يصادف هذا القانون الأخير النجاح الذي توقعه واضعوه، لأن هذه العلامة على أدوات المصنع — كوسيلة من وسائل شهر حق البنك (الدائن المرتهن) — تعد فضيحة علنية لمركز المدين الراهن. وهي فضيحة لا يتخلص منها حتى بعد سداد الدين، إذ يبقى عادة من هذه العلامة — حتى بعد نزعها — أثر يحتاج إلى زمن طويل قبل أن ينمحي^(١).

وبالنسبة لمصر يتلخص الوضع القانوني فيما يتعلق بنشوء الرهن التجاري لضمان دين الائتمان المصرفي متى كان محله منقولاً فيما يأتي: يتم الرهن فيما بين المتعاقدين (البنك والمدين في عقود التمويل المصرفي) بمجرد الاتفاق، فلا يشترط أن يكون العقد مكتوباً ولا أن يتم تسليم الشيء المرهون إلى البنك (الدائن المرتهن)، وإنما يعتبر التسليم التزاماً يتولد عن العقد ويقع على عاتق المدين الراهن. ويتم الرهن بالنسبة إلى غير المتعاقدين بمجرد الاتفاق أيضاً، فلا يشترط أن يكون مكتوباً.

وينفرد الرهن التجاري كذلك بأنه يصح ويحتج به على الغير ولو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التي للبنك الدائن في ذمة المدين بغير تحديد لها في عقد للرهن، وذلك نتيجة لعدم اشتراط كتابة الرهن التجاري.

ويلاحظ أن القانون المدني يشترط في كفالة الدين المستقبل أن يحدد مقدماً المبلغ المكفول (مادة ٧٧٨ مدني). وينص في الرهن الحيازي على

(١) راجع د/ علي البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، المرجع السابق، ص ٩٧ وما بعدها.

أنه يجوز أن يترتب الرهن ضماناً لدين معلق على شرط أو دين مستقبل أو دين احتمالي. كما يجوز أن يترتب ضماناً لاعتماد مفتوح أو لفتح حساب جار على أن يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه الدين (مادة ١٠٤٠ مدني). ولا يزال القيد الخاص بتحديد المبلغ المضمون بالكفالة مقدماً، منطبقاً ولو كانت الكفالة تجارية، ولكن الرهن التجاري على منقول يفلت من هذا القيد.

وتطبيقاً للمادة (٢/١٢٢ تجاري)، يمكن أن يعقد الرهن التجاري صحيحاً لضمان جميع الديون التجارية التي للدائن في ذمة المدين الراهن بغير تحديد لها^(١). كما أن الرهن التجاري لا يخضع لشروط المادتين

(١) وكان انعقاد الرهن للتجاري بصفة عامة صحيحاً لضمان جميع الديون التجارية التي للدائن في ذمة المدين الراهن بغير تحديد لها هو ما استقرت عليه أحكام محكمة النقض في مصر وعلى سبيل المثال الحكم الآتي:

إن ما يتطلبه القانون المدني لتنفيذ الرهن الحيازي للمنقول في حق الغير من تدوين العقد في ورقة ثابتة التاريخ يحدد فيها مبلغ الدين المضمون بالرهن أو الحد الأقصى الذي ينتهي إليه هذا الدين إذا لم يمكن تحديده وقت الرهن كحالة ترتيبه ضماناً لاعتماد مفتوح أو بفتح حساب جار، هذا الذي يتطلبه القانون المدني لا يسرى على الرهن التجاري ذلك أنه طبقاً للمادة (٧٦) من القانون التجاري بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت الرهن الذي يعقد ضماناً لدين تجاري بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو للغير، ومن ثم فإن القانون التجاري يكتفي لتنفيذ الرهن في حق الغير بانتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقاً للمادة (٧٧) من القانون التجاري ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد الرهن ولا تدوين هذا العقد في أية ورقة، ومتى كان لا يلزم وجود عقد مكتوب أصلاً فإن تحديد الدين المضمون هو ما -

(١١١٧، ١١٢٢ مءنى) من ءبب ببان وصف البضاعة المرهونة، ومثاله أن يكون المال المرهون بضائع تستورد فبما بعد، وهو ما جرى به عمل البنوك من التسلف على البضائع التي تستورد وبذلك تمويل تجارة الاستيراد.

ولكننا نرى أن ذلك يتعارض مع مبدأ تخصيص الرهن والذي يعتبر من الخصائص المميزة لعقد الرهن الرسمي. ويستهدف مبدأ التخصيص بالدرجة الأولى حماية ائتمان المءبن؛ فتخصيص الدين يمكن المءبن من تقدير قيمة الدين الذي يقدم العقار ضماناً له، ومن ثم يحافظ على باقي عقاراته كمصدر مستقبل للائتمان. ولا تخفى كذلك أهمية مبدأ التخصيص للدائنين المرتهنيين اللاحقين مثل بنوك أخرى غير البنك المرتهن أولاً. وبؤءي تخصيص الدين إلى عدم معرفتهم بقيمة الديون التي تتقدم عليهم، وبالتالي يضحي الرهن تأميناً احتمالياً بءاً. ولا يؤتى أي نظام للشهر ثماره في تدعيم الائتمان

- اشترط القانون المءنى اشتمال العقد المكءوب عليه لا يكون لازماً للاءتجاج بالرهن على الغير، يؤكء ذلك ما جاء بالمذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ و من ثم فإن الرهن التجاري للمنقول يكون صحيحاً و يحكم به على الغير و لو ترتب لضمان جميع الديون التجارية التي للدائن المرتهن في ذمة المءبن الراهن بغير تحديد لها وفي هذه الحالة يكون لقاضي الموضوع السلطة للتامة في تقدير ما إذا كانت لإرادة المتعاقدين قد اءءت إلى تخصيص المال المرهون لضمان الديون التجارية التي كانت قائمة فعلاً في ذمة المءبن وقت ترتيب الرهن فمضب أو أن الضمان يشمل أيضاً الديون المستقبلية (نقض مءنى، طعن رقم ٣١٧ لسنة ٣٢ قضائية، جلسة ١٩٦٦/١٢/٢٩، مجموعة المكءب الفني، الجزء الثالث، ص ٢٠٣٠).

بإتاحة فرصته للمدين، وتقديم الطمأنينة للغير إلا بالعدول عن مبدأ عمومية الرهن. كما أن رهن كل أموال المدين لضمان أي التزام يتحمل به يتعارض مع مقتضيات الائتمان ويضحي غير ذي فائدة؛ فالبنوك لن تعرف بدقة ما على المدين من ديون لتقدير مدى ما يتوافر لديه من ملاءة تشجع على منحه الائتمان. وشمول الرهن لكل أموال المدين الراهن يشل ائتمانه أكثر من فتح الأبواب أمامه، فالمدين يفقد ائتمانه كلية من أول رهن يبرمه^(١). وقد نقل المشرع المصري مبدأ التخصيص من القانون المدني الفرنسي، فنصت المادة (١٠٣٥) مدني على تخصيص العقار المرهون وأوجبت المادة (١٠٤٠) تخصيص الدين المضمون.

ولكن ما مدى تطبيق قواعد عدم تخصيص الدين المضمون في مجال التسهيل الائتماني المصرفي؟

في الحقيقة، يجب أن نقف عند هذه القواعد، ونحدد ما إذا كان من الممكن تطبيقها بصفة عامة على دين الائتمان المصرفي أو في بعض الحالات الاستثنائية فقط والتي يجد البنك فيها من ظروف الائتمان وسمعة عميله المدين ما يجعله يوافق على منح ائتمان بضمان بضاعة مستقبلية أو غير محددة تحديداً كافياً، والسؤال المطروح الآن: هل يمكن انعقاد الرهن التجاري عملياً كضمان لدين الائتمان المصرفي بصفة عامة دون كتابة وتحديد الشيء المرهون تحديداً كافياً نافياً للجهالة؟

أرى أنه من الصعب — إلا في بعض الحالات الاستثنائية — انعقاد

(١) د/ حسام الدين كامل الأهواني، التأمينات العينية في القانون المدني المصري، المرجع السابق، ص ١٦٥ وما بعدها.

الرهن التجاري لضمان دين عقد التمويل المصرفي دون كتابة وتحديد دقيق للشيء المرهون الدين الذي يضمنه تحديداً دقيقاً. وفي حالة عدم تخصيص الشيء المرهون رهناً تجارياً، يتعرض حق البنك في استيفاء دينه لمخاطر تراحم الدائنين المرتهنيين الآخرين المتقدمين على البنك. كما أن تخصيص الشيء المرهون يمكن البنك من معرفة قيمة التأمين المقدم ضماناً للدين وبالتالي التأكد من أن قيمته كافية لسداد الدين.

وبناء على ذلك، فقد جرى العمل على تخصيص الشيء المرهون رهناً تجارياً في دين الائتمان المصرفي. ويلاحظ ذلك في الضوابط التي وضعها البنوك عملياً والمتعلقة بالتسهيلات الائتمانية بضائع وهي نوع من الرهن التجاري:

- (أ) يقتصر الإقراض على البضائع الجديدة فقط.
- (ب) تحاشي تخزين بضائع من المواد الإستراتيجية لأغراض المضاربة من جانب العملاء رغم ارتفاع أسعارها.
- (ج) يقتصر منح هذه القروض على أنواع البضائع التي يمكن أن تخضع بطبيعتها لسيطرة البنك، أي تلك البضائع التي يسهل تمييزها أو يتوافر للأجهزة المختصة بالبنك خبرة كافية بها. وفي حالة تعذر تحقيق هذه السيطرة، فإنه يتعين عدم الاعتماد بتلك البضائع كضمان أصلي للتسهيلات.

وينبغي أن يتواجد مندوب من قبل البنك في مرحلة استلام البضاعة من الشركات المنتجة أو المستوردة لها لحين إيداعها بمخازن البنك، مع توافر مواصفات ومعلومات واضحة على عبواتها، وكذا تحديد

فترة قصيرة نسبياً كحد أقصى لتخزين هذه البضائع، مع الاستعانة بمكاتب الخبرة الخارجية عند الاقتضاء.

(د) إذا ما كان التسهيل الائتماني ممنوحاً بضمان بضائع، تودع البضائع المرتهنة داخل مخازن مغلقة، مع مراعاة أن يتحقق البنك من توافر كافة الشروط اللازمة لتأمين حقوقه بالنسبة لهذه المخازن، وكذا مراعاة عدم الاعتماد - لدى منح الائتمان للعملاء - بما يسمى بالمخازن المفتوحة كضمان، وبالتالي إذا لم يتوافر للبنك سيطرة فعلية على البضائع، فلا يتم الاعتماد بها كضمان للتسهيلات، وإنما تعتبر التسهيلات بلا ضمان عيني، مع معاملتها بهذه الصفة فيما يتعلق بحدود اختصاصات المستويات الإدارية المختلفة التي تختص بمنح الائتمان^(١).

٢ - إثبات الرهن التجاري في مجال دين الائتمان المصرفي :

يجوز إثبات الرهن التجاري فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير بكافة طرق الإثبات أياً كانت قيمة الدين المضمون بالرهن^(٢).

(١) المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، للطبعة الأولى، ص ٦٩٦ وما بعدها.

(٢) من المقرر في قضاء محكمة النقض أن النص في المادة (١٠٩٦) من التقنين المدني على أن الرهن الحيازي عقد به يلتزم شخص، ضماناً لدين عليه، أو على غيره بأن يسلم إلى الدائن أو إلى أجنبي يعينه المتعاقدان شيئاً يرتب عليه للدائن حقاً عينياً يخوله حبس الشيء لحين استيفاء الدين، و أن يتقدم الدائنين العاديين و الدائنين التاليين له في المرتبة في اقتضاء حقه من ثمن هذا الشيء في أي يد يكون، يدل على أن الرهن الحيازي عقد تابع يستلزم وجود التزام أصلي بضمنه و يتبعه في وجوده =

وطبقاً للقانون المدني وقانون الإثبات يتضح أن الوضع مختلف لأنه إذا زادت قيمة المال المرهون على خمسمائة جنيه وجب إثبات الرهن بالكتابة^(١). أما بالنسبة إلى الغير فلا يحتج عليه بالرهن إلا إذا كان مدوناً في

- وانقضائه وأوصافه. فإذا كان الالتزام الأصلي تجارياً اعتبر للرهن عملاً تجارياً. ولما كان من المقرر أن جميع أعمال البنوك تعتبر أعمالاً تجارية طبقاً لنص الفقرتين ٤، ٥ من المادة الثانية من قانون التجارة و لو تمت بصفة منفردة أو لصالح شخص غير تاجر، و كان فتح الاعتماد هو عقد يتم بين البنك وعميل يتعهد فيه البنك بوضع مبلغ معين تحت تصرف العميل خلال مدة معينة فيكون لهذا الأخير حق سحب كله أو بعضه بالكيفية التي يراها فإذا كان الاعتماد مصحوباً برهن حيازي لضمان رد المبالغ التي يسحبها العميل من الاعتماد المفتوح لصالحه اعتبر للرهن في هذه الحالة عملاً تجارياً لا يسرى عليه ما يتطلبه القانون المدني من إجراءات لنفاذه في حق الغير بل يجوز إثباته بكافة طرق الإثبات سواء بالنسبة للمتعاقدين أو بالنسبة للغير ذلك أنه طبقاً للمادة ٧٦ من القانون التجاري بعد تعديلها بالقانون رقم ٦٥٥ لسنة ١٩٥٤ يثبت للرهن الذي يعقد ضماناً لدين تجاري بكافة طرق الإثبات المقبولة في المواد التجارية سواء بالنسبة للمتعاقدين أو الغير. ومن ثم فإن القانون التجاري يكفي لنفاذ الرهن في حق الغير بانتقال حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو من يعينه المتعاقدان وفقاً لما تقضى به المادة ٧٧ من قانون التجارة. ولا يستلزم ثبوت تاريخ عقد للرهن و لا تدوين هذا العقد في أية ورقة. (نقض مدني، الطعن رقم ٦٩٢ من ٤٩ قضائية، جلسة ١٩٨٣/٣/٢٨، مجموعة المكتب الفني من ٣٤ للجزء الأول، ص ٨٢٥).

(١) للمادة (٦٠) من قانون الإثبات (سبق تعديل المادة بالقانون رقم ٢٣ لسنة ١٩٩٢ - الجريدة الرسمية العدد ٢٢ (مكرر) الصادر في ١٩٩٢/٦/١. عدلت بالقانون رقم ١٨ لسنة ١٩٩٩ - الجريدة الرسمية العدد ١٩ مكرر (أ) في ١٩٩٩/٥/١٧ وذلك باستبدال عبارة خمسمائة جنيه بعبارة مائة جنيه) تنص على أنه " في غير المواد -

ورقة ثابتة للتاريخ يبين بها المبلغ المضمون والعين المرهونة. ويتم تسليم الشيء المرهون للدائن المرتهن (مادة ١١١٧ مدني).

ولكن خروج المال للمرهون من حيازة المدين ودخوله حيازة البنك المرتهن أو شخص آخر متفق عليه شرط لنفاذ الرهن على الغير سواء كان الرهن مدنيا أو تجارياً.

٣ - رهن المنقول المعنوي:

المنقول المعنوي إما أن يكون حقاً غير مادياً، وإما أن يكون حقاً ثابتاً في صك من الصكوك التجارية كالسندات الاذنية أو الاسمية أو لحاملها، أو حقوق غير ثابتة في صكوك:

(أ) رهن الحقوق (غير الثابتة في صكوك): تتبع فيه إجراءات الحوالة المدنية للمذكورة بداية من المادة (٣٠٣) من القانون المدني. ويشترط لتمام رهن الحق فيما بين المتعاقدين قبول المدين أو إعلانه به. ولا يكون للرهن نافذاً في حق الغير إلا بحيازة البنك للدائن لسند دين الرهن. وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول^(١).

- التجارية إذا كان التصرف القانوني تزيد قيمته على خمسمائة جنيه أو كان غير محدد القيمة، فلا تجوز شهادة الشهود في إثبات وجوده....."

(١) تنص المادة (١١٢٣) من القانون المدني على أنه "١- لا يكون الرهن نافذاً في حق المدين إلا بإعلان هذا الرهن إليه وبقبوله له وفقاً للمادة ٣٠٥. ٢- ولا يكون نافذاً في حق الغير إلا بحيازة المرتهن لسند الدين المرهون، وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للإعلان أو القبول".

— حوالة الحقوق على سبيل الضمان: حوالة الحق — كطريق لانتقال الحق أو لضمان الحق — وإن كانت تتم في صورة واحدة، وتخضع من حيث انعقادها ونفاذها في حق المدين أو الغير لقواعد مشتركة موحدة، إلا أنها تختلف اختلافاً بيناً من حيث طبيعة التصرف المقصود منها، فقد يقصد المحيل بالحوالة بيع الحق إلى المحال له فتخضع لأحكام البيع، وقد يقصد بها الهبة، أو الوفاء بدين سابق فتكون وفاء بمقابل، وقد يقصد بها مجرد تحقيق هدف انتمائي وتقرير ضمان للمحال له استيفاء لحقه قبل المحيل فتتعدد على سبيل الرهن ولا تنقل ملكية الحق إلى المحال إليه. ومرجع الحكم في ذلك إنما يكون فيما بينة المتعاقدان وما قصدها من انعقاد الحوالة.

ولذلك فإن انتقال الحق عن طريق الحوالة يخضع لنوعين من القواعد: قواعد عامة تتصل بانعقاد الحوالة في ذاتها ونفاذها في حق المدين أو الغير، وتجري على جميع صور الحوالة، وقواعد خاصة تتعلق بالتصرف المقصود من الحوالة فيخضع كل تصرف للقواعد الخاصة به ويتحدد على أساسه العلاقة بين المحيل والمحال له.

وإذا كانت الحوالة قد أبرمت على سبيل الضمان لتأمين الوفاء بدين البنك انطبقت عليها أحكام الرهن لا أحكام الوفاء: فلا تنتقل ملكية الحق إلى المحال له، لأن الرهن لا ينقل ملكية الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن (البنك)، وإنما يقتصر على تخويله الأولوية في استيفاء دينه من قيمة الشيء المرهون أي بالأفضلية على غيره من الدائنين. وتسقط الحوالة إذا أدى المدين الراهن دينه للمحال له (البنك) وتتقضي

بانقضاء الدين الذي تضمنه. أما إذا تخلف المدين عن أداء دينه المضمون بالحوالة كان للبنك المحال له أن ينفذ على القيمة المالية للحق المحال متقدماً على غيره من الدائنين. وفي كلا الحالين لا تبرأ ذمة المحيل إلا إذا استوفى المحال له (البنك) كامل حقه المضمون بالحوالة^(١).

(ب) رهن الصكوك التجارية (غير الأوراق التجارية): والمقصود رهن الحق للثابت بهذه الصكوك، ويختلف رهنها باختلاف ما إذا كان الصك إسمياً أو للأمر أو لحامله: فإذا كان الصك إسمياً، كأسهم الشركات والسندات التي تصدر باسم شخص معين وجب لرهنها: إجراء تنازل يذكر فيه أنه على وجه الضمان، ويؤشر به على الصك نفسه، وقيد الرهن في دفاتر الشركة أو الهيئة التي أصدرت الصك، وتسليم للصك للدائن المرتهن (البنك). وتتحدد مرتبة الرهن من تاريخ هذا القيد.

(١) وفي ذلك تفترق الحوالة على سبيل الوفاء عن الحوالة المعقودة على سبيل الضمان، ففي الأولى تنتقل ملكية الحق المحال إلى المحال إليه كمقابل للوفاء بدينه، وبذلك تبرأ ذمة المحيل من ذلك الدين إذا أثبت وجود الحق المحال في ذمة المحال عليه وقت انعقاد الحوالة دون حاجة إلى إثبات يسار المدين. أما في الحالة الثانية فلا تنتقل ملكية الحق إلى المحال إليه، ولا تبرأ ذمة المحيل من دينه إلا إذا أوفى به، أو قبض المحال إليه بالفعل دينه من قيمة الحوالة — ومن هنا كانت الحوالة على سبيل الضمان أفضل للبنك الدائن (عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، د/ على جمال الدين عوض، الطبعة الثالثة، للمرجع السابق، ص ٨٣١ وما بعدها).

وإذا كان الصك اذنيا أو للأمر، فإن رهنه يكون بتظهيره إلى البنك (الدائن المرتهن) وتسليمه إليه ويكتب في صيغة التظهير أن القيمة للرهن أو ما يفيد هذا المعنى^(١).

أما الصك لحامله فيعتبر من قبيل المنقولات المادية، ويخضع رهنه لقواعد رهن هذه المنقولات^(٢).

خامساً: مزايا الرهن التجاري كضمان للبنك لسداد دين القرض المصرفي:

أ - التزام العميل بتسليم الشيء المرهون:

يلتزم العميل الراهن بتسليم الشيء المرهون إلى البنك (الدائن المرتهن) أو إلى الشخص الذي عينه المتعاقدان لتسلمه. ويسري على الالتزام بتسليم الشيء المرهون أحكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع. وعلى ذلك يجب أن يكون نقل الحيازة منطوياً على فعل مادي واضح من شأنه أن يعلم الغير أن ملكية المدين الراهن للشيء المرهون لم تعد خالصة له كما كانت من قبل، وإنما

(١) يراجع د/ أحمد محمد محرز، العقود التجارية - الإفلاس، المرجع السابق ص ٨٩ وما بعدها. كما تنص المادة (١٢١) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "١- يتم رهن الحقوق الثابتة في الصكوك الاسمية بحالة يذكر فيها أنها على سبيل الرهن وتفيد في دفاتر الجهة التي أصدرت الصك. ٢- ويتم رهن الحقوق الثابتة في الصكوك لأمر بتظهير يذكر فيه أنه للرهن أو أية عبارة أخرى تفيد ذلك. ٣- ويكون الرهن المشار إليه في الفقرتين السابقتين نافذاً في حق المدين دون حاجة إلى إعلانه بالرهن أو قبوله".

(٢) د/ على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٨٣٣ وما بعدها.

أصبحت مثقلة بحق معين هو حق الرهن للبنك (الدائن المرتهن).

وفي حالة المنقولات المادية كالسلع والبضائع لا يكفي في نقل حيازتها أن تبقى في مخزن المدين الراهن مع تسليم المفتاح إلى البنك (الدائن المرتهن)، لأن الغير الذي يتعامل مع المدين الراهن قد يندفع بهذه الحالة، ويقدم على إقراضه مبالغ جديدة بضمان تلك المنقولات ذاتها باعتبارها غير مرهونة. ولكن البنك الدائن يعتبر حائزا للبضائع متى كانت تحت تصرفه في مخازنه أو سفنه أو في الجمرک أو مودعة في مخزن عمومي أو متى سلمت له قبل وصول تذكرة شحنها أو نقلها.

ويعتبر في حكم المنقولات المادية الصكوك لحاملها، إذ يتم التسليم فيها بنقل حيازتها المادية إلى البنك (الدائن المرتهن) أو الشخص الأجنبي الذي يرتضيه المتعاقدان. ويستدل على هذا المعنى من نص المادة (١١١٨) من القانون المدني. وكذلك الحال في الصكوك الاندية، إذ يتعين بعد تظهيرها تأمينيا أن تسلم إلى البنك المظهر إليه بوصفه دائنا مرتهنا (مادة ١٢١ من قانون التجارة، مادة ١١٢٤ من القانون المدني).

أما الصكوك الاسمية سواء كانت خاصة بشركات تجارية أو مدنية، فإن رهنها يكون بمقتضى تنازل كتابي يذكر فيه أنه على وجه الضمان أو على سبيل الرهن، ويؤشر به على الصك نفسه ويقيّد في سجلات المؤسسة التي أصدرت الصك (البند الأول من المادة ١٢١ من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩). وهذا النص يتمشى تماما مع ما تقضي به المادة (١١٢٤) من القانون المدني من أن "السندات الاسمية..... يتم رهنها بالطريقة الخاصة التي رسمها القانون لحوالة هذه السندات، على أن

يذكر أن الحوالة قد تمت على سبيل الرهن ويتم الرهن دون حاجة إلى إعلان". ومن البديهي أنه يجب أن يصاحب الإجراء المتقدم تسليم السندات الاسمية ونقل حيازتها إلى البنك (الدائن المرتهن) أو إلى شخص أجنبي يتفق عليه المتعاقدان.

وإذا كان الدين عادياً، لا يجوز نقل الحق فيه بالمناولة أو بالتنازل عنه بطريق التظهير أو للقيد على التفصيل السابق، فإن نقل الحيازة يتحقق بالنسبة إليه باستلام الدائن المرتهن (البنك) سند الدين (الفقرة (ب) من البند (٢) من المادة ١٢٠ من قانون التجارة).

ويجب أن يظل الشيء المرهون في حيازة البنك (الدائن المرتهن) ما دام حق الرهن قائماً لم ينقض بعد. أما إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن انقضى الرهن، لأن هذا الرجوع وخروج الحيازة من يد الدائن يعتبر قرينة على تنازله واستيفائه لحقه. ومع هذا يجوز له أن ينفي هذه القرينة بأن يثبت أن الحيازة خرجت من يده بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كالسرقة أو الضياع مثلاً، كل هذا دون إخلال بحقوق الغير^(١).

ب - تيسير إجراءات تنفيذ البنك المرتهن على الشيء المرهون:

تختلف إجراءات التنفيذ على الشيء المرهون رهناً تجارياً عن إجراءات التنفيذ في الرهن المدني اختلافاً كبيراً. وعلة ذلك اتجاه المشرع إلى تبسيط إجراءات التنفيذ في الرهن التجاري الأمر الذي تقتضيه سرعة المعاملات

(١) تنص المادة (١١٠٠) من القانون المدني على أنه "إذا رجع المرهون إلى حيازة الراهن لئنقضى الرهن، إلا إذا أثبت الدائن المرتهن أن الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن. كل هذا دون إخلالاً بحقوق الغير".

التجارية وقيامها على الائتمان^(١).

فالأصل وفقاً للقواعد العامة أنه يجوز للبنك الدائن - حين امتناع العميل المدين عن الوفاء في تاريخ الاستحقاق - رفع الدعوى عليه واستصدار حكم بصفة دينه. ويكون الحكم قابلاً للتنفيذ على أموال المدين إذا أصبح حائزاً قوة الشيء المقضي به. وإذا كان الدين مضموناً برهن مال منقول يجوز للدائن وفقاً للمادة (١١٢١) من القانون المدني أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق.

وزيادة من المشرع التجاري في التيسير على الدائن المرتهن (البنك) إذا كان الرهن تجارياً نصت المادة (١٢٦) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " ١- إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضي المختص بالمحكمة التي يقع في دائرتها موطنه الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه. ٢- لا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من القاضي ببيع الشيء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه إلى المدين والكفيل إن وجد مع بيان المكان الذي يجري فيه البيع وتاريخه وساعته. ٣- يجري البيع في الزمان والمكان اللذين عينهما القاضي وبالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضي بإتباع طريقة أخرى. وإذا كان الشيء المرهون متداولاً في سوق الأوراق المالية أمر

(١) د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري، طبعة نادي القضاة عام ١٩٨٢، ص ١١٢٩ وما بعدها.

القاضي ببيعه في هذه السوق بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها.
٤ - يستوفى الدائن المرتهن بطريق الأولوية دينه من أصل وعائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع".

سادساً: عيوب الرهن التجاري كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي:

(١) الالتزام بالمحافظة على الشيء المرهون: يلتزم الدائن (البنك) بالمحافظة على المال المرهون. وفي ذلك تنص المادة (١١٠٣) من القانون المدني على أنه " إذا تسلم الدائن الشيء المرهون فعليه أن يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد، وهو مسئول عن هلاك الشيء أو تلفه ما لم يثبت أن ذلك يرجع إلى سبب أجنبي لا يد له فيه".

كما تنص المادة (١٢٥) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " على الدائن المرتهن أن يقوم بجميع التدابير والإجراءات اللازمة للمحافظة على الشيء المرهون وصيانته. وعليه أن يستوفي لحساب المدين الحقوق المتصلة بالشيء كقبض قيمته وتوابعه، على أن يخصم ما يقبضه من المبلغ المضمون بالرهن ولو لم يكن قد حل أجله. ويكون الخصم أولاً من قيمة ما أنفق في المحافظة على الشيء وصيانته ثم من المصاريف ثم من العوائد ثم من أصل الدين — ما لم يتفق على غير ذلك"^(١).

(١) المقرر — في قضاء محكمة النقض المصرية — أن مفاد المادتين ١١٠٣، ١١٠٧ من القانون المدني أن الأصل أنه متى تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فإنه يلتزم بالمحافظة عليه وصيانته ويسأل عن هلاكه أو تلفه طالما بقي في حيازته كما يلتزم برده إلى الراهن متى انقضى الرهن فإن عجز عن رده لهلاكه أو تلفه -

وإذا كان الشيء المرهون مهدداً بالهلاك أو التلف أو بنقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كاف لضمان حق البنك الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدم بدله، جاز للدائن أو للمرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق (مادة ١١١٩ مدني).

— هذا، وإذا كان المال المرهون حقاً للمدين لدى الغير كان للدائن المرتهن (البنك) أن يستولي على الفوائد المستحقة على الدين المرهون والتي تحل بعد الرهن، وكذلك له أن يستولي على كل الاستحقاقات الدورية التي لهذا الدين على أن يخصم ما يستولي عليه من المصروفات ثم من الفوائد ثم أصل الدين المضمون بالرهن، كل هذا ما لم يتفق على غيره.

ويلتزم الدائن المرتهن، البنك، بالمحافظة على الدين المرهون، فإذا كان له أن يقتضي شيئاً من هذا الدين دون تدخل من الراهن كان عليه أن يقتضيه في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وأن يبادر بإخطار الراهن بذلك (مادة ١١٢٦ من القانون المدني).

— أو امتنع عن ذلك كان مخلاً بالتزامه بالرد الذي يشكل خطأ تعاقدياً موجباً لمسئوليته التي لا تدرأ عنه إلا إذا اثبت أن الهلاك أو التلف راجعا إلى سبب أجنبي لا يد له فيه كحادث فجائي أو قوة قاهرة أو خطأ الراهن أو أن يتمسك بأن هناك اتفاقاً بينه وبين الراهن على تخفيض هذه المسؤولية تتحدد به نطاقها بالنسبة له. (نقض مدني، الطعن رقم ٩٦٠ لسنة ٧١ قضائية، جلسة ٢٨/١٠/٢٠٠٣
(www.eastlaws.com)).

(٢) حق التقدم والتتبع متوقف على تسليم الشيء المرهون للبنك الدائن:

تقضي المادة (١١٠٩) من القانون المدني بأنه يجب لنفاذ الرهن في حق الغير أن يكون الشيء المرهون في يد الدائن أو الأجنبي الذي لرتضاه المتعاقدان. وهذا الحكم يوافق ما نصت عليه المادة (١٢٠) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه " ١- يشترط لنفاذ الرهن في حق الغير أن تنتقل حيازة الشيء المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى عدل يعينه المتعاقدان وأن يبقى الشيء المرهون في حيازة من تسلمه منهما حتى انقضاء الرهن.....".

ويتوقف وجود حق الدائن المرتهن (البنك) سواء في التقدم والتتبع على تسليم الشيء المرهون له. وهذا هو أحد عيوب الرهن التجاري في ضمان دين الائتمان المصرفي، ذلك أن البنك المرتهن قد لا يستلم الشيء المرهون بسبب ظروف عديدة مما يؤثر على حقه في التقدم والتتبع وهما من أهم مزايا الرهن التجاري كضمانة لسداد الدين^(١).

(١) ويراد بحق الحبس هو حفظ الدائن (البنك) للشيء المرهون تحت يده والامتناع عن تسليمه لأي فرد يستوفي دينه كاملاً من أصل وملحقات، وذلك دون إخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقاً للقانون. وتقضي المادة (١١١٠) من القانون المدني بأنه إذا خرج الشيء من يد الدائن دون إرادته أو دون علمه، كان له الحق في استرداد حيازته من الغير وفقاً لأحكام الحيازة. والمقصود بحق التتبع هو أن الدائن يستطيع أن يتعقب الشيء المرهون في يد أي شخص ويطالبه برده إليه، وتظهر أهمية هذا الحق في حالة تخلي الدائن عن حيازة المرهون بغير اختياره، ومع ذلك كثيراً ما تنف قاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية حائلاً دون استعمال هذا الحق. أما حق التقدم فمؤداه أن الدائن المرتهن يتقاضى دينه بالأولوية على غيره من الدائنين -

سابعاً: أحكام يتميز به الرهن التجاري عن الرهن المدني كضمانة للائتمان:

على الرغم من اشتراك الرهن المدني والرهن التجاري فيما يترتب عليهما من آثار، فمن المفيد أن نوجه النظر إلى أمرين يتعلقان بالرهن التجاري:

(أ) كثير ما يقع تسليم الشيء المرهون في الرهون التجارية بإيداعه أحد المخازن العمومية لحساب البنك المرتهن. كما تقع هذه الرهون أحياناً على السلع أثناء نقلها بالبحر فيتم تسليمها عندئذ بتسليم سندات شحنها والوثائق المتعلقة بها.

(ب) من المعلوم أن الرهن — سواء كان مدنياً أم تجارياً — ينقضي إذا رجع الشيء المرهون إلى حيازة المدين الراهن (المادة ١١٠٠ مدني). بيد أن الرهن التجاري غالباً ما يقع على أشياء مثلية^(١)، ولذا يجوز أن تستبدل بها أشياء أخرى من ذات نوعها وبذات مقدارها دون أن يترتب على ذلك انقضاء الرهن ولو مضى بعض الوقت بين استرداد المدين الراهن للسلع المستبدلة وإرساله السلع الجديدة. وكثيراً ما يقع هذا الاستبدال عندما تكون السلع المرهونة قابلة للتلف أو مما يتعرض لنقص القيمة أو المقدار فيسترددها المدين لتصريفها ثم يقدم سلعا جديدة

— العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة من ثمن هذا الشيء، أي أن هذا الحق لا يمارسه الدائن إلا بعد بيع الشيء المرهون ودفع ثمنه.

(١) د/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني (العقود التجارية — الأوراق التجارية)، الطبعة الثالثة سنة ١٩٥٧، ص ٦٠.

من ذات النوع وبذات المقدار فينتقل إليها الرهن. وبالمثل لا ينقضي الرهن إذا استرد المدين الراهن السلع المرهونة استرداداً مؤقتاً — لإصلاحها مثلاً — ثم أعادها بذاتها إلى البنك (الدائن المرتهن). غير أنه يجب ألا يكون من شأن هذا الاسترداد المؤقت إيهام الغير بخلو السلعة من الرهن، وإلا فلا يحتج بالرهن في مواجهته^(١).

ثامناً: رهن المحل التجاري في عقد التمويل المصرفي^(٢):

يعتبر المحل التجاري من الأموال المنقولة. والأصل أنه لا يجوز رهن المنقول إلا رهناً حيازياً، أي رهناً تنتقل به الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن. غير أن الشارع أراد في القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ أن يمكن التاجر من الحصول على الائتمان بضمان محله التجاري دون أن يتخلّى عن حيازته لكي لا يتعطل الاستثمار. ولما كانت الحيازة هي وسيلة الشهر عن الرهن الحيازي، فإن إبقاءها للمدين في حالة رهن المتجر مما يترتب عليه ضرر بليغ بالغير الذي لا يستطيع أن يعلم بوجود الرهن فيتعامل مع المدين وهو يعتقد بخلو المتجر من الأعباء الخاصة. لهذا استلزم الشارع شهر الرهن ونظم طريقة هذا الشهر حماية للغير.

هذا التوفيق بين مصلحة المدين التاجر الذي تقتضي تمكينه من رهن متجره دون أن يتخلّى عن حيازته وبين مصلحة الغير التي تتطلب علمه بوجود الرهن، هو جوهر الأحكام التي وضعها القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠.

(١)، (٢) د/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، المرجع السابق، ص ٦٣ وما بعدها.

- (١) الشروط الموضوعية لرهن المحل التجاري:
- ١- أن يرد الرهن على محل تجاري بالمعنى القانوني.
 - ٢- أن يكون الراهن مالكا للمتجر وأهلا للتصرف.
 - ٣- أن يكون الدين المضمون بالرهن صحيحا، لأن الرهن تابع له، فإذا كان الدين باطلاً، بطل الرهن بالتبعية.
 - ٤- أن يقرر الرهن لإحدى البنوك أو بيوت التسليف التي يرخص لها بذلك وزير التجارة والصناعة. وعلى هذا لا يستطيع المدين أن يحصل على قروض بضمان محله التجاري إلا من إحدى هذه المؤسسات. وقصد للشارع من هذا القيد حماية صغار التجار وأصحاب المصانع من جشع المرابين الذين قد يستغلون حاجة المدين إلى المال فيفرضون عليه شروطا باهظة، وهو أمر تنتزه عنه المصارف الكبيرة^(١).

(٢) الشروط الشكلية لرهن المحل التجاري:

كان لزاما على للشارع وقد أجاز رهن المحل التجاري دون انتقال الحيازة من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن (البنك) أن يحيط الرهن بوسائل للشهر حتى يعلم الغير بوجوده فيتعامل مع المدين وهو على بينة من الأمر. وتحقيقا لهذا الغرض استلزم الشارع ما يأتي:

- (١) أن يقع الرهن بعقد رسمي أو عرفي مقرون بالتصديق على

(١) راجع د/ هاني دويدار، مقدمات القانون التجاري، طبعة ١٩٩٣، ص ٢٩٦ وما بعدها.

التوقيعات. فالكتابة إذن شرط لانعقاد رهن المحل للتجاري سواء بالنسبة إلى المتعاقدين أو بالنسبة للغير، وفي هذا خروج عن قواعد الرهن التجاري. ويجب أن يتضمن العقد تعييناً كافياً للعميل المدين والبنك الدائن وقيمة الدين المضمون والمتجر المقدم كرهن واسم الشركة التي قامت بالتأمين على المحل ضد مخاطر الحريق.

(٢) أن يشهر عقد الرهن بقيدته في سجل يخصص لهذا الغرض بمكتب السجل التجاري بالمحافظة أو المديرية التي يوجد في دائرتها المحل التجاري. ويجب إجراء القيد في خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ الرهن، وإلا كان باطلاً. ويلاحظ أن البطلان في هذا الصدد ينصب على الرهن ذاته، بينما هو في البيع ينصب على القيد وحده. ويحفظ القيد الرهن لمدة خمسة سنوات ويجوز تجديده. وللأفراد طلب الحصول على مستخرجات من قيود الرهن نظير دفع رسوم معينة. كما تنشر بيانات مختصرة عن القيود في " جريدة بيع المحال التجارية ورهنها" (١).

(٣) المقومات التي يشملها الرهن:

تنص الفقرة الأولى من المادة (٩) من قانون بيع المحال التجارية ورهنها على أن "رهن المحل التجاري يجوز أن يشمل ما يأتي: العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية والأثاث التجاري والمهمات والألات التي تستعمل في استغلال المحل ولو

(١) راجع د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، الجزء الأول، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى عام ١٩٧٣، ص ١٣١ وما بعدها.

صارت عقارا بالتخصيص والعلامات التجارية والرخص والإجازات وعلى وجه العموم حقوق الملكية الصناعية والأدبية والفنية المرتبطة به". وقد ورد هذا التعداد على سبيل الحصر.

ولعل أول ما يلاحظ عليه أنه لم يذكر السلع ضمن العناصر التي يجوز أن يشملها الرهن. وقد تعدد الشارع إقصاء السلع عن الرهن، لأنه أراد أن يبقوها في الضمان العام الذي للدائنين العاديين. ولم يشأ أن يرتب عليها امتيازاً للبنك المرتهن حتى لا يضعف ائتمان التاجر. ومع ذلك، فإن إقصاء السلع عن الرهن، جعل رهن المتجر نادر الوقوع في العمل، لأن السلع هي العنصر الأساسي الذي يعتمد عليه الدائن المرتهن (البنك).

والأصل أن للمتعاقدین (العميل والبنك) أن يحددا ما يتناوله للرهن من مقومات المتجر. غير أن حريتهما مقيدة بالتعداد السالف ذكره. فإذا ذكرنا بعض عناصر غير واردة فيه كالسلع، فلا يشملها الرهن. وعلى العكس، لا يجبر المتعاقدین على إدخال جميع العناصر الواردة بالتعداد المذكور في الرهن، فلهما أن يختارا بعضها لتكون محلا له. ومع ذلك يجب أن تكون المقومات التي يقع عليها اختيارهما كافية لتكوين فكرة المتجر. ولا يشترط أن يبين المتعاقدان مشتمل كل عنصر على حدة. فإذا اتفقنا مثلا على أن تكون المهمات والآلات من العناصر التي يشملها الرهن، فليس من اللازم أن يقرنا ذلك ببيان مفرداتها. وينصب الرهن عندئذ على المهمات والآلات التي تكون موجودة بالمحل وقت التنفيذ عليه.

وإذا لم يعين المتعاقدان (البنك والعميل) على وجه الدقة المقومات التي يتناولها الرهن، كما إذا ذكرنا أنه يقع على "المحل التجاري" دون أن يحددا

المقومات التي يشملها، فقد تكفل الشارع بهذا التحديد، فنص في الفقرة الثانية من المادة (٩) على أن الرهن لا يقع عندئذ إلا " على العنوان والاسم التجاري والحق في الإجارة والاتصال بالعملاء والسمعة التجارية"^(١).

٤) آثار الرهن بالنسبة إلى عميل البنك (المدين):

لا يترتب على رهن المتجر انتقال الحيازة إلى البنك (الدائن المرتهن)، وإنما تظل للمدين حتى يستطيع الاستمرار في استثمار المحل. وليس للبنك (الدائن المرتهن) أن يتدخل في إدارة المتجر إلا إذا اتفق في العقد على حقه في الرقابة والإشراف. ولا يحول الرهن دون حق المدين في التصرف في المتجر، فله أن يبيعه أو يقدمه كحصة في شركة أو يرتب عليه رهونا أخرى. وليس للدائن المرتهن (البنك) أن يعترض على هذه التصرفات لأن دينه مضمون بالرهن الذي يخوله حق التتبع وحق الأفضلية أو التقدم كما سيجيء.

غير أن بقاء الحيازة للمدين قد يغريه على الإضرار بالبنك (الدائن)، فيهمل في المحافظة على مقومات المتجر التي يشملها الرهن أو يعمد إلى تبديدها. لهذا وضع الشارع على عاتقه واجب المحافظة " على الأشياء المرهونة بحالة جيدة دون أن يكون له حق الرجوع على الدائن بشيء في مقابل ذلك" (المادة ١٣ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ مالف الذكر). وإذا لجأ المدين إلى تبديد المهمات والألات التي يشملها الرهن أو تعمد إتلافها، تعرض للعقوبة المقررة في المادة (٣٤١) من قانون العقوبات، وهي الحبس

(١) يراجع د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري، نادي القضاة، المرجع السابق، ص ١٩٤ وما بعدها.

والغرامة التي لا تتجاوز مائة جنيه أو إحدى هاتين العقوبتين. ولما كان نقل المحل مما قد يترتب عليه هبوط قيمته، فقد ألزم الشارع المدين بإخطار الدائن المرتهن (البنك) بعزمه على النقل في ميعاد شهر على الأقل قبل إجرائه. فإن لم يفعل أو فعل وقام بالنقل على الرغم من معارضة الدائن وترتب على ذلك ضرر لهذا الأخير، أصبح الدين واجب الأداء فوراً، أي يسقط الأجل (المادة ١٤ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠)^(١).

٥) مزايا رهن المحل التجاري لصالح البنك باعتباره أحد ضمانات الائتمان المصرفي:

متى حل الدين وتخلف المدين عن الوفاء، كان للدائن المرتهن (البنك) أن يطلب التنفيذ على المتجر واستيفاء دينه (دين الائتمان) منه بالتقدم على الدائنين العاديين جميعاً والدائنين الممتازين المتأخرين عليه في المرتبة. وإذا تصرف المدين في المتجر محل الرهن، جاز للدائن المرتهن (البنك) أن يتتبعه تحت يد الحائز للتنفيذ عليه، وبالتالي فللبنك الدائن الحقوق الآتية:

أولاً: حق التقدم: يشمل التقدم أصل الدين المذكور في القيد وفوائد سنتين^(٢). وتقدم الدائن المرتهن (البنك) — على خلاف البائع — لا يتجزأ،

(١) د/ محمود سمير الشرقاوي، القانون التجاري، المرجع السابق، ص ١٣٣ وما بعدها.

(٢) تنص المادة (٢٣) من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ بشأن بيع المحال التجارية ورهنها على أنه "يكفل القيد حفظ الامتياز لمدة خمس سنوات من تاريخه كما أنه يؤمن فوائد الدين لمدة سنتين بامتياز له نفس المرتبة التي للدين الأصلي. ويعتبر القيد لاغياً إذا لم يجدد خلال المدة السابقة".

فيظل الرهن عالقاً بالمقومات التي يشملها حتى يسدد الدين المضمون أجمعه. وإذا دفع المدين جزءاً من الدين، فلا يترتب على ذلك سقوط الرهن عن جزء مقابل من الشيء المرهون.

وإذا تعدد الدائنون المرتهنون (البنوك)، كانت الأفضلية بينهم بحسب تاريخ القيد، فيفضل من كان تاريخ قيد رهنه سابقاً على تواريخ قيد رهون الآخرين. وإذا قيدت جملة رهون في يوم واحد، كانت لها ذات المرتبة، فلا عبرة إذن بالساعة التي قيد الرهن فيها.

وإذا كان المدين مالكا للعقار الذي يستغل فيه المحل التجاري وأجرى على العقار رهنا تأمينيا على الأثاث والمهمات والآلات بوصفها عقاراً بالتخصيص، كانت الأولوية في المرتبة بين الدائن المرتهن للمحل التجاري والدائن المرتهن للعقار بحسب تاريخ القيد. ومع ذلك تكون مرتبة الرهن العقاري مقدمة على مرتبة رهن المحل التجاري إذا قيدا في يوم واحد (المادة ١٦ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠).

وتتبع في التنفيذ على المقومات المرهونة الإجراءات المبسطة المذكورة في المادة (١٤ من ذات القانون)، وهي تتلخص فيما يأتي: التبنيه رسمياً على المدين بالوفاء. فإذا مضت ثمانية أيام ولم يقع الوفاء، فللدائن أن يقدم عريضة إلى قاضي الأمور المستعجلة بطلب الإنزاع ببيع المقومات التي يتناولها الرهن بالمزاد العلني. ويكون البيع في المكان والساعة وبالطريقة التي يعينها للقاضي. ويذاع البيع قبل حصوله بعشرة أيام على الأقل بالنشر والاصق.

وإذا هلك المتجر المرهون، انتقل امتياز الدائن المرتهن (البنك) إلى

مبلغ التأمين إذا كان المتجر مؤمناً عليه (المادة ٥ من القانون رقم ١١ لسنة ١٩٤٠ المشار إليه). وينقضي الامتياز بانقضاء الدين أو بعدم تجديد القيد أو بالتنازل عن الامتياز.

ثانياً: حق التتبع: إذا تصرف المدين في المتجر محل الرهن ثم تخلف عن أداء الدين عند حلول أجله، كان للدائن المرتهن (البنك) أن يتتبع المتجر تحت يد الحائز للتنفيذ عليه واستيفاء الدين من ثمنه. ولا يستطيع الحائز — ولو كان حسن النية — أن يتمسك بقاعدة "الحيازة في المنقول سند الملكية" لأن المتجر في مجموعه يعتبر منقولاً معنوياً، ولا عمل للقاعدة المذكورة في شأن هذا النوع من المنقولات. ولا يستطيع الحائز أن يدفع بقاعدة الحيازة حتى بالنسبة إلى المقومات المادية كالمهمات والأثاث التجاري، لأن التتبع لا يرد عليها على أفراد، وإنما بوصفها جزءاً من المتجر. أما إذا تصرف المدين في العناصر المادية التي يشملها الرهن على أفراد، استطاع الحائز أن يتمسك بقاعدة الحيازة متى كان حسن النية.

ومتى رجع الدائن المرتهن (البنك) على الحائز، فلهذا الأخير أن يسلك أحد طريقين: فإما أن يترك البنك ينفذ على المتجر ويرجع على البائع له بدعوى الضمان. أو أن يدفع دين البنك ويحل محله في الدين وفي الضمانات التي تؤمنه ومنها الرهن^(١).

تاسعاً: رهن الأوراق المالية (الأسهم والسندات):

تنص المادة (٣٢٤) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه

(١) د/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، المرجع السابق، ص ٦٧.

تسري على رهن الأوراق المالية قواعد الرهن التجاري والأحكام التالية. ثم أورد القانون أحكاماً لا تختلف كثيراً عما هو مطبق بالفعل.

ورهن الأوراق المالية، أي الأسهم والسندات، عملية منتشرة لدى البنوك، وهي تخضع للقواعد العامة في الرهن التجاري للمسبق عرضها لكون القروض التي تقدمها البنوك دائماً تجارية حسبما ذهب إليه قضاء محكمة النقض حينما قضت أن القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملاً تجارياً بطبيعته وفقاً لنص المادة الثانية من قانون التجارة. أما بالنسبة للمقرض فإنه وإن اختلف الرأي في تكييفها إذا لم يكن المقرض تاجراً أو إذا كان القرض مخصصاً لأغراض غير تجارية رأت محكمة النقض اعتبار القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقرض وأياً كان الغرض الذي خصص له القرض. ذلك أن البنك المقرض يتحمل عادة في سبيل الحصول على الأموال التي يلبي بها حاجات المقرضين أعباء أكثر فداحة من المقرض العادي إذ هو يحصل على هذه الأموال من المصارف الأخرى التي تتقاضى منه فوائد على متجمد الفوائد غير مقيدة بالخطر الوارد في المادة (٢٣٢) مدني — على أساس أن المعاملة بين المصرفين هي معاملة تجارية تدخل في نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة. وليس من المعقول أن يحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير، هذا علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر في القروض الطويلة الأجل ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها في وجوه أخرى غير للقرض تدبر عليه أرباحاً أكثر. ومما يؤيد هذا النظر أن الشارع المصري قد أصدر في ظل القانون المدني الحالي القانون رقم ١١٠ سنة ١٩٥٦ بإنشاء بنك الائتمان

العقاري وأجاز لهذا البنك منح قروض طويلة الأجل لغير التجار ولغير أغراض تجارية — و هذه القروض تفترض بسبب طول أجلها تجاوز الفوائد لرأس المال — مما يفيد أن المشرع قد خرج بهذه القروض عن نطاق الحظر المنصوص عليه في صدر المادة (٢٣٢) من القانون المدني وهو ما لا يمكن تفسيره إلا بأنه قد اعتبر تلك القروض تجارية وتبعاً لذلك تخضع للقواعد والممارسات التجارية التي تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد ومجاوزة مجموع الفوائد لرأس المال^(١).

وهناك شروط عملية لمنح تسهيلات ائتمانية بضمان أوراق مالية: (أ) يراعى عند منح تسهيلات بضمان أوراق مالية أن تكون الأوراق لشركات ذات مراكز مالية ممتازة وأن يكون عليها تداول بسوق الأوراق المالية، مع استئزال احتياطي مناسب يتمشى مع إمكانية تصفية الورقة وسعر تصفيتها في سوق الأوراق المالية ومع ما تدره من عائد وبما يكفل مقابلة الزيادة في المديونية نتيجة لإضافة العوائد والمصاريف. وعلى البنك استيفاء إجراءات رهن الأوراق المالية الضامنة لصالحه.

(ب) مراعاة ألا يكون تقديم الأوراق المالية كضمان هو الأساس الوحيد في منح التسهيل، حيث يتعين إجراء دراسة للغرض من حصول العميل على التسهيل قبل المنح، وأن يكون هذا الغرض مقبولاً لدى البنك.

كما أنه في حالة قبول الأوراق المالية كضمان، يراعى أن يتوافر لدى البنوك الإمكانيات والخبرات المناسبة لمتابعة حركة أسعار الأوراق المالية

(١) نقض مدني، الطعن رقم ١١٥، سنة ٢٨ قضائية، جلسة ١٩٦٣/٦/٢٧، مجموعة المكتب الفني س ١٤، الجزء الثاني، ص ٩٣٦.

المقدمة كضمان أولاً بأول بغرض تجنب هبوط القيمة السوقية للأوراق التي يحوزها البنك عن النسبة المقررة عند منح الائتمان في أي وقت.

(ج) اقتصار منح التسهيلات لشركات تداول الأوراق المالية لغرض تغطية الفجوة الزمنية القصيرة فيما بين قيام الشركة بتنفيذ العمليات وتسويتها مع عملائها. ويراعى لدى منح هذه التسهيلات أن يتناسب حجمها مع العمليات التي تقوم الشركة بتنفيذها، مع اتخاذ الإجراءات اللازمة لتلافي أية مخاطر تنجم عن منح هذه التسهيلات بما في ذلك فترة التسهيل وتغطية حسابات الشركات بالضمانات الواجبة.

(د) ضرورة الوقوف على مدى حاجة الأنشطة الأخرى لرؤساء شركات السمسرة وأصحاب ومسؤولي شركات الصرافة للتمويل المطلوب لها، ومتابعة استخدامه في الغرض الممنوح من أجله.

(هـ) وجوب قيام البنوك بضمان السندات الصادرة من بعض الشركات وفقاً لضوابط محددة. ويتعين على البنوك الحصول مسبقاً على موافقة البنك المركزي المصري على ذلك، مع تقديم دراسة وافية في هذا الشأن تتضمن التدفقات النقدية الخاصة بالشركة المصدرة للسندات التي تنبئ عن قدرتها على سداد الأقساط ورد قيمة السندات عند الاستحقاق.

(و) امتناع على البنوك عن منح تسهيلات ائتمانية سواء لأفراد أو شركات أو مؤسسات مالية أو غير مالية بغرض تمويل شراء أسهم شركات قطاع الأعمال العام أو الشركات والبنوك المشتركة للمعروضة للبيع في إطار برنامج الخصخصة الذي تتبناه الدولة^(١).

(١) المستشار/ رجب عبد الحكيم سليم، شرح أحكام قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد، المرجع السابق، ص ٧٠٠ وما بعدها.

المطلب الرابع

رهن الأوراق التجارية كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي

نقصد بالأوراق التجارية — في هذا الخصوص — الكمبيالات والسندات للآذن أو الأمر أو المحررة لحاملها والشيكات وغيرها من الأوراق التجارية طبقاً للمادة (٣٧٨) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (كسندات الإيداع في المخازن العامة). ويلجأ المستفيد من الورقة التجارية إلى رهنها عندما يكون بحاجة عاجلة إلى النقود — أي يتخلى عن ملكيتها فوراً نظير قيمة الحق الثابت فيها كاملاً. وتكون الورقة بيده مستحقة بعد مدة قصيرة، فبدلاً من أن يخصصها الحامل يكفي بأن يقترض المبلغ الذي يحتاجه ويرهن الورقة (أي الحق الثابت فيها) ضماناً للقرض. وإذا تمكن من سداد القرض عند حلول أجله استرد الورقة. ويحصل ذلك عادة عندما تكون حاجته إلى مبلغ بسيط بالنسبة إلى قيمة الورقة ولمدة أقل بكثير من أجلها. وحتى لا يفقد جزءاً كبيراً من قيمة الورقة (تكاليف الخصم وهي تقدر بحسب قيمة الورقة وأجل استحقاقها) يفضل الحامل رهن الورقة والاحتفاظ بملكيتها^(١).

أولاً: الورقة التجارية كأداة ضامنة للائتمان^(٢):

الورقة التجارية خير أداة لتحقيق الائتمان القصير الأجل

-
- (١) د/ على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٨٤٦ وما بعدها.
- (٢) د/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثاني (العقود التجارية — الأوراق التجارية)، المرجع السابق، ص ٢٤٠ وما بعدها.

Short-term Credit. فإذا اشتريت بضاعة من تاجر وأصبحت مدينا له بالثمن وسحبت لصالحه كمبيالة بهذا الثمن على مدين لك تستحق الوفاء بعد ثلاثة شهور مثلاً، فمعنى ذلك أنك تطلب من دائنك أن يمنحك أجلاً للوفاء مدته ثلاثة شهور، كما أنك تكون قد منحت مدينك (المسحوب عليه) أجلاً مماثلاً.

ولا تتحمل الكمبيالة في هذا الصدد مزاحمة الشيك، لأن هذا الأخير أداة وفاء فحسب، ولا يتحقق الائتمان بمقتضاه لأنه لا يتضمن أجلاً للدفع وإنما يستحق الوفاء دائماً بمجرد الاطلاع.

ويشترك السند للأمر أو للحامل مع الكمبيالة في أداء وظيفة الائتمان. فإذا حررت سنداً لأمر دائنك وتعهدت فيه بالوفاء بمبلغ الدين بعد أجل معين، فمعنى ذلك أن دائنك قد منحك ائتمانه طوال هذا الأجل.

ومتى احتاج المستفيد في الكمبيالة أو السند للأمر إلى دينه قبل حلول ميعاد استحقاقه، فله أن يتنازل عن الصك بطريق تحويله إلى شخص ثالث، فيستوفي قيمة الصك في الحال وتنتقل ملكية الصك إلى الحامل الجديد. ولهذا الحامل بدوره أن يحول الصك إلى حامل آخر. وهكذا يظل الصك ينتقل من دائن إلى دائن حتى يستقر في يد الحامل الأخير الذي يطالب بقيمته عند حلول ميعاد الاستحقاق.

وكثيراً ما يلجأ حامل الصك إلى بنك فيحول الصك إليه ويستوفي قيمته منه. وتسمى هذه العملية — بالخصم —، وهي عملية تدخل في وظائف البنوك، ومن المصارف ما يتخصص فيها، وهي البنوك المعروفة باسم (بنوك الخصم). ويقوم البنك بإجراء هذه العملية نظير نسبة مئوية يقطعها

من قيمة الصك تعرف باسم سعر الخصم. وإذا احتاج البنك الذي أجرى عملية الخصم إلى استيفاء قيمة الصك قبل حلول أجله — ويحصل هذا عادة في أوقات الأزمات والذعر المالي — فله أن يلجأ إلى البنك المركزي ليعيد خصم الكمبيالة.

يتضح من هذا أن المعاملات التجارية تحيا على الائتمان، وأن الأوراق التجارية هي أداة هذا الائتمان، إذ يمنح الدائن ائتمانه للمدين بقبوله الوفاء بطريق الكمبيالة أو السند للأمر والانتظار إلى حين حلول ميعاد الاستحقاق. ويمنح بنك الخصم ائتمانه للدائن بقبوله تحويل الصك إليه. ويمنح البنك المركزي ائتمانه لبنك الخصم بقبوله إجراء عملية إعادة الخصم. وهكذا يقوم في الوسط التجاري بنيان من الائتمان تتساند جدرانه وأركانه بحيث إذا انقض ركن منها بامتناع أحد المدينين عن الوفاء فقد يؤدي هذا إلى صدع في عدة مراكز مالية. لهذا حاول القانون التجاري حماية الائتمان فأودع الورقة ضماناً قوياً، وقضى بتضامن كل الموقعين عليها في الوفاء بقيمتها، وملك الحامل مقابل الوفاء، وسهل طرق التنفيذ على المدين. وحدد القانون لهذا التنفيذ مواعيد قصيرة ليحث الدائن على الإسراع في المطالبة بحقوقه، وليجبر المدين على الوفاء بذات السرعة^(١).

يعتبر رهن للورقة للتجارية وسيلة عملية لتقديم ضمان للبنك مقابل الائتمان، فبدلاً من أن يلجأ المستفيد من الورقة التجارية إلى خصمها ويتخلى عن ملكيتها فوراً، يكفي بأن يقترض المبلغ الذي يحتاجه ويرهن الورقة.

(١) د/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، المرجع السابق، ص ٢٠٥ وما بعدها.

ثانيا: كيفية رهن الورقة التجارية باعتبار رهنها ضامن للوفاء في عقد الائتمان المصرفي:

ويتم رهن الورقة باتفاق بين العميل الراهن والبنك المرتهن، شأن أي رهن آخر. ولكن لا يتم هذا الرهن إلا بتظهير للورقة تستوفى بياناته كأي تظهير ولكن يذكر فيه ما يفيد أن القيمة للضمان أو للتأمين أو الرهن، فإن كانت الورقة للحامل كفى اتفاق الطرفين وتسليم الورقة للدائن.

وقد يخفى الطرفان عملية الرهن حتى لا يتأذى الائتمان الراهن، فيتفقان على الرهن ولكن يحصل تظهير الورقة إلى المرتهن تظهيرا تاما أي على سبيل التملك أو تظهيرا على بياض أي بمجرد توقيع المظهر الراهن على الصك وتسليمه إلى المرتهن، بحيث يظهر البنك المرتهن أمام الغير كمالك للورقة أو وكيل في تحصيلها. وتظل علاقة الرهن خفية بين الطرفين^(١).

ثالثا: مزايا رهن الأوراق التجارية كضامن للسداد في عقد الائتمان المصرفي:

نقتصر هنا في بحث الورقة التجارية بتظهير تأميني للبنك أي للرهن وذلك ما يهمنا في موضوع هذا البحث.

إن تظهير الورقة التجارية قد يقع دون أن يقصد به نقل ملكية الحق الثابت فيها، ولا توكيل المظهر إليه (البنك) في قبض قيمتها، وإنما يكون الغرض من التظهير رهن الحقوق المندمج فيها إلى دائن للمظهر.

(١) د/ على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٨٤٦ وما بعدها.

تنشأ عن التظهير التأميني علاقة بين البنك المظهر إليه والعميل المظهر، وهي رهن يكون فيه المظهر هو العميل المدين والمظهر إليه هو البنك الدائن. أما بالنسبة إلى الغير كالمدين بقيمة الورقة وضامنه والمظهر أو المظهرين السابقين وضامنيهم، فإن التظهير التأميني يعتبر في حكم التظهير الناقل للملكية.

في علاقة البنك المظهر إليه والعميل المظهر: هي علاقة رهن، يظل فيها العميل المظهر مالكا للحق الثابت في الورقة التجارية. ورغم انتقال حيازتها إلى البنك المظهر إليه الذي يلتزم بالمحافظة عليها وردها إلى المظهر إذا ما سدد له دينه قبل حلول ميعاد استحقاقها، إذ ينقضي رهن الحق الثابت في الورقة التجارية باسترداد البنك المظهر إليه دينه المضمون بالرهن، فإذا لم يسترد هذا الدين له أن ينفذ على الورقة.

وإذا حل ميعاد الوفاء بالورقة التجارية وهي ما تزال في حيازة المظهر إليه (البنك المرتهن) الذي لم يحن موعد سداد الدين له، فمن واجبه أن يتخذ الإجراءات اللازمة للمطالبة بقيمة الورقة. وإلا كان مسئولا في مواجهة العميل المظهر عن الإهمال في اتخاذ هذه الإجراءات القانونية وتعويضه عما يترتب على هذا الإهمال من أضرار. وعلة هذا الحكم أن العميل المظهر يتعذر عليه المطالبة بقيمة الورقة لأن ذلك يقتضي استردادها من البنك المظهر إليه الذي تكون في حيازته، وهذا الاسترداد يؤدي إلى انقضاء الرهن لزوال محله^(١).

(١) أن الدائن المرتهن يلتزم قانوناً قبل الراهن بالمحافظة على الشيء المرهون وبتحصيل قيمة الورقة في ميعاد الاستحقاق (نقض مدني، الطعن رقم ٢٧٥ س ٣٤ -

وإذا قبض البنك المظهر إليه قيمة الورقة التجارية بعد حلول دينه مباشرة، فإنه يستبقى لنفسه قيمة هذا الدين ويرد باقي ما قبضه إلى المدين الراهن. أما إذا كان دين البنك المظهر إليه لم يحل بعد، فإنه يحتفظ بقيمة الورقة كضمان حتى يحل أجل الدين المضمون فيستوفي دينه ويرد الباقي إلى العميل المظهر. وهذا هو الرأي الغالب في الفقه^(١)، تأسيساً على أن الرهن ينتقل من الورقة التجارية إلى القيمة المقبوضة. ويسأل البنك المظهر إليه عن فوائد المبلغ الذي قبضه وظل تحت يده وتخصم هذه الفوائد من المبلغ الذي يداين به المظهر الراهن.

— مزايا استخدام الأوراق التجارية كضمانة لسداد دين الائتمان

المصرفي: يعتبر التظهير التأميني في حكم التظهير الناقل للملكية. وأهم النتائج التي تترتب على ذلك أن التظهير يطهر الدفع لمصلحة البنك المظهر إليه (المرتهن) وبالتالي لا يجوز للمدين بقيمة الورقة التجارية أن يتمسك في مواجهة هذا البنك المظهر إليه لو كان حسن النية بالدفع التي يمكنه الاحتجاج بها على المظهر الراهن^(٢).

— قضائي، جلسة ١٩٦٨/٣/٥، مجموعة المكتب الفني سنة ١٩ الجزء الأول — ص ٥١٠.

(١) د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري، طبعة نادي القضاة، المرجع السابق، ٧١٣ وما بعدها.

(٢) المقرر — في قضاء محكمة النقض المصرية — يعتبر التظهير التأميني — على ما جرى به قضاء محكمة النقض — في حكم التظهير الناقل للملكية بشأن تطهير الورقة من الدفع فلا يكون للمدين الاحتجاج على الدائن المرتهن حسن النية بالدفع التي يجوز له الاحتجاج بها على الدائن الأصلي أو المظهرين السابقين بما في ذلك —

وقد تقرر سريان قاعدة تطهير الدفع على التطهير التأميني لنفس الأسباب التي أدت إلى استقرارها في التطهير التام الناقل للملكية حتى لا يفاجأ حامل الورقة التجارية بالدفع التي يجوز التمسك بها في مواجهة المظهر. ومن ثم يتجنب المظهر إليه حسن النية عبء التحقق من صحة العلاقات التي تربط المظهر بسائر الموقعين على الورقة، وهو أمر ليس باليسير ويعرقل تداول الورقة التجارية^(١).

- الدفع بانقضاء الالتزام أو انعدام سببه و لا يستطيع المدين مخالفة هذا الوضع و الاحتجاج بالدفع قبل الدائن المرتهن إلا إذا أقام الدليل على أن الدائن المرتهن لم يكن حسن النية وقت التطهير (نقض مدني، الطعن رقم ٢٧٥ س ٣٤ قضائية، جلسة ١٩٦٨/٣/٥، مجموعة المكتب الفني سنة ١٩ سنة ١٩ الجزء الأول - ص ٥١٠).

(١) المقرر - في قضاء محكمة النقض المصرية - التطهير التأميني للكبيالة يعتبر تطهيراً ناقلاً للملكية بالنسبة للمدين الأصلي بحيث لا يجوز للمدين التمسك في مواجهة المظهر إليه حسن النية بالدفع التي كان يستطيع التمسك بها قبل المظهر وذلك بعكس التطهير التوكيلي (نقض مدني، طعن رقم ٥٧٥٧ لسنة ٦٢ قضائية، جلسة ٢٠٠٢/٢/١٢). كما من المقرر أيضاً أن التطهير التأميني وإن كان لا ينقل الحق الثابت في الورقة المرهونة إلى المظهر إليه بل يظل هذا الحق للمظهر الراهن، إلا أن هذا التطهير يعتبر بالنسبة للمدين الأصلي في الورقة، في حكم التطهير الناقل للملكية فتتطهر به الورقة من الدفع ويكون للمظهر إليه مطالبة المدين بقيمة الورقة التجارية المرهونة رضاء أو قضاء، ذلك أن الدائن المرتهن يلتزم قانوناً بالمحافظة على الورقة المرهونة واتخاذ الإجراءات القانونية اللازمة لتحصيل قيمتها في ميعاد الاستحقاق (نقض مدني، طعن رقم ٣١١٢، لسنة ٥٧ قضائية، جلسة ١٩٩٥/١٠/٣٠، مجموعة المكتب الفني س ٤٦، الجزء الثاني، ص ١٠٥٨).

رابعاً: التظهير التأميني في قانون جنيف الموحد:

جعل قانون جنيف الموحد أحكام التظهير التأميني قريبة من أحكام التظهير الناقل للملكية، ونص على أن التظهير يطهر الدفوع بالنسبة للحامل حسن النية. وتميز القانون بأنه حرم المظهر إليه (المرتتهن) من حق تظهير الورقة التجارية تظهيراً ناقلاً للملكية، واعتبر كل تظهير يقع منه تظهيراً توكليلاً — تظهيراً قصد منه قبض قيمة الورقة التجارية لصالح المظهر أو الموكل دون أن يكون للمظهر إليه أي حق في قيمة الورقة التجارية التي قبضها. وقد تضمنت هذه الأحكام المادة (٣٩٩) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ والتي قررت أنه إذا تضمنت صيغة التظهير عبارة أن القيمة " للضمان " أو " للرهن " أو أي بيان آخر يفيد الرهن، يجوز للحامل أن يباشر جميع الحقوق التي تنشأ عن الورقة التجارية. فإذا قام بتظهيرها اعتبر التظهير قد وقع على سبيل التوكيل، وليس للمتزمين في الورقة الاحتجاج على الحامل بالدفوع الناشئة عن علاقاتهم الشخصية بالمظهر، إلا إذا قصد عند حصوله على الورقة الإضرار بالمدين^(١).

ولكن قد يكون عقد القرض بضمان أوراق تجارية متنازع عليها بين المدين وأشخاص آخرين، مما يجب معه على البنك — حتى يضمن حقه في سداد عميله لمبلغ القرض وملحقاته — أن يقوم برفع دعوى أو عدة دعاوى أمام المحاكم المختصة، وأن يسرع في رفع هذه الدعاوى حتى يحسم أمر

(١) د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري، طبعة نادي القضاة، المرجع السابق، ٧١٨ وما بعدها.

الضمان بالنسبة لعقد القرض^(١).

وفي نهاية دراستنا للتأمينات العينية، المتمثلة في الرهون بكافة أشكالها، نرى أنه لا غنى للبنوك عن استخدام الرهون كضمانات للائتمانات المصرفية. ولكل ضمان مميزاته وعيوبه، ولكن مسألة غلبة المميزات على العيوب أو العكس تتوقف على ظروف كل ائتمان مصرفي وخبرة الجهاز الائتماني في البنك الدائن المرتهن. كما أنه يمكن تقليل مسألة العيوب بقدر الإمكان إذا كانت للبنوك خبرة كافية في التعامل مع مخاطر الائتمانات المصرفية، وذلك ما ندرسه بالتفصيل في الفصل الثالث من هذا الباب عند تقييمنا للضمانات التقليدية في الائتمان المصرفي.

وننتقل بعد ذلك لبحث التأمينات الشخصية والتي تعد من الضمانات المهمة التي لا غنى عنها للبنوك في الائتمانات المصرفية، وبالتأكيد للتأمينات الشخصية مميزاتها وعيوبها في مجال ضمانها للوفاء في الائتمانات المصرفية، وذلك ما ندرسه في المبحث التالي.



(1) To review general principles in choses in action (حقوق متنازع عليها) , E.P Ehinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley - Ellinger's Modern Banking Law, previous reference , Page 807.

المبحث الثالث

التأمينات الشخصية كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي

بدأت التأمينات الشخصية، كالتضامن والكفالة، في الظهور في المجتمعات البدائية قبل ظهور التأمينات العينية. وكان ذلك لسببين:

أولاً: إن التأمينات العينية تفترض حضارة أكثر تقدماً، إذ كان يسبقها تنظيم حق الملكية، ثم تفريع الحقوق العينية الأخرى عن هذا الحق، ثم التمييز بين الحقوق العينية الأصلية والحقوق العينية التبعية، إذ لم تكن التأمينات العينية إلا حقوقاً عينية تبعية. وهذا كله يفترض تقدماً في الحضارة، وتنوعاً في الحقوق. ولذلك تأخرت التأمينات العينية في الظهور عن التأمينات الشخصية، إذ أن هذه التأمينات الأخيرة لم تكن تفترض إلا أن تضم نمة إلى نمة أخرى على قدم المساواة أو على التعاقب.

ثانياً: كان ظهور التأمينات الشخصية ابتداءً أمراً طبيعياً، إذ كان المدينون في أول الأمر من الطبقة الفقيرة التي لم تملك ما تقدمه تأميناً عينياً، فقد كانت التأمينات العينية تقوم في أساسها على العقار. وكان للعقار هو ملك الأسرة جميعاً إذ كان يمثل الثروة الحقيقية، ويمثل الأسرة رئيسها فهو وحده الذي يحوز العقار ولا يملكه. أما بقية أفراد الأسرة فكانوا يلجأون إلى التأمينات الشخصية، ويساعدهم على ذلك وجود الروابط الأسرية والتضامن بين أفرادها. فكان الفرد لا يعدم من أفراد قبيلته، ثم من أفراد أسرته، من يتضامن معه ويكفل الدين عنه، فكان النظام الاجتماعي للقبيلة ثم للأسرة يهيئ السبيل إلى التأمينات الشخصية من تضامن وكفالة^(١).

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري، راجع الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر -

أولاً: الفارق بين التأمينات الشخصية والتأمينات العينية:

ظهرت التأمينات العينية، بعد أن تطور القانون على النحو السالف الذكر، وكان سبب ظهورها تفوقها على التأمينات الشخصية. فالتأمينات الشخصية هي ضم نمة إلى نمة أخرى، وقد يكون كل من الذمتين معسراً، فلا تكون هذه التأمينات ضماناً كافياً لحق الدائن. أما في التأمينات العينية فإن مالا معيناً، ويكون غالباً من أموال المدين، يخصص للوفاء بحق الدائن، ويثبت للدائن حق التقدم وحق التتبع. فإذا كان هذا المال كافياً للوفاء بحق الدائن، وفي أكثر الأحوال يكون وافياً لأن الدائن لا يقبله عادة إلا لأنه يفي بحقه، أصبح الدائن في مأمن من إفسار المدين بما له من حق التقدم، وفي مأمن من غشه إذا تصرف في هذا المال بما للدائن من حق التتبع. فيكون الدائن، بفضل ما له من تأمين عيني، أكثر أمناً على حقه مما لو كان له مجرد تأمين شخصي. بل يكون عادة في أمن تام، واثقاً كل الوثوق من الحصول على حقه في ميعاد استحقاقه. وكذلك اختفت بعض أسباب ظهور التأمينات الشخصية، فضعف التضامن العائلي وهو التضامن الذي كان سبباً في ظهور المسؤولية التضامنية والكفالة. ولم تعد الأقارب يضمنون بعضهم بعضاً فيما عدا الزوج والزوجة. وباختفاء عهد الإقطاع، اختفت العلاقة بين التابع والمتبوع، فلم يعد المتبوع يكفل التابع. ولم يكد المدين يجد كفيلاً له إلا لقاء أجر، وأغلب ما يكون ذلك لدى المصارف^(١).

- والأخير، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ١٣ وما بعدها.
(١) راجع د/ عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير، المرجع السابق، ص ١٤ وما بعدها.

ثانياً: ظهور التأمينات الشخصية في المصارف:

بعض عيوب الشهر في التأمينات العينية، وهي تقوم على عماد من الشهر، أرجعت إلى الظهور التأمينات الشخصية. هذا إلا أن التضامن ظهر مرة أخرى بين الزارع وبين صغار التجار. ومن هنا أخذت التأمينات الشخصية التبادلية تظهر فيما بينهم. وقد استبدل بالتضامن العائلي تضامن الطوائف من زراع وتجار. غير أن التأمينات الشخصية رجعت إلى الظهور بوجه خاص في القانون التجاري، بفضل رقي نظام المصارف. فأصبح المصرف هو الذي يضمن عميله، لقاء عمولة يتقاضاها منه. ويضمن المصرف عميله بطرق عديدة، منها أن يتقدم بنفسه مباشرة كفيلاً لعميله، ومنها أن يقبل الكمبيالة من عميله، وهذا القبول يتضمن ضرباً من الكفالة، ومنها أن يقبل تحويل الشيكات عليه. كذلك رجعت الكفالة إلى الظهور بين الشركات التجارية، فكثيراً ما تكفل الشركة الأصلية شركة أخرى متولدة عنها، أو تجعل هذه الشركة المتولدة عنها تكفلها. وقد حل التضامن بين الشركات محل التضامن العائلي^(١).

لم تعد الكفالة، كما كانت من قبل شأناً من شئون الأصدقاء أو الأقرباء، وإنما أصبحت من صميم اختصاص مؤسسات وتنظيمات خاصة. فالبنوك تعطي غالباً كفالتها لعملائها. وفي فرنسا مثلاً، نجد أن صندوق الائتمان الزراعي يقرض المنضمين إليه بشرط تقديم كفالة. كما نشأت شركات الكفالة للتبادلية والتي ينحصر دورها في كفالة أعضائها. وبالمثل يلتزم

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المرجع السابق،

الموقعون على الأوراق التجارية بالتضامن في مواجهة الحامل حسن النية. ويعتبر الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية يعتبر نوعاً من الكفالة التضامنية^(١).

ثالثاً: دور التأمينات الشخصية في الائتمان الناشئ عن علاقات تجارية:

أدى التطور الحديث إلى انطلاقة للتأمينات الشخصية في نطاق الائتمان. ففي العلاقات التجارية هناك ميل واضح لتفضيل التأمينات الشخصية وذلك لأسباب ثلاثة:

نادرأ ما تكون المؤسسات التجارية مالكة لعقارات وذلك لاعتبارات محاسبية وضرائبية. ويمكن لهذه المؤسسات أن تعطي ضماناً بالمحل التجاري أو بعض عناصر النشاط. لكن هذه الأموال ليس لها قيمة إلا باستغلالها، فهي تعتمد على نشاط المدين نفسه، مما يجعلها وسائل ضمان هشة.

غالباً ما يتطلب الحصول على تأمين عيني في الوقت الحاضر بعض الشكليات الطويلة والمكلفة. والتجارة في حاجة ماسة إلى السرعة والتبسيط. كما أن التأمينات العينية تنقص من القدرة الائتمانية للمدين بينما هو في حاجة ماسة إلى الائتمان. وفي مقابل ذلك، نجد أن التأمينات الشخصية سهلة ومرنة ويمكن الحصول عليها من المؤسسات المالية والتي تعتبر قدرتها

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف بالإسكندرية، طبعة عام ١٩٩١، ص ١٥٧ وما بعدها.

المالية فوق مستوى الشبهات.

التأمينات العينية ليست دائماً مؤكدة عندما يطرأ حادث يتعرض له المدين التاجر، وهو الإفلاس. ففي حالة الإفلاس يفرض على أصحاب التأمينات العينية إجراءات يقصد منها عدم حصولهم على حقوقهم في فترة الريبة. كما أن هذه الحقوق قد تتعرض لمزاحمة أصحاب حقوق الامتياز العامة وبصفة خاصة المستحقة للخزانة العامة (مادة ١١٣٨، ١١٣٩ من القانون المدني المصري)، حيث أنهم يأخذون حقوقهم وفوائدها كاملة قبل إجراء أي توزيع على بقية الدائنين.

ولهذه الأسباب يفضل الدائن (البنك) الحصول على حق في مواجهة شخص آخر غير المدين، أي تأمين شخصي^(١).

ويجب أن يستبعد من التأمينات الشخصية كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي ما يأتي:

أولاً: الحق في الحبس، وما يتضمنه هذا الحق من الدفع بعدم التنفيذ. فان الدائن يحبس تحت يده مالا خاصا للمدين حتى يستوفي منه حقه، فهو لا يمت إلى التأمينات الشخصية بصفة، وليس من التأمينات العينية (بصفة عامة فيما عدا الرهن الحيازي)، فصاحب التأمين العيني يكون له على المال المعين المملوك للمدين حق عيني مقترن بحق التقدم وحق التتبع وليس حق حبس. أما في التأمينات الشخصية فليس للدائن حق عيني على المال المحبوس وليس له عليه حق تقدم أو تتبع.

(١) د/ نبيل إبراهيم سعد، نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ١٥٨.

ثانياً: الكفالة العينية لا تدخل في التأمينات الشخصية. وإذا وجد كفيل في هذه الكفالة، فهو لا يلتزم التزاماً شخصياً كما يلتزم الكفيل في التأمينات الشخصية، بل يقدم مالا مملوكاً له يكون رهناً يضمن حقاً شخصياً للدائن. ومن هنا جاءت تسميته بالكفيل العيني (caution réelle). فالكفالة العينية يغلب فيها معنى العينية على معنى الكفالة، وهي في حقيقة الأمر تأمين عيني لا تأمين شخصي، ولكنه يتميز بأن الذي يقدمه ضماناً لحق الدائن ليس هو المدين كما هو الأمر عادة في التأمين العيني، بل شخص آخر غير المدين يضمن المدين بأن يقدم عيناً مملوكة له يجعلها رهناً لدى الدائن.

رابعاً: تعريف التأمينات الشخصية بوجه عام وتعريفها المحدد في مجال الائتمان المصرفي وتحديد الضوابط المصرفية والقانونية لها:

يبقى بعد الذي استبعدناه التأمينات الشخصية بمعناها الصحيح، وهي عبارة عن ضم ذمة إلى ذمة أخرى لضمان حق الدائن. فالتأمينات الشخصية ليست إذن بحقوق عينية كما هو الأمر في التأمينات العينية، بل هي التزامات شخصية تضاف إلى التزام المدين، ولذلك سميت بالتأمينات الشخصية. وضم ذمة إلى ذمة أخرى يكون على قدم المساواة، فيستطيع الدائن أن يرجع أولاً على أي مدين مسئول دون تمييز بين مدين ومدين. ويتحقق ذلك في تضامن المدينين، وفي عدم تجزئة الدين، وفي الإنابة غير الكاملة، وفي الدعوى المباشرة، وكل ذلك يعد داخلاً في التأمينات الشخصية.

ولهذا توجد التأمينات الشخصية بتعهد شخص غير المدين لآخر (الدائن) بالوفاء بالالتزام بشروط خاصة، وأهم صورها هي التضامن بين

المدينين، حيث يلتزم كل مدين، أمام الدائن، بوفاء الدين، والكفالة التي يلتزم بمقتضاها الكفيل بوفاء الدين إذا لم يف به المدين. ولكنها توجد، كذلك في كل مرة يلتزم أكثر من مدين بوفاء دين واحد، كما في عدم القابلية للانقسام، وفي الإنابة الناقصة.

ولا يقشع عن التضامن وصف التأمين رجوعه، في الأصل، إلى فكرة تعدد المدينين في الالتزام، لأنه، حتى في هذه الحالة، يقي الدائن نتيجة إعسار البعض منهم، ويكون بمثابة تأمين له.

وعدم القابلية للانقسام، إذا كان مصدره الاتفاق، لا طبيعة محل الالتزام أو الغرض منه، يؤدي دور التأمين للدائن، الذي يستطيع، مطالبة أحد المدينين بكل الدين، ويجد في يساره ما يقيه إعسار الآخرين.

وتعتبر الإنابة الناقصة، كذلك، تأمينا للدائن، إذ يصبح أمامه، بمقتضاها، مدينان، بدلا من مدين واحد. فإذا أعسر المنيب استطاع لقتضاء حقه من المناب. ولا يقدح في ذلك أن تكون الإنابة الناقصة تجديدا لم يتحقق، فهي، أيا كان منشؤها، تلعب، كالتضامن، دور التأمين للدائن، وتؤدي له مهمته^(١).

أما التأمينات في مجال الائتمان المصرفي فمن الممكن تعريفها بأنها^(٢)
"التسهيلات التي يقدمها البنك استنادا إلى كفالة شخصية من طرف ثالث

(١) الدكتور/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٢٥ وما بعدها.

(٢) د/ عبد الحميد محمد الشواربي، أ/ محمد عبد الحميد الشواربي، إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، المرجع السابق، ص ٥١٦ وما بعدها.

سواء كان طبيعياً أو معنوياً وذلك في ضوء الدراسة الائتمانية التي يجريها لكل من المقترض وكفيله. ولا تقبل الكفالة إلا إذا تبين للبنك حسن سمعة الكفيل ووفائه بالتزاماته وقوة مركزه المالي وقدرته على سداد المديونية في حالة عجز المدين الأصلي".

وتتلخص أهم الضوابط المصرفية والقانونية واجبة المراعاة في هذا النوع من التسهيلات في النقاط التالية^(١):

- (١) أن تغطي الكفالة الصادرة مبلغ القرض والفوائد والمصروفات المتعلقة به.
- (٢) اتخاذ الإجراءات اللازمة بشأن المطالبة بتنفيذ الكفالة أو تجديدها في الوقت المناسب أخذاً في الاعتبار تاريخ انتهاء صلاحيتها.
- (٣) المتابعة المستمرة لمركز الكفيل إلى جانب مركز المقترض واتخاذ ما يلزم من إجراءات للحفاظ على حقوق البنك ضد أية تصرفات تضر بمركز المدين والكفيل.
- (٤) لا يجوز للمدين أن يصيب مركز الكفيل بعد الكفالة بسوء أو يزيد في عبء التزام الكفيل، فإذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط واتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط وجعل الالتزام منجزاً، بقي التزام الكفيل كما كان معلقاً على هذا الشرط.
- (٥) إذا كفل الكفيل جزءاً من التزامات المدين، لا يجوز مد الكفالة إلى

(١) د/ عبد الحميد محمد الشواربي، / محمد عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥١٧.

الاجزاء الأخرى، فإذا كفل أصل الدين لا تمتد الكفالة إلى الفوائد وإذا كفل فتح اعتماد لحد معين، لا تمتد الكفالة إلي ما زاد على هذا الحد، وإذا كان هناك شك في أن الكفالة محددة أو غير محددة وجب اعتبار الكفالة محددة.

(٦) لا يجوز مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزام الأصيل، ومثال ذلك إذا حل أجل الالتزام الأصيل بسبب إفلاس أو إعسار مثلاً، فلا يحل أجل التزام الكفيل إلا في الموعد المحدد له رغم حلول التزام المدين.

(٧) لا يجوز للدائن (البنك) أن يرجع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين. ويشترط لكي يتمسك الكفيل بهذا ألا يكون متضامناً مع المدين، وأن يكون رجوع الدائن على المدين ذا فائدة بالأبأن لا يكون معسراً أو ظاهر العجز، وألا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في التمسك بهذا الدفع وتمسك به بالفعل أمام المحكمة.

(٨) تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن بخطئه من الضمانات. ويقصد بالضمانات كل تأمين يخصص لضمان الدين ولو تقرر بعد الكفالة. فمن المقرر أن الكفيل يحل محل الدائن في ضمانات الدين المضمون، فإذا أضاع الدائن بخطئه هذه الضمانات، فقد أضاع على الكفيل حقه في اقتضاء ما وفاه بسبب الكفالة من الضمان الذي سقط.

(٩) إذا أفلس المدين وجب على الدائن (البنك) أن يتقدم في التفليسة بالدين وألا يسقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن.

(١٠) - ينقضي التزام الكفيل إذا انقضى الالتزام الأصلي المكفول، وخاصة

إذا كان سبب الانقضاء مقصوراً على الكفيل كالمقاصة بين دينين متقابلين بين الكفيل والدائن (البنك). وإذا أبرأ الدائن البنك الكفيل من الكفالة برئت ذمة الكفيل دون أن ينقضي الدين المكفول، كذلك انقضاء التزام الكفيل بالتقادم رغم عدم تقادم الدين المكفول^(١).

خامساً: التمييز بين الكفالة الشخصية والتضامن في مجال دين الائتمان المصرفي:

أن الطرف المتعدد في الالتزام بسداد دين الائتمان المصرفي قد يكون شركة تضامن، فيتضامن جميع الشركاء المتضامنين في سداد الدين المصرفي للبنك الدائن. وقد يكون هناك تضامن بين العميل المدين وآخر متضامن معه في سداد الدين للبنك دون وجود شركة بينهم. ولكن الغالب في العمل أن يكون المدينين المتضامنين شركاء في شركة تضامن أو أي شركة أخرى بشرط تضامن الشركاء في سداد الدين للبنك.

وتضامن المدينين في سداد دين البنك، هو أبلغ في الضمان من الكفالة الشخصية، ذلك أن البنك — إذا لم يكن الكفيل متضامناً مع المدين — لا يستطيع أن يرجع إلا على المدين الأصلي أولاً، فإذا لم يستوف حقه منه رجع على الكفيل.

أما في التضامن، فالدائن يستطيع أن يرجع على أي مدين متضامن بكل الدين، هذا إذا كان التضامن بين المدينين.

والواقع من الأمر أن التضامن بين المدينين يعتبر أقوى درب من

(١) د/ عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥١٧.

دروب الكفالة للشخصية. فالبنك الدائن إذا أخذ كفيلًا بحقه، وكان الكفيل غير متضامن مع المدين، كانت هذه هي المرتبة الدنيا من الكفالة الشخصية لأن الدائن لا يستطيع الرجوع على الكفيل، إذا طلب الكفيل التجريد، إلا بعد رجوعه على المدين. فإذا اشترط الدائن تضامن الكفيل مع المدين، وصل إلى مرتبة أعلى من الكفالة الشخصية، لأنه يستطيع أن يرجع ابتداءً على الكفيل، ولكن لا يزال التزام الكفيل تابعاً لالتزام المدين الأصلي، وهذا يجر إلى نتائج تنزل بالكفيل في درجة المديونية عن الأصل (نبحث ذلك لاحقاً بالتفصيل عند دراسة الكفيل المتضامن والكفيل غير المتضامن). وإذا جعل البنك الدائن الاثنين مدينين أصليين واشترط تضامتهما، وصل بذلك إلى المرتبة العليا من الكفالة الشخصية، إذ يستطيع أن يرجع ابتداءً على أيهما شاء مع تعادلتهما في مرتبة المديونية، فيصبح للبنك الدائن مدينان بدلاً من مدين واحد، كل منهما ملتزم نحوه بالدين جميعه^(١).

وإذا كان التضامن بين بنك وبنك آخر أو بنك وشركة تمويلية أخرى، اشتركا كلاهما في تمويل ذات المدين بذات الدين، فأي من البنك أو الدائنين المتضامنين معه يستطيع أن يطالب المدين بسداد كل الدين. ومن جهة أخرى، فإن وفاء المدين لأي دائن متضامن بكل الدين مبرئ لزمته بالنسبة إلى سائر الدائنين. وهذا ما يجعل التضامن ما بين الدائنين أقرب إلى أن يكون ضماناً للمدين منه ضماناً للدائن (مما يخرج عن نطاق البحث).

(١) د/ عبد الرزاق أحمد السهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء الثالث — المجلد الأول — أوصاف الالتزام والحوالة، طبعة دار النهضة العربية، عام ١٩٨٣، ص ٢٩٢ وما بعدها.

والتضامن يقتضي أن يكون هناك على الأقل مصلحة مشتركة بين المدينين المتضامين في دين البنك الائتماني. وهذه المصلحة المشتركة هي التي تبرر أحكام التضامن الأمر الذي يجعل المدينين المتضامين مدينين أصليين في مواجهة البنك الدائن، مما لا يوجد معه تفريق بينهما في آثار الائتمان بالنسبة لسداد دين الائتمان المصرفي، أي أن ما يسري على المدين الأصلي يسري على المدين المتضامن، بشرط أن يوجد اتفاق على هذا التضامن في غالب الأحوال، أو نص في القانون يقرر التضامن في بعض المسائل. ومن ثم يكون المدين المتضامن مديناً أصلياً في مواجهة البنك الدائن.

سادساً: الكفالة الشخصية ودين الائتمان المصرفي:

يعرّف نص المادة (٧٧٢) من القانون المدني الكفالة على أنها " الكفالة عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يَف به المدين نفسه".

ومن التعريف السابق يتبين أن الكفالة تفترض وجود شخص ثالث غير البنك المقرض والمدين (العميل المقترض). ويتعهد هذا الطرف الثالث بسداد الدين المستحق على العميل في حالة امتناع أو تأخر هذا الأخير عن السداد.

كما يجري نص المادة (٧٧٤) من القانون المدني على ما يأتي " إذا التزم المدين بتقديم كفيل، وجب أن يقدم شخصاً موسراً ومقيماً في مصر. وله أن يقدم عوضاً عن الكفيل تأميناً عينياً كافياً". ومما لا شك فيه أن البنك عندما يقبل ضمان كفالة الغير لسداد الدين، فإنه يفترض في هذا الغير

(الكفيل) أن يكون موسراً وصاحب مركز مالي مستقر. وعلى هذا الأساس فلا بد من إجراء التحريات اللازمة من إدارة الاستعلامات بالبنك عن الكفيل حتى يتأكد البنك من ملاءمته وقوة مركزه المالي. وإذا كان الالتزام بإجراء التحريات عن الكفيل إجراء مصرفياً مفترض لاطمئنان البنك، فإن الالتزام بأن يكون الكفيل موسراً هو التزام على المدين مفروض بقوة القانون، بالتالي لا يجوز أن يقدم المدين (عميل البنك) كفيلاً معسراً وذلك حتى يكون هناك فائدة من الرجوع عليه بدلاً من المدين الأصلي.

كما يستلزم أن يكون الكفيل مقيماً في مصر طبقاً لنص المادة (٧٧٤) مدني. ومما لا شك فيه أن ذلك الاشتراط من المشرع قد أصاب صحيح موضوع الكفالة، فأساس مبدأ الكفالة هو أن يضمن الدائن استرداد أمواله، والدائن في حالتنا هو بنك عامل بجمهورية مصر العربية. وقد نشأ الالتزام على الكفيل طبقاً لأحكام القانون المصري. وإن لم يكن للكفيل محل إقامة ثابت في مصر فقد يصعب التنفيذ عليه أو على أمواله واسترداد المديونية منه^(١).

نتائج عدم وجود بيانات للكفيل بالنسبة لدين الائتمان المصرفي^(٢):

بفرض أن البنك (ع) كان قد منح العميل (س) تسهيلاً ائتمانياً في حدود نصف مليون جنيه.

(١) أ / إبراهيم مدوح زكي، الجوانب القانون لعقود التمويل المصرفي (القرض - التسهيل الائتماني)، ص ٦٩ وما بعدها.

(٢) أ / أحمد محمود عمارة، البنوك التجارية من الناحية العملية، طبعة دار النهضة العربية، عام ٢٠٠٠، ص ٧٧ وما بعدها.

وحيث أن الشكل القانوني للخاص بالعميل فردي، فقد حصل البنك على كفالة تضامنية من شخص آخر. وقد اكتفى الفرع المنفذ بالحصول على توقيع الكفيل على كفالة تضامنية، عندما توقف العميل عن السداد وقام البنك بالتنفيذ على ممتلكاته وحصل على ٤٠٠ ألف جنيه من ناتج تصفيتها. ونتيجة لأن رصيد مديونية العميل وقت التوقف بلغ ٤٨٠ ألف جنيه، كان لزاما على البنك الرجوع على الضامن بموجب الكفالة الموقعة منه ووجدت أنها تحمل توقيع فقط دون الإشارة إلى أية بيانات شخصية له، حيث لم يتضمن الملف الائتماني للعميل (س) أو ملف حساباته الجارية أية بيانات عن الكفيل، فما نتيجة غياب بيانات الكفيل؟

يلزم لاتخاذ إجراءات قانونية ضد الكفيل الحصول على بياناته الشخصية وبصفة خاصة محل الإقامة وصورة مستند إثبات الشخصية. وبالإضافة إلى ذلك، كان من الواجب أصلاً أن يتضمن تقرير الاستعلام عن العميل بيانات عن الكفيل من بيانات شخصية — نشاط تجاري أو صناعي أو خدمي — محل الإقامة — السمعة — البروتستو والقضايا...الخ.

ونتيجة لعدم اتخاذ الإجراءات السابقة يصبح المبلغ المتبقي من المديونية هو ٨٠ ألف جم دون أية ضمانات عبارة عن ديون مشكوك في تحصيلها ويتم عمل مخصص بكامل قيمتها يقطع من أرباح البنك.

— الإجراءات الواجب إتباعها في مثل هذه الحالات:

(١) قبل منح للتسهيل وأثناء إعداد الدراسة يطلب البنك من العميل بيانات شخصية عن الكفيل وترسل هذه البيانات إلى إدارة الاستعلامات بطلب استعلام كامل عن الكفيل.

(٢) لدى استدعاء العميل للتوقيع على عقود التسهيلات والكفيل للتوقيع على عقد الكفالة التضامنية يتم الحصول على بياناته الشخصية وصورة مستند إثبات الشخصية.

(٣) بعد صدور قرار السلطة المختصة بالبنك بالموافقة على منح التسهيل يتم وضع التسهيل تحت تصرف العميل.

(٤) يتم الاحتفاظ بعقود التسهيلات والكفالة التضامنية بخزينة تحت الرقابة الثنائية لمراقب الائتمان والمدير المساعد المختص مع إثبات البيانات الخاصة بها بسجل العقود^(١).

سابعاً: أهمية الكفالة الشخصية كضمان من ضمانات سداد دين الائتمان المصرفي:

الأصل في الكفالة أن يتقدم شخص غير المدين لضمان وفاء ما على المدين لدائنه، فيضم ذمته إلى ذمة المدين ليزيد من ضمان البنك الدائن في تحصيل حقه. وبذلك يصبح للبنك الدائن حق الضمان العام ليس على جميع أموال مدينه فحسب، بل أيضاً على جميع أموال الكفيل. وتسمى الكفالة في هذه الحالة كفالة شخصية لأنها تنشئ في ذمة الكفيل التزاماً شخصياً ينفذ على جميع أمواله^(٢).

وتعتبر الكفالة الشخصية ضماناً مهماً من ضمانات دين الائتمان

(١) أ/ أحمد محمود عمارة، البنوك التجارية من الناحية العملية، المرجع السابق، ص ٧٨.

(٢) د/ سليمان مرقس، عقد الكفالة، طبعة دار النشر للجامعات المصرية، عام ١٩٥٩، ص ١ وما بعدها.

المصرفي، من حيث أنها تبعث في البنك مزيداً من الثقة والاطمئنان، فتقرب بين البنك والمدين وتسهل التعامل بينهما وتزيد في الائتمان. غير أن خطورتها بالنسبة للكفيل لا تخفى، فالكفيل يعرض نفسه لوفاء دين المدين من ماله الخاص. وإذا كان القانون يخوله الرجوع على المدين بما وفاه عنه، فإن هذا الرجوع كثيراً ما يكون غير مجد بسبب إعسار المدين، فتسفر الكفالة في النهاية عن غرم خالص للكفيل. وقد جرى المثل من قديم بأن الضامن غارم، لذلك جرت الشرائع على حماية مصلحة الكفيل سواء بالتشدد في ثبوت الكفالة، أو بالتضييق في تفسيرها أو بمنح الكفيل دفوعاً تحد من مضار التنفيذ على أمواله، كالدفء بالتجريد والدفء بالتقسيم، أو بمنحه ضمانات في الرجوع على المدين كالحلول محل الدائن في التأمينات المقدمة من المدين، أو بإبراء ذمته من الكفالة بقدر ما أضاعه الدائن بتقصيره في تلك التأمينات.

ثامناً: هل تعتبر التعهدات الصادرة من الشركات الدولية بالدفء نيابة عن المدين من قبيل الكفالات:

تقوم بعض الشركات الدولية بضمان أحد عملاء البنك في عقد قرض، وذلك بالتعهد بدفع مبلغ مالي للبنك في حالة تعثر العميل في السداد. ويكون ذلك بالمبلغ المتفق عليه في العقد وفي الأحوال المتفق عليها⁽¹⁾. أي أن العقد يحدد كافة البنود أو الالتزامات محل التعهد وخاصة بالنسبة للمصاريف والفوائد والفوائير الإضافية وأقساط التأمينات....الخ.

(1) J R Lingard, LLB (London), Solicitor of the Supreme Court, Bank Security documents, Butterworths, Previous reference, page393.

ويجب أن يحدد عقد التعهد بين الشركة والبنك شروط سداد الشركة للمبلغ محل التعهد للبنك سواء كان ذلك بسبب مطالبة البنك للعميل بالسداد وعدم استجابة الأخير أو في حالة تعثر العميل أو إفلاسه فقط. وفي حالة تعهد الشركة بدفع الفوائد، يجب أن يتم الاتفاق على كافة تفاصيل هذه الفوائد من حيث سعرها المحدد من البنك وما إذا كان التعهد يشمل الفوائد المركبة أم لا يشملها. وفي إنجلترا^(١)، جرى الاتفاق في تعهدات الشركات بالاستمرارية في التعهد بالسداد في خلال ثلاثة أشهر من إنذار البنك حتى في حالة تغير ظروف المتعهد أي كان التغيير، على سبيل المثال، الاندماج في شركة أخرى، فيبقى التعهد في هذه الحالة في ذمة الشركة الدامجة وهذا ما يسمى بمبدأ استمرارية التعهد. ومبدأ استمرارية التعهد يبقى على مسئولية المتعهد بمبلغ التعهد أمام البنك في كافة الظروف، وعلى وجه الخصوص في الظروف الآتية^(٢):

- (١) قيام البنوك بالتنازل عن أي ضمانات أخرى لديها بخصوص القرض محل التعهد مثل التنازل عن رهون عقارية أو إلغاء أي ضمانات أخرى للبنك المقرض لأي سبب من الأسباب.
- (٢) قيام البنوك بعمل بعض التنازلات للعميل المقترض في عقد القرض محل التعهد، سواء بتقليل الفوائد أو مد أجل السداد.....الخ.

(1) In the same meaning, J R Lingard, LLB (London), Solicitor of the Supreme Court, previous reference, page: 394.

(2) J R Lingard, LLB (London), Solicitor of the Supreme Court, previous reference, page: 395.

(٣) أي عمل من شأنه أن يؤثر على مسئولية المقرض القانونية في سداد القرض.

وفي كثير من الأحيان في مصر، يقدم عملاء البنوك تعهدات بالدفع من شركات دولية ذات اسم تجاري رنان، تتعهد بدفع المديونيات بدلا من العملاء في حالة إخفاقهم في السداد. ولكن إذا لم يكن لتلك الشركات مصدرة التعهدات أصول ومراكز دائمة ومحال مستقرة في جمهورية مصر العربية فتلك التعهدات لا تعتبر من عقود الكفالات وفقا لمعيار القانون، فضلا عن أن هذا التعهد يستلزم حتى يكون من قبيل الكفالات المقبولة كضمان للائتمان، أن يقوم للممثل القانوني للشركة مصدرة والمنوط به الإدارة والتوقيع على عقود كفالة الغير بالتوقيع على مستند الكفالة المعمول به لدى البنك المصري. والسبب في تبني وجهة النظر هذه راجع إلى نص المادة (٧٧٤) مدني في حد ذاته والمقرر ضرورة إقامة الكفيل بجمهورية مصر العربية، وأيضاً لأنه في حالة عدم وجود مقر دائم وممتلكات للشركة مصدرة التعهد في جمهورية مصر العربية، فلن يكون هناك وسيلة للتنفيذ على أموالها ككفيل في حالة امتناع المدين الأصلي (عميل البنك) عن السداد.

وهذا لا يمنع أن يكون لتلك التعهدات قيمة أدبية كبيرة حيث أن الشركات ذات السمعة العالمية عموماً ما تقوم بالمحافظة على اسمها وسمعتها التجارية، وتقوم بتنفيذ تعهداتها. ولكن هذا لا يعني على الإطلاق أن يعتبر التسهيل أو القرض الممنوح للعميل في هذه الحالة مضموناً بكفالة^(١).

(١) راجع، أ / إبراهيم مدوح زكي، المرجع السابق، ص ٧١ وما بعدها.

وهذا يقودنا إلى البحث عن التمييز بين عقد الضمان وعقد الكفالة:

تُعرف الكفالة بأنها "عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يَف به المدين نفسه^(١). وتفترض الكفالة وجود دين أصلي تعمل على ضمان الوفاء به، وهي تابعة دائماً للالتزام من الالتزامات والتبعية من أهم خصائصها"^(٢).

والالتزام الذي تضمنه الكفالة ليس مصدره العقد دائماً.....، أما الالتزام الناشئ عن الكفالة، فمصدره العقد دائماً، لأن الكفالة بحسب تعريفها عقد^(٣).

ويتم عقد الكفالة بين الدائن في الالتزام الأصلي وبين الكفيل. أما المدين في هذا الالتزام، فليس طرفاً في هذا العقد. وتؤدي الكفالة إلى إنشاء التزام على عاتق الكفيل لصالح الدائن وهو الالتزام بضمان الدين الأصلي. وبهذه المثابة، فإن الدائن يجد أمامه مدينين هما المدين الأصلي والكفيل، فالكفالة في الواقع هي ضم ذمة جديدة إلى ذمة المدين في ضمان دين الدائن.

ويتسم عقد الكفالة بعدة خصائص، فهو عقد ضمان شخصي، وعقد تابع وملزم لجانب واحد ومن عقود التبرع^(٤).

(١) يراجع في ذلك: المادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري، د. سمير تناعو، للتأمينات الشخصية والعينية، طبعة ١٩٧٠، ص ١٧.

(٢) د. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط، الجزء العاشر، المرجع السابق، ص ١٩.

(٣) د. منصور مصطفى منصور، عقد الكفالة، طبعة ١٩٦٠، ص ٣٠، مشار إليه في: د. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ١٧.

(٤) د. سمير تناعو، المرجع السابق، ص ١٩-٣٥.

ولكن عقد الضمان الصادر عن الشركات يختلف عن عقد الكفالة، إذ أن الأول يفترض تعهد مؤسسة كبيرة ذات سمعة عالية لمستثمر لدى دائرة (البنك)، ويكون ذلك بالتراضي بين المؤسسة والمستثمر المضمون، وينصب التراضي على تغطية المخاطر الموصوفة في العقد. ومحل العقد هو الأخطار التي تنشأ وتؤثر على سداد المدين لقيمة العقد.

ولذلك فإن عقد الضمان يجب أن يشمل على كافة أحكامه والتي بمقتضاها يلتزم الضامن أو للمتعهد بضمان المخاطر التي ينص عليها العقد في مواجهة دائن المضمون، وهكذا يختلف عقد الضمان عن عقد الكفالة، الذي تكفل القانون المدني بترتيب آثاره القانونية، دون وجوب أن ينص عقد الكفالة على هذه الآثار، فهو عقد نص عليه القانون ورتب آثاره، الأمر للذي يختلف معه عن عقد ضمان الشركات المشار إليه عن الكفالة، وفي معظم الأحوال يتفق طرفي عقد الضمان (الضامن والمضمون) على شرط التحكيم في حالة وجود نزاع بين الطرفين^(١).

(١) من المقرر — في قضاء محكمة النقض المصري — لما كان الواقع حسبما حصله الحكم المطعون فيه وما تضمنته سائر الأوراق أن الطاعنة كانت قد أبرمت مع الشركة الاسترالية للتجارة والتصدير — غير المختصة في الطعن — عقد ضمان ائتمان صادرات ضد للمخاطر التجارية والغير تجارية مؤرخ ١٥ من يناير ١٩٩٦ بغرض تغطية ضمان المبالغ المستحقة عن شحنات الأرز التي ترغب هذه الشركة في تصديرها إلى الخارج، وقد تضمنت بنوده المخاطر التي يغطيها هذا العقد وحدودها وشروط استحقاق التعويض ومداه، وأحقية تلك الشركة المصدرة في أن تتنازل عن حقها في التعويض المستحق لها وفقاً لهذا العقد للبنك أو المؤسسة المالية التي قامت بتمويل صادراتها، ثم خضوع العقد لأحكام القانون المصري وأخيراً -

- الاتفاق على شرط التحكيم، وإنه إزاء تقاس تلك الشركة عن الوفاء بقيمة كميات الأرز التي قامت المطاعم ضدها بتمويلها، فقد تنازلت للأخيرة بتاريخ ٢٩ من فبراير سنة ١٩٩٦ عن ما قد يستحق لها من تعويض وفقاً لعقد الضمان سالف الذكر وورد في هذا التنازل ما نصه (نتنازل نحن الشركة الاسترالية للتجارة والتصدير..... عن حقنا في التعويض الذي قد ينشأ لنا قبل للشركة المصرية لضمان الصلوات بموجب وثيقة الضمان رقم ١/٩٦ بتاريخ ١٥/١/١٩٩٦ والسارية حتى ١٤/١/١٩٩٧). وقد تم إعلان الطاعة بهذا التنازل، فقبلته بموجب كتابها المرسل إلى المطاعم ضدها في ١٩٩٦/٣/٦ الذي لرفقت به ملحقاتاً لوثيقة الضمان الموضح به الحدود الائتمانية والشروط والضوابط الخاصة بتنفيذ عملية التصدير على نحو ما جاء بأصل هذا الخطاب المرفق بالأوراق وورد في نهايته العبارة الآتية (نعزز لسيادتكم بأن التعويض الذي قد يستحق لكم بناء على هذا التنازل سوف يتم دائماً طبقاً لأحكام وضوابط وثيقة الضمان بعالية). وإذ تعذر الاتفاق بين طرفي الطعن على ما يستحق للمطعمون ضدها من تعويض بالتراضي، فقد طلبت من للطاعة الالتجاء إلى التحكيم، فتحرر اتفاق بينهما بشأنه في ١٩٩٨/٧/٨ جاء في التمهيد الوارد به عرض لمضمون عقد الضمان أنف البيان واتفاق تنازل الشركة للمصدرة للمطعمون ضدها عن الحق في التعويض المقرر وفقاً له وقبول الطاعة لذلك وتحديد طلبات المطاعم ضدها بإلزام الطاعة أن تؤدي لها مبلغ ١٢٥١٠٠٠ دولار أمريكي والفوائد القانونية من تاريخ الاستحقاق في ١٧/٤/١٩٩٦ وحتى السداد مع تعويض عن الأضرار الأدبية قدرته بمبلغ خمسون ألف جنيه كطلب أصلي وإلزامها بذات للمبلغ الأول كطلب احتياطي وفقاً لمسئولية للطاعة للتقصيرية وجاء بالبند الثاني من هذا الاتفاق بأن يجري هذا التحكيم طبقاً لأحكام عقد الضمان ونصوص ومواد القانون رقم ٢٧/٩٤ الخاص بالتحكيم وقواعد القانون المدني ثم توالى بنوده ببيان الإجراءات الواجب إتباعها أمام هيئة التحكيم وجاء أخيراً في البند العاشر منه ما نصه " هذا الاتفاق مكمل لاتفاق التحكيم المبرم ضمن وثيقة الضمان وهو بمثابة اتفاق على إجراءات التحكيم وما يتطلبه من شروط يتفق عليها أطراف -

- التحكيم بداية وقبول إجراءات التحكيم" وكان البين مما جاء باتفاق التنازل الصادر من الشركة المصدرة للمطعون ضدها وكتاب الطاعة المتضمن قبولها هذا التنازل وما ورد بعقد الاتفاق على التحكيم المحرر بين طرفي الطعن وما جاء بعقد الضمان - وعلى نحو ما سلف بيانه أن موضوع اتفاق التحكيم قد تحدد باتفاق طرفيه فيما يكون للمطعون ضدها (المحال لها) من حق في التعويض الذي قد يستحق للشركة المصدرة (المحالة) لدى الطاعة (المحال عليها) وفقاً لعقد الضمان باعتباره ذات الحق الذي في نمتها وانتقل بجميع مقوماته وخصائصه للمطعون ضدها ومن ثم يخضع التحقق من موجبات أداء هذا التعويض لأحكام المسؤولية العقدية، ما لم يرتكب أحد طرفي طرفي عقد الضمان سالف الذكر فعلاً يؤدي إلى الإضرار بالطرف الآخر يكون جريمة أو غش أو خطأ جسيم يرتب تطبيق أحكام المسؤولية التقصيرية. وذلك وفقاً لأحكام القانون المدني الذي اتفق طرفي التحكيم على إعمال مواده وكان الثابت من حكم التحكيم محل دعوى البطلان أنه بعد أن عرضت هيئة التحكيم في أسباب قضائها لدفاع طرفي التحكيم بشأن مدى أحقية الشركة للمطعون ضدها في مطالبة الطاعة بالتعويض وفقاً لأحكام عقد ضمان الائتمان باعتباره موضوع اتفاق التحكيم - محل حوالة الحق - وانتهت إلى رفض للقضاء بالإلزام الطاعة بأدائه لعدم تحقق موجهه - وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية أو التقصيرية تبعاً للمفهوم السابق بيانه - عادت وتناولت بحث مدى أحقية المطعون ضدها في إلزام الطاعة بأداء التعويض المطالب به وفقاً لأحكام المسؤولية التقصيرية الناتجة عن خطأ ادعت أنها ارتكبته وهو عدم التحقق من حسن سمعة وملاءة شخص المصدر قبل إصدارها عقد ضمان الائتمان له بما ساهم في تردي المطعون ضدها في التعامل معه وتمويل قيمة الشحنة المصدرة للخارج وفقدان قيمتها وخلصت من بحثها له إلى توافر خطأ كل من طرفي خصومة التحكيم في التعاقد مع الشركة المصدرة والمتمثل في خطأ الطاعة في إبرام عقد الضمان معها، وخطأ المطعون ضدها في اختيارها هذه الشركة وتمويل الشحنة التي صدرتها للخارج وتعذر استرداد قيمتها، ورتبت هيئة التحكيم على هذه النتيجة تحمل كل من الطاعة والمطعون ضدها جزء من -

تاسعاً: مزايا الكفالة الشخصية للبنك الدائن كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي:

١ - حق البنك مطالبة الكفيل بدين الائتمان المصرفي المضمون:

يُمكن كفالة عقد الائتمان المصرفي، فيكون للعميل كفيل بالمبلغ الذي اقترضه. ويكون للبنك في هذه الحالة حق مطالبة الكفيل بدين الائتمان المصرفي محل عقد الكفالة.

ويشمل حق مطالبة الكفيل بدين الائتمان المصرفي المضمون (أولاً) رفع الدعوى عليه للحصول على سند تنفيذي بإلزامه بالوفاء، و(ثانياً) التنفيذ على أمواله استيفاءً للحق المضمون.

ويجب كفالة الالتزام الصحيح، إذ تنص المادة (٧٧٦) من القانون المدني على أنه "لا تكون الكفالة الصحيحة إلا إذا كان الالتزام المكفول صحيحاً". يجب أن يكون الملتزم بالوفاء كفيلًا لا مدينًا أصليًا فيكفل المدين

- قيمة الشحنة بلغ نصيب الطاعة منها لا المبلغ المقضي به محل دعوى البطلان، وإذا كان ما انتهت إليه هيئة التحكيم في هذا الخصوص يتعلق بمسألة لا يشملها اتفاق التحكيم آنف البيان لا يمار إليه إلا بدعوى مباشرة تقيمها المطعون ضدها على الطاعة لا شأن لها بالالتزام التعاقدي موضوع طلب التحكيم (محل حوالة الحق)، بما يضحى معه قضاؤها فيه وإرداءً على غير محل من خصومة التحكيم وصانراً من جهة لا ولاية لها بالفصل فيه وافتئات على الاختصاص الولائي للقضاء العادي صاحب الولاية العامة في النظر والفصل في المنازعات المدنية والتجارية ومنها طلب التعويض عن الخطأ التقصيري المشترك سالف البيان على فرض صحة تحققه. (نقض مدني، الطعن رقم ٨٦ لسنة ٧٠ ق - جلسة ٢٦/١١/٢٠٠٢، منشور في المستحدث من أحكام النقض www.eastlaws.com).

الأصلي في الوفاء بالالتزام. وهنا يكون التزام الكفيل تابعا للالتزام الأصلي المكفول. ولا تكون الكفالة صحيحة إلا إذا كان عقد الائتمان المصرفي صحيحا. فإذا كان العقد باطلا، كان للكفيل، كما أمكن للمدين الأصلي، أن يتمسك بهذا الدفع. أما إذا كان العميل (المقترض) ناقص الأهلية، وكانت الكفالة بسبب نقص الأهلية، كان الكفيل ملزما بتنفيذ الالتزام إذا لم ينفذه المدين المكفول (مادة ٧٧٧ من القانون المدني). ولكن قد يكون الالتزام الأصلي قابلاً للإبطال بسبب عيب في الرضاء مثل الغلط أو التدليس أو الإكراه، فإن للكفيل أن يتمسك بهذه الدفوع. كما أنه يجوز كفالة الالتزام الأصلي المعلق على شرط واقف أو فاسخ. وتأخذ الكفالة ذات أحكام الالتزام الأصلي، وتصبح كفالة معلقة على شرط واقف أو فاسخ^(١).

فالالتزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد عبئا من الالتزام الأصلي، ولكن يجوز أن يكون أهون^(٢). وعلى ذلك لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين في عقد الائتمان المصرفي.

غير أنه إذا قصد الكفيل أن يلتزم في هذه الحالة التزاماً أصلياً بالقدر الزائد عن التزام المدين الأصلي، أعتبر كفيلاً بمقدار الدين الأصلي ومديناً

(١) تنص المادة (٧٧٨) من القانون المدني على أنه " ١ - تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حدد مقدما المبلغ المكفول، كما تجوز الكفالة في الدين الشرطي. ٢ - على أنه إذا كان للكفيل في الدين المستقبل لم يعين مدة للكفالة، كان له في أي وقت أن يرجع فيها ما دام الدين المكفول لم ينشأ".

(٢) تنص المادة (٧٨٠) من القانون المدني على أنه " ١ - لا تجوز الكفالة في مبلغ أكبر مما هو مستحق على المدين، ولا بشرط أشد من شروط الدين المكفول. ٢ - ولكن تجوز الكفالة في مبلغ أقل وبشروط أهون".

أصلياً بما يجاوز ذلك. وليس له الرجوع على المدين بهذا القدر الأخير. أما إذا جهل الكفيل أن ما التزم به يجاوز قيمة الدين الأصلي، أو إذا ثبت قصده ألا يلتزم إلا بصفته كفيلاً، وعلى أن يكون له حق الرجوع بكل ما يدفعه بسبب هذه الكفالة، وجب خفض التزام الكفيل إلى القدر المستحق في ذمة المدين^(١).

وإذا اتفق البنك الدائن والعميل المدين بعد الكفالة على تجديد الدين، فإن الكفالة لا تضمن الدين الجديد إلا إذا رضي الكفيل بذلك (المادة ٣٥٨ مدني).

٢ - شمول الكفالة للملحقات عقد الائتمان المصرفي المكفول :

تنص المادة (٧٨١) من القانون المدني على أنه " إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين، ومصرفات المطالبة الأولى، وما يستجد من المصرفات بعد إخطار الكفيل". أي أن الكفالة تشمل الفوائد على مبلغ القرض المكفول إن لم يكن هناك اتفاق خاص بغير ذلك. وكذلك تشمل المصرفات بعد أن يطالب البنك الدائن المدين المكفول بالدين المطالبة الأولى ويخطر الكفيل بهذه المطالبة.

ولكن لا يجب أن تشمل الكفالة ضمان كل الدين وفوائده في حالة الاتفاق على ضمان الدين الأصلي فقط، بل يجوز أن يكون ضمان الكفيل مقصوراً على جزء من الدين الأصلي، وفي هذه الحالة لا تتعدى الكفالة إلى الأجزاء الأخرى.

(١) د/ سليمان مرقس، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص ٤٩.

فإذا ضمن الكفيل الفوائد البسيطة، فإن الكفالة لا تمتد إلى الفوائد المركبة. ولكن إذا ضمن الكفيل مبلغاً أكبر من المستحق على المدين أو بشروط أشد، فإن الكفالة لا تقع باطلة، بل يتعين قصرها على مقدار دين المدين أو ردها إلى شروط ذلك الدين^(١).

٣ - عقد كفالة دين الائتمان المصرفي لا يستوجب موافقة المدين:

تنص المادة (٧٧٥) من القانون المدني على أنه "تجوز كفالة المدين بغير علمه، وتجوز أيضاً رغم معارضته". والسبب في ذلك أن الكفالة عقد طرفاه الكفيل والدائن. أما المدين فليس طرفاً فيه. وقد تعقد الكفالة بين الكفيل والبنك الدائن دون إذن العميل المدين، أو دون علمه، بل قد تعقد بالرغم من معارضته، والفرق بين هذه الصور المختلفة لا يكون في انعقاد الكفالة، فهي تتعقد بمجرد توافق إرادتي الكفيل والبنك الدائن. وإنما يظهر الفرق عند رجوع الكفيل على المدين إذا أوفى عنه الدين للبنك. وإذا كانت الكفالة قد عقدت بإذن المدين رجع الكفيل عليه بدعوى الوكالة. وإذا عقدت بعلم المدين أو دون علمه لكن دون إذنه، رجع الكفيل على المدين بدعوى الفضالة. وإذا عقدت بالرغم من معارضة المدين، رجع الكفيل على المدين بدعوى الإثراء بلا سبب.

(١) د/ سليمان مرقس، عقد الكفالة، للمرجع السابق، ص ٤٨، وأنظر في هذا المعنى نص المادة (١١٣٨) فقرة ثلاثة من المشروع التمهيدي لتقحيح القانون المدني التي حذفت باعتبار أن حكمها مستفاد من حكم الفقرتين السابقتين اللتين استقرتا في المادة (٧٨٠) مدني، وأنظر أيضاً المذكرة الإيضاحية المتعلقة بهذا النص المحذوف، في مجموعة الأعمال التحضيرية ج ٥ ص ٤٦٢ و ص ٤٦٣. كما يراجع، الدكتور/ محمود جمال الدين زكي، لتأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٧٩، ص ٣٣ وما بعدها.

٤ - يتميز عقد الكفالة الشخصية بأنه عقد رضائي وملزم:

وتتميز الكفالة، وفقاً لتعريفها في المادة (٧٧٢) مدني، بأنها عقد رضائي، من ناحية، وملزم لجانب واحد، من ناحية أخرى، وتدخل في نطاق التبرعات ثالثاً. على أن أهم خصائص الكفالة هي أنها عقد تابع للالتزام أصلي يوجد مستقلاً عنها.

(أ) **الكفالة عقد رضائي:** الكفالة عقد رضائي، يقوم بمجرد تراضي طرفيه وهما، كما أشرنا، الكفيل والدائن، رغم النص، في المادة (٧٧٣) من القانون المدني، على أن " لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة "، لأن الكتابة، وفقاً لها، ليست شكلاً ضرورياً لانعقاد العقد، بل هي مجرد وسيلة لإثباته.

(ب) **هل الكفالة عقد ملزم لجانب واحد أم ملزم للجانبين؟** يرى أحد فقهاء القانون^(١) أنه لما كان طرفا الكفالة هما الدائن والكفيل، فهي تعتبر عقداً ملزماً لجانب واحد، إذ لا ينشأ عنها سوى التزام الكفيل، قبل الدائن، بوفاء الالتزام إذا لم يف به المدين. ولا يغير من طبيعتها أن يتقاضى الكفيل مقابلًا من المدين، لأن هذا الأخير، كما قدمنا، ليس طرفاً فيها. أو قد تنشأ عنه للكفيل حقوق قبل المدين، لأن هذه الحقوق تجد مصدرها في عقد آخر بين الكفيل والمدين أو في قواعد الفضالة لو مبادئ الإثراء بلا سبب.

(١) للدكتور/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، للمرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

ولكن يرى رأي فقهي آخر^(١) أن عقد الكفالة ملزم للجانبين، ذلك أنه ينشأ عنها — فوق التزام الكفيل الذي هو موضوع العقد والغرض منه — التزام فرضه التقنين المدني المصري على الدائن، بأن يتخذ إجراءات المطالبة في الوقت المناسب، بحيث إذا أخل بهذا الالتزام وأضر ذلك بمصلحة الكفيل، صار مسئولاً عن تعويض هذا الضرر، وبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أصابه من ضرر (المادة ٧٨٥ مدني)

ونؤيد الرأي الأخير، إذ أنه لو فرضنا أن عقد الكفالة ملزم لجانب الكفيل فقط دون الدائن، فقد يؤدي ذلك إلى إلحاق ضرر جسيم بالكفيل عندما يهمل الدائن (البنك) في مطالبة المدين (عميله) بالدين (دين القرض) في موعده، مما يؤدي إلى إلحاق ضرر بالكفيل عند سداد الدين للدائن، وحلوله محل الأخير في مطالبة المدين بالدين.

(جـ) هل تعتبر الكفالة عقد تبرع؟ هناك رأي^(٢) مؤاده أن الكفالة تعتبر عقد تبرع، لأن للكفيل، في العادة، يلتزم دون مقابل. وتظهر الصفة التبرعية في مواجهة المدين، لا في مواجهة الدائن، الذي لا يحصل بمقتضاها، إلا على تأمين لاستيفاء حقه. وما كان، في الغالب، ليتعاقد لولا الحصول عليه. ويترتب على انتفاء التبرع، في مواجهته، وجوب إثبات توأطئه مع الكفيل، وفقاً لرأي في الفقه، إذا طعن دائنو هذا الأخير، في التزامه بالدعوى البوليصية.

(١) د/ سليمان مرقس، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص ٨.

(٢) الدكتور/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

على أن تكون التبرع في طبيعة عقد الكفالة، ولكنها ليست عنصرا فيه. فيجوز للكفيل أن يتبرع بمقابل من المدين في نظير كفالته، ويصبح العقد، من ثم، معاودا. وإذا التزم الدائن، وهو الطرف الآخر في العقد، بدفع المقابل، سقطت التبرع. كيف الكفالة، كما يذهب جمهور الفقهاء، وصار بمثابة عقد تامر، ومن ثم عقدا أصليا، لا تابعا، واحتماليا، لا محددا، على نقيض الكفالة.

ويتفرع عن ذلك على صفة التبرع أن الكفالة لا يجوز إبرامها، بطريق الوكالة، إلا إذا تم بها توكيل خاص يعين فيه محلها على وجه التخصيص، بأن يبين فيها، على الأقل، المدين المكفول عنه والالتزام المكفول به. ولا يجوز، من ثم، أن يكون موضوع الوكالة كفالة شخص معين، دون تحديد الالتزام المكفول به، ولا كفالة للالتزام معين، دون تحديد المدين المكفول عنه.^(١)

وهناك رأي آخر^(٢)، أن الغالب في العمل أن تنشئ الكفالة للالتزام بمقابل، لأن الصورة الغالبة هي التي تكون الكفالة فيها معقودة لمصلحة المدين، فلا يكون التزام الكفيل مقصودا به التبرع للدائن بضمان الدين، وإنما للحصول منه على قرض جديد للمدين أو على امتداد أجل الدين الذي حل، أي أنه في العلاقة ما بين الكفيل والدائن يكون التزام الكفيل بمقابل. وإذا كان الكفيل في علاقته بالمدين قد قصد التبرع له بما اشترطه من الدائن

(١) للدكتور/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٣٨ وما بعدها.

(٢) د/ سليمان مرقس، عقد الكفالة، المرجع السابق، ص ١٠ وما بعدها.

لمصلحته، فإن هذه العلاقة كلها وما تقوم عليه من قصد التبرع لا دخل لها في تكييف عقد الكفالة ذاته، إذ لا عبرة في تكييف هذا العقد بالعلاقة التي تكون بين أحد طرفيه وبين المدين الذي يعتبر أجنبياً عنه، وإنما العبرة بالعلاقة التي تربط طرفيه (الدائن والكفيل).

ويترتب على هذا النظر أن تتوفر في الكفيل في غالب الأحوال أهلية التصرف لا أهلية التبرع، أي بحسب التعبير الشرعي وتعبير التقنين المدني أهلية الأعمال الدائرة بين النفع والضرر لا أهلية الأعمال الضارة ضرراً بحثاً. وهذه الأهلية لا تثبت إلا لمن بلغ الحادية والعشرين وكان رشيداً، ولم يحكم باستمرار الوصاية ولا بتوقيع الحجر عليه. فإذا كفل الصبي المميز دين غيره، كانت كفالته قابلة للإبطال فقط لا باطلة بطلاناً مطلقاً.

ونرى أنه من الصعب في القرض المصرفي، أن تكون الكفالة الشخصية عملاً تبرعياً من قبل الكفيل، إذ أن البنك يلتزم في مقابل الكفالة بالتزامات مادية في الغالب، مثل مدّ أجل الدين أو تقسيط السداد الأمر الذي نرى معه أن الكفالة الشخصية لدين القرض المصرفي تكون في الغالب بمقابل.

٤ - الكفالة عقد تابع؛

لا يترتب على كون التزام الكفيل تابعا للعقد الأصلي أن تأخذ الكفالة حتماً صفة الالتزام الأصلي من حيث أنه التزام مدني أو تجاري، بل تحتفظ الكفالة بتكييف مستقل لها من هذه الناحية بحسب طبيعتها الذاتية. ولأن الكفالة بطبيعتها يغلب فيها أن تنطوي على اشتراط لمصلحة الغير وأن مقصدها هو أداء خدمة للمدين، كان الأصل فيها أن تعتبر عملاً مدنياً ولو

كان الكفيل تاجراً والالتزام المكفول تجارياً، ما لم يكن الكفيل تاجراً يحترف كفالة الأشخاص بمقابل، فتكون حينئذ الكفالة الصادرة منه عملاً تجارياً بذاته لا بطريق التبعية حتى لو كان الالتزام المكفول مدنياً والمدين غير تاجر.

وقد نصت الفقرة الأولى من المادة (٧٧٩) مدني على أن " كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان الكفيل تاجراً "، وهي بذلك قد افترضت وجود القاعدة الأصلية ضمناً واقتصرت على بيان حكم كفالة الدين التجاري دفعا للشبهة فقط. ولم تعرض بشئ لحكم قانون التجارة الخاص بالأعمال القانونية التي يتخذ منها التاجر صناعة أو مهنة له، فتظل هذه خاضعة في تكييفها لأحكام قانون التجارة وتعتبر وفقاً له عملاً تجارياً^(١).

غير أن المشرع رأى أن يدفع شبهة أخرى فيما يتعلق بكفالة غير التاجر الناشئة عن ضمانات الأوراق التجارية ضمناً احتياطياً أو عن تظهيره هذه الأوراق، فنص في المادة (٧٧٩) فقرة ثانية مدني على أن هذه الكفالة تعتبر دائماً عملاً تجارياً. ويعلل ذلك أن الشكل التجاري لهذه الأوراق يبرر اعتبار كفالة الالتزامات الناشئة عنها كفالة تجارية.

وقصارى القول هو أن للكفالة نوعين: مدنية وتجارية، وأن الأصل فيها أن تكون مدنية، وأنها لا تكون تجارية أبداً بطريق التبعية بل بصفة أصلية فقط، إذا طابقت نصاً يقضي بذلك.

ويترتب على اعتبار الكفالة مدنية أو تجارية أهمية من حيث الإثبات ومن حيث الاختصاص القضائي.

(١) د/ سليمان مرقس، عقد الكفالة، ص ١١ وص ١٢.

وإذا طبقنا هذه القواعد على عقد الائتمان المصرفي، نجد أن الكفالة الشخصية لضمان دين الائتمان المصرفي قد تكون تجارية، إذا كان الكفيل يكفل المدين العميل في مواجهة البنك نتيجة مشاركة الطرفين في مشروعات تنشئ مصلحة تجارية مشتركة لهما، ففي هذه الحالة يكون الكفيل قد قام بهذه المهمة بسبب العمل التجاري المشترك بينه وبين المدين.

وصحيح أن هذا الاتفاق بين المدين والكفيل يكون خارجاً عن عقد الكفالة، ولكنه لا يعتبر خارجاً عن عملية التمويل المصرفي ذاتها، إذ أن المدين عندما يلجأ إلى الكفيل الشخصي لضمان دينه في مواجهة البنك، فإنه يلجأ إليه بعد الاتفاق مع البنك على المقابل سواء في أجل الدين أو كيفية السداد أو في منح القرض ذاته. ويقوم المدين باستغلال هذا المقابل الممنوح له من البنك الدائن في المشروع التجاري الذي يشترك فيه مع الكفيل، مما تتصف معه الكفالة الشخصية في هذه الحالة بأنها تجارية^(١).

عاشراً: هل يجوز كفالة الالتزام المستقبلي؟ ومدى تأثير ذلك على كفالة دين عقد التمويل المصرفي؟

لم يتضمن التقنين القديم، أسوة بالقانون الفرنسي، نصوص تتعلق بكفالة الالتزام المستقبلي، وخاصة إذا كان محلها فتح اعتماد. ومع ذلك، أجمع

(١) نصت المادة (٤٨) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه ١٠- لا تعتبر كفالة الدين التجاري عملاً تجارياً إلا إذا نص القانون على ذلك أو كان الكفيل بنكاً أو كان تاجراً وله مصلحة في الدين المكفول. ٢- لا يجوز في الكفالة التجارية أن يطلب الكفيل - ولو كان غير متضامن - تجريد المدين ما لم يتفق على غير ذلك.

الفقه، وأيده للقضاء، على جواز كفالته^(١). فينشأ التزام الكفيل بإيرام الكفالة حتى لو ظلت في هذه الحالة، معلقة على شرط كما ذهب لوران. وينشأ عنها في نمة الكفيل التزام بات، كأى التزام محله شئ مستقبل. فليست صحة كفالة الالتزام المستقبل سوى تطبيق للقاعدة العامة، الواردة في المادة (١/١٣١) من القانون للمدني، في جواز " أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً "، ولا تعني، في ذاتها، سوى إمكان قيام الكفالة قبل نشوء الالتزام المكفول به، وإن ظل وجودها للفعل معلقاً، في الحقيقة بنشوئه. وانفرد أحد الكتاب بالقول بعدم لزوم الكفالة إلا منذ قيام الالتزام الأصلي، بحيث يستطيع الكفيل، إلى وقت قيامه، أن يرجع فيها، إذ لا وجود للكفالة، في رأيه، بغير للالتزام أصلي، ولكن هذا رأي غير صحيح^(٢).

وقد تأثر الشارع، في المادة (٧٧٨) من القانون للمدني، بهذا الرأي الأخير، وقيد كفالة الالتزام المستقبل بوجوب أن يحدد مقدماً للمبلغ المكفول به، وأجاز للكفيل فيما لو لم يعين مدة للكفالة أن يرجع فيها، في أي وقت قبل نشؤ الدين المكفول به، وذلك حماية للكفيل، وهو شخص يتوسط عادة

(١) قضت محكمة النقض المصرية أنه: " تجوز كفالة الدين للمستقبل طبقاً لأحكام القانون للمدني القديم الذي نشأ الالتزام بالكفالة موضوع النزاع في ظله، ولو لم يتعين للمبلغ موضوع هذه الكفالة مقدماً، ما دام تعيينه ممكناً فيما بعد ". (نقض مدني، طعن رقم ٣٢٣ لسنة ٣٧ ق، جلسة ١٩٧٢/٥/٩، مجموعة المكتب الفني من ٢٣، ص ٨١٩).

(٢) د/ محمد كامل مرسي بك، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، طبعة ١٩٣٨، ص ٥٦ وما بعدها — للدكتور/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٦٤ وما بعدها.

دون أن يجني من وراء كفالته ربحاً ما. ولا نرى في المادة (٧٧٨) منفي، كما يرى البعض، حكماً يخالف المبادئ العامة، التي تقضي، في رأيهم، بأن الكفيل لا يستطيع الرجوع في الكفالة ويبقى ملتزماً بها حتى قبل نشوء الدين للمستقبل ما دام لم يعين وقتاً لكفالته. ويعتبر رجوع الكفيل، قبل نشوء الدين، تطبيقاً لحق كل عاقد في إنهاء العقد غير المحدد المدة، بإرادته المنفردة، نتيجة لتحريم الالتزامات المؤبدة، حماية لحريّة الفرد وتأميناً لاستقلاله. ويرى البعض، لإمكان الرجوع في الكفالة غير المحددة المدة، وجوب إخطار الدائن قبل نشوء الالتزام المكفول به، وإلا كان رجوعه عديم الأثر، وظل ملتزماً بالكفالة. وفي رأيهم، يجب على الكفيل، إذا أراد الإقادة من تلك الحماية القانونية " ألا يكون مقصراً تقصيراً يضر بالدائن". وهذا الرأي سليم في النتيجة التي انتهى إليها. ولكن الحجة التي استند عليها غير كافية لدعمه. بل إن المبادئ العامة تؤدي إليه دون الاستعانة بأية حجة. ذلك أن الرجوع في الكفالة، بحسبانه تعبيراً عن الإرادة، لا ينتج أثره القانوني إلا حينما يتصل بعلم الدائن. ومن ثم، يجب يتصل بعلمه قبل نشوء الالتزام المكفول به^(١).

وإذا طبقنا ذلك على كفالة دين عقد التمويل المصرفي، نجد أنه من الصعوبة أن يكفل أحد الأشخاص دين المدين في عقد مستقبلي للتمويل المصرفي، إذ أن كل عقد للتمويل المصرفي له ظروفه وشروطه وبنوده من مبلغ مقترض وفوائد وملحقات وغيره، الأمر الذي قد يصعب معه على أحد

(١) للدكتور/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٦٥ و ٦٦.

الأشخاص أن يكفل دين ائتمان مصرفي دون أن يعرف كل هذه الظروف. ولكن إذا افترضنا جدلاً أن مثل هذه الكفالة للدين المستقبل قد تحدث في دين الائتمان المصرفي، فيجب على البنك في هذه الحالة أن يبلغ الكفيل بمثل هذه الظروف المشار إليها لعقد التمويل قبل أن يتم العقد، ويلتزم بمقتضاه الكفيل بالدين المصرفي. وإذا لم يقم البنك بمثل هذا الإخطار، تبقى خطورة مدى التزام الكفيل بدين الائتمان المصرفي من حيث علمه بكافة الالتزامات المالية التي يكفلها من دين وفوائد وملحقات ومصاريف، لأن الكفيل قد يحتاج أو يدفع في مثل هذه الحالة بكفالاته للدين الأصلي فقط.

حادي عشر: التضامن في كفالة دين الائتمان المصرفي:

أ - الكفيل المتضامن مع العميل المدين:

قد يلتزم الكفيل، في مواجهة البنك للدائن، على وجه التضامن مع المدين. ويعتبر الكفيل دائماً، في الكفالة القانونية أو القضائية، متضامناً مع العميل للمدين. أما الكفالة الاتفاقية فتخضع للقاعدة العامة التي تقضي بأن التضامن لا يفترض، "بل يجب اشتراط التضامن في عقد الكفالة أو في عقد منفصل". وقد رأى بعض الفقهاء أن الكفيل المتضامن، إذا كان يعتبر، في مواجهة المدين، كفيلاً، فإنه يكون، في مواجهة الدائن، مديناً. وتسري، على العلاقة بينهما، القواعد التي تنظم علاقة الدائن بالمدين المتضامن. ولكن هذا الرأي لم يحظ بالقبول، وذهب غالبية الفقهاء، ومعه القضاء، إلى أن للتضامن لا أثر له على الكفالة، فيظل الكفيل المتضامن كفيلاً، ولا يصبح مديناً متضامناً. ومن ثم فهو يخضع لقواعد الكفالة إلا تلك التي لا تتفق مع نظام التضامن، فليس له، مثلاً، الدفع بالتجريد، لأن الكفالة، في جوهرها،

عقد تابع، بمقتضاه يلتزم الكفيل بوفاء دين على غيره، إذا لم يف به هذا الأخير. والكفيل الذي يلتزم بالتضامن لا يفقد صفة الكفيل، بل يظل كفيلًا بمقتضى نصوص التعهد الذي أبرمه. وما التضامن الذي قبله إلا هيئة أو وصفا لكفالاته، يجعله يفقد الدفع بالتجريد والتقسيم، ولكنه يحفظ له جميع المزايا الأخرى التي تترتب على مركزه كمدين ثانوي^(١).

وقد قضت محكمة النقض المصرية^(٢) بأن تضامن الكفيل مع المدين لا يصيره مديناً أصلياً، بل يبقى التزامه تبعياً، وإن كان لا يجوز له التمسك بالزام الدائن بمطالبة المدين بالوفاء أو التنفيذ أولاً على أمواله. كما قضت محكمة النقض الفرنسية في ذات المعنى^(٣) بأن "الكفالة ليست سوى ملحق

(١) الدكتور/ محمود جمال الدين زكي، التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

(٢) نقض مدني، طعن رقم ١٤٣ لسنة ٢٠ قضائية، جلسة ١٩٥٢/٤/٢٤، مجموعة المكتب الفني الجزء الثالث، ص ٩٦٩. وفي ذات المعنى (الطعن رقم ٦٤ لسنة ٣٣ قضائية، جلسة ١٩٦٨/٢/٢٢، مجموعة المكتب الفني، الجزء التاسع عشر، ص ٣٢٧. والطعن رقم ٥٠٢ لسنة ٤٤ قضائية، جلسة ١٩٧٧/١٢/١٤، مجموعة المكتب الفني السنة الثامنة والعشرين ص ١٧٩٨).

(٣) نقض فرنسي ١٩ فبراير سنة ١٩٠٨ (مشار إليه في دي باج، جزء ٦، ص ٨١٢، هامش ٢). ومع ذلك، قضت محكمة النقض الفرنسية، في حكم لها بأنه "في مواجهة الدائن، يسوى التزام الكفيل المتضامن وفقاً للمبادئ المقررة للديون التضامنية"، لتخلص إلى إمكان مطالبة هذا الكفيل دون أن يستطيع التمسك بوجوب مطالبة المدين مقدماً، ولا الاحتجاج بالمهلة التي منحت للمدين، لا بمقتضى القانون لأمر يتعلق بطبيعة الدين، ولكن اختياريًا ولا اعتبارات تتعلق بمركز الشخص تقدرها المحاكم". (نقض فرنسي ٢٨ فبراير سنة ١٩٣٩، سيرى ١٩٣٩ - ١ - ١٦١، وتعليق -

للدين الأصلي. ولا أهمية لكون الكفالة تضامنية، لأن هذا التضامن لا يغير من طبيعة الكفالة، ولكنه يعدل فقط من بعض آثارها".

وعلى ذلك نرى أنه لا يجوز أن يكون التزام الكفيل المتضامن أكبر قدراً، أو أقسى في شروطه، من التزام المدين. ويجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك، في مواجهة البنك الدائن، بالدفع التي يتمسك بها المدين، سواء تعلقت بالدين، أو كانت خاصة بالمدين، وتبرأ نمته "بمجرد براءة المدين".

ب. الكفلاء المتضامنون فيما بينهم:

أما إذا تعدد الكفلاء للمدين عن دين واحد، وكانوا متضامنين فيما بينهم، فلا يكون لهم ميزة التقسيم، التي تثبت للكفلاء غير المتضامنين فيما بينهم. ووفقاً للمبادئ العامة، لا يعتبر التضامن بين الكفلاء أمر مفترضاً بل

- روبييه (Roubier)، كما قضت بأن انقطاع التقادم في مواجهة الكفيل المتضامن يترتب عليه انقطاعه في مواجهة المدين (نقض فرنسي ٢٣ يوليو سنة ١٩٢٩، دالوز ١٩٣١ - ١ - ٧٣، تعليق أولو Holleaux)، وانقطاعه في مواجهة هذا الأخير يقطعه، كذلك، في مواجهة الكفيل المتضامن (نقض فرنسي ٢٣ يوليو سنة ١٩٢٩، جازيت دي باليه ١٩٢٩ - ٢ - ٧٨٤)، والحكم على الكفيل المتضامن حجة على للمدين (نقض فرنسي أول ديسمبر سنة ١٨٨٥، دالوز ١٨٨٦ - ١ - ٢٥١)، والحكم على هذا الأخير حجة على الكفيل المتضامن (نقض فرنسي ٢٨ ديسمبر سنة ١٨٨١، دالوز ١٨٨٢ - ١ - ٣٧٧، و٦ يناير سنة ١٩١٩، دالوز ١٩٢٣ - ١ - ١١٢)، وفي هذا تطبيق لأحكام التضامن بين المدينين وفقاً للقانون الفرنسي (انظر ريبير وبولا نجيه على وجيز بلانول، جزء ٢، فقرتي ١٨٧٧ - ١ و ١٨٧٩). { مشار إلى هذه الأحكام في التأمينات الشخصية والعينية، للدكتور/ محمود جمال الدين زكي، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٧٩ و ٨٠. }

يجب تقريره صراحة في العقد. وقد ذهب البعض، استناداً إلى عمومية نص المادة (٧٩٥) مدني، إلى القول بقيام التضامن بينهم في الكفالتين القانونية والقضائية. والصحيح، في نظرنا، أن المادة (٧٩٥) مدني، خاصة بالتضامن مع المدين، ولا شأن لها بالعلاقة بين الكفلاء المتعدين، حيث لم يرد الشارع، كما يظهر في المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني، إلا الاحتفاظ بالمادة ٦٠٩/٤٩٩ من التقنين المدني القديم مع جعلها شاملة للكفالة القانونية^(١).

ثاني عشر: تأثير عقد الكفالة الشخصية على ضمان سداد دين الائتمان المصرفي:

يجب التمييز بين ما إذا كان الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين وهذه هي الكفالة في صورتها البسيطة. وما إذا كان الكفيل قد التزم بالكفالة متضامناً مع المدين أو مع كفلاء آخرين وهذه هي الكفالة الموصوفة.

أ - الكفيل غير متضامن مع المدين أو مع كفلاء آخرين:

يطالب البنك الدائن الكفيل عند حلول الدين. وفي هذا الوقت يستطيع البنك الدائن أن يرجع على الكفيل، كما يستطيع أن يرجع على المدين. ولكن إذا لم يحل الالتزام في وقت واحد، وأن يحل التزام الكفيل قبل حلول سداد دين الائتمان المصرفي، فذلك يرجع إما لأنه قد حدد أجل لكل من الالتزامين، وأجل التزام الكفيل أقصر، أو لأنه حدد أجلاً واحداً لكل من

(١) راجع المذكرة التفسيرية للمشروع التمهيدي للقانون المدني، الجزء الثالث، ص ٧٢٧.

الالتزامين، وكان التزام سداد دين الائتمان قد مُدَّ أجله أو بحكم القاضي. وفي الحالتين يكون التزام الكفيل أشدَّ عبثاً من الالتزام الأصلي، فيجب جعل التزام الكفيل مساوياً في العبء للالتزام الأصلي، بأن يمتدَّ أجل التزام الكفيل حتى يساوي أجل التزام المدين الأصلي، أو بأن يستفيد الكفيل من مدَّ أجل التزام سداد الدين الائتمان، فيمتدَّ أجل التزامه بالقدر الذي امتدَّ به أجل التزام المدين الأصلي. أما إذا حلَّ الالتزام الأصلي قبل حلول أجل التزام الكفيل، فهذا جائز لأنَّ التزام الكفيل قد يكون أخفَّ عبثاً من الالتزام الأصلي. ويتحقق ذلك إذا حددَّ أجل التزام الكفيل أطول من أجل التزام الأصلي، وعندئذ لا يجوز للبنك الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين قبل أن يحلَّ الأجل المحدد لالتزامه حتى لو حلَّ أجل الالتزام الأصلي. ويتحقق ذلك أيضاً إذا كان الأجل واحد لكلا من الالتزامين كما هو الغالب. ولكن الأجل المحدد للالتزام بسداد دين الائتمان المصرفي يسقط بإشهار إفلاس المدين الأصلي أو إعساره أو بأن يضعف هذا التأمين الخاص لسبب لا دخل لإرادة المدين فيه، ما لم يقدم المدين للبنك الدائن ضماناً كافياً، أو بالآلا يقدم المدين للبنك ما وعد في عقد الائتمان بتقديمه من التأمينات (٢٧٣ مدني). وفي جميع هذه الفروض يسقط الأجل المحدد للدين الأصلي، ولكن ذلك لا يستتبع سقوط الأجل المحدد لالتزام الكفيل، لأنَّ المدين، بعد الكفالة، لا يستطيع أن يسئ إلى مركز الكفيل. وما دام الأجل المعطى للكفيل لم يسقط ولم يحل، فإنه يبقى قائماً، وعلى ذلك لا يستطيع البنك الدائن أن يطالب الكفيل بوفاء الدين إلا عند حلول الأجل المعطى للكفيل. وإذا نزل المدين الأصلي عن الأجل، ولم ينزل عنه الكفيل، فيبقى الأجل قائماً بالنسبة لهذا الأخير. وقد جاز للبنك الدائن أن يطالب الكفيل أو ينفذ على أمواله، فلا بد أن يكون عند

البنك الدائن سند تنفيذي ضد الكفيل، ولا يكفي السند التنفيذي ضد المدين. وإذا لم يكن سند الكفالة ورقة رسمية تصلح للتنفيذ به وجب على البنك أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد الكفيل، ولا يكفي أن يحصل على حكم قابل للتنفيذ ضد المدين^(١).

ب - الكفيل متضامن مع المدين أو كفلاء آخرين:

تنص المادة (٧٩٥) من القانون المدني على أنه " في الكفالة للقضائية أو القانونية يكون الكفلاء دائماً متضامنين ". ويفهم من هذا النص أن الكفيل القضائي والكفيل القانوني يكون دائماً وبحكم القانون متضامناً مع المدين. ومتى قدم العميل المدين للبنك الدائن كفيلًا يكفله الدين بموجب حكم قضائي أو نص في القانون، كان هذا الكفيل متضامناً مع المدين.

ومصدر التضامن بين الكفيل والمدين هو نفس مصدر التضامن بين المدينين الأصليين، وهو الاتفاق أو القانون.

المصدر الأول: (الاتفاق): في الغالب يكون الاتفاق هو مصدر تضامن الكفيل مع المدين. ويشترط الدائن تضامنها معاً. ويصح إدراج اشتراط البنك الدائن للتضامن في عقد التمويل المصرفي ذاته الذي أنشأ للدين. كما يصح أن يكون في عقد مستقل تالياً لعقد التمويل. ولا يجوز افتراض وجود التضامن دون الاتفاق على ذلك اتفاقاً واضحاً. وإذا لم يشترط البنك الدائن للتضامن، فُسر العقد لمصلحة الكفيل، فيكون غير متضامن مع المدين. وقد يكون شرط للتضامن ضمناً، ومن ثم فإن على من يدعي التضامن أن يثبت

(١) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، للجزء العاشر والأخير، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ٩٠ وما بعدها.

وجوده طبقاً للقواعد العامة في الإثبات، وعند الشك يعتبر التضامن غير موجود.

المصدر الثاني: (القانون): وهناك مثالان على تضامن مصدره القانون بين الكفيل والمدين، هما الكفالة القضائية والكفالة القانونية، فكل كفيل قضائي أو قانوني يكون متضامناً مع المدين. ومصدر التضامن هنا هو نص المادة (٧٩٥) من القانون المدني. كذلك إذا كانت الكفالة ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً، فإن الضامن الاحتياطي يكون كفيلاً متضامناً مع المدين ومصدر التضامن هنا هو نص المادتين (٤٤٢، ٥٠٠) من القانون التجاري^(١).

— تضامن الكفلاء فيما بينهم: قد يتعدد الكفلاء ويكونون متضامنين فيما بينهم وغير متضامنين مع المدين. ومصدر تضامن الكفلاء هو القانون أو الاتفاق. ويجوز أن يكون الكفلاء متعددين متضامنين فيما بينهم، ومتضامنين مع المدين في وقت واحد. ويجوز أن يكون كل من الكفلاء متعددين متضامناً مع المدين دون أن يكون هؤلاء الكفلاء متضامنين فيما بينهم. فلو أن مديناً واحداً كان له كفيلين، وكان كل كفيل متضامناً معه، فإن الكفيلين لا يكونا متضامنين فيما بينهما. ومع ذلك يسري على الكفيلين كثير من أحكام التضامن وبوجه خاص يكون كل منهما مسئولاً عن كل الدين،

(١) تنص المادة (٤٤٢) من القانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أنه "١- الأشخاص الملزمون بموجب كمبالة مسئولون بالتضامن قبل حاملها.....". كما تنص المادة (٥٠٠) من ذات القانون على أنه "١- يجوز ضمان الوفاء بقيمة الشيك كلها أو بعضها من ضامن احتياطي.....".

ولا يكون لأي منهما حق التقسيم، إذ أن كلاً منهما مسئول عن كل الدين بحكم تضامنه مع المدين. ويجوز أن يتعدد الكفلاء، ويكون بعضهم متضامناً مع المدين وبعض آخر غير متضامن معه، فلو أن مديناً واحداً كان له ثلاثة كفلاء، اثنان منهم متضامنان معه، والثالث غير متضامن، فإن حق التقسيم أو التجريد لا يكون للمتضامين معه، ويكون كل منهما مسئولاً عن كل الدين. أما الكفيل الثالث غير المتضامن مع المدين، فيكون له حق التقسيم إذا توافرت شروطه، فلا يكفل إلا حصته في الدين، ويكون له أيضاً حق التجريد. ويجوز أن يتعدد الكفلاء والمدينون في دين الائتمان المصرفي، وفيه يكون المدينون متضامين. فإن كان الكفلاء أيضاً متضامين فيما بينهم، ولكنهم غير متضامين مع المدينين المتضامين، لم يكن لهؤلاء الكفلاء المتضامين فيما بينهم حق التقسيم، ولكن يكون لهم حق التجريد لأنهم غير متضامين مع المدينين المتضامين. إما إذا كان الكفلاء غير متضامين فيما بينهم وكفلوا بعقد ائتماني واحد، كان لهم حق التقسيم، وكان لهم أيضاً حق التجريد. وإذا كفّلوا بعقود ائتمانية متوالية، لم يكن لهم حق التقسيم إلا إذا احتفظ أي منهم بهذا الحق فيكون له، ولكن يكون لهم حق التجريد. لأنهم غير متضامين مع المدينين المتضامين. وإذا كان الكفلاء متضامين فيما بينهم ومتضامين أيضاً مع المدينين المتضامين، لم يكن لهم لا حق التقسيم ولا حق التجريد^(١).

(١) راجع د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ١٣٩ وما بعدها. كما جرى قضاء محكمة النقض في ظل القانون المدني القديم بأن مودى نص للمادة ١١٠ منه أن مطالبة أي واحد من المدينين المتضامين تسرى في حق باقي -

ثالث عشر: عيوب الكفالة الشخصية كضمانة من ضمانات سداد دين
الائتمان المصرفي:

(١) الكفيل المتضامن والمدين المتضامن — أوجه الدفع التي يستطيع أن
يحتج بها كل منهما:

تنص المادة (٧٩٤) من القانون المدني على أنه " يجوز للكفيل

- المدينين كما أن مطالبة أى واحد من الكفلاء المتضامنين تسرى فى حق سائر
زملائه لإتحادهم فى المركز والمصلحة إتحاداً اتخذ منه القانون أساساً لافتراض
نوع من الوكالة بينهم فى مقاضاة الدائن لهم ومن ثم كان حكم المادة ١١٠ سالف
الذكر سارياً فيما بين المدينين المتضامنين بعضهم وبعض الكفلاء المتضامنين
بعضهم وبعض وتكون مطالبة الدائن لبعض الكفلاء المتضامنين بالدين مطالبة منه
للآخرين ويكون الحكم الصادر ضد هذا البعض حجة على باقى الكفلاء المتضامنين
وقاطعاً لمدة التقادم بالنسبة لهم.....

ومتى كان وفاء الكفيل المتضامنين وفاء صحيحاً لدين قائم فإنه يحق له أن يرجع
على باقى الكفلاء المتضامنين معه كل بقدر حصته فى الدين الذى أوفاه للدائن.
ويكون هذا الرجوع إما بدعوى الحلول أو بالدعوى الشخصية التى أساسها النيابة
التبادلية المفترضة قانوناً بين المتعهدين المتضامنين فى الدين على ما تقرره المادة
١٠٨ من القانون المدنى الملغى. وإذا كانت الدعوى الشخصية تقدم على الوكالة
المفترضة بين الكفلاء المتضامنين فإنه يتعين — فى شأن تقادمها — إعمال قواعد
التقادم المقررة فى شأن الوكالة واعتبار مدة التقادم بالنسبة لتلك الدعوى خمسة
عشرة سنة تبدأ من تاريخ وفاء الكفيل المتضامن إذ من هذا التاريخ فقط ينشأ حقه فى
الرجوع على المتعهدين المتضامنين معه ويصبح هذا الحق مستحق الأداء. (الطعن
رقم ٣٩٢ من ٣١ ق، جلسة ١٠/٢/١٩٦٦، مجموعة المكتب الفنى، س ١٧ الجزء
الأول، ص ٢٧٩).

المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفع متعلقة بالدين". ولقد كان التشريع السابق ويجاريه المشروع التمهيدي يؤيد الرأي القائل بأن الكفيل، متضامنا أم عاديا، له أن يدفع بكل دفع المدين ما عدا نقص الأهلية إذا كان الكفيل يعلم به. ويتفق هذا الرأي مع التفinitionات الحديثة، كذلك بجاري القضاء المصري هذا الرأي. ويقتضينا ذلك أن نبحث في ماهية الدفع التي يستطيع أن يتمسك بها المدين المتضامن؟، ثم ما هي الدفع التي يستطيع أن يتمسك بها الكفيل المتضامن مع المدين؟

تنص الفقرة الثانية من المادة (٢٨٥) من القانون المدني على الوجه الآتي " ولا يجوز للمدين الذي يطالبه الدائن بالوفاء أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين، ولكن يجوز له أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به وبالأوجه المشتركة بين المدينين جميعاً". ومثل أوجه الدفع الخاصة بالمدين المطالب بالوفاء، تكون الرابطة التي تربط هذا المدين بالبنك الدائن في عقد الائتمان المصرفي مشوبة بعيب في الرضاء أو بنقص في أهلية هذا المدين، أو تكون هذه الرابطة قابلة للفسخ، فيطالب المدين بفسخها، أو تكون قد انقضت بسبب غير الوفاء كالمقاصة واتحاد الذمة والإبراء والتقادم. وهذه جميعا يحتج بها المدين الذي قام السبب في جهته، ويدفع بها مطالبة البنك الدائن. وأما أوجه الدفع المشتركة بين البنوك الدائنين جميعا، كأن يكون عقد الائتمان المصرفي — الذي أنشأ الالتزام التضامني — باطلا في الأصل لانعدام رضاء المدينين جميعا، أو لعدم توافر شروط المحل أو السبب أو لعب في الشكل أو يكون عقد الائتمان المصرفي قابلا للإبطال لصالح جميع المدينين، بأن يكون قد وقع عليهم جميعا إكراه أو تدليس أو وقعوا

جميعاً في غلط جوهري، أو يكون العقد قابلاً للفسخ في حالة عدم وفاء البنك الدائن بما تعهد به، فيكون لكل من المدينين المتضامنين حق المطالبة بالفسخ أو يكون أحد المدينين قد وفى الدين كله فبرئت ذمة الجميع. وفي هذه الحالة يكون لكل منهم أن يحتج بهذا الوفاء على الدائن.

ولا يحتج المدين المتضامن المطالب بالوفاء بأوجه الدفع الخاصة بغيره من المدينين المتضامنين مثلما هو الحال إذا وقع تدليس أو إكراه على غيره أو وقع غيره في غلط جوهري، فلا يحتج هو بذلك. وإذا كان غيره ناقص الأهلية، فلا يحتج هو بنقص أهلية هذا المدين. وإذا كان التزام غيره معلقاً على شرط أو مضافاً إلى أجل فلا يتمسك هو بهذا الدفع. وإذا قام سبب غير الوفاء لانقضاء التزام غيره، فلا يحتج هو بهذا السبب إلا بقدر رخصة هذا المدين. ولا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج بالدفع التي ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفيلًا، لأنه ليس بكفيل بل مدين أصلي، لذلك لا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته بقدر ما أضاعه البنك الدائن بخطئه من التأمينات. ولا يستطيع أن يحتج ببراءة ذمته لتأخر البنك الدائن في اتخاذ الإجراءات ضد مدين آخر.

أما أوجه الدفع التي يحتج بها الكفيل المتضامن مع المدين، فتتص المادة (٧٩٤) من القانون المدني على أنه "يجوز للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفعات متعلقة بالدين". فالكفيل المتضامن في التقنين المدني ليس في مركز المدين المتضامن، بل يبقى كفيلًا التزامه تابع للالتزام الأصلي. ولما كان للكفيل المتضامن أن يتمسك بما يتمسك به الكفيل غير المتضامن من دفعات متعلقة بالدين، وكان للكفيل غير المتضامن،

طبقاً لنص المادة (١/٧٨٢) من القانون المدني، أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين، فإن للكفيل المتضامن مع المدين أن يحتج بأوجه الدفع إلى مدى أبعد مما يحتج به المدين المتضامن: فله أن يتمسك ببطلان التزام المدين لعيب في الشكل أو لانعدام الرضاء أو لعدم توافر شروط المحل أو لعدم مشروعية السبب. أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يحتج ببطلان التزام مدين متضامن آخر، إذا كان سبب البطلان خاصاً بهذا المدين الآخر. وللكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بإبطال عقد الائتمان المصرفي، لأن التزامه يكون تبعاً لذلك قابلاً للإبطال. ولا يستطيع المدين المتضامن أن يحتج بقابلية التزام مدين آخر للبطلان إذا كان سبب ذلك راجعاً إلى المدين الآخر. ويستطيع الكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك بنقص أهلية المدين الأصلي إلا إذا كان قد كفل هذا المدين بسبب نقص أهليته. وإذا انقضى التزام المدين الأصلي بسبب غير الوفاء كالتجديد أو المقاصة أو اتحاد الزمة أو الإبراء أو التقادم، جاز للكفيل المتضامن مع المدين أن يتمسك هو أيضاً بانقضاء التزامه التابع لالتزام المدين. أما المدين المتضامن فلا يستطيع أن يتمسك بانقضاء التزامه إلا بقدر رخصة المدين المتضامن الذي قام به سبب الانقضاء. وهناك نفوع ترجع إلى مركز الكفيل باعتباره كفلاً. ويستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج بها دون أن يستطيع المدين المتضامن ذلك، فيستطيع الكفيل المتضامن أن يحتج ببراءة نمته بقدر ما أضاعه البنك الدائن بخطئه من التأمينات، ويتأخر البنك في اتخاذ الإجراءات ضد المدين الأصلي، وبعدم تقدمه في تقييصة المدين الأصلي، ولا يستطيع المدين المتضامن الاحتجاج بشئ من ذلك.

ومما ذلك نرى أن المبدأ الأساسي هو التزام الكفيل المتضامن مع المدين فالتزام الكفيل العادي تابع لالتزام المدين الأصلي، فينقضي التزام الكفيل المتضامن بانقضاء التزام المدين الأصلي ولو بسبب آخر غير الوفاء. وبخلاف المدين المتضامن، فإن التزامه ليس تابعا لالتزام مدين متضامن آخر. ولذلك لا يستطيع أن يحتج بأوجه الدفع الخاصة به، وبذلك المشتركة بين المدينين المتضامين جميعا. ولا يحتج بانقضاء التزام مدين متضامن آخر لسبب غير الوفاء إلا بقدر رخصة هذا المدين، في حين أن الكفيل للمتضامن له أن يحتج بانقضاء الدين كله، ولو لسبب آخر غير الوفاء. ولكن إذا أراد الكفيل المتضامن أن يكون في مركز المدين المتضامن نفسه، فلا يحتج إلا بأوجه الدفع التي يحتج بها المدين المتضامن، وبالقدر الذي يحتج به الأخير. وفي ذلك تقوية لضمان الدائن إذ يكون مسئولا أمامه مدينان متضامنان لا مدين وكفيل متضامن معه^(١).

(٢) الدفع التي يدفع بها الكفيل غير المتضامن رجوع البنك الدائن عليه:

وعندما يحل دين الائتمان المصرفي ويريد البنك الدائن الرجوع على الكفيل بما يجوز له الرجوع به عليه، يجوز للكفيل أن يدفع رجوع الدائن عليه بدفوع مختلفة:

له أولاً أن يدفع رجوع البنك الدائن عليه بوجوب رجوع الدائن على عميله للمدين أولاً (مادة ١/٧٨٨ مدني).

(١) راجع د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ٤٨ وما بعدها

وله ثانياً أن يتمسك بالدفع التي يجوز للمدين أن يحتج بها، لأن التزامه تابع لالتزام المدين (مادة ٧٨٢ مدني).

وله ثالثاً أن يدفع بدفع خاصة به، وهي دفع خاصة بالتزامه ككفيل ودفع خاصة بالكفالة ذاتها.

وله رابعاً وأخيراً، إذا أراد الدائن التنفيذ على أمواله، أن يدفع بالتجريد (مادة ٢/٧٨٨ - ٧٩١ مدني).

(٣) كفالة الدين التجاري في القواعد العامة (في القانون المدني) تعتبر عملاً مدنياً فيما يتعلق بقواعد الإثبات فيما عدا استثناءات معينة:

يعتبر ذلك استثناءً من قاعدة تبعية التزام الكفيل لالتزام المكفول، إذ يكون إثبات الكفالة بالطرق المدنية. وقد ورد هذا النص بسبب أن الكفيل الشخصي عادة ما يكون متبرعاً في كفالته للمدين الأصلي ولا شأن له بالأعمال التجارية والمضاربة الخاصة بها. وعلى ذلك تسري الفوائد الخاصة بالأعمال المدنية وليست التجارية. وإذا كانت ناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو كانت ناشئة عن تظهير الأوراق التجارية مثل الكمبيالة أو السند الاذني فإنها تعتبر عملاً تجارياً، وتسري عليها أحكام الأعمال التجارية من فوائد وغيره^(١).

(٤) هل يجب إثبات كفالة دين الائتمان المصرفي بالكتابة؟

(١) تنص المادة (٧٧٩) من القانون المدني على أنه "١ - كفالة الدين التجاري تعتبر عملاً مدنياً ولو كان للكفيل تاجراً. ٢ - على أن الكفالة الناشئة عن ضمان الأوراق التجارية ضماناً احتياطياً أو عن تظهير هذه الأوراق، تعتبر دائماً عملاً تجارياً".

تنص المادة (٧٧٣) من القانون المدني على أنه "لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة، ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالبينه"، ونخلص من هذا النص أن الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل ولكنها غير ضرورية لانعقاد الكفالة. لذلك ليست الكفالة عقداً شكلياً. وليست الكتابة ضرورية لإثبات التزام الكفيل حتى ولو كان الالتزام المكفول يثبت بالبينه. كما أن الكتابة لازمة لإثبات التزام الكفيل أياً كانت قيمته. ويقوم مقام الكتابة مبدأ الثبوت بالكتابة، كما يجوز الإثبات بالبينه إذا وُجد مانع يحول دون الحصول على دليل كتابي، أو إذا فقد الدائن سنده الكتابي لسبب أجنبي لا يد له فيه، كذلك يجوز إثبات الكفالة بالإقرار واليمين، ولكن الإثبات بالكتابة ضروري فيما بين الكفيل والدائن أما فيما بين الكفيل والمدين عندما يريد الأول الرجوع على الثاني بعد أن يفي بالالتزام، فلا تشترط الكتابة، ويخضع الإثبات هنا للقواعد العامة. كما أن الإثبات بالكتابة ليس ضرورياً حتى فيما بين الكفيل والدائن إذا كان التزام الكفيل تجارياً^(١).

ويجب أن تكون الكتابة ثابتة التاريخ حتى يجوز الاحتجاج بها على الغير. ويصدق ذلك إذا وفي الكفيل الدين، وحل محل الدائن في رهن رسمي مثلاً، وكان هناك دائن مرتهن تال في المرتبة.

٥) عيوب الرضا في الكفالة^(٢):

تسري هنا القواعد العامة، وعلى ذلك تكون الكفالة قابلة للإبطال للغلط،

(١) عقود الائتمان المصرفي تتصف أغلبها بالطابع التجاري، الأمر الذي يمكن معه إثبات كفالة الدين فيها بكاف طرق الإثبات.

(٢) د/ عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، الجزء العاشر والأخير، في التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ٧٨ وما بعدها.

إذا وقع الكفيل في غلط جوهري في خصوص الدين الذي يكفله. ومن ذلك اعتقاده أنه يكفل كفالة مدنية ديناً مدنياً، ولكنه يوفي بدين التزام طبيعي، وكان يعتقد الكفيل أنه يكفل ديناً لا ينتج عنه فوائد، فإذا به ينتجها. ولكن يبقى الكفيل ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الدائن استعداده لتنفيذ هذا العقد^(١). وتكون الكفالة قابلة للإبطال، إذا شاب رضاء الكفيل تدليس، كان أو همه الدائن (البنك) غشاً بحيازة المدين الأصلي، فإذا به غير ذي جدارة ائتمانية أو أوهمه بوجود ضمانات أخرى للدين اعتمد عليها الكفيل، فإذا هذه الضمانات غير موجودة أو باطلة. ويمكن القول بأن الكفالة قد عقدت بالإكراه، فتكون قابلة للإبطال.

هل العلاقة بين الكفيل والمدين تحافظ على حقوق الطرفين؟:

إذا وفى الكفيل الدين للبنك الدائن، فله الرجوع على المدين بما وفاه. لذلك، أوجب الشارع على الكفيل إخطار المدين قبل الوفاء حتى يستطيع هذا الأخير منعه منه إذا كانت لديه أسباب توجبه. وللکفيل الموفي أن يرجع على المدين بدعوى شخصية ناشئة عن ذات الوفاء، وكذلك بدعوى الحلول، لأنه، بنص القانون، يحل محل البنك الدائن في حقوقه قبل المدين المكفول عنه. على أن الكفيل قد يكفل عدة مدينين متضامنين أو قد يقتصر على كفالة أحدهم.

(١) تنص المادة (١٢٤) من القانون المدني على أنه " (١) ليس لمن وقع في غلط أن يتمسك به على وجه يتعارض مع ما يقضي به حسن النية. (٢) ويبقى بالأخص ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه، إذا أظهر الطرف الآخر استعداده لتنفيذ هذا العقد."

والحقيقة أن جميع هذه التعقيدات في كفالة دين الائتمان المصرفي قد تجعل البنوك الدائنة تعيد التفكير عدة مرات قبل أخذ القرار بمنح الائتمان لعميل لا يملك ما يقدمه من ضمانات للسداد سوى كفالة أحد الأشخاص له، لأنه، وكما عرضنا في هذا المبحث، قد يدفع الكفيل مطالبة البنك له بتجريد المدين قبل مطالبته بالدين، وذلك ما يجعل البنوك تحجم عن منح هذه التمويلات والتي قد تحتاج إلى إجراءات وتعقيدات عديدة حتى تضمن حقها في سداد مبلغ التمويل في نهاية عقد الائتمان، وقد تواجه صعوبات تعوق سداد الدين.

ولكن تبقى الكفالة كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي لها أهميتها بالنسبة للبنوك وخاصة إذا كان الكفيل عميلاً أو شخصاً ذا وزن وسمعة طيبة والذي، خشية على سمعته، قد يسدد دين البنك في حالة مطالبته به ثم يرجع على للمدين الأصلي بما سدده. كما أن الكفالة في بعض الأحوال قد تحمي للبنوك الدائنة في بعض الأحوال في ضمان سداد حقوقها المالية وذلك عند عدم كفاية الضمانات العينية في السداد وتعرثر المدين في سداد قيمة التمويل.

نتناول في المبحث التالي إلى الأرصدة الدائنة وهي ضمانات مهمة من ضمانات الائتمان المصرفي. ولكن يجب أن نحدد ماهيتها ونعرفها بالتفصيل حتى لا تختلط مع عمليات بنكية أخرى لا تعد ضمانات للائتمان.



المبحث الرابع الأرصدة الدائنة^(١)

عقد الوديعة النقدي التقليدي بين البنك والعملاء هو عقد واضح

(١) يثير موضوع الودائع النقدية بعض التساؤلات بالنسبة لقواعده التي لا يجب الخلط بينها وبين الحساب الجاري، إذ أن لكل منها مجالاً بالنسبة للعملاء والبنوك. ولأهمية هذا للموضوع سوف نعرض ما جاء في المذكرة الإيضاحية لقانون التجارة الجديد تعليقا على النصوص القانونية الخاصة بودائع النقود، وذلك على النحو التالي:

تنص المادة (٣٠١) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن " وديعة النقود عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها للمودع طبقاً لشروط العقد ". ويتفق هذا التعريف وما يجري عليه للعرف، والقانون المدني في مادته (٧٢٦) تحت عنوان (بعض أنواع الوديعة): التي تنص على أنه " إذا كانت الوديعة مبلغاً من النقود أو أي شيء آخر مما يهلك بالاستعمال، وكان المودع عنده مأذوناً له في استعماله اعتبر العقد قرضاً " والمادة (٥٣٨) من القانون المدني التي تقرر أن " القرض عقد يلتزم به المقرض أن ينقل إلى المقرض ملكية مبلغ من النقود أو أي شيء مثلي آخر، على أن يرد المقرض مثله في مقداره ونوعه وصفته ". وما دام البنك يملك النقود المودعة فإين له أن يستخدمها كما يشاء بشرط أن يكون ذلك بما يتفق ونشاطه، فإذا أعطيت النقود للبنك وكان مقصوداً أن يتصرف فيها لنشاط غير نشاطه لم تكن وديعة مما يقصده النص.

وإذا امتنع البنك عن رد الوديعة إلى المودع لم يعتبر خائناً للأمانة كما هو شأن الوكيل الذي يمتنع عن رد الأمانة إلى صاحبها، بل يعتبر مدنياً بها متعشراً أو ممتنعاً عن رد القرض وطبقت عليه الأحكام العامة في القانون. ويسحب وصف الوديعة على كل نقود تودع لدى البنك أو يتلقاها بأي سبب =

- كان كشهادات الاستثمار أو شهادات الإيداع أو غيرها من الشهادات للمعاملة، أو لأرباح هذه الشهادات.

ولا يسحب هذا للوصف على النقود التي تعطى للبنك ليجرى بها أي عمل قانوني لحساب المودع أو غيره، حيث لا ينطبق عليها وصف الوديعة بل تعد العملية وكالة إليه وما النقود المصلحة إليه إلا وسيلة لتنفيذ وكالته.

ولوردت المادة (٣٠٢) في فقرتها الأولى من قانون التجارة المشار إليه أن على البنك المودع لديه أن يفتح للمودع حساباً تقيد فيه جميع العمليات التي تتم بين البنك والمودع أو بين البنك والغير لحساب المودع. وهذا الحساب الذي يفتحه البنك هو حساب بسيط أو عادي أو حساب شيكات، كما تسميه البنوك. والأصل في إدراج العمليات المذكورة في الحساب ألا يحدث فيها أي تغيير، إذ ما هذا الحساب إلا للتعبير العددي لنتيجة هذا العمليات، فتظل كل منها بعد إدراجها في الحساب — كما كانت قبل إدراجها فيه — محتفظة بطبيعتها مستقبلية لاستقلالها وذاتيتها خاضعة للأحكام للقانونية المناسبة لها. ووظيفة هذا الحساب هي مجرد تمثيل للعمليات التي تقع بين طرفيه دون أن يكون له أي تأثير فيها، وذلك على خلاف الحساب الجاري الذي نظمته المادة (٣٦١) من قانون التجارة.

هذا للحساب البسيط تقيد فيه جميع العمليات التي تقع بين الطرفين لو بين البنك والغير لحساب المودع، فيما عدا العمليات التي يتفق للعميل والبنك على عدم قيدها فيه (م ٢/٣٠٢). إذ هو ينشأ بمقتضى إرادة الطرفين، فلها أن تحدد ما يدخله وما لا يدخله.

وأضافت المادة (٣٠٣) من قانون التجارة حكماً منطقياً، بأن قررت أنه لا يترتب على عقد الوديعة حق للمودع في سحب مبالغ من حساب الوديعة إذا لم يكون رصيد هذا الحساب دائماً. فإذا أجرى البنك عملياته لحساب المودع — أي كانت — يترتب عليها أن أصبح رصيد حساب الوديعة مدينياً وجب على البنك إخطار المودع فوراً لتسوية مركزه. وهذا الواجب على البنك جزاؤه أن يسأل أمام عميله عن عدم الإخطار بنفاذ الرصيد أو كونه أصبح مدينياً على العميل.

- وعرضت المادة (٣٠٤) بفقرتها لبيان الحساب الذي يرسله البنك إلى عميله فقررت فقرتها الأولى أن يرسل البنك بياناً بالحساب إلى المودع مرة على الأقل كل سنة، إلا إذا قضى اتفاق الطرفين أو العرف بإرسال البيان أكثر من مرة كل سنة. فإذا كان الحساب قد قطع قبل إرساله، كان حصل وفاء شريك من الرصيد، وجب أن يتضمن البيان صورة من الحساب بعد آخر قطع له ومقدار الرصيد المرحل وذلك كي يكون للعميل على بيّنة من أمره.
- ومعنى قطع الحساب وقف تشغيله في لحظة معينة واستخراج رصيده في هذه اللحظة ثم ترحيل هذا الرصيد إلى الحساب ذاته الذي يستأنف حركته مباشرة، والهدف من هذا القطع إخطار العميل برصيده المؤقت في الحساب وتمكينه من الوقوف على حقيقة مركزه فيه، أي على ما إذا كان الرصيد دائماً أو مديناً بالنسبة إليه في الدورة التي انتهت، فلا يعد قطع الحساب قفلاً له، وإنما يظل مفتوحاً ويستأنف حركته عقب كل قطع بعد أن يرحل إليه الرصيد المؤقت الناتج عن هذه الدورة المنتهية.
- وتخفيفاً على للبنك من مسك الحسابات عن مدة تزيد على ثلاث سنوات ويندر أن يسكت المودع على عدم تقديم الحساب أو على الغلط أو السهو أو التكرار الوارد في كشف الحساب عن تلك المدة، نصت المادة (٣٠٤) في فقرتها الثانية على أن " لا يقبل أي طلب لتصحيح الحساب ولو كان مبنياً على غلط أو سهو أو تكرار وذلك فيما يتعلق بالقيود التي مضى عليها أكثر من ثلاثة سنوات ما لم يخطر المودع البنك خلال هذه المدة بعدم تسلم بيان بحسابه وفقاً للأوضاع المذكورة في الفقرة السابقة" عندئذ يكون من حق المودع أن يتمسك بتصحيح هذه القيود.
- والنص يواجه القيود التي مضى عليها أكثر من ثلاث سنوات، أما القيود التي لم تمض عليها هذه المدة فيجوز طلب تصحيحها ولو كان القيد ذاته قد مضى عليه أكثر من ثلاثة سنوات.
- هذا عن حساب الوديعة، أما عن مدة الإيداع فقد نصت المادة (٣٠٥) على أن ترد الوديعة بمجرد الطلب. هذا هو الأصل ما لم يتفق على غير ذلك.
-

- فالببرة بالاتفاق ولا مال لعرف مخالف؁ وللمووع حق التصرف في رصيهه الالان أو في جزء منه وبأي طريق ما لم يعلق استعمال هذا الحق على إخطار سابق للبنك؁ أو على حلول أجل. وإذا توفي المووع وكانت الوبعة مصحوبة بأجل تستمر الوبعة قائمة وفقاً لشروط العقد؁ لأنه لا يتأثر بالوفاة حيث أن عقد الإياع ليس من العقود للقائمة على الاعتبار الشخصي؁ ويستمر عائد الوبعة في مريانه وذلك ما لم يطلب للورثة استرداد الوبعة قبل حلول أجلها.

ونظمت المادة (٣٠٦) عمليات السحب والإياع؁ فقضت بأنها تكون في فرع البنك الذي فتح فيه الحساب لأنه فرع البنك الذي يمسك بفاتره التي تبين هذه العمليات؁ ما لم يتفق على غير ذلك.

وإذا هلك الوبعة النقدية بقوة قاهرة كما إذا احترق البنك للمووع لديه أو استولى عليه العدو في حرب مثلاً؁ كان الهلاك على البنك لأنه مالك لها؁ وإذا أفلس البنك اعتبر المووع دائناً عادياً في التفليسة فلا يجوز استردادها بذاتها من التفليسة. وتسترد للوبعة بالعملة التي أودعت بها طبقاً لنص القانون المدني في المادة (٣٤١).

ويسقط للزام البنك بالرد بالتقادم العادي؁ أي ١٥ سنة؁ ويخضع هذا التقادم للقواعد العامة من حيث وقف المدة وانقطاعها؁ ومع ذلك إذا اقترنت الوبعة بفتح حساب جاري للمووع فلا تسري المدة إلا من تاريخ قفل الحساب وتسويته نهائياً. هذا ويراعى مع ذلك القوانين الأخرى التي تؤدي إلى سقوط حق المووع في الاسترداد.

وقد يكون للشخص الواحد أكثر من حساب في البنك ذاته؁ كما إذا فتح تاجر حساباً لشئونه الشخصية وحساباً آخر لشئون تجارته أو إذا تعددت أنواع التجارة التي يزاولها للتاجر وفتح لكل منها حساباً خاصاً برقم خاص مستقل ودفتر شيكات مستقل؁ فالأصل أن يعتبر كل حساب مستقلاً ومنفصلاً عن الحسابات الأخرى. وتقرر المادة (٣٠٧) أنه إذا تعددت حسابات المووع في بنك واحد أو في فروعه اعتبر كل حساب منها مستقلاً عن الحسابات الأخرى. وينبني على ذلك أنه -

بالمقارنة بعقود وديعة نقدية أخرى مثل عقد الوديعة النقدية المشتركة... الخ. هناك بعض النصوص القانونية وهناك بعض القواعد التي تحكم العلاقة بين البنك والعملاء في عقد الوديعة النقدية، ولكن في ذات الوقت، هناك بعض الشروط الأخرى للمتروكة لاتفاق الطرفين، فهناك بنوك لديها الاستعداد للاتفاق على عقود وديعة مع العملاء بشكل أكثر تطوراً من العقود التقليدية،

- إذا سحب العميل شيكاً على أحد الحسابات وكان رصيد هذا الحساب دائناً وجب على البنك أداء قيمة الشيك ولو كان مجموع الحسابات مدنياً وإذا أشهر إفلاس العميل فلا يجوز للبنك التمسك بالمقاصة بين أرصدة الحسابات المختلفة حتى لا يخلق لنفسه مركزاً ممتازاً، بل إن عليه أن يدفع للتفليسة الأرصدة الدائنة ويشترك فيها بالأرصدة المدينة ويخضع في شأنها لقسمة الغرماء.

ومن الواضح أن هذا الحل هو الذي يتبع ما لم تتجه نية أطراف الحسابات إلى الربط بين الحسابات وجعلها - بالاتفاق - حساباً واحداً أو حسابات فرعية.

وتطبيقاً لما ورد في المذكرة الإيضاحية على النحو السالف البيان، نجد أن ودائع النقود لها خصائصها وقواعدها التي لا يجب الخلط بينها وبين الحسابات الجارية، حيث جرت بعض البنوك على سبيل الخطأ في وضع عنوان عقد وديعة وحساب جاري أو عقد اعتماد بسيط وحساب جاري لبعض العقود بينها وبين عملاءها، وفي ذلك خلط للقواعد القانونية الخاصة بالحساب الجاري مع القواعد الخاصة بالودائع النقدية، وهو ما لم يقل به قانون التجارة حيث فصل القواعد القانونية الخاصة بكل عملية بما لا يبرر معه قانوناً هذا الخلط وعدم التحديد الذي تجر به بعض البنوك في عقودها.

وقد أثّرنا أن نوضح هذا القواعد الخاصة بودائع البنوك كما جاءت في قانون التجارة ومذكرته الإيضاحية، حتى لا يختلط الأمر عند دراسة الأرصدة الدائنة كنوع من الضمانات للائتمان المصرفي، مع غيرها من عمليات البنوك، والتي لا يمكن بأي حال من الأحوال أن تدخل كضمان لتسهيلات ائتمالية.

ولكن في ذات الوقت أيضاً هناك حد أدنى من القواعد القانونية المعروفة والتي يجب عدم الخروج عليها في إتفاق الطرفين، مثل قاعدة مسؤولية البنك عن بذل العناية الطبيعية التي يجب أن يبذلها البنك في تنفيذ عقد الوديعة النقدية مع عميله المقررة على سبيل المثال في القانون التجاري — الأمريكي الموحد Uniform Commercial Code (103-4)، ولكن هناك بعض الشروط الأخرى المنصوص عليها في هذا القانون ولكن متروكة لحرية إتفاق الطرفين، ويمكن الاتفاق على ما يخالفها مثل: ^(١)

- (أ) عدم مسؤولية البنك عن أي خسارة تحدث لحساب الوديعة ككل أو جزء منه نتيجة سرقة البنك أو إختلاس محتوياته أو هلاك... إلخ.
- (ب) تسهيلات الإيداعات النقدية الليلية تُعد نوعاً من صلاحيات البنك ومحاولة لتسهيل الأمر لعميله. ولكن تبعات مخاطر استخدام هذه الوسيلة تقع على عاتق العميل ولا توجد أدنى للمسئولية تقع على البنك نتيجة ذلك.

ويوجد حدود وضعها للقانون التجاري — الأمريكي لحرية اتفاق الطرفين في عقد الوديعة بهدف حماية العميل مثل القاعدة رقم (٤٠٣-٤) والتي تقرر أنه يقع على مسؤولية البنك اتخاذ الإجراءات اللازمة لتنفيذ أوامر العميل بوقف صرف مبلغ معين أو إغلاق حساب، وذلك بغض النظر عن الصعوبات التي يواجهها البنك في تنفيذ هذه الأوامر... إلخ ^(٢).

(1) James J. White, Robert S. Summers, Uniform Commercial Code, Hornbook Series, West Publishing Co. page 653.
(2) James J. White, Robert S. Summers, Uniform Commercial Code, the last reference, page 655.

ويوجد في إنجلترا، نظام لضمان عقد الوديعة — تم تسميته في قانون البنوك بنظام التعويض المالي لمبالغ الوديعة — وذلك لتعويض المودع بالمبلغ النقدي في حالة تعثر البنك في رد هذا المبلغ المودع، ففي هذه الحالة يُعطى المودع تعويضاً كلياً أو جزئياً — إذ أنه يوجد حد أقصى محدد قانوناً لمبلغ التعويض — للشخص المودع. وقد تم تأسيس هذا النظام ليعطي المودعين الثقة حتى لا يتهربوا من إيداع نقودهم لدى البنوك بدافع الخوف والفرع من عدم ردّ هذا المبلغ في حالة طلبه. كما أن المودعين لن يتعجلوا في هذه الحالة طلب ردّ المبلغ المودع، لضمانهم أنه في حالة تعثر البنوك المودع لديها الأموال في ردها، سوف يتم تعويضهم عن هذا المبلغ⁽¹⁾.

وفي خصوص استخدام الوديعة النقدية كضمان للائتمان المصرفي، يوجد بعض النقاط المهمة الواجب توضيحها بشأن ذلك:

أولاً: (رهن الوديعة النقدية) كضمان من ضمانات الائتمان المصرفي:

لا يوجد في القانون ما يمنع من رهن النقود إذ يعتبر رهنا حيازياً ولردا على منقول، وكثيراً ما تتعامل البنوك بهذا النوع من الضمانات، حيث أنه من خير للضمانات وأيسرها عند التنفيذ على المال المرهون.

ويتم رهن النقود بتسليمها للبنك لتكون في حيازته ثم يتم تجميد المبلغ المرهون وتخصيصه لضمان المديونية المستحقة على العميل (المدين الراهن) لدائنه المرتهن (البنك). ولا بد من استبعاد هذا المال المجمد من حسابات العميل وعدم السماح للعميل (المدين الراهن) بالتصرف فيه.

(1) E.P Ehhinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley – 2005, previous reference, page 49.

ويخرج هذا المال من تصرف العميل "المدين الراهن" تماما ولا يجوز له المطالبة به إلا بعد انتهاء الرهن، بمعنى أن المال المرهون ينتقل من ملكية العميل (المدين الراهن) إلى ملكية البنك (الدائن المرتهن). إلا أن تملك البنك لهذه الوديعة النقدية ليس هدفا في ذاته بل إن المقصود به هو حبس النقود لدى البنك (الدائن المرتهن) على سبيل الضمان لكي يستفيد البنك من ميزة الاختصاص بالمال المرهون دون غيره من دائني المدين الراهن.

ويتم ترتيب رهن النقود (الوديعة) بتسليم المال وتوقيع المدين على عقد الرهن الذي ينص صراحة على تجميد المال وتخصيصه لصالح البنك للدائن المرتهن لمبلغ القرض.

وجرى للعمل المصرفي على أن الاقتراض بضمان الودائع المرهونة لا يعتبر نوعا من أنواع التمويل المصرفي أو التسهيلات، حيث أن للبنك لا يمنح مالا للعميل (المدين الراهن)، لأن ذلك الأخير أودع مالا مقابلا له بالفعل لدى البنك. ونحن نرى - ويساندنا في ذلك الفقه^(١) - أن الاقتراض بضمان ودائع مالية هو أحد أنواع التمويل المصرفي والتسهيلات، لأنه كما سبق وأوضحنا بمجرد ايداع المال وتخصيصه ورهنه للبنك، يخرج ذلك المال من ملكية المدين الراهن إلى ملكية الدائن المرتهن، بهدف الضمان وليس بهدف الدفع للبنك، إذ تنص المادة (٣٠١) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ على أن "وديعة النقود عقد يخول البنك ملكية النقود المودعة والتصرف فيها بما يتفق ونشاطه مع التزامه برد مثلها

(١) أ / إبراهيم ممدوح نكي، الجوانب القانونية لعقود التمويل للمصرفي (التمويل المصرفي)، (القرض - التسهيل الائتماني)، المرجع السابق، ص ١١٣ وما بعدها.

للمودع طبقاً لشروط العقد ". فضلاً عن أن البنك يتحمل مشقة إدارة المال وتوظيفه التوظيف الصحيح ليستطيع أن يحقق عائد على هذا المال إلى العميل (المدين الراهن) على وديعته عند انتهاء الرهن، وكل ما يمكن أن يقال أن هذا النوع من أنواع التمويل قد تكون نسبة المخاطرة فيه غير موجودة.

ثانياً: التنفيذ على الوديعة النقدية المرهونة لدى البنك لضمان الائتمان المصرفي:

ويحق للبنك إعمال شرط المقاصة المنصوص عليه في عقد القرض على الوديعة المقدمة كضمان من العميل المقترض. ويقوم بإجراء المقاصة فيما بين الديون المستحقة على المدين والحسابات الدائنة للوديعة سواء كانت مودعة منه أو من كفيله. وتقع المقاصة هنا بقوة القانون، فضلاً عن الاتفاق في عقد القرض أو فتح الحساب الجاري (حسب الأحوال). والسؤال الذي يطرح نفسه: هل يجوز توقيع الحجز على هذه الوديعة لصالح الغير أو إدراجها ضمن ما للمحجوز عليه لدى البنك؟

الاجابة على هذا التساؤل تكون بالنفي، إذ أن هذه الوديعة قد تدرج عملاً باسم العميل في حساب خاص مجمد لصالح البنك، أو في حالة أخرى يفترض عند اخطار البنك بالحجز الموقع على عميله المقترض أن يقوم بإجراء المقاصة فوراً، ثم بعد ذلك يقرر بما هو موجود في ذمته بالمحجوز عليه. وبالتالي فإن الوديعة المخصصة كضمان أو المرهونة للبنك لن يشملها نطاق الحجز إلا بعد أن يتقاضى البنك دينه منه، فيوقع الحجز على

ما تبقى فيها^(١).

وتتلخص أهم الضوابط المصرفية والقانونية عند إقرار تسهيلات مقابل
أوعية ادخارية في النقاط التالية^(٢):

- (١) تجميد الوديعة وفوائدها كضمان للتسهيل الممنوح والحصول على
موافقة العميل مسبقاً على تجديدها وفوائدها في ميعاد الاستحقاق مع
استمرار تجميدها طالما رغب في الإبقاء على القرض.
- (٢) تحديد نسبة تسليفية مناسبة من قيمة الوديعة أخذاً في الاعتبار تغطية
الوديعة وفوائدها باستمرار لقيمة التسهيل والفوائد والعمولات المستحقة
عليه، ولمواجهة التقلبات المحتملة في سعر الصرف (في حالة اختلاف
عملة القرض عن عملة الوديعة) وكذا تقلبات سعر الفائدة المطبقة على
كل من الوديعة والقرض.
- (٣) إعطاء تاريخ ثابت على رهن الوديعة وعقد تخصيص الأرصدة الدائنة
قبل استخدام التسهيلات.
- (٤) إذا كان رهن النقود يتم صحيحاً ويرتب آثاره فيما بين طرفيه بالاتفاق
وتسليم النقود إلى البنك المرتهن، فإنه، وفقاً للرأي الغالب في الفقه، لا
يلزم القيام بالإجراءات الخاصة برهن الحقوق باعتبار الرهن حقاً
وارداً على مال منقول.

(١) أ / إبراهيم ممدوح ذكي، المرجع السابق، ص ١١٤.

(٢) يرجع في ذلك، د/ عبد الحميد محمد الشولربي، أ / محمد عبد الحميد الشولربي،
إدارة المخاطر الائتمانية من وجهتي النظر المصرفية والقانونية، الناشر / منشأة
المعارف، ص ٥٠٠ وما بعدها.

- (٥) تعتبر القيود الكتابية في دفاتر البنك مظهراً مادياً لتسليم النقود ومظهراً خارجياً للرهن.
- (٦) يجب قيد مبلغ الوديعة النقدية المرهونة في حساب مخصص للوفاء بالدين المضمون عند حلول أجله لأنه من الطبيعي ألا يكون للعميل حق في التصرف فيه وسحب شيكات عليه.
- (٧) لا يجوز الحجز على رصيد الحساب المحبوس لأن الراهن ليس له حق التصرف في هذا المال. ولهذا لا يلزم البنك أن يذكر المبلغ المرهون في الإقرار الذي يقدمه عما للعميل في ذمته عند توقيع حجز ما في يده على هذه الأموال.
- (٨) على البنك ألا يعامل هذا الحساب المرهون (حساب الوديعة الخاص) معاملة الحساب الجاري أو حساب الوديعة، فلا يرسل إلى العميل كشف حساب دوري عنه.
- (٩) وعند حلول أجل الدين وعدم وفاء الراهن به، يحق للبنك المرتهن أن ينفذ على المال المرهون دون حاجة إلى اتباع الإجراءات المرسومة في القانون لأن التنفيذ على النقود يعتبر حاصلاً فور تخلف المدين عن الوفاء بالدين المضمون بالوديعة المرهونة، ولأن مركز الطرفين في الرهن متقابل، وكلاهما مدين ودائن للأخر فتقع المقاصة بينهما تلقائياً وبحكم القانون^(١).

وفي نهاية هذا المبحث، أرى أن الأرصدة الدائنة قد تكون ضماناً فعالة

(١) د/ عبد الحميد محمد الشواربي، أ / محمد عبد الحميد الشواربي، المرجع السابق، ص ٥٠١.

وقوية لضمان حقوق البنك المالية في عقود الائتمان المصرفي. ولكن يجب إتباع القواعد السابقة بكل دقة حتى لا يختلط هذا الرصيد الضامن للائتمان بغيره من العمليات البنكية الأخرى، ويسبب ذلك في النهاية ضياع حقوق البنوك الدائنة والمرهون لديها هذه الأرصدة. وننتقل في المبحث التالي لضمانة مهمة من ضمانات الائتمانات المصرفية وخصوصاً في العلاقات الدولية، وهي ضمانات البنك في الاعتماد المستندي.



المبحث الخامس

ضمانات البنك في الاعتماد المستندي Documentary Credit

قبل البحث في موضوع ضمانات البنك في الاعتماد المستندي، من الضروري تعريف الاعتماد المستندي والعلاقات الناشئة عنه وذلك بإيجاز.

أولاً: تعريف الاعتماد المستندي:

عرفت المادة (٣٤١) من قانون التجارة الجديد الاعتماد المستندي على أنه " عقد يتعهد البنك بمقتضاه بفتح اعتماد بناء على طلب أحد عملائه (ويسمى - الأمر) لصالح شخص آخر (ويسمى المستفيد) بضمان مستندات تمثل بضاعة منقولة أو معدة للنقل".

ويعرفه رأي فقهي آخر^(١) بأنه " هو تعهد صادر من البنك بناء على طلب العميل (يسمى الأمر أو معطي - الأمر) لصالح الغير المصتر (ويسمى المستفيد)، ويلتزم البنك بمقتضاه بدفع أو بقبول كمبيالات مسحوبة عليه من هذا المستفيد، وذلك بشروط معينة واردة في هذا التعهد ومضمون برهن حيازي على المستندات الممثلة للبضائع المصدرة".

ويعرفه رأي فقهي آخر^(٢) بأنه " الاعتماد الذي يفتحه البنك بناء على طلب شخص يسمى الأمر، أيا كانت طريقة تنفيذه أي سواء كان بقبول الكمبيالات أو بالوفاء، لصالح عميل لهذا الأمر، ومضمون بحيازة

(١) د/ على البارودي، العقود وعمليات البنوك التجارية، المرجع السابق، ص ٣٧٦.

(٢) د/ على جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية، ١٩٦٩،

المستندات الممثلة لبضاعة في الطريق أو معدة للارسال".

وهذه التعريفات جميعا متفقة في الجوهر، فهي تحصر أطراف العملية وتشير إلى الائتمان الذي يقدمه البنك للعميل وكون هذا الائتمان مضمونا بحيازة المستندات.

والاعتماد المستندي هو أقدر الوسائل المعروفة في العصر الحديث معاونة على إتمام صفقات التجارة بين الدول المختلفة في ثقة تامة. وبدونه يصعب، وقد يستحيل، إتمام هذه الصفقات. فالتاجر الذي يتعامل بالائتمان مع الخارج يتعرض لمخاطر أكثر من التاجر الذي يقتصر نشاطه على النطاق الداخلي^(١).

ويتضح الدور المهم الذي تقوم به البنوك من بيان كيفية اتمام الصفقة، فلو فرض أن مستوردا في مصر قام بشراء صفقة سيارات من مصنع في إنجلترا بمقتضى عقد بيع سيف CIF، فإن هذا المشتري للمصري يطلب من البنك الذي يتعامل معه في مصر أن يفتح اعتمادا بمقدار ثمن الشراء وذلك لمصلحة البائع الإنجليزي. ويحدد المشتري للبنك مواصفات للسيارات المشتراه وشروط عقد شرائها، ثم يقوم البنك المصري باخطار البائع بفتح الاعتماد. ويتم هذا الاخطار عادة عن طريق بنك مراسل له في إنجلترا. ويتضمن الاخطار أن البنك المصري فاتح الاعتماد لديه ثمن الشراء تحت تصرف البائع وأنه مستعد لدفع ثمن البضاعة أو دفع قيمة الكمبيالة التي يسحبها عليه البائع إمبريقا لهذا الثمن مقابل تسلمه المستندات الممثلة لها.

(١) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين للقانونية والعملية، الجزء الثاني، طبعة ١٩٨٧، ص ٧٤٢ وما بعدها.

وعندئذ يقوم البائع الانجليزي بمجرد تسلمه الاخطار بسحب كمبيالة مستندية على البنك المصري الذي فتح الاعتماد لصالح بنك في انجلترا يكون مستفيدا بقيمتها. ويحصل البائع منه على هذه القيمة وبذلك يستوفي ثمن البضاعة، أو يسحب البائع كمبيالة على البنك ثم يقوم بخصمها لدى البنك الانجليزي الذي يتعامل معه فيحصل بذلك على ثمن بضاعته التي باعها للتاجر المصري. وعندما يحل موعد استحقاق الكمبيالة — وهو عادة ميعاد قصير — يتقدم البنك الانجليزي بالكمبيالة والمستندات المرافقة لها إلى البنك المصري الذي يقوم بفحص المستندات للتأكد من مطابقتها لمواصفات وشروط البيع كما حددها له عميله الأمر بفتح الاعتماد. فإذا ما تأكد من ذلك يدفع قيمة الكمبيالة ويستردها ومعها المستندات المرافقة لها. وبعد وصول البضاعة إلى ميناء في مصر يخطر البنك عميله الأمر بفتح الاعتماد بذلك، فيقوم بدفع قيمة الكمبيالة للبنك ويستلم منه المستندات ومنها سند الشحن الذي يمكنه من استلام البضاعة من الناقل البحري^(١). وإذا لم يدفع الأمر للاعتماد قيمة الكمبيالة للبنك، فإن البنك يستطيع، بوصفه دائنا مرتتها حائزا للبضاعة ممثلة في مستنداتها، أن يتسلم البضاعة من الناقل وأن يستوفي قيمة الاعتماد بالتفويض عليها أو من مبلغ التأمين؛ ذلك أن الاعتماد يكون مضمونا برهن للمستندات الممثلة للبضاعة ولذلك سمي بالاعتماد المستندي^(٢).

(١) ومن هذه المستندات أيضا وثيقة التأمين على البضاعة التي تمكنه من الحصول على مبلغ التأمين إذا هلكت البضاعة في الطريق.

(٢) د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري، طبعة ١٩٨٢، المرجع السابق، ص ٩٨٨ وما بعدها.

يتضح مما تقدم أن الاعتماد المستندي يقوم على عدة تصرفات قانونية، بعضها سابق على فتح الاعتماد، والبعض الآخر لاحق له، ففي البداية يبرم عقد بيع بين البائع الانجليزي والمشتري المصري، ثم يتم عقد فتح اعتماد بين المشتري والبنك الذي يتعامل معه في مصر. وتنفيذا لهذا العقد يقوم البنك باخطار البائع بأنه فتح اعتمادا لمصلحته وهو تصرف قانوني يقس بالارادة المنفردة لهذا البنك^(١).

ومن المبادئ المهمة في عقد الاعتماد المستندي^(٢) مبدأ استقلاله عن التعامل التجاري الأصلي بين البائع والمشتري. والمحاكم الإنجليزية رفضت في كثير من أحكامها منع دفع مبلغ الاعتماد بسبب خلافات في العقد الأصلي بين البائع والمشتري بسبب اختلاف حجم أو نوع البضاعة عن المقرر في عقد البيع بين الطرفين في العقد الأصلي.

ومبدأ استقلال عقد الاعتماد عن العقد الأصلي قد نصت عليه مجموعة المبادئ الموحدة للاعتماد المستندي التي وضعتها اتفاقية اليونسفترال (UNICETRAL) التابعة للأمم المتحدة عام ١٩٩٣^(٣). ولكن في بعض

(1) James J. White, Robert S. Summers, Uniform Commercial Code, the previous reference. page 702

(2) Lazar Sarna, Letters of Credit, the law and current practice, Third Edition, Carswell, Thomson Professional Publishing, Chapter 5 (5-1 and the following points).

(3) Article 3(a) of the Uniform Customs of documentary credit stipulates "Credits, by their nature, are separate transactions from the sales or other contract (s) on which they may be based and banks are in no way concerned with or bound by such contract (s), even if any reference whatsoever to such contract (s) is included in the credit. Consequently, the undertaking of a bank to pay, accept and pay Draft (s) or negotiate and / or to fulfill any other=

الحالات الاستثنائية يتدخل البنك المصدر للاعتماد في العقد الأصلي. وهذه الحالات هي^(١):

١ - إتفاق الطرفين: (البنك المصدر للاعتماد والعميل) على قيام البنك المصدر بمراجعة توافق المستندات مع البضاعة محل العقد ومدى المطابقة لكم والكيف المتفق عليه في العقد الأصلي.

(١) النظام العام: ويعني ذلك أنه في حالة مخالفة العقد الأصلي للقانون أو النظام العام الداخلي، فتجب مراجعة عقد الاعتماد مع مدى قانونية العقد الأصلي، وما إذا كان هناك تأثير لهذا العقد غير القانوني على عقد الاعتماد، وما إذا كان المستفيد من عقد الاعتماد حسن النية في العقد الأصلي ولا يعلم شيئاً عن الأخطاء القانونية في العقد الأصلي.

(٢) الاحتياط: هناك شبه إجماع من المحاكم الإنجليزية على أن احتيال المستفيد من عقد الاعتماد سواء في العقد الأصلي أو في عقد الاعتماد لا يجب أن يمر دون عقاب، ولذا يتوجب على البنوك مراجعة مدى أمانة المستفيد وعدم وجود شبهة احتيال لديه قبل أن تدفع له قيمة الاعتماد^(٢).

= obligation under the credit, is not subject to claims or defences by the Applicant resulting from his relationships with the Issuing Bank or the Beneficiary.

(1) Lazar Sarna, Letters of Credit, the law and current practice, previous reference (5-5 and the following points).

(2) A decision which has had major impact in the formulation of current approaches to seller's fraud is *Sztejn v. J. Henry Schroder Banking Corp* – referred to Lazar Sarna, Letters of Credit, Previous reference, 5-8.

ثانياً: ضمانات البنك في الاعتماد المستندي:

ثار جدال بين الفقهاء وفي أحكام القضاء في الخارج على مسؤولية البنك المصدر للاعتماد (Issuer)، فهناك رأي يقرر أنه لا يمكن قبول رأي الأغلبية التي تقرر عدم مسؤولية البنك عن مطابقة حقيقة المستندات التي يتسلمها. وبضيف أنصار هذا الرأي أن عدم مسؤولية البنك في هذه الحالة تؤدي إلى إضعاف دوره الإيجابي في فحص المستندات^(١). ومن ثم يتعين على البنوك أن تحرص على الضمانات التي يتم الحصول عليها للحد من المخاطر الائتمانية التي تقع عليها نتيجة وجود تلاعب في المستندات. وعندما يفتح البنك اعتماداً فإنه يأخذ في اعتباره مخاطر العملية وضماناتها. لذلك نجد البنوك تحرص على طلب ضمانات كافية من العميل قبل منحه هذا الائتمان.

وتتمثل ضمانات البنك الأساسية في الاعتماد المستندي فيما يلي:

- (١) غطاء الاعتماد المستندي.
 - (٢) الرهن الحيازي على للبضاعة التي تمثلها المستندات.
- وسوف نتناول بالشرح النقطتين المشار إليهما فيما يلي:

١- غطاء الاعتماد المستندي:

بالرغم من أن البنك تتوافر لديه عدة ضمانات في عمليات الاعتمادات المستندية تتمثل في متانة المركز المالي للعميل وحسن سمعته، والرهن الحيازي على البضاعة، وأيضاً وثيقة التأمين التي تغطي كثيراً من المخاطر

(1) E. Allan Farnsworth, John Honnols _ Commercial Law (Cases and Materials _Previous reference) Page 437.

ومنها غرق البضاعة أو تلفها، إلا أن البنك لا يكتفي بهذه الضمانات. إذ قد يتعرض العميل للإعسار أو الإفلاس بعد فتح الاعتماد. كما أن أسعار البضاعة قابلة للتغيير، فقد تنخفض في الأسواق بالإضافة إلى أن البضاعة قد تتعرض للتلف أو الهلاك بسبب يخرج عن نطاق التأمين، أو قد لا يملك البنك التنفيذ على البضاعة ويتعرض لمزاحمة الدائنين الآخرين. ومن أجل ذلك تحرص البنوك على طلب ضمانات أخرى قبل فتح الاعتماد تتمثل في غطاء الاعتماد المستندي^(١).

ماهية الغطاء:

غطاء الاعتماد المستندي *La couverture* هو ما يقتضيه البنك من الأمر كضمان للحصول على ما يدفعه البنك للمستفيد. وسبب الضمان هنا هو كون البنك ملتزماً قبل المستفيد بدفع قيمة المستندات التي يتقدم بها. فإذا دفع البنك قيمة هذه المستندات، فقد يماطل الأمر في الوفاء بها وقد يعجز عنه. وقد يكون البنك متفقاً معه على أن يمنحه أجلاً للوفاء، فيدفع البنك ويمهل الأمر مدة ثلاثة أشهر مثلاً ليندبر فيها أمر الوفاء. ويحرص البنك غالباً على ألا يكون ضمانه الوحيد هو البضاعة، فهو أصلاً لا يتعامل في البضاعة، وليس مكلفاً بالتحري عن مطابقتها لما توصف به في المستندات، ولذلك يخشى البنك أن تكون قيمة البضاعة أقل من القيمة التي دفعها أو قد تنخفض أسعارها. ولذلك يطلب إلى الأمر أن يقدم له غطاء للاعتماد لمواجهة مثل هذه الظروف^(٢).

(١) د/ حياة شحاتة، راجع مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر، ص ٢٧٥ وما بعدها.

(٢) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية -

مقدار الغطاء:

وغطاء الاعتماد المستندي بهذا المعنى قد يكون جزئياً وهو الغالب. ومعناه ألا يغطي الأمر إلا جزءاً من قيمة الاعتماد، ويظل الباقي غير مغطى. وقد يكون الغطاء غطاء كلياً أي أن يقدم الأمر غطاء لكل قيمة الاعتماد.

ولعل العنصرين الأساسيين اللذين يتحكمان في تحديد مقدار الغطاء هما: متانة مركز الأمر من الناحية المالية والفنية، وثقة البنك في جدارته الائتمانية. وتعتمد هذه الثقة غالباً على السمعة الطيبة وعلى التزامه بالسداد في المعاملات السابقة وعلى دراسة ميزانيات بعض السنوات السابقة للأمر. وقد يرى البنك أن يطلب من العميل غطاء كاملاً إذا كانت البضاعة المستوردة قابلة للكسر أو التلف أو الانفجار بسهولة، أو إذا كان من العسير بيع السلعة إلى غير مستوردها^(١).

أنواع الغطاء:

قد يكون غطاء الاعتماد المستندي نقوداً يجنبها البنك من حساب الأمر في حساب احتياطي غير شخصي لديه. ويترتب على كون هذا الحساب احتياطياً عدم دخوله في أرباح البنك وأن البنك لا يفرج عنه لصالح الأمر إلا إذا لنقض الالتزام الذي رصد هذا الاحتياطي لمواجهته، ويترتب على كون الحساب للمشار إليه غير شخصي أنه — وإن كتب عليه اسم الأمر في

- والعملية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٩٠٩ وما بعدها.

(١) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الثاني، المرجع السابق، ص ٩١٠ وما بعدها.

دفاتر البنك — إلا أن الأمر لا يستطيع أن يسحب منه كما يفعل في حسابه الشخصي.

وقد يكون غطاء الاعتماد أوراقا مالية يقدمها الأمر، فيودعها البنك لديه في ملف يطلق عليه في العمل "إيداعات بضمان". وتجدي الأوراق المالية كضمان في الحالات التي يكون البنك فيها قد اتفق مع الأمر على منحه مهلة للوفاء، فيحتفظ بالأوراق المالية عند فتح الاعتماد ضمانا لدينه الذي ينشأ عندما يدفع قيمة المستندات إلى المستفيد. ومن غير المتصور في هذه الحالة — حالة منح الأمر أجلا للوفاء — أن يكون الغطاء فيها نقديا، إذ لو توفرت النقود لديه لاستخدمها في الوفاء بدلا من التغطية. ومع ذلك قد يرهن العميل الأمر للبنك ودية أجلة يحتفظ بها لدى البنك، وذلك لأن الأمر يحصل على فائدة من مبلغ للوديعة الآجلة ولا يريد أن يخسر هذه الفائدة. وتصبح الوديعة بذلك ضامنة للمبالغ التي تستحق للبنك في ذمة العميل جراء فتح الاعتماد المستندي. ولا يعتبر رهن الوديعة في هذه الحالة من قبيل الرهن الناقص، لأن البنك لا يملك الوديعة، بل تظل مملوكة للأمر، فرهن الوديعة هنا رهن تام.

وقد يقنع البنك من الأمر بتقديم سند انني يوقعه لأمر البنك متعهدا فيه بدفع مبلغ الاعتماد المستندي. ولا يعيب هذه الطريقة سوى أن رسم الدمغة على السند الانني يكلف الأمر مبلغا كبيرا خصوصا إذا كانت قيمة الاعتماد كبيرة.

وقد يظهر الأمر للبنك كمبيالات أو سندات اننية يكون هو المستفيد فيها، ويكون تظهيره في هذه الحالة تظهيرا تأمينيا أي رهنا للأوراق

المظهرة. وينتهي الرهن في هذه الحالة بسداده لقيمة الاعتماد. وإذا حل ميعاد استحقاق هذه الأوراق كان على البنك أن يحصلها. ويمكنه أن يحتفظ بقيمتها إلى أن ينقضي أجل الاعتماد أو إلى أن يسدد للمستفيد قيمته ويرد إليه العميل هذه القيمة، وفي هذه الحالة يتحول الرهن التأميني إلى رهن ناقص بتحصيل قيمة الأوراق، لأن المبالغ التي يجنيها البنك من التحصيل لا يودعها في حساب العميل وإنما يودعها في حساب احتياطي للغطاء وتأخذ صورة الغطاء النقدي الذي يعتبر رهنا ناقصاً.

ويمكن للبنك أن يقبل أي ضمان آخر كغطاء للاعتماد، كما إذا أودع الأمر بضائع في مخازن البنك أو تنازل للبنك عن حقوقه في مستخلصات عملية محلية يقوم بها، أو رهن محلاً تجارياً لصالح البنك أو قدم خطاب ضمان من بنك آخر، وإن كانت هذه الطرق غير شائعة.

ولكن الصورة التي تنفر البنوك غالباً من قبولها في التغطية هي الرهن العقاري، وذلك لتعقد وطول الإجراءات التي يقتضيها التنفيذ على العقار وتجافيها عن مقتضيات السرعة التي تقوم عليها المعاملات التجارية.

ويقدم الأمر هذه الضمانات عند التعاقد على فتح الاعتماد. وقد يطلب البنك من الأمر أن يتعهد بتقديم ضمانة إضافية إذا طرأ هبوط كبير على قيمة البضاعة الضامنة للاعتماد المفتوح، ويسمى هذا الشرط clause d'arrosace^(١).

(١) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص ٩١٢.

التكييف القانوني للغطاء وأحكامه :

قد يُظن أن تقديم العميل الأمر مبلغ الاعتماد إلى البنك عند فتح الاعتماد لإنشاء لمقابل وفاء للكمبيالات المستندية التي يسحبها المستفيد على البنك. ولكن فكرة مقابل الوفاء بعيدة عن طبيعة الغطاء، إذ أن مقابل الوفاء يتقرر ملكيته لحامل للكمبيالة تيسيرا لتداولها. أما خطاب الضمان والاعتماد المستندي فالأصل فيهما عدم القابلية للتداول، بينما مقابل الوفاء ضمان يتقرر لصالح المستفيد. أما غطاء خطاب الضمان أو غطاء الاعتماد المستندي فلا يتقرر إلا ضمانا لصالح البنك. ويتلقى المسحوب عليه في الكمبيالة مقابل الوفاء ليقوم بدفع الكمبيالة، فإذا لم يكن لديه مقابل وفاء كان من حقه الامتناع عن قبول الكمبيالة وعن دفع قيمتها في ميعاد الاستحقاق. أما في حالتي خطاب الضمان والاعتماد المستندي فلا يستطيع البنك الامتناع عن الوفاء لعدم وجود غطاء. ويستطيع الساحب في الكمبيالة أن يتصرف في مقابل للوفاء الموجود لدى المسحوب عليه ويوجهه وجهة أخرى لأن الساحب لا يضمن وجود مقابل الوفاء إلا عند حلول ميعاد الاستحقاق. ولكن في خطاب الضمان والاعتماد المستندي لا يستطيع الأمر أن يتصرف في الغطاء. ويرجع السبب في تشريع مقابل الوفاء في الكمبيالة إلى اختلاف الساحب عن سيقوم بالوفاء وهو المسحوب عليه. ولذلك لم يكن لمقابل الوفاء محل في السند الائتي حيث تندمج هاتان الشخصيتان. والوضع في خطاب الضمان والاعتماد المستندي أشبه بالسند الائتي منه بالكمبيالة إذ أن البنك هو محرر خطاب الضمان أو خطاب الاعتماد وهو الذي يتعهد فيه بالدفع.

وأخيرا فان الساحب المكلف بإنشاء مقابل الوفاء لدى المسحوب عليه هو المدين. أما للساحب في الكمبيالة المستندية فهو الدائن أي المستفيد من الاعتماد المستندي ولا يتصور أن يقوم هذا " الساحب المستفيد " بتقديم مقابل الوفاء^(١).

وهناك رأي فقهي^(٢) (والذي نؤيده) أن غطاء الاعتماد المستندي — شأنه شأن غطاء خطاب الضمان — يعتبر رهنا تجاريا تاما أو ناقصا، فهو تام إذا كان الأمر قد رهن لصالح البنك محلا تجاريا أو بضائع أو أوراقا مالية أو وديعة آجلة، وهو رهن ناقص.

وإذا كان الأمر قد دفع غطاء نقديا للاعتماد، لأن البنك يملك هذا الغطاء النقدي بمجرد تسلمه ويصبح مدينا برد مبلغ يوازي ما تسلمه إلى الأمر إذا انقضى أجل الاعتماد دون أن يستخدم. أما إذا استخدم الاعتماد قبل انقضاء أجله فان المقاصة القانونية تقع بقوة القانون بين الغطاء النقدي وبين المدفوع من قيمة الاعتماد في حدود الأقل منهما مقدارا، وذلك لتوافر شروط المقاصة القانونية في الدينين: فهما دينان متقابلان متماثلان محلا (مبلغ من النقود) صالحان للمطالبة بهما قضاء، محققان وجودا، معلومان مقدارا، مستحقان للأداء، وقابلان للحجز عليهما.

وفي حالة الرهن التام فان التنفيذ على الشيء المرهون يكون بالتنبيه على الأمر بالوفاء، ثم بتقديم عريضة بعد ثلاثة أيام مضافا إليها مواعيد المسافة إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الكائن بدأثرتها مقر البنك، ليأذن له ببيع الشيء المرهون بالمزاد العلني على يد سمسار أو بتملك الوديعة

(١) (٢) د/ محي الدين اسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص ٩١٣ وما بعدها.

الآجلة أو الشيء المرهون بعد تقديره بواسطة الخبراء.

ولا يجوز للبنك أن يشترط تملك الشيء المرهون أو التصرف فيه دون اتخاذ الإجراءات المنصوص عليها في القانون وهو ما يعرف بشرط الطريق الممهد *Pacte comissoire*، فمثل هذا الشرط باطل، ومع ذلك فما زالت بعض البنوك تدرجه في عقود الرهن.

ولا يختلف التنفيذ على الأوراق التجارية المرهونة عما تقدم؛ فإذا كان الأمر قد ظهر للبنك كمبيالات أو سندات اذنية كان هو المستفيد فيها، فإن البنك يقوم بتحصيل قيمتها ويستوفي دينه منها إذا كان قد سدد قيمة الاعتماد المستندي للمستفيد، أو يحتفظ بحصيلة هذه الأوراق التجارية إلى نهاية أجل الاعتماد إذا كان لم يسدد قيمته بعد، على أن يلتزم بالفوائد القانونية عن ذلك المبلغ إذا طلبها العميل.

أما إذا كان الأمر قد حرر سنداً اذنياً لأمر البنك بقيمة الاعتماد، يحق للبنك أن يستصدر أمر أداء بهذا المبلغ وأن يتخذ إجراءات التنفيذ ضد المدين الأمر بموجبه.

والخلاصة أن غطاء الاعتماد المستندي يعتبر رهناً تجارياً تاماً أو ناقصاً، وأن التنفيذ بدين البنك المرتهن على الشيء المرهون يكون إما بطريق المقاصة القانونية أو القضائية إن كان الرهن ناقصاً، أو بطريق التنفيذ العادي إن كان الرهن تاماً^(١).

(١) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص ٩١٥.

٢- الرهن الحيازي على البضاعة التي تمثلها المستندات: نفرض أن تاجراً في مصر اشترى بضاعة من مصنع في فرنسا بنظام C.I.F وبلغت قائمة الحساب Facture عن الثمن والمصاريف وأجرة النقل والتأمين ١٠,٠٠٠ جنيه، وأنه اتفق مع بنك في مصر على أن يفتح له البنك اعتماداً قصير الأجل بالمبلغ المذكور وعلى توجيه هذا الاعتماد لصالح المصنع الفرنسي (البائع)^(١). يرسل البنك إلى المصنع المذكور إخطاراً بوجود الاعتماد تحت تصرفه. ويسحب المصنع هذا الاعتماد بطريق تحرير كمبيالة على البنك المصري، ويقيم بنك آخر في فرنسا مستفيداً فيها بعد أن يحصل منه على قيمتها. وبذلك يحصل على الدين المستحق له عند التاجر المصري (المشتري) ويخرج عن العملية^(٢). ويرفق المصنع الكمبيالة التي يحررها بمستندات البضاعة، أي بقائمة المصاريف وسند الشحن وبوليصة التأمين (وهي ما تسمى بالكمبيالة المستندية). وتكون هذه الكمبيالة عادة مستحقة الوفاء بمجرد الإطلاع أو بعد أجل قصير كعشرة أو خمسة عشر يوماً. ثم يتقدم البنك المستفيد في الكمبيالة (البنك الفرنسي) إلى البنك المسحوب عليه (البنك المصري) للمطالبة بقيمة الكمبيالة. يقوم البنك المصري بفحص

(١) د/ محسن شفيق، الوسيط في القانون التجاري المصري، الجزء الثالث، الطبعة الثالثة، سنة ١٩٥٩، ص ١٠١ وما بعدها. الوصف الذي سنذكره يفترض وقوع العملية في الأوقات العادية. أما في الأوقات غير العادية، كفترات الحروب والاضطرابات الاقتصادية، فإن العملية تتعقد بسبب قيود التصدير والاستيراد ومراقبة النقد.

(٢) قد لا يسحب المصنع (البائع) كمبيالة على البنك المصري، وإنما يتقدم له مباشرة بطلب سحب الاعتماد ويسلمه مستندات البضاعة.

مستندات البضاعة للتأكد من أن البضاعة التي أرسلها البائع تطابق طلب المشتري. فإذا تأكد من هذه المطابقة^(١)، دفع قيمة الكمبيالة للبنك الفرنسي، ويمتد منه للكمبيالة ذاتها والمستندات المرفقة بها، ليخرج هو الآخر من العملية وتتحصر العلاقة عندئذ بين التاجر المصري والبنك المصري، أي بين طرفي الاعتماد^(٢).

ويحتفظ البنك بمستندات البضاعة كرهن لضمان قيام التاجر المصري بوفاء قيمة الاعتماد الذي فتح لصالحه، فإذا دفع هذه القيمة، سلمه البنك مستندات البضاعة، وتعتبر العملية منتهية. ويتقدم التاجر بهذه المستندات عند وصول السفينة لسحب البضاعة منها، أو يتقدم إلى شركة التأمين لقبض مبلغ التعويض إذا هلك البضاعة. أما إذا لم يدفع التاجر قيمة الاعتماد، ظل البنك حابسا للمستندات، ويستلم بمقتضاها البضاعة عند وصولها أو مبلغ التأمين إذا هلك، ويستوفي قيمة الاعتماد بالتنفيذ على البضاعة أو من مبلغ التأمين. وهذا معناه أن الاعتماد يكون مضمونا برهن يقع على المستندات التي تمثل البضاعة، ولذا أطلق عليه اسم "المستندي".

وتتفاوت مخاطر الائتمان بالنسبة للبنك فاتح الاعتماد حسب نوع

(١) من البديهي أن للتاجر المصري (المشتري) زود للبنك المصري الذي فتح له الاعتماد بالمعلومات الخاصة بطلب البضاعة. ولا يلزم البنك بفحص البضاعة ذاتها لأنها تكون في الطريق، وإنما يكتفي بفحص المستندات كسند الشحن وبوليصة التأمين لأنها تتضمن وصفا دقيقا للبضاعة.

(٢) يتضح من ذلك أن البيع C.I.F يقع في الواقع على المستندات التي تمثل البضاعة، ولذا يوصف عادة بأنه بيع للمستندات Vente de documents، أنظر استئناف مختلط ١٣ فبراير سنة ١٩٢٩، Bull السنة ٤١ صفحة ٢٢٠.

الاعتماد المستندي، بما ينعكس على حرص البنك على احتفاظه بمستندات بضاعة عمله، إذ قد يحتفظ البنك المصري عند فتح الاعتماد بحقه في فسخه في كل وقت credit revocable. ويستطيع هذا البنك الأخير عندئذ أن يمتنع عن قبول الكمبيالة التي يسحبها عليه البائع أو عن أداء قيمتها إذا لم تقدم للقبول، كما إذا كانت مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع. وقد يتفق الطرفان عند فتح الاعتماد على عدم جواز فسخه credit irrevocable⁽¹⁾، وهو الوضع الغالب في العمل. وقد لا يتفق طرفا الاعتماد على شيء في هذا الصدد، ثم يتقدم البنك الأجنبي (المستفيد في الكمبيالة) إلى البنك المصري (المسحوب عليه) بطلب تأييد الاعتماد، أي التعهد بأداء قيمة الكمبيالة وعدم الرجوع عن الاعتماد الذي فتحه credit confirme. وقد يقع هذا التأييد بطريق تقديم الكمبيالة للقبول إذا لم تكن مستحقة الوفاء بمجرد الاطلاع. وسواء كان الاعتماد قابلاً للإلغاء أم غير قابل للإلغاء، فمن واجب البنك المصري أن يخطر البائع الأجنبي بنوعه حتى يكون على علم بجميع الاحتمالات⁽²⁾.

ومتى كان الاعتماد غير قابل للفسخ أو مؤيداً، فلا يجوز للبنك المصري أن يمتنع عن دفع قيمة الكمبيالة المسحوبة عليه إلا إذا اتضحت له عدم مطابقة أوصاف البضاعة المذكورة في المستندات لتعليمات

(1) David Warne, Nicholas Elliott, Banking (Litigation), London, Sweet&Maxwell, 1999, Page 214 __ Paul Todd , Bills of Lading and Bankers' Documentary Credits, London 1998, Page 34a.

(2) The same meaning, Allan Farnsworth, John Honnols _ Commercial Law (Cases and Materials), previous reference Page 440.

المشتري^(١). أما الامتناع عن الوفاء بالاستناد إلى غير هذا الدفع، فأمر غير جائز. وعلى هذا الأساس لا يجوز للبنك الامتناع عن الوفاء ولو أصدر إليه التاجر المصري (المشتري) تعليمات بعدم الدفع، كما إذا أراد هذا الأخير العدول عن الصفقة. ولا يجوز للبنك الامتناع عن الوفاء بالاستناد إلى إلغاء الاعتماد بسبب وفاة التاجر المدين فيه أو الحجر عليه أو إفلاسه^(٢).

(١) وإذا لم تكن هناك كمبيالة، فلا يجوز للبنك أن يمتنع عن دفع قيمة الاعتماد للبائع الأجنبي إلا على أساس عدم المطابقة كما هو وارد في المتن.

(٢) استئناف باريس ٢ مارس سنة ١٩٢٢ سيريه ١٩٢٣ - ٢ - ٢٦. ونقض فرنسي ٢٦ يناير سنة ١٩٢٦ سيريه ١٩٢٦ - ١ - ٣٥٣ تعليق H. Rousseau (مشار إليه، د/ محسن شفيق، المرجع السابق، ص ١٠٣). وقد قضت محكمة النقض المصرية بأن الاعتماد للمستندي، تعهد مصر في مشروط بالوفاء، صادر من البنك فاتح الاعتماد بناء على طلب المشتري الأمر بالمطابقة لتعليماته والشروط التي يحددها و يسلم للبائع للمستفيد، مستهدفاً الوفاء بقيمة السلعة أو السلع المشتراه خلال فترة محددة في حدود مبلغ معين، نظير مستندات مشترطة و يجرى التعامل في ظله بين البنك فاتح الاعتماد و البنك المؤيد أو المعزز له - إن وجد - و بين كل من الأمر والمستفيد على المستندات وحدها و سلامتها و تطابقها في مجموعها و مطابقتها للشروط الواردة في الطلبية دون نظر إلى البضاعة أو العلاقة الخاصة بين البائع و المشتري حول العقد الذي يحكم علاقتهما، و مدى صحته و نفاذه بينهما و المؤثرات التي تطرأ عليه، باعتبار فتح الاعتماد بطبيعته عملاً تجارياً مستقلاً عن عمليات البيع و الشراء و العقود الأخرى التي يستند إليها - و لا يعتبر البنك فاتح الاعتماد أو المعزز له ذا علاقة بها أو ملتزماً بأحكامها، كما يخضع هذا التعامل أساساً للشروط الواردة في الطلب فتح الاعتماد و إذ هي التي تحدد التزامات البنك فاتح الاعتماد و حقوق و واجبات كل من الأمر والمستفيد فإن قصرت عن مجابهة ما يثور من أنزعة أثناء تنفيذه، طبقت الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية التي -

حيازة البنك للمستندات تعد بمثابة حيازته للبضاعة؛

مما لا شك فيه أن البنك لا يخاطر بأمواله إلا إذا كان تحت يده أكثر من ضمانات لاستعادتها. ويعتمد البنك على الرهن الحيازي الذي توفره له حيازته للمستندات الممثلة للبضاعة، حيث يشترط على عميله رهن البضاعة لحسابه، حتى يصبح الحائز القانوني للبضاعة نظرا لأنه حائز على المستندات^(١).

ويضع البنك نصا في عقد فتح الاعتماد مضمونه أنه إذا تأخر العميل في سحب المستندات عن المدة المتفق عليها يصرح للبنك ببيع البضاعة طبقا لأحكام القانون التجاري.

وبالإضافة إلى رهن البضاعة، فإن البنك قد يشترط على عميله أيضا أن يرهن له الأوراق التجارية أو المالية أو القيم الأخرى المملوكة للعميل والموجودة لدى البنك.

كما تنص شروط الاعتماد على أنه في حالة هلاك البضاعة، فإن قيمة التأمين تؤول إلى البنك بأكملها^(٢).

- صاغت غرفة التجارة الدولية بباريس واعتمدتها لجنتها التنفيذية في ١٩٧٤/١٢/٣ قبل تعديلها في أكتوبر ١٩٨٤، مع جواز تكميلتها بنصوص و مبادئ للقانون الداخلي لقاضي النزاع. (نقض مدني، طعن رقم ١٢٢٥ لسنة ٥٤ قضائية، جلسة ١٩٩٠/٧/٩).

(١) دكتورة / حياة شحاتة، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر، المرجع السابق، ص ٢٨١ وما بعدها.

(2) In the same meaning _ E.P Ehhinger, Eva Lonmnicka, and Richard Hooley - Ellinger's Modern Banking Law, Previous reference , Page 801-802.

وتنص المادة (١٢٠) من قانون التجارة الصادر بالقانون رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ (المشار إليه من قبل)، على أن " (١) تسليم السندات المغطاة عن البضائع المعهود بها إلى أمين النقل أو المودعة في المخازن يقوم مقام تسليم البضائع ذاتها.

(٢) على أنه إذا تسلم شخص هذه المستندات وتسلم آخر البضاعة ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الأفضلية لمن تسلم البضاعة". وإذا أن هذا النص وما تنص عليه المادة (٩٥٤) من القانون المدني يؤكد أن حيازة البنك للمستندات يُعد بمثابة حيازة للبضاعة، وينصب الرهن على سند الشحن ووثيقة التأمين.

الإجراءات التي يتخذها البنك للتصرف في الشيء المرهون: وفي حالة تعذر العميل عن الوفاء بقيمة الاعتماد فان البنك يقوم بالتنفيذ على الشيء المرهون وذلك بالتبعية أولا على العميل بالوفاء، ثم بتقديم عريضة بعد انقضاء خمسة أيام إلى قاضي الأمور الوقفية بالمحكمة الكائن بدائرتها مقر البنك ليأذن له ببيع الشيء المرهون بالمزاد العلني^(١).

(١) تنص المادة (٣٥٠) من قانون التجارة المشار إليه على أنه " إذا لم يدفع الأمر إلى البنك قيمة المستندات المطابقة لشروط فتح الاعتماد خلال ستة أشهر من تاريخ تبليغه بوصول تلك المستندات، جاز للبنك التنفيذ على البضاعة بإتباع إجراءات التنفيذ على الأشياء المرهونة رهنا تجاريا". كما تنص المادة (١٢٦) من ذات القانون على أنه: "١- إذا لم يدفع المدين الدين المضمون بالرهن في ميعاد استحقاقه كان للدائن المرتهن بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تكليف المدين بالوفاء أن يطلب بعريضة تقدم إلى القاضي المختص بالمحكمة التي يقع في دائرتها موطنه الأمر ببيع الشيء المرهون كله أو بعضه.

متى يلجأ البنك إلى التنفيذ على الشيء المرهون؟^(١)

ويلجأ البنك إلى التنفيذ على الشيء المرهون في حالة لو رفض العميل تسليم المستندات أو عجز عن وفاء حق البنك. وقد لا يحصل البنك على حقه كاملاً في حالة التنفيذ بالرهن وذلك إذا انخفضت قيمة البضاعة أو تعرضت للهلاك أو التلف، ولذلك فإن البنك لا يكتفي بهذا الضمان وإنما كما سبق أن ذكرنا فإنه قد يطلب ضمانات أخرى منها غطاء الاعتماد المستندي.

ومن أحكام محكمة النقض المصرية في هذا المجال: "حيث إنه متى

كان الاتفاق قد تم بين المطعون عليها الثانية و البنك الطاعن على فتح اعتماد مستندي لصالح المطعون عليها الأولى، التزم الطاعن بمقتضاه أن يضع المبالغ التي حددتها المطعون عليها الثانية تحت تصرف المطعون عليها الأولى مقابل رهن البضاعة المبيعة منها للمطعون عليها الثانية. وإذا كانت المطعون عليها الأولى قد قبلت تنفيذ هذا الاتفاق بإصدارها الأذن الممثلة للبضاعة والتي تضمنت أمر مخازنها بتسليم البضائع المبينة بها

٢- لا يجوز تنفيذ الأمر الصادر من القاضي ببيع الشيء المرهون إلا بعد انقضاء خمسة أيام من تاريخ تبليغه غلي المدين والكفيل إن وجد مع بيان المكان الذي يجري فيه البيع وتاريخه وساعته.

٣- يجري البيع في للزمان والمكان اللذين عينهما القاضي وبالمزايدة العلنية إلا إذا أمر القاضي بإتباع طريقة أخرى وإذا كان الشيء المرهون متداولاً في سوق الأوراق المالية أمر القاضي ببيعه في هذه السوق بمعرفة أحد السماسرة المقبولين للعمل بها.

٤- يستوفي الدائن المرتهن بطريق الأولوية دينه من أصل وعائد ومصاريف من الثمن الناتج من البيع".

(١) دكتورة / حياة شحاتة، مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر، المرجع السابق، ص ٢٨٣ وما بعدها.

للطاعن، فإنها تكون ملزمة بتنفيذ ما تضمنه فتح الاعتماد من شروط وتعليمات، ومن بينها رهن البضاعة موضوع الأذن لصالح الطاعن كضمان لقيام المطعون عليها الثانية بسداد قيمة الاعتماد، التي لها استلام البضاعة إذا ما سددت قيمتها وإلا ظل الطاعن حابساً لها، وتسلم البضاعة بمقتضاها، واستوفى قيمة الاعتماد من ثمنها قبل أي دائن آخر، سواء كان دائناً عادياً أم دائناً متأخراً في الترتيب، وذلك بطلب بيعها بالكيفية المبينة بالقانون. وإذا كانت المطعون عليها الأولى قد أضاعت على الطاعن حقه في حبس البضاعة المرهونة والتقدم على غيره من الدائنين بتسليمها البضاعة للمطعون عليها الثانية رغم تعهداها في الأذن الصادرة منها بتسليم البضاعة إليه، مما يجعلها مسئولة عن مقابل ما ضاع من الرهن الضامن للوفاء بالدين أو ما بقي منه، وكان ما تضمنته طلبات فتح الاعتماد من سقوط مسئولية المطعون عليها الأولى عند سحب البضاعة بمعرفة المطعون عليها الثانية أو تسليمها إليها بمخازنها قاصراً على مسئوليتها الناشئة عن السرقة أو الحريق، ولا يعفيها من تنفيذ شروط وتعليمات فتح الاعتماد، فإن الحكم المطعون فيه إذ خالف هذا النظر ورتب على تسليم المطعون عليها الأولى البضاعة للمطعون عليها الثانية قبل حصولها على الأذن الممثلة لها والمرهونة لدى الطاعن سقوط مسئوليتها بمقولة إن الطاعن قد أعطى للمطعون عليها الثانية حق سحب البضائع بمعرفتها أخذاً بما جاء بطلبات فتح الاعتماد عن مسئوليتها في حالة السرقة أو الحريق، فإنه يكون قد خالف القانون و أخطأ في تطبيقه وتأويله^(١).

(١) نقض مدني، طعن رقم ٥٠٠ لسنة ٣٧ قضائية، جلسة ١٧/٥/١٩٧٣، مجموعة المكتب الفني س ٢٤، الجزء الثاني ص ٧٦٦.

والحقيقة أن دور الاعتماد المستندي كضمانة من ضمانات الائتمان للمصرفي لا غنى عنه خاصة في مجال التجارة الدولية وذلك لما عدناه من أسباب. ولا يقل أيضاً دور خطاب الضمان في هذا المجال عن دور الاعتماد المستندي وذلك ما نعرضه في المبحث القادم.



المبحث السادس

ضمانات البنك في خطاب الضمان

نصت المادة (٣٥٥) من قانون التجارة على أن " ١ - خطاب الضمان تعهد مكتوب يصدر من البنك بناء على طلب شخص (يسمى الأمر)، بدفع مبلغ معين أو قابل للتعيين لشخص آخر (يسمى المستفيد)، إذا طلب منه ذلك خلال المدة المعينة في الخطاب ودون اعتداد بأية معارضة.

٢ - تسري فيما لم يرد بشأنه نص أو عرف في هذا الفرع القواعد والعادات السائدة في المعاملات الدولية بشأن خطاب الضمان".

فمن عمليات الائتمان التي تباشرها البنوك لمصلحة عملائها إصدار خطابات الضمان، والتي بمقتضاها يتعهد البنك للمستفيد بدفع مبلغ معين إذا ما طلبه خلال أجل معين حتى ولو عارض العميل الذي صدر الخطاب بناء على طلبه.

وكثيرا ما تدعو الحاجة إلى أن تطالب جهات حكومية أو مشروعات خاصة شخصا يتعامل معها بتقديم تأمين لضمان تنفيذ التزامه، كأن تطلب المصالح الحكومية من المقاولين الذين يتقدمون بعروض إنشاء المباني، أو متعهدي التوريد بتقديم تأمين نقدي ضمانا لتنفيذ الالتزام وفقا للمواصفات والشروط المتفق عليها وفي المواعيد المحددة للتنفيذ. وتقديم مثل هذه التأمينات النقدية أمر مرهق لأنه لا يتمكن من تدبير مبلغ التأمين خاصة أنه يمثل عادة نسبة مئوية من قيمة العملية كلها، وإذا تمكن من تقديمه من ماله فإن هذا المبلغ يتجمد بينما يكون في حاجة ماسة إليه للإنفاق على المشروع الذي يتعهد بتنفيذه، مما يدعو هذا الشخص أن يتقدم إلى البنك الذي يتعامل

معه طالبا منه إصدار خطاب ضمان^(١) لصالح المستفيد يقوم مقام التأمين النقدي المطلوب. ويتعهد البنك في خطاب الضمان بدفع مبلغ التأمين بمجرد طلب المستفيد خلال مدة متفق عليها ودون توقف على شرط آخر^(٢).

والبنك حين يصدر البنك خطاب الضمان بناء على طلب عميله لمصلحة المستفيد لا يعد كفيلا للعميل، إذ أنه لا يضمن حسن أدائه لعمله، ولا القيام بتنفيذ العمل^(٣). كما أنه لا يسدد دينا عن هذا العميل وإنما يتعهد

(١) Lettre de garantie وتصدر خطابات الضمان في حالات كثيرة منها أن يتطلب القانون تقديم كفالة كالحكم بالنفاذ المعجل بشرط تقديم كفالة، ورفع الحجز التحفظي على السند إذا قدم المحجوز عليه كفالة بالدين، وتسليم للبضاعة للمرسل إليه بعد تقديم كفالة إذا التزم بالمساهمة في خسارة مشتركة حدثت خلال الرحلة البحرية، وتقدم خطابات الضمان إلى مصلحة الجمارك في الحالات التي يجوز فيها تقديمها للإفراج عن السلع، كما أن الاشتغال ببعض المهن قد يتطلب تقديم ضمان مالى ويكتفى بتقديم خطاب ضمان من أحد البنوك كاستغلال محلات البيع بالمزاد.

(٢) د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري، المرجع السابق، ص ٩٦٧ وما بعدها.

(٣) ومع ذلك، فهناك صور أخرى للضمان لا تكون بهذه القوة وهذا التجريد، إذ يصرح فيها للبنك أنه يضمن حسن تنفيذ عميله لالتزامه وأنه يضمن دين التعويض الذي يحكم به على العميل، فيرتبط التزام البنك عندئذ بالتزام المدين العميل، ويتوقف استحقاق التزام البنك على عوامل خارجة عن مجرد الخطاب بحيث لا يلزم بالدفع إلا متى ثبت بشكل قانوني مديونية العميل، ويكون تعهد البنك عندئذ كفالة عادية خاضعة لأحكام الكفالة التي أوردها القانون المدني. ولكن الغالب في خطابات الضمان المصرفية هو الصورة التي تتدرج تحت تعريفها، أي تعهد مطلق يدفع به البنك مبلغا معينا لشخص معين بمجرد أن يطلب هذا الشخص الوفاء من البنك خلال المدة المحددة في الخطاب ودون شرط آخر. ولا يغير من طبيعة العملية وكونها خطاب ضمان مطلقا من كل قيد أن يشار في الخطاب إلى مصدر الدين الذي -

البنك في خطاب الضمان بدفع المبلغ المحدد في الخطاب بمجرد طلب المستفيد. وتعهد البنك بالدفع منفصل عن التزام العميل في مواجهة المستفيد. ويلاحظ أن خطاب الضمان يثير علاقات ثلاث، كل منهما منفصلة عن الأخرى: علاقة العميل بالمستفيد؛ كان يكون متعهدا له بإقامة مبنى أو بالتوريد، وعلاقة البنك بالعميل حين يطلب منه إصدار خطاب الضمان لمصلحة المستفيد، وعلاقة البنك بالمستفيد ومصدرها الوحيد هو خطاب الضمان. ويحقق خطاب الضمان مصلحة الأطراف الثلاث: مصلحة البنك لأنه يحصل على عمولة مقابل إصدار خطاب الضمان، ومصلحة العميل لأنه يتفادى به تجميد مبلغ التأمين المطلوب منه مع حاجته إليه للإنفاق على المشروع الذي تعهد به، كما أنه قد لا يتوافر له هذا المبلغ لتقديمه للجهة التي يتعاقد معها، كما تتحقق بخطاب الضمان مصلحة هذه الجهة (المستفيد)، إذ يضمن الحصول على المبلغ المحدد في خطاب الضمان بمجرد طلبه إذا أخل العميل بالتزامه. ويدفع له هذا المبلغ دون توقف على شرط آخر.

الطبيعة القانونية لالتزام البنك:

حسنت محكمة النقض المصرية هذا الأمر وذلك بقضائها المستقر عليه بأن البنك في التزامه بخطاب الضمان إنما يلتزم بصفته أصيلا قبل المستفيد

- صدر الخطاب بمناسبة ما دام تعهد البنك لا يكون - في الخطاب - مرتبطا بهذا المصدر أي العملية التي بين العميل والمستفيد من الخطاب (راجع عمليات البنوك من الوجهة القانونية، د/ على جمال الدين عوض، طبعة نادي القضاة عام ١٩٨٩، ص ٥٧٢).

لا بوصفه نائباً عن عميله. فإذا قام البنك بصرف مبلغ للضمان للمستفيد فإنه ليس للعميل أن يتحدى بوجوب إخطاره هو قبل صرف مبلغ للتعويض المبين في خطاب الضمان^(١). كما من المقرر — في قضاء محكمة النقض — أن علاقة البنك مصدر خطاب الضمان بالمستفيد الذي صدر الخطاب لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل. ويلتزم البنك بمجرد إصداره خطاب للضمان ووصوله إلى المستفيد بأداء المبلغ الذي يطالب به الأخير باعتباره حقاً له بحكمه خطاب الضمان ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. والتزام البنك تجاه المستفيد في هذا التزام أصيل^(٢).

ويبين مما تقدم أن التزام البنك نحو المستفيد التزام مجرد وقطعي أي بات، فهو مجرد لانفصاله واستقلاله عن العلاقات الأخرى غير علاقة البنك بالمستفيد، ومن ثم لا صلة بين التزام البنك قبل المستفيد وصلة هذا للمستفيد بالعميل، كأن يكون المستفيد جهة حكومية والعميل متعهد بإنشاء مبان لها وطلبت منه تقديم خطاب الضمان، فالتزام البنك بدفع للمبلغ المحدد في خطاب الضمان لهذه الجهة الحكومية يظل صحيحاً وقائماً ولو بطل اتفاق العميل معها. ويلتزم البنك بدفع مبلغ الضمان لها ولو اعترض العميل على ذلك. وعلى البنك دفع للمبلغ لها بمجرد طلبها ولو كانت مديونية العميل للمستفيد أقل من المبلغ المحدد في خطاب الضمان. ويعزي ذلك إلي أن للالتزام للبنك التزام مجرد عن علاقة العميل بالمستفيد، فالبنك بإصداره

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٣٧٠ لسنة ٢٩ ق، جلسة ١٤/٥/١٩٦٤، منشور في مجموعة المكتب الفني من ١٥ ص ٦٩١.

(٢) نقض مدني، الطعن رقم ٥٤١١ — لسنة ٦٤ ق — جلسة ١٨/٦/٢٠٠١، غير منشور.

خطاب الضمان لا يضمن تنفيذ العميل لالتزامه في مواجهة المستفيد ولا يتعهد بسداد دين المستفيد في ذمة العميل، ولذلك لا يعتبر البنك كفيلاً للعميل، فالكفالة عقد بمقتضاه يضمن شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه، وهذه الكفالة تقوم على تبعية التزام الكفيل للالتزام المكفول من حيث صحتها وبطلانها ووجودها وعدمها. ولهذا كان للكفيل أن يتمسك في مواجهة الدائن بكل ما يترتب عليه انقضاء الدين الأصلي أو إنقاص مقداره حتى لو تنازل المدين عن التمسك بأسباب ذلك^(١).

ويبين مما تقدم، بأن لخطاب الضمان أهمية كبيرة في حماية الدائن (المستفيد من خطاب الضمان)، لأن البنك يلتزم بالسداد دون أي اعتراض، إذ أن العلاقة بين البنك والمستفيد من خطاب الضمان تُعد علاقة مستقلة عن العقود الأخرى محل التعامل بين البنك وعميله الأمر بخطاب الضمان.

وبعد عرض القواعد القانونية التي تحكم عملية خطاب الضمان وعلاقاته، نتقل إلى بحث ضمانات البنك إزاء مخاطر الائتمان التي تواجه عملية خطاب الضمان وذلك على النحو الآتي:

ضمانات البنك في خطاب الضمان باعتباره عملية من عمليات الائتمان المصرفي:

نظراً لأن المصارف تتعامل في أموال هي في الأصل ودائع لعملائها يمكن لهم سحبها عند الطلب، فكونها تحرص على هذه الأموال خشية تعرضها للضياع مما يؤثر على سمعة البنك وقد يؤدي إلى انهياره.

(١) د/ ثروت عبد الرحيم، القانون التجاري، طبعة نادي القضاة عام ١٩٨٢، المرجع السابق، ص ٩٧٠ وما بعدها.

وحيث إن البنك تواجه مخاطر كثيرة في عمليات خطابات الضمان فإنه يطلب ضمانات معينة للحد من هذه المخاطر، ومنها قيام بإيداع مبلغ نقدي يغطي قيمة خطاب الضمان كله، أو إيداع مبلغ جزئي ليغطي نسبة معينة. ومن الممكن أن يكون الغطاء متمثلاً في تنازلات العميل عن العقود التي تحت حيازته حيث يتنازل للبنك في قبض قيمة المستخلصات الخاصة بالعمليات التي يقوم بها لحساب الغير.

وقد يطلب المصرف من عميله ضماناً عينياً متمثلاً في بضاعة أو أوراق مالية أو خلافة. كما قد يتخذ الغطاء صورة وثيقة تأمين لصالح البنك، أي أن الغطاء هو الضمانات التي يقدمها العميل إلى البنك حتى يستطيع اقتضاء قيمة خطاب الضمان التي دفعها إلى المستفيد إذا عجز العميل عن ردها إلى البنك.

وبالرغم من ذلك فقد يصدر خطاب الضمان دون غطاء لصالح كبار عملاء البنك الذين يتمتعون بسمعة طيبة فلا يطلب البنك منهم سداد مبالغ مقدمة أو رهن بضائع أو أوراق مالية أو تجارية أو غيره وإنما يكتفي البنك بدراسة المركز المالي للعميل ومركز معاملاته ودرجة وفائه بالديون؛ بمعنى أن نوع الضمان الذي يطلبه البنك يعتمد أساساً على ثقته في العميل. وقد يرفض البنك إصدار خطاب ضمان لعميل بغطاء نقدي كامل نظراً لعدم ثقته فيه، في حين يصدر خطاب ضمان على المكشوف (دون ضمانات) لعملاء يثق فيهم.

مما تقدم يتبين أن المقصود بالغطاءات هي " الضمانات التي يطلبها البنك من عميله لكي يؤمن نفسه من أية مخاطر في حالة لو طلب منه سداد

قيمة الضمان^(١).

وسنقسم البحث في هذا الموضوع إلى النقاط الثلاثة التالية:

أولاً: أنواع غطاء خطاب الضمان:

غطاء خطاب الضمان قد يكون نقداً، وقد يكون أوراقاً مالية أو تجارية أو بضائع، أو تنازلاً من العميل عن حقه قبل الاستفادة. ويتفق العميل مع البنك حسب إمكانياته على نوع الغطاء الذي يقدمه.

أولاً: الغطاء النقدي: يكون غطاء خطاب الضمان في أغلب الحالات نقدياً. ويدفعه العميل إما بالخصم على حسابه الجاري لدى البنك، وإما بتوريده نقداً بالخزينة. وفي الحالتين يقوم البنك بإيداع الغطاء في حساب غير شخصي باسم "احتياطي إصدار خطابات الضمان"، ويقصد بكون الحساب غير شخصي ألا يفرج البنك عنه طالما ظل التزامه بخطاب الضمان قائماً. وفي بعض الأحوال يكتفي البنك بالتأشير على حساب العميل بالتحفظ على المبلغ المطلوب غطاء للخطاب وعلى ماسك الحساب في هذه الحالة أن يراعي ألا يقل رصيده الدائن عن المبلغ المطلوب كغطاء. ومع ذلك فهذه الطريقة لا تخلو من مخاطرة، لأن الرصيد الدائن الذي يظهره الحساب كل يوم ليس نهائياً، وإنما يغطي مركزاً تقريبياً للعميل، فمن المحتمل أن تكون لهذا العميل كمبيالات خصمها لدى البنك ثم ارتدت إلى البنك غير مدفوعة، فأعاد خصمها على حسابه. ويحتمل أيضاً أن يكون للعميل اعتماد محلي مفتوح لدى بنك آخر أو لدى فرع آخر للبنك وتصرف

(١) د/ حياة شحاتة، راجع مخاطر الائتمان في البنوك التجارية مع إشارة خاصة لمصر، ص ٣٨٥ وما بعدها.

الشيكات التي يسحبها بموجب هذا الاعتماد على حسابه الجاري للمؤشر عليه بالغطاء لدى البنك، ومثل هذه الظروف تجعل احتمالات فقد البنك لجزء من مبلغ الغطاء غير قليلة. والأسلم أن يحتجز البنك الغطاء في حساب "احتياطي إصدار خطابات الضمان"^(١).

وقد يكون غطاء خطاب الضمان عملات أجنبية. ويقع ذلك على سبيل المثال بصدد اعتماد مستندي مفتوح مع الخارج ويستحق بعد بضعة أشهر. ولمواجهة الالتزام بدفع مبلغ الاعتماد يعقد البنك فاتح الاعتماد عقد شراء أجل للعملة الأجنبية يتعهد البنك المركزي بأن يقدم بموجبه العملات المطلوبة في تاريخ معين.

ويخصم البنك قيمة هذه العملات الأجنبية بالعملة المحلية على حساب العميل لديه. ويرى العميل بذلك أن العملات الأجنبية المحتجزة لحسابه ستظل معطلة عن الاستفادة بها فترة طويلة حتى تاريخ الاستحقاق، فيتفق مع البنك على أن يرهن له جزءا من حقه على العملات الأجنبية كغطاء لإصدار خطاب الضمان الذي ينتهي سريانه قبل تاريخ استحقاق الاعتماد المستندي. ويعتمد البنك في هذه الحالة على حقه على غطاء للعملات الأجنبية ثم على حقه على البضاعة المستوردة في حالة دفع قيمة العملات. ويستطيع البنك أن يستوفي حقه من ثمن البضاعة، إذا لم يسدد العميل

(١) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، طبعة ١٩٨٧، ص ٥٨٣ وما بعدها. في ذات المعنى: د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، طبعة دار النهضة العربية عام ١٩٩١، ص ٩٢ وما بعدها.

التزاماته بصدد خطاب الضمان. والفائدة التي يجنيها العميل من مثل هذا الاتفاق هي تجنب خصم مبالغ أخرى من حساب غطاء لخطاب الضمان.

ثانيا: تغطية خطاب الضمان بأوراق مالية: قد يقدم العميل للبنك أوراقا مالية غطاء لخطاب الضمان المطلوب. ويقوم البنك الأوراق حسب تقديره لقيمتها التسليفية. وهذه القيمة تتوقف بدورها على القيمة السوقية، وتكون دائما أقل من القيمة السوقية احتياطا لتقلب الأسعار بالبورصة. ثم يوقع العميل مع البنك اتفاقا على رهن الأوراق المالية لصالح البنك مع التصريح له ببيعها دون الرجوع إلى العميل، إذا لم يسدد للبنك ما دفعه بصدد الخطاب عند المطالبة. وكما يحتجز البنك الغطاء النقدي في حساب غير شخصي، قد يحتجز الأوراق المالية في ملف غير شخصي يُعرف في البنوك باسم " إيداعات بضمان "، على أن يفرج عن الأوراق المالية المودعة به عند انتهاء مدة خطاب الضمان بلا دفع.

ثالثا: تغطية خطاب الضمان بأوراق تجارية: قد يكتفي البنك بأن يوقع العميل له سنداً انديا بالمبلغ المطلوب غطاءً لخطاب الضمان.

وقد يقدم العميل كمبيالات وسندات اندية صادرة لصالحه من المدين الذي يظهرها للبنك تظهيرا تأمينيا كغطاء لخطاب الضمان. والغالب أن يكون تقديم هذه الكمبيالات والسندات الإندية بصدد عقد فتح اعتماد من البنك لإقراض العميل بضمان هذه الأوراق ويستخدم العميل جزءا من هذا الاعتماد لاستصدار خطاب الضمان.

رابعا: تغطية خطاب الضمان ببضائع: قد يضع العميل جزءا منها في استصدار خطاب الضمان. وإن كانت هذه الصورة غير شائعة في العمل.

خامساً: تغطية خطاب الضمان بتنازلات عن عقود: قد يفتح البنك لعميله اعتماداً يستخدمه في إصدار خطاب الضمان. ويكون ضمانه في ذلك تنازل العميل إليه عن حقه قبل المستفيد بخصوص العملية التي يقوم بها لحساب المستفيد. وفي هذه الحالة يجدر بالبنك ألا يقوم بتمويل العملية وإصدار خطاب الضمان بضمان التنازل في نفس الوقت، لأنه إذا أخل العميل بالتزامه قبل المستفيد بتوريد بضائع غير مطابقة، فقد لا يستطيع البنك أن يسترد الأموال التي قدمها للعميل وللمستفيد، إذ يضطر إلى دفع قيمة الخطاب إلى المستفيد ولا يستطيع أن يطالبه بحقوق العميل المتنازل عنها بعد أن رفض البضائع غير المطابقة لشروط التوريد وسقط عنه الالتزام بأداء قيمتها^(١).

(١) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٥٨٦ وما بعدها. وقد قضت المحكمة الإدارية العليا في جلستها المنعقدة في ١٩٩٠/١/٩ في الطعن رقم ١٩٣٣ لسنة ٣١ قضائية بأن خطاب الضمان هو تعهد يلتزم بموجبه البنك بناء على أمر عميله بدفع مبلغ نقدي معين أو قابل للتعيين للمستفيد — بمجرد طلب هذا الأخير له خلال مدة معينة — خطاب الضمان وإن كان يقوم مقام التأمين للنقدي إلا أنه ليس أداة وفاء كالمشيك أو بقية الأوراق التجارية وإنما هو أداة ضمان فقط، عادة ما تتطلب للبنوك ضمانات كافية من عملاتها نظير خطابات الضمان أو فتح الاعتمادات — تسمى هذه الضمانات في حالة خطابات الضمان بالغطاء — يتنوع هذا الغطاء، فقد يكون نقداً أو عيناً وقد يتخذ صورة تنازل العميل عن حقوقه قبل المستفيد والتي تنشأ عن العملية الصادرة بشأنها خطاب الضمان — يعتبر التزام البنك الناشئ عن خطاب الضمان قبل المستفيد التزاماً ناشئاً بالإرادة المنفردة وهو أمر مستقل عن علاقة العميل بالمستفيد أو علاقة البنك بالعميل — يترتب على إصدار خطاب الضمان للمستفيد وإخطاره -

ونلاحظ في النهاية أن البنك لا يتقيد بنوع الغطاء الذي يذكره العميل في طلبه، فمن حقه أن يرفض ما لا يراه صالحا كغطاء، فقد يرفض أوراقا تجارية ويقبل أوراقا مالية، وقد يرفض البضائع ويصر على تقديم غطاء نقدي. وتلك مسألة تتوقف على مدى ثقة البنك في عميله.

ثانياً: مقدار الغطاء:

يتوقف مقدار الغطاء الذي يطلبه البنك على مدى ثقته في العميل فإذا لم يكن للعميل حساب جار أو معاملات تجعله معروفا لدى البنك، فإن البنك يطلب منه غطاء مرتفعاً يصل إلى ١٠٠% من قيمة خطاب الضمان وخصوصاً إذا كان الخطاب غير محدد المدة.

أما إذا كان للعميل حساب جار ومعاملات متنوعة مع البنك فإن البنك يتقاضى في العادة غطاء يبلغ ١٠% من قيمة خطاب الضمان إذا كان ابتدئياً و ٢٥% أو ٣٠% من قيمته إذا كان نهائياً. ومع ذلك قد يصدر للبنك خطاب للضمان على المكشوف أي بدون غطاء ما وذلك إذا كان العميل شركة كبيرة مثلاً وتتمتع بسمعة طيبة وتحتفظ لدى البنك بأموال كثيرة فيفتح لها للبنك اعتماداً لتمويل مشروعاتها ولاستصدار خطابات الضمان التي تحتاجها.

- به تحديد حقوقه وفقاً للشروط الواردة بالخطاب والتي يتعين على المستفيد احترامها، فإذا حدد الخطاب حد أقصى للمبلغ أو فترة محدودة بحق استخدامه خلالها، فيجب احترام هذه الشروط، وإلا جاز للبنك أن يتحلل من تنفيذ التزامه المستمد من الخطاب - ينقضي التزام البنك بانقضاء الأجل المحدد في خطاب الضمان دون استعماله أو مد فترته بالاتفاق مع العميل، حيث لا يجوز أن يصدر الأمر بامتداد خطاب الضمان من المستفيد - ويمسقط التزام البنك إذا لم تصل إليه مطالبة المستفيد بالدفع قبل حلول الأجل.

على أن مقدار الغطاء لا يتوقف على مدى ثقة البنك في العميل وحدها، فلا بد من دراسة مركز العميل من نواح عديدة. بل إن هذه الدراسة هي التي تجعل ثقة البنك قائمة على أسس سليمة. ويدرس البنك مقدرة العميل على الوفاء بالتزامه، فإذا كان موضوع التزام العميل عقدا من عقود الأشغال العامة كان على البنك أن يبحث الإمكانات الموجودة لدى العميل لتنفيذ العقد. ويدرس البنك الميزانيات الثلاثة الأخيرة للعميل، ويبحث خصائص العميل الشخصية؛ وهل يفي بالتزاماته دائما؟ هل يقوم بمراهنات أو مغامرة؟ هل سبق له القيام بمشروع وأخفق فيه؟ ويستعين البنك في ذلك بمعلومات البنوك الأخرى وبالجهات التي يتعامل معها هذا العميل وبزيارة منشأته. وعلى ضوء هذه المعلومات يقدم البنك أو يحجم عن إصدار خطاب الضمان ويقدر في حالة قبوله الإصدار مقدار الغطاء الذي يؤمن مسئوليته بصده.

وإذا كان الخطاب من الخطابات الخارجية التي تصدر لصالح شخص مقيم بناء على طلب شخص غير مقيم، فإن البنك المحلي لا يتقاضى من البنك الأجنبي الذي يستصدر الخطاب غطاء ما؛ إذا كان ذلك البنك الأجنبي من بنوك الدرجة الأولى التي يعتمدها البنك المركزي بهذا للوصف، وعلى أساس للمعاملة بالمثل. أما إذا لم يكن البنك الأجنبي من بنوك الدرجة الأولى للمعتمدة، فإن للبنك المحلي يطالبه بتقديم ضمان مقابل counter-guarantee من أحد بنوك الدرجة الأولى في دولته، أو بإيداع غطاء نقدي^(١).

(١) د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، موسوعة أعمال البنوك من الناحيتين القانونية والعملية، الجزء الأول، المرجع السابق، ص ٥٨٦ وما بعدها — د/ على جمال الدين عوض، خطابات الضمان المصرفية، المرجع السابق، ص ٩٤ وما بعدها.

ثالثاً: التكييف القانوني لغطاء خطاب الضمان:

يعتبر غطاء خطاب الضمان رهناً تجارياً لصالح البنك، إذا انصب على أوراق مالية أو بضائع. وتطبق عليه أحكام الرهن التجاري. ويقع التنفيذ عليه — حسب القواعد العامة — بعد التنبيه على المدين بالوفاء بتقديم عريضة بواسطة البنك إلى قاضي الأمور الوقتية بالمحكمة الكائن بدائرتها هذا البنك، ليأذن له ببيع الأوراق المالية أو البضائع المرهونة بمعرفة سمسار. وقد سبق بحث ذلك في ضمانات الاعتماد المستندي وفي الرهن التجاري.

ومن المستقر عليه — في قضاء محكمة النقض المصرية^(١) أن خطاب الضمان، وإن صدر تنفيذاً للعقد المبرم بين البنك والمدين المتعامل معه، إلا أن علاقة البنك بالمستفيد الذي صدر خطاب الضمان لصالحه هي علاقة منفصلة عن علاقته بالعميل، إذ يلتزم البنك وبمجرد إصداره خطاب الضمان ووصوله إلى المستفيد بوفاء المبلغ الذي يطالب به هذا الأخير باعتباره حقاً له، بحكمه خطاب الضمان، ما دام هو في حدود التزام البنك المبين به. كما أن البنك مصدر خطاب الضمان، لا يعتبر وكيلاً عن العميل في الوفاء للمستفيد بقيمة خطاب الضمان، بل إن التزام البنك في هذا لحسابه التزام أصيل. ويترتب على ذلك كون ما يقوم العميل بدفعه للبنك لتغطية خطاب الضمان تنفيذاً وتأميناً للعلاقة القائمة بين العميل والبنك وهدماً، ولا صلة للمستفيد بها. وللبنك أن يصدر خطاب الضمان بغطاء مالي أو دون

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٤٩٥ لسنة ٧٢ ق، جلسة ٢٠٠٤/١/١٣ — للتوسع د/ محي الدين إسماعيل علم الدين، المرجع السابق، ص ٥٨٨ وما بعدها.

غطاء، أو بضمان رهن في حدود المعاملات القائمة بين العميل والبنك، وهو الذي يقدر وحده مصلحته في كيفية تغطية خطاب الضمان".

انتهينا هنا من بحث الفصل الأول الذي بحثنا فيه الضمانات التقليدية للائتمان المصرفي. وإن كان هناك خلاف حول قيمة هذه الضمانات ومدى جدواها في العصر الحالي، فإننا ندرس ذلك في موضعه في الفصل الرابع من هذا الباب والذي نقيم فيه هذه الضمانات ومدى كفايتها لحماية البنوك في حالة منح تسهيلات مصرفية بمقتضى هذه الضمانات. ولكن ننتقل في الفصل التالي في بحث موضوع جوهري وهو... الحماية الجنائية لدين الائتمان المصرفي.



الفصل الثاني

الحماية الجنائية لدين الائتمان المصرفي

قواعد تجريم عدم الوفاء بالدين

إن قضاء المحكمة الدستورية العليا في جمهورية مصر العربية قد جرى على أن القانون الجنائي — وإن اتفق مع غيره من القوانين في تنظيم علائق الأفراد بمجتمعهم وفيما بين بعضهم بعضاً — إلا أن هذا القانون يفارقها في اتخاذ العقوبة أداة لتقويم الأفعال التي يأتونها أو يدعونها بما يناقض أوامرهم أو نواهيهم. وهو بذلك يتغيا أن يحدد — هو منظور إجتماعي — ما لا يجوز للتسامح فيه من مظاهر سلوكهم، وأن يضبطها بوسائل يكون قبولها اجتماعياً ممكناً، بما مؤداه أن الجزاء على أفعالهم لا يكون مبرراً، إلا إذا كان مفيداً من وجهة اجتماعية، فإذا كان متجاوزاً تلك الحدود التي لا يكون معها ضرورياً، غدا مخالفاً للدستور. وهذا القضاء — وباعتباره معياراً للشرعية الدستورية للنصوص العقابية — مردد كذلك في الأمم المتحدة، ومن بينها فرنسا التي أقر بها مجلسها الدستوري^(١).

يحمي قانون العقوبات بعض ما تقرره قواعد القانون المدني من مصالح وحقوق وامتيازات. ومن ذلك حمايته الثقة في المحررات بمعاقبة من يزورها أو يستعملها وهو يعلم أنها مزورة، ويحمي الملكية الفردية بالعقاب على السرقة والنصب وخيانة الأمانة والإتلاف، ويحمي الحيازة بالعقاب على انتهاك حرمة ملك الغير. وفي مجال القانون التجاري، يحمي المشرع

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ ق، الصادر بجلسة

١٩٩٧/٢/٢٢.

الجنائي الثقة في المعاملات التجارية بالعقاب على الغش التجاري، ويحمي الثقة بين التجار فيعاقب على جريمة الإفلاس، ويحمي الثقة في الأوراق التجارية بالعقاب على إصدار شيك بدون رصيد. [وأما في مجال قانون العمل فإن قانون العقوبات يدعم الجزاء المقرر على مخالفة العمال لالتزاماتهم ومن بين هذه الالتزامات المحافظة على سر المهنة]، ومما لا شك فيه أن جزاءات قانون العقوبات تدعم قواعد القانون الخاص لكونها في بعض الأحوال أشد من الجزاءات التي يقرها قانون المعاملات المدنية والقانون التجاري وغيرها.

وهناك عدة قواعد تجرم عدم الوفاء بالدين في قانون العقوبات وقانون التجارة والقوانين الخاصة. ولكن ما يعنينا في هذا البحث هو عدم الوفاء بالدين الخاص بتسهيلات ائتمانية مصرفية. ولذا لن نبحث في تجريم عدم الوفاء بديون أخرى غير دين التسهيل الائتماني. ومن الممكن أن يقوم الشيك أو إيصال الأمانة بدور في عملية الائتمان المصرفي يتمثل في قيام العميل بإعطاء البنك إيصال أمانة أو شيك بمبلغ الائتمان، ولكن لا يجب أن يعتمد البنك على ذلك كضمان للتسهيل الائتماني الممنوح للعميل بغير أن يكون للعميل حساب دائن لديه بقيمة مبلغ الشيك أو إيصال الأمانة. ومن ثم يكون الحساب الدائن هو الضمان لائتمان العميل المصرفي وليس الشيك أو إيصال الأمانة، فقيام العميل بتحرير إيصال أمانة أو شيك لصالح البنك مانح الائتمان المصرفي يفيد في حالة قيامه بعدم السداد، ولكن الجريمة التي تتعلق بعدم الوفاء بدين الائتمان المصرفي تعد جريمة مستقلة عن جريمة إعطاء شيك بدون رصيد أو إيصال أمانة دون سداد قيمته للمستفيد، لأن

هاتين الجريمتين مستقلتين من الناحية القانونية عن الجريمة التي تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي. لأن الشيك حسب المستقر قانوناً وقضاء^(١)

(١) المقرر في قضاء محكمة النقض أن " لما كان ما قاله الحكم من ذلك صحيحاً في القانون وتتوفر فيه عناصر الجريمة المنصوص عليها في المادة ٣٣٧ من قانون العقوبات التي دين للطاعن بها - إذ أن سوء النية، وهو القصد الجنائي في تلك الجريمة إنما يتحقق بمجرد علم الساحب بعدم وجود مقابل وفاء له في تاريخ السحب، وكان علم الطاعن وقت إصدار الشيك بعدم وجود رصيد له مستقداً من مجرد إعطاء شيك لا يقابله رصيد قائم قابل للسحب، وليست المحكمة ملزمة بالتحدث عن هذا العمل على استقلال لأنه من القصد الجنائي العامة، وكان الطاعن لم ينازع أمام محكمة الموضوع في قيام هذا العلم لديه، بل إنه يسلم في طعنه بقيامه - إذ يقول إن المستفيد كان يعلم وقت إصدار الشيك بعدم وجود رصيد له بالبنك، وكان لا عبرة بعد ذلك بسبب تحرير الشيك والغرض من تحريره، ولا يعلم المستفيد وقت استلام الشيك بعدم وجود رصيد له في البنك المسحوب عليه، وكان الحكم قد أثبت أن الشيك موضوع الدعوى لا يحمل إلا تاريخاً واحداً فإنه يكون في حكم القانون التجاري أداة وفاء لا أداة ائتمان". (نقض جنائي، طعن رقم ١٠٣٥ من ٣٠ ق، جلسة ١٠/١٠/١٩٦٠). كما أنه من المقرر أيضاً في قضاء محكمة النقض " أن الشيك في حكم المادة (٣٣٧) من قانون العقوبات هو الشيك المعرف في القانون التجاري بأنه أداة دفع ووفاء ويستحق الأداء لدى الاطلاع عليه ويغني عن استعمال النقود في المعاملات، وما دام قد استوفى المقومات التي تجعل منه أداة وفاء فلا عبرة بما يقوله الطاعن - في أسباب طعنه - وبغرض أثرته أمام محكمة الموضوع - من أنه أراد من تحرير الشيك أنه سيكون تأميناً لديه الناشئ عن عملية تجارية جرت بينه وبين المجنى عليه أو أنه أوفى بقيمة ذلك الشيك، إذا أن الطاعن لا يستطيع أن يغير من طبيعة هذه الورقة وبخروجها به للقانون من ميزات، كما أنه لا عبرة في قيام جريمة إعطاء شيك بدون رصيد قائم وقابل للسحب بسبب تحرير الشيك أو الغرض من تحريره، ولا يؤثر في قيام -

يستقل عن سبب تحريره. ولا يمكن أن يربط البنك بين الشيك المحرر من العميل وعملية الائتمان المصرفي التي تم منحه إياها، فكل منهما استقلاله القانوني. أما بالنسبة لإيصال الأمانة — وإن كان العملاء في بعض الأحوال يقومون العملاء بتحرير إيصالات أمانة للبنوك في حالة منحهم تسهيلات ائتمانية — فهو مرتبط غالباً ببعض التسهيلات الائتمانية التي قد تتوافر لها ضمانات ائتمانية أخرى ورد النص عليها في القانون المدني أو القانون التجاري على النحو الذي بحثناه. كما أن جريمة تبديد الأمانة، المؤثمة بنص المادة (٣٤١) من قانون العقوبات، تقوم في أساسها القانوني على استلام محل الشئ موضوع الإيصال على سبيل الأمانة، ثم تقوم الجريمة حين يمتنع المستلم عن رد الشئ، الأمر الذي تختلف معه هذه الجريمة من حيث أركانها وطبيعتها القانونية عن الجرائم الأخرى التي تتعلق بعدم رد المال محل الائتمان المصرفي؛ فجريمة تبديد مبلغ إيصال الأمانة تتفصل في أركانها عن الجريمة التي تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي للبنك مانحه، لكون المدين لا يتسلم القرض من البنك على سبيل الأمانة، ولكنه يستلمه بموجب عقد للقرض المتفق عليه بينهما.

ولا يتعلق موضوع بحثنا بدراسة جرائم عدم سداد ديون لا تتعلق

- مسئولية المتهم عنها أن يكون قد سدد قيمة الشيك موضوع الاتهام، ما دام أن هذا السداد — على فرض قيامه — تم في تاريخ لاحق لوقوع الجريمة وتوافر أركانها، وإذا كان الحكم للمطعون فيه قد اعتنق هذا النظر فلم يعتد بالأسباب التي دعت لإصدار الشيك، ودان الطاعن بالجريمة المسندة إليه عاقبة بالعقوبة المقررة لها، فإن للنعي عليه بدعوى مخالفة القانون لا يكون مقبولا. (نقض جنائي، الطعن رقم ٢١٠٠٩ من ٥٩ ق، جلسة ١٦/٦/١٩٩٣).

بضمانات الائتمان المصرفي. ولن ندرس في هذا الفصل جرائم الإفلاس أو التفالس، ولكن سيأتي بحثها في موضعها من الباب الثاني من هذا للبحث. وتقتصر الدراسة في هذا الفصل على الجرائم التي تؤثمها القواعد التقليدية في حالة عدم سداد دين الائتمان المصرفي الذي منحه البنك للعميل بعد تقديم أحد الضمانات المنصوص عليها في القانون المدني أو القانون التجاري.

ولكن هل جميع الجرائم المتعلقة بعدم سداد دين الائتمان المصرفي يكون المدين فيها فقط هو الشخص محل الاتهام؟

الإجابة على هذا السؤال السابق بالنفي، لأن إدارة البنك وموظفيها لهم الدور الأكبر في منح التسهيل الائتماني للعميل، وبموجب حرصهم ولتباعهم لقواعد القانون في أخذ الضمانات الكافية، تتحدد قوة أو ضعف احتمالات أو مخاطر عدم سداد العميل لدين الائتمان المصرفي، مما يترتب عليه احتمالات كونهم شركاء في هذا النوع من الجرائم.

ونقسم دراستنا في هذا الفصل إلى مبحثين، في (المبحث الأول) أركان الجرائم التي تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي وطبيعتها القانونية والمسئولية الجنائية وذلك بصفة عامة، وفي (المبحث الثاني) نصل إلى دراسة الجرائم المختلفة المتعلقة بعدم سداد دين الائتمان المصرفي.



المبحث الأول

القواعد العامة في جرائم عدم سداد دين الائتمان المصرفي

نصت المادة الأولى من القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ بإصدار قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد^(١) على أنه "تسري على البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد أحكام القانون المرافق".

"ويلغى قانون البنوك والائتمان الصادر بالقرار بالقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والقانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي المصري والجهاز المصرفي، والقرار بالقانون رقم ٢٠٥ لسنة ١٩٩٠ في شأن سرية الحسابات بالبنوك، والقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٩٤ بتنظيم التعامل بالنقد الأجنبي، والقانون رقم ١٥٥ لسنة ١٩٩٨ بتنظيم مساهمة القطاع الخاص في رؤوس أموال بنوك القطاع العام".

"ومع مراعاة أحكام الاتفاقيات الدولية بإنشاء بعض البنوك في جمهورية مصر العربية، يلغى كل حكم يتعارض مع أحكام القانون المرافق".

كما تنص المادة الثانية من مواد الإصدار على أنه "تسري على البنوك الخاضعة لأحكام القانون المرافق — فيما لم يرد بشأنه نص فيه — أحكام قانون شركات المساهمة وشركات التوصية بالأسهم والشركات ذات المسؤولية المحدودة الصادر بالقانون رقم ١٥٩ لسنة ١٩٨١".

"وتسري أحكام قانون التجارة على معاملات البنوك مع عملائها تجاراً كانوا أو غير تجار أيا كانت طبيعة هذه المعاملات".

(١) نُشر في الجريدة الرسمية — العدد ٢٤ مكرراً في ١٥/٦/٢٠٠٣.

ويعتبر القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المشار إليه هو التشريع المنظم للبنوك، وإن كان قد تم تعديله بعض مواده بموجب القانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٥. ولكن ذلك لم يتعد بعض المواد غير المؤثرة على الهيكل الأساسي للقانون خصوصاً في جانب التجريم موضوع هذا الفصل.

ولكن قبل أن نعرض للجريمتين اللتين وردتا في هذا القانون بشأن الائتمان المصرفي، فإنه من الأفضل أن ندرس بعض القواعد العامة التي تؤثر على الجرائم ذات الصلة بعدم سداد دين الائتمان المصرفي، لأنه بناء على هذه القواعد العامة، يبين لنا ماهية هذه الجرائم وطبيعتها، وما إذا كان بعضها يمكن أن يخضع لأحكام بعض المواد الواردة في قانون العقوبات.

أولاً: البنك وفكرة المرفق العام:

نصت المادة (١) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أن "البنك المركزي شخص اعتباري عام، يتبع رئيس الجمهورية، ويصدر بنظامه الأساسي قرار من رئيس الجمهورية". كما قضت المحكمة الدستورية العليا^(١) بأن "البنك المركزي في مصر يحتل من نظامها المصرفي ذراه، إذ يعتبر بنكاً لبنوكها جميعاً، يمد إليها يد العون، مواجهاً اضطراباتهما الاقتصادية، موفراً لها ما يلزمها من الأرصدة النقدية مع وضعها تحت تصرفها". كذلك استقر قضاء المحكمة الدستورية العليا^(٢) على أن "البنك الرئيسي للتنمية والائتمان

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٩ لسنة ١٨ قضائية "دستورية"، جلسة ١٩٩٧/٣/٢٢.

(٢) من ذلك حكمها في القضية رقم ٣١ لسنة ٢٣ قضائية "دستورية"، جلسة ٢٠٠٢/١١/٣.

الزراعي، وإن كان من أحد أشخاص القانون العام باعتباره هيئة قابضة، إلا أن البنوك التابعة له قامت بوصفها شركات مساهمة تعمل بأساليب وقواعد القانون الخاص".

ومؤدى ما تقدم، أن هناك بعض البنوك العامة مثل البنك المركزي أو بنك الرئيسي للانتماء الزراعي يؤدي خدمة عامة مما يُعد معه مرفقاً عاماً يخدم مصالح الجمهور وبالتالي ما يعمل لديه من موظفين هم موظفين عموميين وذلك ما استقر عليه قضاء محكمة النقض^(١) "أن العلاقة بين البنك المركزي والعاملين به علاقة لائحية تنظيمية بوصفهم موظفين عموميين بحكم تبعيتهم لشخص من أشخاص القانون العام".

ونظراً للوظيفة الخطيرة للبنوك بصفة عامة من حيث كونها تخلق النقود وتؤثر في خلق الائتمان وتوجيهه، أثير السؤال حول ما إذا كانت تدبر مرفقاً عاماً. وذهب رأي — في فرنسا — إلى ذلك. ولكن الرأي يتجه الآن إلى إنكار هذه الصفة، ولو ذكرت عبارة المرفق العام فيكون ذلك فقط لمجرد الإشارة إلى أهمية النشاط المصرفي دون أن يقصد ترتيب الآثار القانونية التي تترتب على فكرة المرفق العام في القانون الإداري، ولذا يقول بعض الشراح إن البنوك تقوم بما يشبه المرفق العام أو أنها تدبر مرفقاً قريباً من المرافق العامة^(٢).

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٣٩٥ لسنة ٦٧ ق، جلسة ١٩٩٩/١٢/٥.

(٢) أول من قال بذلك هو الأستاذ هوان في المجلة الفصلية ١٩٥٥ ص ١٥٠، و ١٩٦٤ ص ١٦٤ — (يراجع في ذلك عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، د/ علي جمال الدين عوض، الطبعة الثالثة، المرجع السابق، ص ٢١).

ولكن القضاء مستقر في محكمة النقض المصرية على عكس ذلك بالنسبة للبنوك للتجارية، إذ قضت المحكمة "أن مفاد نصوص المواد الأولى من القرار بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٧ ببعض الأحكام الخاصة بمزاولة عمليات البنوك والمادة ٢١ من القرار بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والمادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ١٤٦٦ لسنة ١٩٦٤ و المواد ١، ٥، ١٥، ١٨، ١٩ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي أن النظام المصرفي في مصر يتولاها أصلاً شركات مساهمة تعتبر من أشخاص القانون الخاص وتباشر نشاطها وفقاً لقواعد هذا القانون ولا أثر لمساهمة الدولة في رأسمالها على طبيعة عملياتها أو طرق إدارتها وأن مباشرة عمليات البنوك على سبيل الاحتراف مقصورة على هذه الشركات المساهمة. ويحظر هذا القانون الأخير القيام بصفة أساسية وعلى وجه الاعتیاد بأي عمل من أعمال البنوك ما لم يكن القائم به مسجلاً طبقاً للقانون في سجل خاص يمسكه البنك المركزي. ولكن تسجيل البنك في هذا السجل لا علاقة له بشخصية الشركة المساهمة. وطبقاً لهذه التشريعات ليس للبنوك أي امتياز مما هو مقرر للمرافق العامة بل هي تباشر عملها كما يباشره أي تاجر آخر يخضع للقانون الخاص وعمالها لا يخضعون لقواعد الموظفين العموميين بل لعقد العمل".

"ولما كان للبنك المركزي يشرف عليها وعلى نشاطها فهي رقابة سببها أهمية النشاط المصرفي وذلك كله فيما عدا ما يرد بخلافه قانون خاص ببنك ناصر وغيره مما يعد هيئة عامة ذلك أن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد

أصلا على تنمية الادخار والاستثمار وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها. وأعمالها هذه بالنظر الى طبيعتها تخضعها لقواعد القانون الخاص وهى تباشرها بوسائل هذا القانون ولو كان رأسمالها مملوكا كليا أو جزئيا للدولة. وبالتالي فإنها لا تُعد من أشخاص القانون العام، إذ لا صلة بين الجهة التى تملك أموالها وموضوع نشاطها ولا بطرائقها فى تسييره. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملا إداريا أو منفصلا عن ربحها باعتبارها غرضا نهائيا تتغياه بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها".

وأضافت محكمة النقض فى قضائها — أنه لما كان البين من الأوراق أن البنك المحجوز لديه بنك القاهرة قد انتظم فى شكل شركة مساهمة ويتبع أساليب الإدارة على النحو سالف البيان وفقا للعرف المصرفى دون التقيد بالنظم والقواعد الإدارية والمالية المعمول بها فى المصالح الحكومية وليس من شأن مساهمة الدولة فى رأسماله أن يجعله جهة حكومية أو هيئة عامة فلا يندرج ضمن الجهات التى حددتها على سبيل الحصر المادة (٣٥٠) من قانون المرافعات سالف الذكر وإذ خالف الحكم المطعون فيه هذا النظر قولا منه بأن أموال البنك المطعون ضده تعد أموالا عامة ويعد من الشركات التابعة للمؤسسات العامة وفق القانون الذى ينظمه مع غيره من بنوك القطاع العام فإنه يكون معيبا^(١). وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قررت هذا المبدأ^(٢) عندما قضت "إن القضاء المقارن، يؤكد أطراده على أن

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٧٣ قضائية، جلسة ٢٠٠٤/٧/٥ (www.eastlaws.com).

(٢) حكم المحكمة الدستورية العليا فى الطعن رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية "دستورية"، جلسة ١٩٩٨/٥/٩.

الأعمال التي تفقد اتصالها بالمصلحة العامة *etrangere a l'interet public*، وكذلك تلك التي تكون ربحيتها *le but lucratif* غرضاً مقصوداً أصلاً من مباشرتها، لا تعتبر مرفقاً عاماً، على تقدير أن هذه المرافق لا تباشر نشاطها أصلاً إلا من خلال خضوعها لقواعد القانون العام. وحتى عند من يقولون بأن هذا القانون ليس بالضرورة قانون هذه المرافق، وأنه من الأفضل التركيز على لجوئها إلى وسائل القانون العام فيما تتولاه من الأعمال، فإن إدارة أموال الدومين الخاص *la gestion domaniale* تظل نائية بطبيعتها عن مفهوم المرفق العام، بالنظر إلى أن هذه الأموال مشبهة — في خصائصها ونظامها القانوني — بالملكية الخاصة، وأن إدارتها لا تتم أصلاً إلا بوسائل القانون الخاص التي تلائم أغراض استخدامها واستثمارها. إن ذلك مؤداه، أن المرفق العام لا يكون كذلك إلا بالنظر إلى موضوع الأعمال التي يباشرها *l'objet de service*، ومربودها *rentabilite*، ونظم إدارتها *Fonctionnement*، وأن ما يعتبر معياراً مادياً لهذا للمرفق *le sens materiel ou objectif* إنما يتصل بطبيعة الأعمال التي يؤديها، ولا يجوز بالتالي أن تختلط بالجهة التي تقوم على إدارتها *le sens organique ou formel*، فقد تكون شخصاً عاماً أو يعهد بها إلى أحد أشخاص القانون الخاص".

وأضافت المحكمة الدستورية العليا في قضائها "إن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام — ويندرج تحتها بنك التنمية الصناعية — وهو الجهة الحاجزة — تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها.

وأعمالها هذه — وبالنظر إلى طبيعتها — تخضعها لقواعد القانون الخاص، وهي تباشرها بوسائل هذا القانون ولو كان رأس مالها مملوكاً — كلياً أو جزئياً — للدولة، إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها، وموضوع نشاطها، ولا بطرائقها في تسييره. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها غرضاً نهائياً تتغياها، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها".

وقد عضد رأي فقهي^(١) ذات المبدأ بقوله "ونرى إنكار فكرة المرفق العام تماماً سواء بالنسبة للبنوك الخاصة وبنوك القطاع العام، ذلك أن المرفق العام ينشأ — كمرفق عام — بإرادة المشرع وهو ما لم يحدث بالنسبة للبنوك. والبنوك ولو أنها تقوم بنشاط جوهري للاقتصاد القومي إلا أنه نشاط لازم لزوم نشاط الطبيب والمحامي أو أي تاجر. كما أن من خصائص المرفق العام أن يخضع للوصاية الإدارية، على الأقل في بعض قراراته وهو أمر غير موجود بالنسبة للبنوك حتى ما كان منها من القطاع العام، فليس للسلطة الإدارية إلزام بنك بإعطاء اعتماد لشخص معين أو الامتناع عن ذلك، فالقرار دائماً قرار البنك، وإذا كانت لها سلطة تعيين موظفي إدارة البنك العام فلأنها تملك رأس ماله. وليس للبنوك أي امتياز مما هو مقرر للمرافق العامة، بل هي تباشر عملها كما يباشره أي تاجر ويجوز الحجز على أموالها، وعملها لا يخضعون لقواعد الموظفين العموميين، بل لعقد العمل. وإذا كانت الحكومة تشرف عليها وتنظم إنشاءها

(١) د/ علي جمال الدين عوض، عمليات البنوك من الوجهة القانونية في قانون التجارة الجديد وتشريعات البلاد العربية، المرجع السابق، ص ٢١ وما بعدها.

ونشاطها فهي تفعل ذلك كما تشرف على مهنة المحامين أو الأطباء، وهو رقابة سببها أهمية النشاط المصرفي. أما في علاقة البنوك بالغير فهو كأي تاجر آخر يخضع للقانون الخاص دون القانون الإداري، ويخضع لقواعده المهنية التي تتفق مع نشاطه وتخصصه ونظام تأسيسه والقوانين الخاصة بمهنته. (فيما عدا ما يرد بخلافه قانون خاص ببنك ناصر الاجتماعي والبنك الصناعي وغيرهما مما يعد هيئة عامة").

وإذا كانت البنوك (عدا البنوك التي تتمتع بصفة الشخص العام كالبنك المركزي والبنك الرئيسي للائتمان الزراعي) على هذا النحو لا تعد مرافق عامة، ولا تقوم بدور المرافق العامة الأمر الذي يؤثر بالتأكيد جنائياً على الجرائم التي قد ترتكب بمناسبة عدم سداد دين الائتمان المصرفي، مما قد يؤدي إلى استبعاد بعض الأفعال من دائرة التجريم. ولذلك نجد محكمة النقض المصرية قد قضت بأنه "لما كانت بنوك القرى هي وحدات تابعة لبنوك التنمية والائتمان الزراعي التي تعتبر أموالها أموالاً مملوكة للدولة ملكية خاصة طبقاً للمادتين الأولى والخامسة من القانون رقم ١١٧ لسنة ١٩٧٦ في شأن البنك الرئيسي للتنمية والائتمان الزراعي. وكانت المحكمة الدستورية العليا قد قضت بحكمها الصادر بتاريخ ٩ من مايو سنة ١٩٩٨ في القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية دستورية بعدم دستورية البند (ط) من المادة الأولى من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ في شأن الحجز الإداري فيما تضمنه من حق البنوك التي تساهم الحكومة في رؤوس أموالها بما يزيد على النصف في إتباع إجراءات الحجز الإداري على مدينيها. وقد نصت (٤٩) من قانون المحكمة الدستورية العليا الصادر بالقانون رقم ٤٨ لسنة ١٩٧٩ على أن أحكام المحكمة في الدعاوى الدستورية وقراراتها

بالتفسير ملزمة لجميع سلطات الدولة ولكافة. وتنتشر الأحكام والقرارات المشار إليها في الفقرة السابقة في الجريدة الرسمية وبغير مصروفات خلال خمسة عشر يوما على الأكثر من تاريخ صدورها. ويترتب على الحكم بعدم دستورية نص في قانون أو لائحة عدم جواز تطبيقه من اليوم التالي لنشر الحكم. فإذا كان الحكم بعدم الدستورية متعلقا بنص جنائي تعتبر الأحكام التي صدرت بالإدانة استنادا إلى ذلك النص كأن لم تكن ويقوم رئيس هيئة المفوضين بتبليغ النائب العام بالحكم فور النطق به لاجراء مقتضاه. وكان من المقرر طبقا لاحكام محكمة النقض وعلى ما جرت به المذكرة الايضاحية لقانون المحكمة الدستورية العليا أن عدم جواز تطبيق النص المقضى بعدم دستوريته لا ينصرف أثره إلى المستقبل فحسب وإنما ينسحب على الوقائع السابقة على صدور الحكم بعدم دستورية ذلك النص وكان الحكم بعدم دستورية نص البند (ط) من المادة الاولى من القانون رقم ٣٠٨ لسنة ١٩٥٥ يجعل الحجز الذي توقع استنادا إليها - كما هو الحال في الدعوى المطروحة - كأن لم يكن من يوم اجرائه فان جريمة تبديد المحجوزات التي دين بها الطاعن تغدو غير قائمة لتخلف أركانها. لما كان ما تقدم وكانت المادة (٣٥) من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقرار بقانون رقم ٥٧ لسنة ١٩٥٩ تخول لمحكمة النقض ان تنقض الحكم من تلقاء نفسها لمصلحة المتهم فانه يتعين - والحال كذلك - نقض الحكم المطعون فيه والقضاء بإلغاء الحكم المستأنف وبراءة الطاعن من التهمة المسندة إليه عملا بالفقرة الاولى من المادة ٣٩ من قانون حالات واجراءات الطعن أمام محكمة النقض المشار إليه^(١).

(١) نقض جنائي، الطعن رقم ١٥٨١١ لسنة ٦٧ قضائية، جلسة ٢٠٠٠/٣/١٣.

ثانياً : طبيعة القروض التي تعقدها البنوك

إن المقرر في قضاء — محكمة النقض المصرية — أن القروض التي تعقدها المصارف تعتبر بالنسبة للمصرف المقرض عملاً تجارياً بطبيعته وفقاً لنص المادة الثانية من قانون التجارة. أما بالنسبة للمقرض فإنه — وإن اختلف الرأي في تكييفها إذا لم يكن المقرض تاجراً أو إذا كان المقرض مخصصاً لأغراض غير تجارية — إلا أن محكمة النقض ترى اعتبار القروض التي تعقدها البنوك في نطاق نشاطها المعتاد عملاً تجارياً مهماً كانت صفة المقرض ولما كان الغرض الذي خصص له القرض. ذلك أن البنك المقرض يتحمل عادة في سبيل الحصول على الأموال التي يلبي بها حاجات المقرضين أعباء أكثر فداحة من المقرض العادي إذ هو يحصل على هذه الأموال من المصارف الأخرى التي تتقاضى منه فوائد على متجمد الفوائد غير مقيدة بالحظر الوارد في المادة (٢٣٢ مدني) على أساس أن المعاملة بين المصرفين هي معاملة تجارية تدخل في نطاق الاستثناء الوارد بتلك المادة. وليس من المعقول أن يُحرم المصرف من هذه المزايا عندما يقرض الغير، هذا علاوة على ما يتعرض له المصرف من مخاطر في القروض الطويلة الأجل ومن حرمانه من أموال كان يمكنه استثمارها في وجوه أخرى غير القرض تدر عليه أرباحاً أكثر. ومما يؤيد هذا للنظر أن الشارع المصري قد أصدر في ظل القانون المدني الجديد القانون رقم ١١٠ سنة ١٩٥٦ بإنشاء بنك الائتمان العقاري وأجاز له منح قروض طويلة الأجل لغير التجار ولغير أغراض تجارية — وهذه القروض تفترض بسبب طول أجلها تجاوز الفوائد لرأس المال — مما يفيد أن المشرع قد خرج بهذه القروض عن نطاق الحظر المنصوص عليه في صدر المادة (٢٣٢) من

(٢) ما عدا الحساب الجاري فيسري ولو لم يكن بين طرفين أحدهما بنك (م ٣٦١ من قانون التجارة).

(٣) العائد على العائد لا يسري إلا إذا كان الحساب جارياً بين بنك وشخص آخر (م ٣٦٦ من قانون التجارة الجديد). أما الحساب بين أشخاص ليس بينهم بنك فلا يسري العائد على العائد.

(٤) ولا تخضع لنصوص قانون التجارة (م ٣٣٠ إلى ٣٧٧ من قانون التجارة الجديد) إلا العمليات التي يكون أحد طرفيها بنكاً (قرض، وديعة البنوك، وديعة الصكوك، تأجير الخزانة، رهن الأوراق المالية، النقل المصرفي، الاعتماد العادي، الاعتماد المستندي، الخصم) وفيما عدا الحساب الجاري فقد نصت المادة ٣/٣٦١ على أن تسري أحكام هذا الفرع (الخاص بالحساب الجاري) على كل حساب جار ولو لم يكن أحد الطرفين بنكاً، وذلك مع مراعاة الاستثناء الخاص بالحساب الجاري وحده.

أما إذا تمت عملية مما ذكر بين شخصين ليس بينهما بنك، فهي لا تبطل ولكنها تخضع للقواعد العامة في العقود، دون القواعد الموضوعية لعمليات البنوك، خاصة إذ ليس هناك ما يمنعها، وإن كان ذلك نادراً.

وبناء على ما تقدم يمكن استخلاص النقاط الآتية:

- (١) الأحكام الواردة بالقانون الخاصة بعمليات البنوك وحدها هي التي تسري على الطرفين بمعنى أن نشاط البنوك يحكم الأطراف جميعاً.
- (٢) يستثنى ما ورد بالمادتين ٣/٣٦١، ٢/٣٦٦ من قانون التجارة.

(٣) باقي أحكام قانون التجارة هي التي تطبق على المتعاملين مع البنوك كل في حدود نطاقه. بمعنى أن أي حكم لم يرد في هذا الباب ينظر إليه في ضوء القواعد العامة. ومن هذه القواعد ما نصت عليه المادة (٣) من قانون التجارة التي تقضي أنه إذا كان العقد تجارياً بالنسبة إلى أحد طرفيه فلا تسري أحكام القانون التجاري إلا على التزامات هذا الطرف وحده. وتسري على الطرف الآخر أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك.

وتقول المادة (٨) من قانون التجارة إن الأعمال التي يقوم بها التاجر لشئون تتعلق بتجارته تعد عملاً تجارياً. وكل عمل يقوم به للتاجر يعد متعلقاً بتجارته ما لم يثبت غير ذلك.

(٤) كما يلاحظ أن المادة (٣٠٠) من قانون التجارة تقضي بعموم تطبيق هذا الباب على عمليات البنوك. ولكنها لم تقل إن هذه العمليات تعد تجارية، فهذا الوصف متروك لنصوص المواد ٤-٩ الخاصة بتعداد الأعمال التجارية. ولم يرد بها سوى المادة (٥) التي تقضي باعتبار عمليات البنوك وللصرافة تجارية.

أما بالنسبة للمتعاملين مع البنك فتخضع تجارية العمل للمعايير الواردة بالمواد (٤ إلى ٩)، والمادة (٣) سالفه الذكر، فإذا أبرم شخص غير تاجر قرضاً مع البنك فهذا يعد من عمليات البنوك وقد يخضع لأحكام الاعتماد الواردة بالمادة (٣٣٨). ولا يجوز للبنك طلب شهر إفلاسه إذا كان للقرض بالنسبة للمقترض مدنياً، طبقاً للمادة (٣) سالفه الذكر.

(٥) إذا قام شخص غير بنك بأي عمل من هذه الأعمال الواردة بالمادة

(٣٠٠) وما بعدها — وهذا متصور — فلا يخضع لهذا الباب، وإلا ما كان المشرع بحاجة إلى نص المادة (٣٠٠).

(٦) يُعد نشاط البنوك — أي نشاطها المهني المعتاد — تجارياً ما لم يكن مدنياً بطبيعته^(١).

(١) د/ على جمال الدين عوض، المرجع السابق ص ١١. وكانت محكمة النقض المصرية قد قضت أنه "متى كان عقد البيع الذي أبرمه البنك - بنك الأراضي - مع المطعون عليه وموضوعه أطيان زراعية، هو عقد مدني بطبيعته فإنه لا يكتسب الصفة التجارية لمجرد أن البنك هو الذي قام بالبيع..... أن أعمال البنوك تجارية بطبيعتها وفقاً لنص الفقرتين الرابعة و الخامسة من المادة الثانية من قانون التجارة، ذلك أن الفقرة التاسعة من هذه المادة تستثني الأعمال المدنية بطبيعتها من الأعمال التي تثبت لها الصفة التجارية لصدورها من تاجر و لحاجات تجارية إذ تنص هذه الفقرة على أن جميع العقود و التعهدات الحاصلة بين التجار و المتسببين و السماسرة و الصيارفة تعتبر تجارية ما لم تكن العقود و التعهدات المذكورة مدنية بحسب نوعها أو بناء على نص العقد.

متى كان عقد البيع الذي أبرمه البنك مع المطعون عليه هو عقد مدني بطبيعته، فإن باقى ثمن الأطيان المبيعة المستحق للبنك يسرى عليه الحظر المنصوص عليه فى المادة (٢٣٢) من القانون المدنى و لا يخضع للقواعد و العادات التجارية التى تبيح تقاضى فوائد على متجمد الفوائد و مجاوزة الفوائد لرأس المال و ذلك ابتداء من تاريخ العمل بالقانون المدنى فى ١٥/١٠/١٩٤٩ ولا محل للتحدى بأن القروض طويلة الأجل التى تعقدها البنوك يسرى عليها الاستثناء سالف الذكر و لو تمت لصالح شخص غير تاجر، ذلك أن هذه القروض إنما تخرج عن نطاق الحظر المذكور - و على ما جرى به قضاء هذه المحكمة - لأنها تعتبر عملاً تجارياً مهما كانت صفة المقرض و ليا كان الغرض الذى خصص له القرض و هو الأمر الذى لا يتوافر فى الدين موضوع النزاع على ما سلف البيان" (نقض مدني الطعن -

وبالتأكيد، فإن ما استقر عليه قضاء محكمة النقض المصرية — من اعتبار عقد القرض الذي يبرمه البنك مع الأشخاص يعد تجارياً بطبيعته — استقر عليه أيضاً قضاء المحكمة الدستورية العليا على "إن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام — ويندرج تحتها بنك التنمية الصناعية — وهو الجهة الحاجزة — تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار وتقديم خدماتها الائتمانية لمن يطلبها. وأعمالها هذه — وبالنظر إلى طبيعتها — تخضعها لقواعد القانون الخاص، وهي تباشرها بوسائل هذا القانون ولو كان رأس مالها مملوكاً — كلياً أو جزئياً — للدولة، إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها، وموضوع نشاطها، ولا بطرائقها في تسييره. وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً، أو منفصلاً عن ربحيتها باعتبارها غرضاً نهائياً تتغياها، بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها^(١) " الأمر الذي يكون له أثره على الشق الجنائي الخاص بجرائم تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي. وهذا يعني خضوعه للقواعد والعادات والأعراف التجارية والتي من الممكن أن يكون لها أثرها في تحديد ماهية الجرائم. وعلى سبيل المثال، فإنه إذا قام البنك طبقاً للطبيعة للتجارية لعقود القروض التي يبرمها مع أشخاص آخرين بتحصيل فوائد على متجمد الفوائد، فهو غير مقيدة بالخطر الخاص بالفوائد القانونية الوارد في المادة (٢٣٢) مدني، مما يجعل هذا

- رقم ٣٥٧ لسنة ٣٨ قضائية، جلسة ١٨/٢/١٩٧٥، مجموعة المكتب الفني س ٢٦ ج ١ ص ٤١٧).

(١) حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٤١ لسنة ١٩ قضائية "دستورية"، جلسة ٩/٥/١٩٩٨.

العمل مباح ولا يخضع لقانون العقوبات باعتباره اختلاس مال للغير بدون وجه حق.

ثالثاً: قابلية نصوص قانون العقوبات للتطبيق على بعض جرائم عدم سداد دين الائتمان المصرفي؛

قضت محكمة النقض المصرية^(١) أنه لما كانت المادة (١١٩) من قانون العقوبات تنص على أنه يقصد بالأموال العامة في تطبيق أحكام هذا الباب - الباب الرابع - ما يكون كله أو بعضه مملوكاً لإحدى الجهات الآتية أو خاضعاً لإشرافها أو لإدارتها... (ب) الهيئات والمؤسسات العامة ووحدات القطاع العام.... (ز) الشركات والجمعيات والوحدات الاقتصادية والمنشآت التي تساهم فيها الجهات المنصوص عليها في الفقرات السابقة. وكان قرار نائب رئيس مجلس الوزراء وزير التخطيط والمالية والاقتصاد رقم ٢٤١ لسنة ١٩٨٠ والذي رخص - في ظل سريان أحكام القانون رقم ٤٣ لسنة ١٩٧٤ المشار إليه أنفاً - في تأسيس شركة الأهرام للاستثمار وفقاً للعقد المرفق به والذي يبين منه أن مؤسسة الأهرام الصحفية تساهم في رأس مال هذه الشركة بسبعين وتسعمائة و ألفي سهم من مجموع الأسهم البالغ ثلاثة آلاف سهم. وكان الحكم المطعون فيه قد رد على دفاع الطاعن بشأن الطبيعة القانونية للشركة المذكورة وخلص إلى انطباق المادة (١١٩) آنفة الذكر على أموالها ، فإن ما خلص إليه الحكم من ذلك يكون صحيحاً ويكون النعي عليه في هذا الشأن غير سديد".

(١) نقض جنائي الطعن رقم ٣٧١٧ لسنة ٦٥ قضائية، جلسة ١٩٩٩/٢/١.

كما قضت محكمة النقض^(١)، "وحيث أن طلب إعادة النظر في هذا الوجه قد بنى على الفقرة الثالثة من المادة (٤٤١) من قانون الإجراءات الجنائية على أساس أن الحكم الصادر بإدانة الملتمة بجريمة الاشتراك في الإضرار العمدي بأموال البنك المجني عليه قد بنى على أقوال الشهود وتقرير لجنة الرقابة على البنوك بأنها لم تسدد القرض الذي حصلت عليه، مما أثر في عقيدة المحكمة بأن نية الإضرار قد تولدت لديها، وهو قول ثبت عدم صحته — بعد أن صار الحكم بإدانتها نهائيا وباتًا — وذلك بصور حكم نهائي وبات في الدعوى رقم ٣١٥ لسنة ٢٠٠٣ تجاري جنوب القاهرة في ٢٠٠٣/٤/٣٠ ببراءة ذمتها من هذا القرض وأن وفاءها به يرتد إلى تاريخ سابق على صدور الحكم بإدانتها، وهو ما يعتبر حكما بتزوير شهادة الشهود وتقرير اللجنة عماد حكم الادانة".

ونستخلص من هذه الأحكام وما تنص عليه المادة (١١٩) من قانون العقوبات بأن البنوك التي تملكها الدولة مثل البنك المركزي تعد أموالها أموال عامة بالنسبة لتطبيق نصوص قانون العقوبات. كما يعد موظفوها موظفين عموميين، وبالتالي انطباق بعض جرائم الأموال العامة على للجرائم التي تُرتكب ويكون لها علاقة مباشرة أو سبب مباشر لعدم سداد دين الائتمان المصرفي. ولا ينطبق ذلك على البنوك التي لا تعد أشخاص عامة والتي لا تشترك الدولة في رأس مالها، إذ أن أموالها تعد أموال خاصة في تطبيق قانون العقوبات. باعتبار أن هذه البنوك تُعد شركات

(١) نقض جنائي، الطعن رقم ٤٥٩٧٧ — لسنة ٧٤ قضائية — جلسة ٢٠٠٤/١١/٢١، غير منشور.

مساهمة وتُعد العلاقة التي تربطها بموظفيها علاقة خاصة تخضع لقانون العمل^(١).

رابعاً: مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات:

يعني مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات حصر مصادر التجريم والعقاب في نصوص القانون: فتحدد الأفعال التي تعد جرائم وبيان أركانها وتحديد العقوبات المقررة لها سواء من حيث نوعها أو مقدارها، كل ذلك من اختصاص الشارع. وليس للقاضي شأن في ذلك، وكل ما له هو تطبيق ما يضعه الشارع من نصوص في هذا الشأن^(٢). فالمبدأ يضع حداً فاصلاً بين اختصاص الشارع واختصاص القاضي. وما قرر دخوله في اختصاص الأول يخرج بذلك عن اختصاص الثاني: فالقاضي لا يستطيع أن يعتبر فعلاً معيناً جريمة إلا إذا وجد نصاً جرم فيه الشارع هذا الفعل. وإن لم يجد مثل هذا النص فلا سبيل إلى اعتبار الفعل جريمة ولو اقتنع بأنه مناقض للعدالة

(١) إن قضاء المحكمة الدستورية العليا قد جرى على أنه ولئن كان البنك الرئيسي للتمية والائتمان للزراعي من أشخاص القانون العام، باعتباره هيئة عامة قابضة، إلا أن جميع البنوك التابعة له تعمل بوصفها شركات مساهمة يتعلق نشاطها بتطبيق قواعد القانون الخاص، وبالوسائل التي ينتهجها هذا القانون. (حكم المحكمة الدستورية العليا في القضية رقم ٥٨ لسنة ٢٩ قضائية "دستورية"، جلسة ٢٠٠٧/١٢/٢).

(٢) R. Poplawski: La Loi penale et le principe de la legalite des delits (١٩٤١)، p. 92, Donnedieu de et des peins en droit Francais Vabres, no. 97 , p, 53, Stefani et Levasseur, I, no. 86. p. 92. (يراجع في ذلك، شرح قانون العقوبات، القسم العام، الدكتور/ محمود نجيب حسني ص ٧٨).

أو الأخلاق أو الدين أو ضار بالمجتمع أبلغ الضرر.

وإذا تطلب الشارع لاعتبار الفعل جريمة توافر شروط معينة، فالقاضي ملتزم بكل هذه الشروط، فلا يجوز له أن يغفل أحدها ولو كان في رأيه قليل الأهمية. وحيثما يثبت خضوع الفعل لنص التجريم، فلا يجوز للقاضي أن يوقع من أجله غير العقوبة التي حددها الشارع في هذا النص متقيدا بنوعها ومقدارها. ومن ثم لا تستطيع المحاكم الاقتصادية أو التجارية المتخصصة محاكمة أي شخص بجريمة تتعلق بالائتمان المصرفي أو غيرها من الجرائم التجارية والاقتصادية إلا إذا كانت هناك نصوص قانونية تجرم ذلك الفعل بطريقة واضحة ليس فيها لبس^(١).

(١) أوردت المحكمة الدستورية العليا في حكمها في القضية رقم ٤٨ لسنة ١٧ قضائية "دستورية"، جلسة ١٩٩٧/٢/٢٢ في خصوص مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات الآتي: "إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، غدا أصلا ثابتا كضمان ضد التحكم، فلا يؤثم القاضي أفعالا ينتقيا، ولا يقرر عقوباتها وفق اختياره، إشباعا للزوة أو انفلاتا عن الحق والعدل. وصار التأنيم بالتالي -وبعد زاول السلطة المنفردة- عائدا إلى المشرع، إذ يقرر للجرائم التي يحدثها، عقوباتها التي تناسبها، فلا يكون مسريان النصوص القانونية التي تنظمها رجعيا، بل مباشرا لتحكم الأفعال التي تقع بعد العمل بالقانون التي يجرمها *Nullum crimen, Nulla poena, Sine lege*. ويفسر هذا المبدأ بأن القيم الجوهرية التي يصدر القانون الجنائي لحمايتها، لا يمكن بلورتها إلا من خلال السلطة التشريعية التي انتخبها المواطنون لتمثيلهم، ولأن تعبيرها عن إرادتهم يقتضيها أن تكون بيدها سلطة التقرير في شأن تحديد الأفعال التي يجوز تأنيبها وعقوباتها، لضمان مشروعيتها. ومن ثم كان إعمال هذا المبدأ لازما لتمكين المواطنين من الاتصال بتلك القيم التي يقوم عليها بنيان مجتمعهم، بما يوحد بينهم ويكفل تماسكهم اجتماعيا *Cohésion sociale*، فلا يزدرونها، وإلا كان ليقاع -

خامساً : دور الصلح الجنائي في سعي المدين إلى الوفاء بالدين :

نص القانون رقم ٧٤ لسنة ٢٠٠٧ على أنه "يستبدل بنصوص المواد ١٨ مكرراً، ٢٩٧، ٣٢٣، ٣٢٤، ٣٢٥ مكرراً (الفقرتان الأولى والثانية)، ٣٢٧ (فقرة أولى)، ٣٩٨ (فقرة أولى) من قانون الإجراءات الجنائية،

- الجزاء الجنائي عليهم لازماً لردعهم.

وحيث إن استقرار مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات في مفاهيم الدول المتحضرة، دعا إلى توكيده بينها. ومن ثم وجد صده في عديد من المواثيق الدولية، من بينها الفقرة الأخيرة من المادة ١١ من الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، والفقرة الأولى من المادة ١٥ من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية، والمادة ٧ من الاتفاقية الأوروبية لحماية حقوق الإنسان. وتردد هذا المبدأ كذلك في دساتير عديدة، يندرج تحتها ما تنص عليه المادة ٦٦ من دستور جمهورية مصر العربية من أنه لا عقاب إلا على الأفعال اللاحقة لنفاذ القانون الذي ينص عليها، وما تقرره كذلك المادة ١٨٧ من هذا الدستور التي تقضى بأن الأصل في أحكام القوانين هو مبرئانها اعتباراً من تاريخ العمل بها، ولا أثر لها فيما وقع قبلها إلا بنص خاص تقره أغلبية أعضاء السلطة التشريعية في مجموعهم.

وحيث إن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات، وإن اتخذ من ضمان الحرية الشخصية بنياناً لإقراره وتوكيده، إلا أن هذه الحرية ذاتها هي التي تقيد من محتواه، فلا يكون إنفاذ هذا المبدأ لازماً إلا بالقدر وفي الحدود التي تكفل صونها *In Favorem*. ولا يجوز بالتالي إعمال نصوص عقابية يسي تطبيقها إلى مركز قائم لمتهم، ولا تفسيرها بما يخرجها عن معناها أو مقاصدها، ولا مد لطاق التجريم وبطريق القياس -إلى أفعال لم يؤثمها المشرع، بل يتعين دوماً -وكلما كان مضمونها يحتمل أكثر من تفسير- أن يرجح القاضي من بينها ما يكون أكثر ضماناً للحرية الشخصية في إطار علاقة منطقية *La ratio Legis* يقيّمها بين هذه النصوص وإرادة المشرع، سواء في ذلك تلك التي أعلنها، أو التي يمكن افتراضها عقلاً *.

النصوص الآتية:

مادة ١٨ مكرراً: "يجوز للمتهم التصالح في المخالفات وكذلك في الجرح التي لا يعاقب عليها وجوباً بغير الغرامة أو التي يعاقب عليها جوازياً بالحبس الذي لا يزيد حده الأقصى على ستة أشهر. وعلى محرر المحضر أو النيابة العامة بحسب الأحوال أن يعرض التصالح على المتهم أو وكيله ويثبت ذلك في المحضر. وعلى المتهم الذي يرغب في التصالح أن يدفع، قبل رفع الدعوى الجنائية، مبلغاً يعادل ثلث الحد الأقصى للغرامة المقرر للجريمة، ويكون الدفع إلى خزانة المحكمة أو النيابة العامة أو إلى من يرخص له في ذلك من وزير العدل. ولا يسقط حق المتهم في التصالح برفع الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة إذا دفع ثلثي الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو قيمة الحد الأدنى المقرر لها أيهما أكثر، وذلك قبل صدور حكم في الموضوع. وتنقضي الدعوى الجنائية بدفع مبلغ للتصالح، ولا يكون لهذا الانقضاء أثر على الدعوى المدنية"^(١). وإذا كانت هناك بعض

(١) نص للقانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ المعدل لقانون الإجراءات الجنائية الصادر بالقانون رقم ١٥٠ لسنة ١٩٥٠ تضاف إلى قانون الإجراءات الجنائية مواد جديدة بأرقام ١٨ مكرراً، ١٨ مكرراً (أ)، ٢٤ مكرراً، ٢٥١ مكرراً، نصوصها الآتية: "مادة ١٨ مكرراً - يجوز التصالح في مواد المخالفات، وكذلك في مواد الجرح التي يعاقب القانون فيها بالغرامة فقط. وعلى مأمور الضبط القضائي المختص عند تحرير المحضر أن يعرض التصالح على المتهم أو وكيله في المخالفات ويثبت ذلك في محضره، ويكون عرض التصالح في الجرح من النيابة العامة. وعلى المتهم الذي يقبل التصالح أن يدفع خلال خمسة عشر يوماً من اليوم التالي لعرض التصالح عليه، مبلغاً يعادل ربع الحد الأقصى للغرامة المقرر للجريمة أو قيمة -

- الحد الأدنى المقرر لها أيهما أكثر، ويكون الدفع إلى خزانة المحكمة أو إلى النيابة العامة أو إلى أي موظف عام يرخص له في ذلك من وزير العدل. ولا يسقط حق المتهم في التصالح بفوات ميعاد الدفع ولا بإحالة الدعوى الجنائية إلى المحكمة المختصة إذا دفع مبلغاً يعادل نصف الحد الأقصى للغرامة المقررة للجريمة أو قيمة الحد الأدنى المقرر لها أيهما أكثر. وتنقضي الدعوى الجنائية بدفع مبلغ التصالح ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، ولا يكون لذلك تأثير على الدعوى المدنية". مادة ١٨ مكرراً (أ) - للمجني عليه - ولوكيله الخاص - في الجرح المنصوص عليها في المواد ٢٤١ (فقرتان أولى وثانية)، ٢٤٢ (فقرات أولى وثانية وثالثة)، ٢٤٤ (فقرة أولى)، ٢٦٥، ٣٢١ مكرراً، ٣٢٣، ٣٢٣ مكرراً، ٣٢٤ أولاً، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٥٤، ٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦١ (فقرتان أولى وثانية)، ٣٦٩ من قانون العقوبات وفي الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون، أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم. ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر، ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة". ومن المقرر في قضاء النقض الجنائي لما كان قد صدر القانون رقم ١٧٤ لسنة ١٩٩٨ - بعد الحكم المطعون فيه وقبل للفصل فيه بحكم بات في العشرين من ديسمبر سنة ١٩٩٨ وعمل به في الرابع من يناير سنة ١٩٩٩ بإضافة المادة ١٨ مكرراً إلى قانون الإجراءات الجنائية التي جرى نصها على أنه "للمجني عليه ولوكيله الخاص في الجرح المنصوص عليها في المواد ٢٤١/١، ٢٤٢/١، ٢، ٣، ٢٤٤/١، ٢٦٥، ٣٢١ مكرر، ٣٢٣، ٣٢٣ مكرر أولاً، ٣٤١، ٣٤٢، ٣٥٤، ٣٥٨، ٣٦٠، ٣٦١/١، ٢، ٣٦٩ من قانون العقوبات وفي الأحوال الأخرى التي ينص عليها القانون أن يطلب إلى النيابة العامة أو المحكمة بحسب الأحوال إثبات صلحه مع المتهم. ويترتب على الصلح انقضاء الدعوى الجنائية ولو كانت مرفوعة بطريق الادعاء المباشر ولا أثر للصلح على حقوق المضرور من الجريمة" وكانت الفقرة الثانية من المادة (٣٥) من قانون حالات وإجراءات الطعن أمام محكمة النقض الصادر بالقانون رقم ٥٧ -

الجرائم التي قد ترتكب بمناسبة عدم سداد الدين المصرفي يجوز قانوناً الصلح فيها، مما يجعل المدين يسعى للصلح حتى يتفادى العقوبة الجنائية، وبالتالي فإن لإمكانية الصلح الجنائي تأثيراً إيجابياً في بعض الجرائم التي قد ترتكب بمناسبة التمويل المصرفي.

وقد حددت المادتان (١٣١، ١٣٣) من قانون البنوك الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ نطاق التصالح من حيث الجرائم التي يجوز فيها التصالح وتلك التي لا يجوز فيها، فتقضي المادة (١٣١) على أنه " لا يجوز رفع الدعوى الجنائية أو اتخاذ أي إجراءات من إجراءات التحقيق في الجرائم المنصوص عليها في هذا القانون والقرارات الصادرة تنفيذاً له، وفي المادتين ١١٦ مكرر، ١١٦ مكرر(أ) من قانون العقوبات في نطاق تطبيق أحكام هذا القانون، إلا بناءً على طلب من محافظ البنك المركزي أو طلب من رئيس مجلس الوزراء". كما تنص المادة (١٣٣) من ذات القانون

- لسنة ١٩٥٩ تخول محكمة النقض أن تلغ الحكم لمصلحة المتهم من تلقاء نفسها إذا صدر بعد الحكم المطعون فيه قانون يسري على واقعة الدعوى. لما كان ذلك، وكان الثابت من حافظة المستندات المقدمة من الطاعن أنها تحوي صورة ضوئية لمحضر تحقيق مؤرخ ٨ من أكتوبر سنة ١٩٩٥ استيفاء نيابة الجيزة، تنفيذاً لما تأشير به من السيد المستشار النائب العام للاستعلام عن التصالح أن المدعي بالحقوق المدنية قد قرر بتمام التصالح وإزالة أسباب الخلاف عن الجريمة التي دين بها الطاعن، فإن المادة ١٨ مكرراً من قانون الإجراءات الجنائية سالفة البيان تكون واجبة التطبيق. ومن ثم يتعين نقض الحكم المطعون فيه وإلغاء الحكم المستأنف وإنقضاء الدعوى الجنائية بالصلح وذلك بدون حاجة لبحث أوجه الطعن المقدمة من الطاعن" (الطعن رقم ٢٠٦٨ لسنة ٦٦ ق، الصادر بجلسة ٢٠٠٦/٣/٢١ منشور في المستحدث من أحكام النقض).

على أنه للبنوك الخاضعة لأحكام هذا القانون التصالح في الجرائم المشار إليها في المادة (١٣١) منه ولو كان قد صدر بشأنها الطلب المنصوص عليه في هذه المادة، وذلك في أية حالة تكون عليها الدعوى.....". ويتضح من نص هاتين المادتين أنه يجوز التصالح في طائفتين من الجرائم هما: الجرائم المنصوص عليها في قانون البنوك والقرارات الصادرة تنفيذاً له، والجرائم المنصوص عليها في المادتين ١١٦ مكرر، ١١٦ مكرر (أ) من قانون العقوبات.

وبناء على ما تقدم فقد قمنا بعرضها على النحو سالف البيان ومنها

نستخلص أن البنوك بصفة عامة ليست مرافق عامة، كما أن عمليات الائتمان المصرفي تعد بصفة عامة عمليات تجارية. أما بالنسبة للمقترضين فقد اختلف الرأي، وإن كان الرأي الغالب - الذي نؤيده - أنها تجارية إذا كان القرض لغرض تجاري، ولكنها مدنية في حالة الاقتراض بسبب غير تجاري. كما أن جرائم الأموال العامة في قانون العقوبات قد تنطبق على بعض حالات جرائم تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي، وأن مبدأ شرعية الجرائم والعقوبات يعنى عدم إمكان خلق جرائم وعقوبات لم ينص عليها المشرع. وأخيراً فإن للصلح الجنائي تأثيراً إيجابياً في بعض الأحوال لحفز المدين على سداد دين الائتمان المصرفي.



المبحث الثاني

الجرائم المختلفة المتعلقة بعدم سداد دين الائتمان المصرفي

نحاول في هذا المبحث بيان الجرائم التي تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي سواء بتحليل أركان هذه الجرائم أو العلة في تجريمها والنتائج المترتبة على ذلك. ولكن في البداية نبحت في المبادئ المتعلقة بهذا النوع من الجرائم وذلك على النحو الآتي:

أولاً: المبادئ المتعلقة بجرائم عدم سداد دين بنك الائتمان المصرفي

أولاً: هذه الجرائم ليست واردة على سبيل الحصر في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ والمعدل بالقانون رقم ٩٣ لسنة ٢٠٠٥. والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة (١١٨) من هذا القانون على أنه "مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر^(١)، يعاقب على الجرائم للمبينة

(١) من الجدير بالذكر أن المحكمة الدستورية العليا قد أوردت في حكمها الصادر في القضية رقم ١١٤ لسنة ٢١ قضائية "دستورية"، جلسة ٢٠٠١/٦/٢ أنه "وحيث إنه من القواعد المبدئية التي يتطلبها الدستور في القوانين الجزائية، أن تكون درجة اليقين التي تنتظم أحكامها في أعلى مستوياتها، وأظهر في هذه القوانين منها في أية تشريعات أخرى، ذلك أن القوانين الجزائية تفرض على الحرية الشخصية أخطر القيود وأبلغها أثراً، ويتعين بالتالي - ضماناً لهذه الحرية - أن تكون الأفعال التي تؤثمها هذه القوانين محددة بصورة قاطعة بما يحول دون التباسها بغيرها، وأن تكون تلك القوانين جلية واضحة في بيان الحدود الضيقة لنواحيها، ذلك أن التجهيل بها أو لنبهامها في بعض جوانبها لا يجعل المخاطبين بها على بينة من حقيقة الأفعال التي يتعين عليهم تجنبها. كذلك فإن غموض مضمون النص العقابي مؤداه أن يُحال -

في المواد التالية بالعقوبات المنصوص عليها فيها ". لم يذكر المشرع في هذه المادة أن الجرائم المذكورة في هذا القانون، وهي الجرائم المتعلقة بالبنوك، واردة على سبيل الحصر. كما أن تطبيقات قضاء النقض — المشار إليها سلفاً — تبين انطباق بعض نصوص قانون العقوبات على بعض جرائم عدم سداد دين الائتمان المصرفي.

ثانياً: تقسيم البنوك إلى بنوك قطاع عام وبنوك قطاع خاص، قد يكون له تأثيره — في القواعد التقليدية — على انطباق بعض الجرائم المتعلقة بعدم

- بين محكمة الموضوع وبين أعمال قواعد منضبطة تُعَيِّن لكل جريمة أركانها وتقرر عقوبتها بما لا خفاء فيه. وهي قواعد لا ترخص فيها وتمثل إطاراً لعملها لا يجوز تجاوزه، ذلك أن الغاية التي يتوخاها الدستور هي أن يوفر لكل مواطن الفرص الكاملة لمباشرة حرياته في إطار من الضوابط التي قيدها بها، ولازم ذلك أن تكون القيود على الحرية التي تفرضها القوانين الجزائية، محددة بصورة يقينية لأنها تدعو المخاطبين بها إلى الامتنثال لها لكي يدفعوا عن حقهم في الحياة وكذلك عن حرياتهم، تلك المخاطر التي تعكسها العقوبة، بحيث لا يتم تجاوز الحدود التي اعتبرها الدستور مجالاً حيوياً لمباشرة الحقوق والحريات التي كفلها، وهو ما يخل في النهاية بالضوابط الجوهرية التي تقوم عليها المحاكمة المنصفة وفقاً لنص المادة ٦٧ من الدستور ".

وحيث أنه بناء على ما أوردته المحكمة الدستورية العليا في حكمها المشار إليه، نرى أنه كان يتعين على المشرع تحديد ماهية الجرائم والعقوبات التي تسري عليها على وجه منضبط يقيني لا مجال فيها للتجهيل الذي أورده في نص المادة (١١٨) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ من النص على أنه " مع عدم الإخلال بأية عقوبة أشد ينص عليها قانون العقوبات أو أي قانون آخر.....".

سداد دين الائتمان المصرفي، مثل جرائم الاختلاس والتربح وبعض الجرائم الأخرى المتعلقة بالمال العام، حيث أن أموال بنوك القطاع العام — كما وضعنا من قبل — تعد أموال عامة بالنسبة لتطبيق نصوص قانون العقوبات.

ثالثاً: البنوك بصفة عامة — فيما عدا ما استثناه القانون بنص خاص — لا تعد مرافق عامة، فهي شركات مساهمة تهدف إلى تحقيق الربح من خلال عمليات الائتمان المصرفي التي تجريها مع العملاء. وبالتالي لا تنطبق الجرائم التي من الممكن أن تطبق على مشروعات المرافق العامة. وعلى سبيل المثال، تُعد سرقة الكهرباء من مرفق الكهرباء استيلاء على أموال عامة، في حين أن قيام المدين في دين ائتمان مصرفي بالاستيلاء على أموال بنوك خاصة لا تعد استيلاء على أموال عامة. وقد أقرت أحكام محكمة النقض بهذا المبدأ، إذ جاء بأحد أحكامها أن " تسجيل البنك في سجل البنك المركزي لا علاقة له بشخصية الشركة المساهمة. وطبقاً لهذه التشريعات ليس للبنوك أي امتياز مما هو مقرر للمرافق العامة بل هي تباشر عملها كما يباشره أي تاجر آخر يخضع للقانون الخاص وعملها لا يخضعون لقواعد الموظفين العموميين بل لعقد العمل. ولما كان البنك المركزي يشرف عليها وعلى نشاطها فهي رقابة سببية أهمية النشاط المصرفي وذلك كله فيما عدا ما يرد بخلافه قانون خاص ببنك ناصر وغيره مما يعد هيئة عامة؛ ذلك أن الأعمال التي تقوم عليها البنوك بوجه عام (ومنها البنك المطعون ضده) تعتبر جميعها من قبيل الأعمال المصرفية التي تعتمد أصلاً على تنمية الادخار والاستثمار وتقديم خدماتها الائتمانية

لمن يطلبها. وإعمالها هذه بالنظر إلى طبيعتها تخضعها لقواعد القانون الخاص وهي تباشرها بوسائل هذا القانون ولو كان رأسمالها مملوكا كلياً أو جزئياً للدولة ولا تعد بالتالي من أشخاص القانون العام إذ لا صلة بين الجهة التي تملك أموالها وموضوع نشاطها ولا بطرائقها في تسييره وليس من شأن هذه الملكية أن تحيل نشاطها عملاً إدارياً أو منفصلاً عن ربحها باعتبارها غرضاً نهائياً تتغياها بل هو مطلبها من تنظيمها لأعمالها وتوجيهها لها^(١).

رابعاً: أن عمليات الائتمان المصرفي تعد تجارية في كل الأحوال بالنسبة للبنوك، وفي بعض الأحوال بالنسبة للعملاء، الأمر الذي يفتح المجال لتطبيق بعض القواعد القانونية وبعض الأعراف التجارية غير المسموح بتطبيقها في العلاقات المدنية مثل الفوائد المركبة، وتقاضي فوائد تزيد عن الحد الأقصى للفوائد القانونية المحددة بنص المادة (٢٢٧) من القانون المدني وهي سبعة في المائة. ومن ثم فإن تقاضي البنوك فوائد على متجمد الفوائد بالنسبة لديون الائتمان المصرفي في بعض الحالات لا تعد جريمة سرقة أو جريمة أخرى معاقب عليها قانوناً.

ثانياً: ما ورد في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٢ بخصوص جرائم الائتمان المصرفي؛

في الحقيقة فإن عرض الجرائم التي وردت في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ لن يفيد

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٧٣ ق، جلسة ٢٠٠٤/٧/٥ (مشار إليه من قبل).

كثيرا بالنسبة للجرائم المتعلقة بعدم سداد دين الائتمان المصرفي سوى جريمتين محددين. ومن ثم فسوف نكتفي بذكرهما.

نص القانون نص في المادة (١١٩) منه على أنه " يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أيا من أحكام المادة (٣١) من هذا القانون.

ويعاقب بذات العقوبة كل من استخدم أي نوع من أنواع التمويل أو التسهيلات الائتمانية في غير الأغراض والمجالات التي حددت في الموافقة الائتمانية.

وفي حالة العود يعاقب بالحبس والغرامة".

ويبين مما تقدم أن هناك جريمتين تتعلقان بالتمويل المصرفي وردت في قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ وهما كالتالي:

الجريمة الأولى:

نصت الفقرة الأولى من المادة (١١٩) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد الصادر بالقانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ على أنه "يعاقب بالحبس وبغرامة لا تقل عن خمسة آلاف جنيه ولا تجاوز خمسين ألف جنيه أو بإحدى هاتين العقوبتين كل من خالف أيا من أحكام المادة (٣١) من هذا القانون".

ونصت للمادة (٣١) من قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي

والنقد المشار إليه على أنه "يحظر على أي فرد أو هيئة أو منشأة غير مسجلة طبقاً لأحكام هذا القانون، أن تباشر أي عمل من أعمال البنوك. ويستثنى من ذلك الأشخاص الاعتبارية العامة التي تباشر عملاً من هذه الأعمال في حدود سند إنشائها. ويقصد بأعمال البنوك في تطبيق أحكام هذه المادة كل نشاط يتناول بشكل أساسي واعتيادي قبول الودائع والحصول على التمويل واستثمار تلك الأموال في تقديم التمويل والتسهيلات الائتمانية والمساهمة في رؤوس أموال الشركات، وكل ما يجري العرف المصرفي على اعتباره من أعمال البنوك. ويحظر على أية منشأة غير مسجلة طبقاً لأحكام هذا القانون، أن تستعمل كلمة بنك أو أي تعبير يماثلها في أية لغة سواء في تسميتها الخاصة أو في عنوانها التجاري أو في دعايتها".

والحقيقة أن هذه الجريمة قد لا ترتبط مباشرة بجرائم الائتمان المصرفي، وإنما كان يجب أن نعرضها لأنها تعد جريمة عامة بالنسبة لأي منشأة غير مسجلة تباشر أعمال البنوك، وبالتالي فيوجد علاقة بينها وبين نشاط الائتمان المصرفي والذي يقوم به البنوك، و لو افترضنا أن هناك عدة منشآت غير مسجلة لدى البنك المركزي تمارس أعمال الائتمان المصرفي أو تقوم بأعمال البنوك الأخرى مثل تقبل الودائع ومحاولة استثمارها في مشروعات اقتصادية غير مدروسة لتحقيق الربح السريع، فإن هذا قد يؤدي إلى ضياع أموال العملاء. وقد حدث ذلك في مصر في فترة ماضية في شركات توظيف الأموال^(١) وما زال يحدث حتى الآن. وقد تتساهل هذه

(١) (www.egynews.net) إن توظيف الأموال في مصر يتم على طريقة مادوف

بالتهاج نظرية ماكنزي التي تعتمد على صرف موظف الأموال عوائد -

- للمساهمين اللقداى من إيداعات الجدد وهكذا وبالتالي فهي لا تمثل استثمارا حقيقيا إنما مجرد وهم بالاستثمار. ولتوظيف الأموال تاريخ مؤلم في مصر، ظهر على السطح في منتصف السبعينيات وزاد عدد محترفيه على ٦٠ شركة كان أبرزها الريان والشريف والهدى مصر وكانت تعطي فوائد مالية عالية تصل إلى ٤٠% أي تفوق تلك التي تقدمها البنوك بنحو ثلاث أو أربع مرات مما ضاعف الإقبال عليها خاصة من المصريين العاملين في الخارج. وتوسع نشاط تلك الشركات ليفزرو القطاعات الاقتصادية المختلفة حتى دخلت في أزمتها مع الحكومة أواخر الثمانينيات.

وفي عام ٢٠٠٦، أعلنت مصر إغلاق ملف شركات توظيف الأموال بتوقيع بروتوكول تعاون بين البنك المركزي المصري والنائب العام لسداد باقي مستحقات المودعين وأعلنت الحكومة منافذ صرف المستحقات.

وقدّرت الحكومة آنذاك إجمالي إيداعات المواطنين في شركات توظيف الأموال بنحو مليار و ١٣٧ مليون جنيه واستفاد من البروتوكول ٤٧ ألف أسرة وقالت إن ما تم بيعه من أصول الشركات لا يتجاوز ما نسبته ١٠% من قيمة مستحقات المواطنين.

وعن مصير أبرز الشركات، حُكم على الريان وأشقائه بالسجن لاستيلائهم على أموال ١٥٩٦٧٠ مودعاً بمجموع إيداعات بلغ ٣ مليارات و ٣٨١ مليون جنيه والمضاربة بها في البورصات العالمية، كما قاموا بتحويل جزء كبير منها إلى بنوك أجنبية.

أما أشرف السعد رئيس مجموعة "السعد للاستثمار" فقد وصلت قيمة الأموال التي يديرها إلى حوالي مليار جنيه. وفي فبراير / شباط ١٩٩١ بدأت رحلته الأولى مع الهرب حيث سافر إلى باريس بحجة للعلاج وبعدها بثلاثة أشهر صدر قرار بوضع اسمه على قوائم الممنوعين من السفر، وحكم عليه بالسجن لمدة سنتين بتهمة إصدار شيكات بدون رصيد.

وفي يناير/ كانون الثاني ١٩٩٣ عاد أشرف السعد إلى مصر حيث تمت إحالته -

المنشآت في منح الائتمان لعملائها دون ضمانات جديّة أو حتّى بدون ضمانات لتحقيق الشهرة وجذب عملاء جدد الأمر الذي يؤدي إلى وجود منافسة غير مشروعة من هذه المنشآت والبنوك الأخرى التي تعمل في الائتمان وفقاً للمعايير المصرفية السليمة.

إن حظر مباشرة أي فرد أو هيئة أو منشأة غير مسجلة طبقاً لأحكام

- إلى محكمة الجنايات لعدم إعادته ١٨٨ مليون جنيه للمودعين بالإضافة إلى ٨ اتهامات أخريز وفي نهاية العام نفسه أخلي سبيله بكفالة قدرها ٥٠ ألف جنيه وتم تشكيل لجنة لفحص أعماله المالية إلا أنه سافر مرة أخرى للعلاج في باريس في ٤ يونيو/حزيران ١٩٩٥ ولم يعد حتي الآن.

أما شركة الهلال فهي ثالث أكبر الشركات التي تم القبض على رئيس مجلس إدارتها محمد كمال عبد الهادي لعجزه عن سداد ٩٥٠ مليون جنيه للمودعين في ١٩ شركة كان يمتلكها، وكان بها ٢٠٠٠٠ مودع طبقاً لتقرير لجان الجرد التي شكلتها النيابة والمحاسب القانوني الذي أكد أن عدد الذين تم سداد إيداعاتهم بالكامل ورد أموالهم ١٥٨٣ مودعاً ممن لا تتجاوز إيداعات كل منهم مبلغ ١٢٥ ألف جنيه. وشركة "الشريف" التي استحوذت بجانب الريان على نصيب الأسد من الإيداعات فتم بيعها عام ١٩٩٨ بتفويض للنائب العام، ولكن الإدارة الخاصة بها اقترضت من البنوك ٦٧ مليون جنيه بدون ضمانات، فتم التحقيق معهما وأحيلت ليلى القار وشقيها للمحاكمة الجنائية وتم فرض التحفظ على هذه الشركات.

وفي ٢٨ أغسطس/ آب ٢٠٠٩، ألقت السلطات المصرية القبض على هدى عبدا لمنعم الملقبة بـ"المرأة الحديدية" لتهم تراوحت بين الاستيلاء على أموال بنوك وتوظيف أموال بعد هروب دام نحو ربع قرن. وكانت المذكورة قد أسست شركة هيدكو مصر للإنشاءات والمقاولات عام ١٩٨٦ جمعت أكثر من ٤٥ مليون جنيه مصري، وحررت شيكات بدون رصيد بمبالغ وصلت إلى ٣٠ مليوناً.

(<http://www.egynews.net/wps/portal/reports?params=75853>)

قانون البنك المركزي والجهاز المصرفي والنقد المشار إليه أي عمل من أعمال البنوك ليس بنص قانوني مستحدث، وإنما كان منصوباً عليه في القوانين القديمة. كما أنه مستقر عليه في قضاء محكمة النقض والتي قررت في أحد أحكامها أن "مفاد نصوص المواد الأولى من القرار بقانون رقم ٢٢ لسنة ١٩٥٧ ببعض الأحكام الخاصة بمزاولة عمليات البنوك والمادة ٢١ من القرار بقانون رقم ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ والمادة الأولى من القرار الجمهوري رقم ١٤٦٦ لسنة ١٩٦٤ و المواد ١، ٥، ١٥، ١٨، ١٩ من القانون رقم ١٢٠ لسنة ١٩٧٥ في شأن البنك المركزي والجهاز المصرفي أن النظام المصرفي في مصر تتولاه أصلاً شركات مساهمة تعتبر من أشخاص القانون الخاص وتباشر نشاطها وفقاً لقواعد هذا القانون ولا أثر لمساهمة الدولة في رأسمالها على طبيعة عملياتها أو طرق إدارتها وأن مباشرة عمليات البنوك على سبيل الاحتراف مقصورة على هذه الشركات المساهمة ويحظر القيام بصفة أساسية وعلى وجه الاعتیاد بأي عمل من أعمال البنوك ما لم يكن القائم به مسجلاً طبقاً للقانون في سجل خاص يمسكه البنك المركزي"^(١).

ونرى أن إثبات هذه الجريمة ليس بالشئ الهين، وإنما يجب على المحكمة أن تتأكد من كافة الأدلة الدامغة أن الشخص يمارس أعمال البنوك بغير ترخيص وقد ورد هذا المبدأ في قضاء محكمة النقض والتي قررت الآتي " إتهمت النيابة العامة الطاعن بوصف أنه باشر على وجه الاعتیاد

(١) نقض مدني، الطعن رقم ٤٥٨ لسنة ٧٣ ق، جلسة ٢٠٠٤/٧/٥
(www.eastlaws.com).

عملا من أعمال البنوك بدون ترخيص من الجهة المختصة بأن قام مندوبين له في الخارج بتجميع مدخرات المصريين العاملين بدولة الكويت من النقد الأجنبي وقام بالوفاء بالجنيه المصري مقابل هذه المدخرات بناء على التعليمات التي كان يرسلها المندوبين له وذلك على النحو المبين بالأوراق. وطلبت عقابه بالمواد ١٩، ٥٦، ٦٥ من القانون ١٦٣ لسنة ١٩٥٧ المعدل برقم ٥٠ لسنة ١٩٨٤. ومحكمة جنح..... قضت حضوريا بحبسه شهرا مع الشغل وكفالة خمسين جنيها وتغريمه ألف جنيه. استأنف، ومحكمة..... الابتدائية (بهيئة استئنافية) قضت حضوريا بقبول الاستئناف شكلا وفي الموضوع برفضه وتأييد الحكم المستأنف. فطعن الأستاذ/ المحامي بصفتة وكيلًا عن المحكوم عليه في هذا الحكم بطريق النقض..... إلخ. ومن حيث إن مما ينعاه الطاعن على الحكم المطعون فيه أنه أخطأ في تطبيق القانون وذلك بأنه دانه بجريمة الاعتياذ على مزاوله أعمال البنوك بغير ترخيص رغم عدم توافر أركان تلك الجريمة في حقه، بما يعيب الحكم ويستوجب نقضه. وحيث إنه يبين من الاطلاع على الحكم الابتدائي المؤيد لأسبابه بالحكم المطعون فيه أنه بعد أن حصل ما أثبتته ضابط الواقعة بمحضره وأقوال المتهم خلص إلى إدانة الأخير في قوله "إن الثابت من الأوراق وتحقيقات النيابة العامة ومن أقوال المتهم بالأوراق أن المتهم قد اقتترف الواقعة وأنه يتعامل في النقد الأجنبي بدون إذن وأن المحكمة تطمئن إلى واقعة الاتهام. ولما كان المتهم لم يدفع التهمة بثمة دفع أو دفاع سائغ مقبول الأمر الذي ترى معه المحكمة معاقبة المتهم وفقاً لمواد الاتهام وعملاً بنص المادة ٣٠٤/١٢ ج.

لما كان ذلك، وكان القانون قد أوجب في كل حكم بالإدانة أن يشتمل على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بياناً تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلصت منها المحكمة الإدانة حتى يتضح وجه استدلاله بها وسلامة المأخذ وإلا كان قاصراً، وكان الحكم المطعون فيه إذ دان الطاعن بجريمة الاعتياد على مزاولة أعمال البنوك بغير ترخيص قد عول في ذلك على مضمون الأوراق وتحقيقات النيابة العامة وأقوال المتهم دون أن يورد مؤدى هذه الأوراق وتلك التحقيقات ووجه استدلاله بهما على ثبوت التهمة بعناصرها القانونية كافة، فإنه يكون مشوباً بعيب القصور في التسبيب - وهو ما يتسع له وجه الطعن - لما كان ما تقدم، فإنه يتعين نقض الحكم المطعون فيه والإعادة^(١).

وفي حكم حديث لها أوضحت محكمة النقض كيفية إثبات هذه الجريمة على نحو أكثر تفصيلاً، فقد قضت "كانت الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون رقم ١٤٦ لسنة ١٩٨٨ في شأن الشركات العاملة في مجال تلقي الأموال لاستثمارها قد نصت على أنه "لا يجوز لغير شركة المساهمة التي تطرح أسهمها للاكتتاب العام والمقيدة في السجل المعد لذلك بالهيئة أن تتلقى أموالاً من الجمهور بأية عمله وبأية وسيلة وتحت أي مسمى لتوظيفها أو استثمارها أو المشاركة بها سواء كان هذا العرض صريحاً أو مستترا". ونصت الفقرة الثانية من ذات المادة على أنه "يحظر على غير هذه الشركات توجيه دعوة للجمهور بأية وسيلة مباشرة أو غير مباشرة للاكتتاب العام وجمع هذه الأموال لتوظيفها واستثمارها أو المشاركة بها" ثم نصت

(١) نقض جنائي، الطعن رقم ١٣١٧٩ لسنة ٦١ ق، جلسة ٢٠٠٢/١١/١٦.

المادة (٢١) من هذا القانون في فقرتها الأولى على أن كل من تلقى أموالاً على خلاف أحكام هذا القانون أو امتنع عن رد المبالغ المستحقة لأصحابها كلها أو بعضها يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن مائة ألف جنيه ولا تزيد على مثلي ما تلقاه من أموال وما هو مستحق منها. ويحكم على الجاني برد الأموال المستحقة إلى أصحابها" ونصت الفقرة الثانية منها على أنه تنقضي الدعوى الجنائية إذا بادر المتهم برد المبالغ المستحقة لأصحابها أثناء التحقيق. وللمحكمة إعفاء الجاني من العقوبة إذا حصل الرد قبل صدور حكم نهائي بات في الدعوى" ونصت المادة سالفه الذكر في فقرتها الأخيرة على أنه "يعاقب بالسجن وبغرامة لا تقل عن خمسين ألف جنيه ولا تجاوز مائة ألف جنيه كل من وجه الدعوة للاكتتاب العام أو جمع هذه الأموال بالمخالفة لما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون ذاته.

ولما كان نص المادة الأولى من القانون المشار إليه يحظر على غير الشركات المحددة فيه تلقي أموال من الجمهور، فإن الشرط المقترن في الركن المادي لتلقي الأموال المؤتمن أن يكون التلقي من الجمهور أي من كافة الناس دون تمييز أو تحديد، فقد دل على ذلك استعمال المشرع لكلمة "الجمهور" للتعبير عن أصحاب الأموال، فالجمهور في اللغة "الناس كلهم وأن الجمهور من كل شيء معظمة". وهو ما يوافق قصد المشرع على ما أفصحت عنه الأعمال التحضيرية لمشروع القانون المشار إليه ومناقشته في مجلس الشعب. وأكد وزير الاقتصاد والتجارة الخارجية للمعني ذاته بقوله "تتلقى الأموال من الجمهور أي من أشخاص غير محددين ومعنى ذلك أن "الجمعيات" التي تتم بين الأسر في إطار أشخاص محددين أو ما يسمى

بشركات الخاصة لا تدخل في طائلة مشروع القانون. لما كان ذلك، وكانت المادة (٣١٠) من قانون الإجراءات الجنائية قد أوجبت أن يشتمل كل حكم بالإدانة على بيان الواقعة المستوجبة للعقوبة بيانا تتحقق به أركان الجريمة والظروف التي وقعت فيها والأدلة التي استخلص منها الإدانة حتى يتضح وجه استدلاله بها وسلامة المأخذ وإلا كان قاصرا. وكان الحكم المطعون فيه قد دان الطاعن بجريمتي تلقي الأموال لاستثمارها بالمخالفة للأوضاع المقررة قانونا، والامتناع عن ردها لأصحابها، لم يستظهر وصف الجمهور — على النحو السالف بيانه — ومدى تحققه في الدعوى المطروحة وعلاقة أصحاب الأموال بالطاعن بحيث يبين ما إذا كان تلقي الأموال من أشخاص غير محددين بنواتهم أم كان على وجه آخر فلم يبين باستظهار ما إذا كان هناك كيانا قانونيا يجمع بين الطاعنين والمجني عليهم وماهيته أو أن تلقي هذه الأموال كان بناء على مجرد اتفاق بينهم أو أن الطاعن كان يتلقى الأموال من كل واحد منهم لحسابه الخاص ومقدار ما قام بتلقيه منه، لم يعن الحكم المطعون فيه ببيان أسماء المجني عليهم — مكتفيا بالإشارة إلى البعض منهم — رغم أنه قضى في منطوقه بإلزام الطاعن برد ما تلقاه من مبالغ إلى أصحابها وقصر عن تحديد المبالغ المستحقة لكل منهم فإنه يكون قد جاء قاصرا، كما جاء مجهلا لعقوبة الرد المقضي بها على خلاف ما يوجبه القانون من أن يكون الحكم مثبتا بذاته عن قدر العقوبة المحكوم بها.

هذا، كما أن الحكم المطعون فيه دان الطاعن دون أن يعنى بتحقيق ما أثره المدافع عنه بجلسة المرافعة الأخيرة من أن بعض أصحاب الأموال تصالحوا مع الطاعن بعد قيامه بسداد مستحقاتهم، وهو دفاع جوهري من

شأنه — لو صح — أن يغير الرأي فيما يقضي به من رد، مما كان يتعين من المحكمة أن تمحصه لتقف على مبلغ صحته أن تعرض للمستندات التي قدمها الطاعن تأييدا لدفاعه وتقول كلمتها فيها، أما وأنها قد قعدت عن ذلك فإن حكمها للمطعون فيه فوق كونه مشوبا بالقصور في التسبيب الذي تعجز محكمة نقض عن مراقبة صحة تطبيق القانون على الواقعة كما صار إثباتها في الحكم فإنه يكون معيبا أيضا بالإخلال بحق الدفاع مما يتعين معه نقضه والإعادة إلى المحكمة الاقتصادية المختصة بغير حاجة إلى بحث باقي أوجه الطعن^(١).

ثانياً: الجريمة الثانية:

إن جريمة استخدام التمويل أو التسهيل الائتماني في غير الأغراض والمجالات التي حددت في الموافقة الائتمانية، قد يترتب عليها التأثير في سداد دين الائتمان المصرفي، مما تعد معه هذه الجريمة أحد الجرائم المتعلقة بعدم سداد دين الائتمان المصرفي. وبالتالي تتوافر أركان هذه الجريمة بعد إتمام عقد التمويل المصرفي، ويكون العميل قد اقترض هذا المبلغ من البنك بناء على مستندات معينة تثبت تخصيص هذا المبلغ في غرض أو مشروع معين، فيقوم البنك بدراسة أوراق العميل ويعمل دراسة الجدوى لمشروعه وكافة الإجراءات الأخرى التي يقوم بها البنك قبل إتخاذ قراره الائتماني. أي أن الغرض المخصص والمجال المحدد في الموافقة الائتمانية تمثل عنصر أساسي بالنسبة للبنك في قراره بالموافقة على منح الائتمان، إذ أنه عندما يوافق على تمويل العميل بالقرض المخصص له،

(١) نقض جنائي، الطعن رقم ٨٧٣٦٣ لسنة ٧٦ ق، جلسة ٢٠٠٩/٢/٥.

يكون له هدف يتمثل في استخدام هذا القرض في نشاط معين أو استثمار معين يرى البنك رواجه في الفترة الممنوح فيها القرض، وأي تغيير أو تبديل لهذا الغرض، يؤدي بالتأكيد إلى التأثير في مدى إمكانية نجاح العميل في سداد الائتمان المصرفي. ولذلك نجد المشرع قد جرم هذا التعديل، لأنه يعد في حكم الاحتيال على البنك، وذلك بإقناعه بمقتضى أوراق ومستندات معينة في أنه — أي العميل — سوف يستخدم القرض في نشاط محدد يعود بالربح عليه، وبالتالي يؤثر بطريقة إيجابية في قدرته على سداد القرض للبنك، إلا أنه بعد ذلك يقوم باستخدام هذا القرض في غير الغرض المخصص من أجله والتي بمقتضاه وافق البنك على منح القرض إليه.

ولذا فنحن نرى هنا توافر الركنتين فيما يلي: المادي، ويتمثل في تعديل الغرض الذي لأجله تم تخصيص أموال البنك، والمعنوي، وذلك في قصد إجراء هذا التعديل دون الرجوع إلى البنك، حتى يستخدم هذه النقود في غرض آخر (علاقة السببية بين التعديل والنتيجة تتمثل في استخدام هذا القرض في غرض آخر) قد يعود بالنفع على العميل أو الضرر عليه، فذلك لا يهم. ولكن هذا الفعل بالتأكيد لن يتمشى مع إرادة البنك والمستندات المثبتة لديه، والتي تجعله غير قادر على رقابة نشاط العميل في مشروعه المخصص له القرض. وينتهي الأمر في النهاية إلى أضرار كبيرة بالنسبة للبنك حتى لو تمكن العميل من سداد القرض إلى البنك، لأنه في الحالة الأخيرة يكون القرض قد استخدم في غرض معين قد يرى البنك عدم ملاءمته للظروف المصرفية والاقتصادية المحيطة، مما قد يؤثر مستقبلاً على نشاط البنك الائتماني.

وللتسهيلات الائتمانية نتائج اقتصادية هامة نذكر منها :

(١) تقوم للتسهيلات الائتمانية بدور مهم في الحياة الاقتصادية حيث تعتمد عليها الأنشطة الاقتصادية لتوفير احتياجاتها من السيولة اللازمة لتغطية عملياتها الداخلية والخارجية المختلفة.

(٢) يؤثر حجم للتسهيلات الائتمانية على الحالة الاقتصادية العامة، فالمبالغة في حجم الائتمان في مجال معين، يمكن أن يؤدي إلى آثار تضخم ضارة، والانكماش في منح الائتمان في مجال محدد قد يؤدي إلى صعوبة مواصلة المشروعات لنشاطها، وبالتالي الحد من التنمية الاقتصادية والاجتماعية... لذلك يجب أن يكون الائتمان متوازناً وملياً للاحتياجات التمويلية الفعلية للاقتصاد القومي بما يؤدي إلى زيادة معدلات التنمية المنشودة. وتحاول الدولة تحاول أن تضبط الائتمان بوسائل مباشرة وغير مباشرة من خلال البنك المركزي. ويساعدها في ذلك القرارات الائتمانية الصادرة عن إدارات الائتمان بالمصارف التجارية، حيث أن قرار الائتمان يجب ألا يخرج عن السياسة الائتمانية للمصرف وهي مرتبطة بسياسة الدولة ووجدت أصلاً لتحقيق أهدافها.

(٣) تمويل خطة التنمية الاقتصادية القومية، حيث يكون التمويل لغرض محدد وموكلب لسياسة الدولة، وذلك بتوفير الأموال اللازمة لقطاعي الصناعة والزراعة، لما لهذين القطاعين من دور حيوي في توفير احتياجات المجتمع والمواطنين، ورفع معدل نمو الصادرات، والحد من الاستيراد، وذلك بالإضافة إلى تمويل التجار بما يتناسب مع

مراكزهم المالية، وبالشكل الذي يمكنهم من تنمية أنشطتهم في سهولة ويسر وتجنب التعرض للاختناقات أو الأزمات المالية.

(٤) تمويل التجارة الدولية سواء بالنسبة لاعتمادات الاستيراد أو التصدير، وإصدار خطابات الضمان المحلية والخارجية.

(٥) المساهمة في مشروعات أخرى مثل المساهمة في مصارف وشركات تابعة وذات مصلحة مشتركة وشركات انتاج الدواء، والغذاء والملابس والمساكن والملاحة والسياحة، الخ^(١).

وبذلك رأينا أن عدم استخدام العميل الائتمان في الغرض المخصص من أجله، يؤدي إلى تفويت الأهداف الاقتصادية التي يخطط للبنك أو الجهاز المصرفي بأكمله إلى تحقيقه. كما يؤدي في ذات الوقت إلى التعرض لمخاطر عدم سداد الائتمان المصرفي أو على أقل تقدير يُعرض البنك المقرض لظروف اقتصادية غير محسوبة لديه، وذلك ما جعل المشرع ينص على على هذه الجريمة في القانون رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المشار إليه.

ثالثاً: قانون العقوبات وجرائم تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي وردت في قانون العقوبات:

تطبق قواعد قانون العقوبات على بعض الجرائم التي تتعلق بعدم سداد دين الائتمان المصرفي مثل جريمة الاضرار العمدي بالأموال والمصالح، فترتكب هذه الجريمة وفي هذه الحالة، تقع هذه الجريمة من أحد موظفي بنك من بنوك القطاع العام، والتي تعتبر أموالها أموال عامة في تطبيق قانون العقوبات في حالة قيامه بالإضرار عمداً بأموال هذا البنك بأن سهل

(1) www.arabtranslators.org/edu/banking/banking.asp

لأحد الأشخاص (سواء أشخاص طبيعية أو اعتبارية) في الحصول على قرض من هذا البنك بناء على ضمانات مزورة أو غير حقيقية أو غير كافية وذلك بقصد أن يستولى العميل على هذه الأموال، مما يضر عمداً بأموال هذا البنك.

وكانت محكمة النقض المصرية قد قضت في إحدى القضايا بالحكم الآتي: " لما كانت الدعوى الجنائية أقيمت على الطاعنين بصفتهم موظفين عموميين بالبنك الأهلي فرع...، أضروا عمداً بأموال تلك الجهة التي يعملون بها، وسهلوا لغيرهم الاستيلاء عليها، وزوروا محرراتها، واستعملوها وطلبت النيابة العامة معاقبتهم طبقاً للمواد ١١٣/ ١، ٢، ٢١٤ و ١١٦ مكرراً/ ١، ١١٨، ١١٨ مكرراً، ١١٩.....، من قانون العقوبات. وقد انتهى الحكم المطعون فيه إلى إدانة الطاعنين... بوصف أنهم، بصفتهم موظفين عموميين مستخدمين بالبنك الأهلي وهو إحدى الجهات المعتبرة أموالها أموالاً عامة، تسببوا بخطرهم في إلحاق ضرر جسيم بأموال الجهة التي يعملون بها. وكان ذلك ناشئاً عن إهمالهم في أداء وظائفهم وإخلالهم بواجباتها بأن لم يفتنوا إلى تجاوز الموظف المتوفي... لاختصاصه في العمل المسند إليه وإلى تداخله في اختصاصات الآخرين من موظفي البنك وظهوره بين أقرانه في جنبات البنك بمظهر يفوق حجمه في العمل مما مكنه أن يضيف لحسابه الشخصي ولحساب غيره دون حق أموال البنك التي تم الاستيلاء عليها، الأمر الذي تنطبق عليه أحكام المادة (١١٦) مكرراً/ ١ من قانون العقوبات، وقد أدانت المحكمة الطاعنين بهذا الوصف دون أن تلفت نظر الدفاع إلى المرافعة على أساسه.

ولما كان هذا التعديل ينطوي على نسبة الإهمال إلى الطاعنين وهو عنصر لم يرد في أمر الإحالة ويتميز عن ركن تعدد الإضرار الذي أقيمت على أساسه الدعوى الجنائية. وكان هذا التغيير الذي أجرته المحكمة في التهمة الخاصة به من تعدد الأضرار إلى الخطأ الذي ترتب عليه ضرر جسيم ليس مجرد تغيير في وصف الأفعال المسندة إلى الطاعنين في أمر الإحالة، مما تملك المحكمة إجراؤه بغير تعديل في التهمة عملاً بنص المادة (٣٠٨) من قانون الإجراءات الجنائية، وإنما هو تعديل في التهمة نفسها بإسناد عنصر جديد لتهمة الإضرار العمدية لم يكن وارداً في أمر الإحالة وهو عنصر إهمال الطاعنين في الإشراف على أعمال مروضيهم، مما أتاح له فرصة الاستيلاء لنفسه وتسهيل الاستيلاء لغيره على أموال البنك في غفلة منهم، الأمر الذي كان يتعين معه على المحكمة لفت نظر الدفاع إلى ذلك التعديل وهي إذ لم تفعل فإن حكمها يكون مشوباً بالإخلال بحق الدفاع، مما يتعين معه نقض الحكم المطعون فيه بالنسبة لهم ولكل من المحكوم عليهما^(١).

والواضح من قضاء محكمة النقض في القضية سالفه البيان، أن أركان جريمة إضرار الموظف عمداً بالأموال أو المصالح المعهود بها إليه، من الممكن تطبيقها في مجال تسهيل أحد موظفي بنوك القطاع العام حصول الغير على أموال أحد هذه البنوك بقصد الإضرار عمداً بها أو بمصالح هذه

(١) نقض جنائي، الطعن رقم ٦٩٩١ لسنة ٥٨ قضائية جلسة ١٥/٢/١٩٨٩، مجموعة المكتب الفني من ٤٠ ص ٢٤٠. كما يراجع قانون العقوبات في ضوء أحكام محكمة النقض، المستشار/ محمد أحمد حسن والمستشار/ محمد رفيق البسطويسى، الطبعة الثانية، عام ٢٠٠٣، المجلد الأول، ص ٥١٠.

للبنوك. وإن كانت محكمة النقض في الحكم المشار إليه قد إنتهت إلى نقض الحكم لعدم إلتباع محكمة الجنايات الإجراءات الجنائية الشرعية في تعديل التهمة، فهذه مسألة أخرى. ولكن المهم في عرض القضية السابقة التأكيد على أن جريمة إضرار الموظف العام بأموال الجهة التي يعمل بها من الممكن تحققها في مجال البنوك الأمر الذي يفيد جواز تحققها في حالة حصول هذه الجريمة بسبب دين ائتمان مصرفي.

ومن نافذة القول أن الأموال تكون عامة وفقاً لحكم وفقاً لحكم للمادة/١١٩ من قانون العقوبات، إما لأن أحد الجهات المحددة في هذه المادة تمتلكها كلها أو بعضها، أو لأن الجهة المالكة تخضع لإشراف إحدى هذه الجهات، ومن بينها الأشخاص الاعتبارية العامة.

وحيث أن بعض البنوك في مصر مملوكة كلياً أو جزئياً لإحدى الجهات المنصوص عليها في المادة المذكورة، وإذا لم تكن كذلك فإنها تخضع لإشراف البنك المركزي وهو شخص إعتباري عام، فإن أموالها تُعد أموالاً عامة.

وكذلك فإن موظفي البنوك سالفة الذكر يعتبرون موظفين عموميين طبقاً لحكم المادة/١١٩ مكرر من قانون العقوبات، حيث يعد موظفاً عاماً في مفهومها رؤساء وأعضاء مجالس الإدارة والمديرين ومسائر للعاملين في الجهات التي اعتبرت أموالها أموالاً عامة طبقاً للمادة/١١٩ من ذات القانون.

فجريمة الإضرار العمدى بأموال هذه البنوك، تتمثل في الفعل المكون للسلوك الإجرامي لتلك الجريمة، وهو فعل الإضرار العمدى للصادر من

موظف البنك وموضوعها مال البنك ومصلحه. وهذا الإضرار قد يشكل جريمة وفقاً للمادة/١١٦ مكرر من قانون العقوبات لو توافرت شروطها وأركانها.

ولكن ما المقصود بأموال البنك محل الإضرار العمدي؟

يقصد بأموال البنوك رأسماله وأصوله الثابتة والمنقولة وموجوداته، وكذلك يدخل ضمن الأموال التي يملكها البنك أموال المودعين، إذ تقضي المادة (٣٠١) من قانون التجارة رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩ بأن البنك يملك النقود المودعة ويحق له التصرف فيها بما يتفق ونشاطه. ولذلك فلو وقع الإضرار العمدي بأموال المودعين، فإن المجني عليه هنا هو البنك المودع لديه وليس المودعين.

الأفعال التي تشكل إضراراً عمدياً بأموال البنك

يحدث الإضرار بأموال البنك عندما يمنح لعملائه تسهيلات ائتمانية ولا يقومون بردها أو يتأخرون في الرد. ويرجع ذلك إلى عدم تقديم العميل للضمانات الكافية للتنفيذ عليها عند تعثره أو عدم كفاية تدفقاته النقدية أو عدم الاستعلام الكافي عن أحواله المالية. ونظراً للقضايا العديدة التي طُرحت على القضاء المصري في الآونة الأخيرة وأتهم فيها موظفو البنوك بالإضرار العمدي بأموالها، وكانت كل تلك القضايا تدور حول وهمية الضمانات المصرفية التي يقدمها بعض العملاء أو عدم كفايتها نتيجة تواطؤ موظفي البنك معهم، فقد اهتم قانون البنوك رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ ولائحته التنفيذية بوضع ضوابط وإجراءات صارمة ومحددة لمنح التسهيلات

الائتمانية. وكان ذلك من أهم الدوافع وراء إصدار القانون المذكور^(١).

كذلك تطبق قواعد قانون العقوبات على جريمة الاضرار غير العمدية بالأموال والمصالح. وتقع هذه الجريمة من أحد موظفي أحد البنوك التي تعد أموالها أموال عامة في تطبيق قانون العقوبات في حالة قيامه بالإضرار الجسيم غير العمدية بأموال هذا البنك بأن أهمل في أداء وظيفته أو أخل بواجباتها أو أساء استعمال سلطتها بما ترتب عليه تسهيل حصول أحد الأشخاص (سواء أشخاص طبيعية أو اعتبارية) على قرض من هذا البنك بناء على ضمانات مزورة أو غير حقيقية أو غير كافية.....الخ.

وتجدر الإشارة في هذا الخصوص إلى أنه قد ثار خلاف في الفقه حول ما إذا كانت الجرائم غير العمدية تصلح أن تكون محلاً للمساهمة التبعية. والرأي الراجح أن المساهمة التبعية متصورة في الجرائم غير العمدية^(٢).

وبعد أن عرضنا لجريمتي الاضرار العمدية وغير العمدية، وعرضنا تطبيقهما على جرائم تتعلق بعدم سداد قروض دين ائتمان مصرفي، يبقى في هذا الفصل أن نقرر أن كثيراً من الجرائم التي نص عليها في قانون العقوبات مثل السرقة والنصب والتزوير وغيرها من الممكن أن ترتكب بمناسبة الهروب من سداد دين ائتمان مصرفي، ولأن البنوك الخاصة قد تكون معرضة أكثر لمثل هذا النوع من الجرائم نظراً لمرونة عمليات الائتمان المصرفية التي تجريها حرصاً على تشغيل أموالها وكثرة

(١) د/ رضا السيد عبد الحميد، التصالح في جرائم البنوك في ضوء قانون البنوك رقم ٨٨ لسنة ٢٠٠٣ المعدل، طبعة ٢٠٠٥، ص ٦٠ وما بعدها.

(٢) د/ عوض محمد، قانون العقوبات، القسم العام، ص ٣٧٨ فقرة/ ٢٩٨.

الاستثمار، على عكس بنوك القطاع العام، والتي تقل فيها المرونة في عمليات الائتمان المصرفي، بسبب أن أموالها تُعامل معاملة الأموال العامة بالنسبة لتطبيق نصوص قانون العقوبات. كما أن موظفي بنوك القطاع العام في الغالب يتعاملون بمنطق الحفاظ على هذه الأموال أكثر من حرصهم على استثمارها، وهو ما يعد بالطبع عيب خطير، ويؤدي في النهاية إلى عدم استثمار أموال بنوك القطاع العام مما يؤثر على الاقتصاد القومي بالسلب.

والحقيقة التي لا يختلف عليها أحد هي أن مواجهة جرائم تهرب المدينين من سداد ديونهم المصرفية وتواطؤ بعض الموظفين في البنوك معهم في هذه الجرائم، لن تتم بتجريم هذه الأفعال فقط، ولكن يجب تعاون كافة الجهات المسؤولة عن الائتمان المصرفي في الدولة من بنك مركزي وبنوك عامة وتجارية..... الخ في مواجهة هذه الأنواع من الجرائم وذلك بالوقاية منها قبل حدوثها. ولن يكون ذلك إلا بوجود دقة وبحث شامل قبل أخذ القرار بمنح الائتمان المصرفي. كما يجب أن تكون هناك رقابة صارمة من كافة الجهات لعمليات التمويل المصرفي حتى تصل إلى الهدف الذي يصبو إليه المجتمع ككل وذلك ما ندرسه بالتفصيل في الباب الثاني من هذا البحث.

