



جامعة دمشق

كلية الحقوق

قسم القانون التجاري

ضمانات البنوك في عمليات الائتمان من الناحية القانونية

بحث علمي قانوني أُعد لنيل درجة الماجستير في القانون التجاري

إعداد الطالب

جلال فايز كنهوش

إشراف الدكتورة

ميسون المصري

المدرسة في قسم القانون التجاري

الإهداء

لكَ أدين بما أنا اليوم عليه
فأنتَ الباقي سنداً وبيت أمان
المعلّم والرفيق والصديق
إلى من أتخذة قدوةً وأحمل اسمه فخراً

أبي الغالي

تركتني قبل النهاية، وخطّطت كل النهايات
بحنانك كنت أقوى، فبابتسامةٍ مَحوتِ كل الصعوبات
وغادرتِ والوصية أن أكون، كالشامخات الباسقات
لكِ الذكرى وكلُّ فضلٍ من حياتي للممات

لروحك أُمي

اسمُكَ دوماً كان الحديث، بالتفوق والأدب
قدوةً كنتَ لنا جميعاً، بعلمك والعمل
الطيبيب الحنون ورجل العلم اللامع
منكَ لازلتُ أتعلم ومثلك أطمح أن أكون

أخي الدكتور شادي

زهرةُ العائلة وعطرها (شذى)
عبيرها الدائم ومصدر كل فرح
الأخت بمكان وذاتُ الحنان بكل مكان
جزءٌ من صورة أم وفرحٍ دائم الألوان

أختي شذى

معاً بدأنا طريق العلم، وبكلّ عزمٍ سلكناه
بدأناه بحرفٍ وبنجاحٍ توجناه
لنا فيه ذكرى جميلة في كل بدايةٍ وحتى منتهاه

زملائي وأصدقائي

لكَ نهاية القوافي وكل الكلمات
فأنتَ أصل البداية وختامُ كل النهايات
صاحب الفضل علينا مذكّرنا إلى أن نكون
جرحنا النازف وقتاً ومن نحميه بمآقِ العيون

وطني الحبيب سوريا

شكر وتقدير

أصحاب الجباه العالية كُثُرَ في كليّة الحقوق بجامعة دمشق، لهم مني كلُّ الشكر والتقدير على جهدٍ بذلوه ليوصلونا إلى مكان رفيع بعلمهم وعملهم أساتذتي في المرحلة الجامعيّة الأولى وأساتذتي بقسم القانون التجاري والسادة أعضاء لجنة الحكم الموقرة، وأخصُّ فيهم عرفاناً بالجميل واعترافاً بكل جهد:

الدكتورة ميسون المصري

لقبولها الإشراف على عملي ولنصائحها وملاحظاتنا الدقيقة وتوجيهاتها وتشجيعها الدائم طلية فترة عملنا بهذا البحث.
كما أتقدم بعظيم الامتنان لأستاذي بالعلم ومعلمي في الحكمة والحلم ومن بدأت معه مسيرتي العمليّة:

الأستاذ الدكتور أحمد زاهد الحراكي

عميد كليّة الحقوق الثانية

لما منحني إياه من خبرة وصبر ونُصح، ولمتابعته وتشجيعه على كل عمل. ولا يفوتني أن أقدم كلَّ الشكر إلى كل من أعانني ولو بكلمة ودلني على طريق معرفة وأرشدني إلى صواب، لكم مني كل تقدير.

جلال

مخطط البحث

الفصل الأول: الضمانات المُقدّمة للمصارف مقابل عمليات الائتمان

المبحث الأول: مفهوم الائتمان المصرفي وضماناته

المطلب الأول: التعريف بالائتمان المصرفي وبيان تقسيماته

الفرع الأول: الائتمان المصرفي وأنواعه

أولاً - نشأة الائتمان المصرفي وتعريفه

ثانياً - أنواع الائتمان المصرفي

الفرع الثاني: تقسيم عمليات الائتمان من حيث الضمان

أولاً-الائتمان بدون ضمان

ثانياً-الائتمان بضمان

المطلب الثاني: التعريف بالضمان المُقدّم للمصارف وبيان طبيعته القانونية

الفرع الأول: التعريف بالضمان

أولاً-معنى الضمان

ثانياً - نظام الضمان الخاص وتطوره

الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للضمان المصرفي

أولاً-التأصيل القانوني لفكرة الضمان

ثانياً-المركز القانوني للمصرف الدائن والعميل المدين

المبحث الثاني: الصور الخاصة بالضمان في المعاملات المصرفية

المطلب الأول: ضمانات المصرف في الحسابات المصرفية

الفرع الأول: ضمانات المصرف عند تعدد الحسابات

أولاً-الحساب المصرفي وتعدد الحسابات

ثانياً - قاعدة استقلال الحسابات المصرفية

ثالثاً-الاتفاقات المعدلة لقاعدة استقلال الحسابات وآثاره

الفرع الثاني :الحساب المجمعّد(رهن النقود)

أولاً-إنشاء الرهن ونفاذه تجاه الغير

ثانياً-النظام القانوني للمبلغ المرهون

المطلب الثاني:الضمانات الخاصة بفتح الاعتماد

الفرع الأول: نظام الضمان وفاءً للاعتماد المنفذ في حساب جار

أولاً -التعريف بالحساب الجاري

ثانياً-نظام الضمان

الفرع الثاني: فتح الاعتماد بضمان تنازل

أولاً-تعريفه ونظامه القانوني

ثانياً-مضمون النماذج الخاصة بعقد فتح الاعتماد بضمان تنازل

الفصل الثاني :أنواع الضمانات المقدمة للمصارف

المبحث الأول:الضمانات الشخصية

المطلب الأول:الكفالة

الفرع الأول:إبرام الكفالة وتفسيرها

أولاً- إبرام الكفالة

ثانياً-تفسير الكفالة وحدود التزام الكفيل تجاه المصرف

الفرع الثاني:تنفيذ الكفالة وانقضاءها

أولاً-تنفيذ الكفالة

ثانياً-انقضاء الكفالة

المطلب الثاني:الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية

الفرع الأول: شروط الضمان الاحتياطي

أولاً:الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي

ثانياً:الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي

الفرع الثاني:آثار الضمان الاحتياطي

أولاً-العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمصرف الحامل
ثانياً-العلاقة بين الضامن الاحتياطي والموقعين الآخرين

المبحث الثاني: الضمانات العينية (الرهن)

المطلب الأول:رهن المنقولات

الفرع الأول:النظام القانوني لعقد الرهن

أولاً-تجارية الرهن

ثانياً-عينية الرهن ومسوغاتها

الفرع الثاني:آثار عقد الرهن

أولاً-التزامات المصرف والعميل

ثانياً-حقوق المصرف المرتهن

المطلب الثاني:أهم أنواع الرهون المنقولة المُقَدَّمة للمصارف

الفرع الأول:رهن الأسناد القابلة للتداول

أولاً-رهن الأوراق المالية

ثانياً-رهن الأوراق التجارية

الفرع الثاني :الضمان على المتجر

أولاً-محل الضمان

ثانياً-شروط الضمان وإجراءاته

ثالثاً-آثار الضمان

المقدمة

تلعب المصارف دوراً هاماً في مجالات العمل التجاري، فهي التي تتولى الوساطة بين المودعين والمقترضين وتحفظ أموال المواطنين وثرواتهم كما أنها المصدر الرئيس للائتمان اللازم لإقامة المشاريع الضخمة وإنتاج السلع و تقديم الخدمات، وهي القائمة على تطبيق السياسة النقدية وتوفير السيولة وهي المؤثر على النشاط الاقتصادي من خلال تأثيرها على وفرة الائتمان وخلق النقد الذي يؤدي بدوره إلى المزيد من الحاجة إلى الإنتاج والاستثمار، لذا كان الاستقرار المالي والمحافظة على أموال المودعين وسياسات الائتمان الرشيدة هدفاً تسعى المصارف المركزية دائماً إلى تحقيقه وتضع التعليمات الرقابية وتجبر المصارف على الالتزام بها للمحافظة على الأدوار الهامة التي تقوم بها. والمصارف بشتى أنواعها صاحبة الدور الرئيس في توفير الائتمان لكل فئات المجتمع، فقروضها النقدية هي التي كانت وراء تطور الأعمال التجارية الحديثة وتوسعها في العالم بعد أن استفادت أغلب الجهات الحاصلة على التسهيلات الائتمانية بكفاءة من الائتمان المقدم لها. كما وفرت أيضاً الائتمان اللازم للاستثمارات الضخمة فقدمت أموالاً وفيرة لأصحاب المشاريع الكبرى في الصناعة والبنية التحتية والخدمات، وساهمت في منح التمويل للمؤسسات الصغيرة والمتوسطة لإقامة المؤسسات الجديدة والتوسع في المؤسسات القائمة. وفي الوقت الحاضر لم يعد دور هذه المصارف مُقتصرًا على تلقي أموال الأفراد وصغار المدخرين والاتجار بها نظير الحصول على الفروق الناتجة عن فوائد الإيداع والإقراض لتغطية نفقاتها وتحقيق هامش ربح معين بل امتد نشاطها إلى شتى مجالات الحياة بصفة عامة والنشاط الاقتصادي والتجاري بصفة خاصة مع تركيزها على التنوع في المنتجات والخدمات المصرفية واستخدام أساليب

وتقانات تكنولوجياً حديثة^١، حيث تعاضد دورها الائتماني أكثر وأكثر وأصبحت المصارف جزءاً مهماً من عملية التطور الاقتصادي والتجاري المتسارع ومتدخلًا هاماً في دفع هذا التطور نحو الأمام.

ومع إقرار التعامل المصرفي بأهمية وظيفة تقديم الائتمان سواء بالنسبة إلى المصرف أم بالنسبة إلى العملاء، كانت هذه الوظيفة تُعرض المصرف إلى مخاطر عديدة تأتي في مقدمتها مخاطر تعثر العميل وعدم مقدرة على السداد الأمر الذي حدا بالمصارف إلى العمل على تمكين مركزها و اتخاذ الخطوات اللازمة لحفظ حقوقها من خلال الحصول على ضمانات خاصة (شخصية أو عينية) من عملائها تضع المصرف في مركز قانوني متميز وتحميه من حيث المبدأ من تعثر العميل^٢ وتسمح له بالتنفيذ على هذه الضمانات الخاصة متلافياً بذلك مزاحمة بقية الدائنين.

هذا ولم يعرف الفكر القانوني نظام التنفيذ على أموال المدين إلا في عصر لاحق من تطور القانون الروماني فقد ظلّ مُقرراً في هذا القانون التزام المدين في شخصه لفترة طويلة، فكان المدين المُعسر يُساق إلى دائنيه الذين كان باستطاعتهم بيعه والتصرف فيه. ولاحقاً أمكن التخفيف من هذا الوضع وأصبح

^١ كمثال على هذه التكنولوجيا (نظم الدفع الالكترونية) ونذكر منها: ١- آلات الصرافة الالكترونية: وهي آلات تحقق الدخول السهل إلى حسابات العملاء بواسطة البطاقات الخاصة بهذه الآلات ٢- نظام التحويل المالي عند البيع: ويقوم هذا النظام على استخدام الحاسبات الالكترونية الموجودة لدى التجار حيث يستطيع العملاء الذين يملكون بطاقات المديونية الدخول لاستخدام هذا النظام من خلال منافذ التجار لتسديد قيمة مدفوعاتهم، ٣- عمليات التحويل المالي الآلي باستخدام شبكات الحاسبات الآلية (د. عصام فهد العريبد: دراسات معاصرة في البنوك التجارية والبورصات، دار الرضا للنشر، دمشق، ٢٠٠١، ص ١٦١-١٦٨).

^٢ (العميل): هو كل شخص يلجأ بإرادته إلى الحصول على خدمات المصرف وهو كل من اتصل بهذه الطريقة بالمصرف اتصالاً مباشراً ولو لعملية واحدة بشرط أن يكون هذا الاتصال وفق الطرق القانونية الصحيحة ودون استخدام طرق ملتوية. (د. محمد يوسف ياسين: القانون المصرفي والنقدي منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، ص ٢٣).

المدين ملتزماً بالعمل لمصلحة دائنيه حتى يقضي دينه، وبعد انتهاء نظام الإكراه البدني وانكماش نطاقه وآثاره، تطورت طرق التنفيذ على المدين إذا لم يجد الدائن وسيلة للحصول على حقه إلا اللجوء إلى التنفيذ على أموال المدين، فكانت الذمة المالية له ضامنة للوفاء بديونه وهذا ما يسمى بالضمان العام للدائن وهو ما يمنح الدائن مهما كانت صفته حق على الذمة المالية للمدين فيكون له الحجز على أمواله لبيعها واستيفاء حقه من ثمنها^٣.

إلا أن نظام الضمان العام لم يكن يخلو من مساوئ فهو لا يمنح الدائن حق التتبع أي حق تتبع المال في يد الغير والحجز عليه في حال بيعه أو هبته مثلاً إضافة لذلك فهو لا يمنحه حق التقدم أو الأولوية عند إعسار المدين لذا فإن الدائن الذي يعتمد بشكل وحيد على الذمة المالية لمدينه يتعرض لمخاطر عديدة ولا يتمتع بالحماية المطلوبة.

وأمام قصور نظام الضمان العام ظهرت الضمانات الخاصة كوسائل أكثر فعالية لضمان حقوق الدائنين واستيفاء ديونهم من أموال المدين المتعثر لتشمل كل التقنيات القانونية وكل الوسائل التي يستعملها الدائن لاستيفاء أو لضمان حقه وحمايته من المخاطر التي يمكن أن يتعرض لها سواء من المدين أو الظروف المحيطة به، ويُعرف الأستاذ Pierre Crocq هذه الضمانات بأنها:

" كل الميكانيزمات التي تزيد من فرص الدائن في حصوله على حقه بالحد من نتائج المستجدات المستقبلية لإفلاس المدين بهدف الوقاية منها"^٤.

وكان ظهور الضمانات الشخصية قبل الضمانات العينية حيث كانت الوسيلة الوحيدة ليستطيع الدائن تقوية فرصة استيفائه لحقه، وظلت كذلك لفترة طويلة ففي المجتمعات البدائية سادت حياة الأسرة والقبيلة والعشيرة وروح التضامن مما

^٣ راضية أمقران: ضمانات البنك في مجال الائتمان، رسالة ماجستير في العقود و المسؤولية، كلية

الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١، ص ١٩.

^٤ راضية أمقران: المرجع ذاته، ص ٢٦.

يسر للمدين الحصول أمام الدائن على من يتقدم لكفالتة، وعلاوة على ذلك فإن العقارات كانت مملوكة للأسرة أو للقبيلة ويصعب التصرف بها ، إضافة إلى أن المنقولات كانت ذات قيمة رخيصة مما جعلها غير صالحة ليضمن بها المدين حق الدائن فأعاق كل ذلك نشوء الضمانات العينية. إلا أنه ومع مرور الزمن أصبحت المنقولات عنصراً هاماً من عناصر الثروة كما زالت الملكية الكاملة للعقارات للأسرة وبالتالي تملكها الأفراد، وهكذا ظهرت الضمانات العينية وانتشرت إلى جانب الضمانات الشخصية.

وفي الضمانات العينية يقدم المدين للدائن ما لا يخصصه للوفاء بحقه، وغالباً ما تكون قيمة المال كافية لوفاء الدين كله، فيضمن الدائن الحصول على حقه كاملاً حيث يمنحه الضمان العيني حق التقدم على بقية الدائنين وتتبع المال المخصص للوفاء بأي يد ينتقل إليها، بينما تقوم الضمانات الشخصية على تعدد المسؤولين عند تنفيذ الالتزام فيتحقق ضمان الدائن بإضافة ذمة إلى ذمة المدين بحيث لو أعسر المدين تكون الذمة الأخرى مسؤولة عن الوفاء بنفس الدين فتزيد بذلك فرص حصول الدائن على حقه.

أما في العمل المصرفي فقد أصبح للضمان الأهمية الكبرى وذلك لارتفاع نسبة الخطر لدى المصارف عند منح تسهيلات الائتمانية، فهي تمنح الائتمان لعدة عملاء في وقت واحد ودون معرفة مسبقة منها بهؤلاء العملاء، كما أن بعض هذه التسهيلات ذات قيمة ضخمة جداً قد يؤثر عدم سدادها على الوضع المالي للمصارف التي تسعى للحصول على الربح بأقل قدر ممكن من المخاطرة، أو على الأقل تعمل على تقوية مركزها الدائن بمجموعة من الأدوات التي تمكنها من تلافي كل ما قد يهدد سلامة أموالها واستثماراتها ومن ورائها أموال العملاء وثرواتهم المودعة لديها، وازدادت هذه الأهمية بعد الفشل الذي عانت منه بعض المصارف إثر سياسات ائتمانية ليئة ونتيجة سياسة مخاطر غير فعالة حيث قامت مثل هذه المصارف بمنح قروض تتجاوز حدود رأسمالها وأهملت تطوير

أنظمة الضمان لديها كما حصل مع مصرف Johnson Mathey الانكليزي الذي أضاف الائتمان المصرفي إلى ما يقوم به من أعمال في مجال الذهب وتوسع فيه بشكل كبير جداً قبل أن يطور الكوادر المناسبة كما ركز على منح الائتمان بدون ضمان على عدد محدود من العملاء الذين كانت تربطهم علاقة شخصية متميزة بموظفي المصرف.^٥

ويُبنى طلب الضمان في عمل المصارف على ثلاثة عناصر هي: الغاية (الهدف)، التقنية، والأثر، فغاية الضمان هي تحسين وتقوية الوضعيّة القانونيّة للمصرف الدائن بالنسبة للدائنين العاديين الذين لهم حق الضمان العام، حيث تُعتبر الضمانات المُقدمة للمصارف مصدر طمأنينة بالنسبة لها لكونها تزيد في حقوقها كما تزيد في الثقة بقدرات للمصرف المرتهن دون أن تكون بحد ذاتها مصدراً للربح.

أما بالنسبة لتقنية الضمان فكل الضمانات تقوم أساساً على نفس التقنية وهي الاعتراف لصالح المصرف الدائن (المستفيد من الضمان) بحق تابع للدين الأصلي ومُحدّد بصفة دقيقة، وتتمثل هذه التقنية في تخصيص مال أو مجموعة من الأموال أو ذمة ماليّة إضافة إلى الحقوق الناتجة بصفة طبيعية عن العقد الأصلي حيث يكون كل ضمان مخصص بصفة استثنائية لخدمة المصرف الدائن (لأن الأصل فيه دخوله في الضمان العام للمدين).

أمّا الأثر فكل الضمانات الخاصة تشترك في أن وضعها في حيز التنفيذ يرتب أثراً هاماً للمصرف وهو حصوله من حيث المبدأ على حقه كاملاً.

ولم تتوقف المصارف عند الضمانات الخاصة بالمعنى الضيق والتقليدي كالرهن والكفالة بل ظهرت وسائل أخرى حديثة أو تطبيقات للضمانات التقليديّة تتميز بالخصوصيّة، كما أنها تبنت مجموعة من الضمانات الدوليّة في إطار

^٥ د.مفلح عقل: الائتمان المصرفي ومخاطره، (مدخل نظري وعملي)، اتحاد المصارف العربية، ٢٠١٢

العلاقات الداخلية (كخطاب الضمان المصرفي) وذلك نتيجة لتطور الممارسات المصرفية وتطبيقاً لمبدأ الحرية التعاقدية.

وبشكل عام تتحدد الضمانات التي يُمكن للمصارف قبولها وفقاً لعدة اعتبارات أهمها^٦:

- أن يكون المال المُقدم ضماناً قابلاً للبيع والتصفية وألا يُمثل الاحتفاظ به تكلفة أو عبئاً مرتفعاً على المصرف.

- عدم تقلُّب قيمة الضمان بشكل كبير خلال فترة الائتمان، فالضمان الذي يتعرض لتقلبات شديدة في قيمته لا يُمكن الاعتماد عليه في استرداد حقوق المصرف.

- أن تكون ملكية العميل للضمان ملكية كاملة وليست محل نزاع.

- أن يتوفر لدى المصرف كافة المستندات القانونية التي تؤكد حق المصرف باستخدام هذه الضمانات وتسييلها وذلك لسداد قيمة الائتمان عند عجز العميل عن السداد.

- كفاية الضمانات المُقدمة لتغطية قيمة الائتمان والفوائد والعمولات الأخرى قدر المستطاع.

- في حال كان الضمان كفالة شخصية فيجب أن يكون الكفيل ذا كفاءة مالية وسمعة جيدة بحيث يمكن للمصرف الاعتماد عليه في ضمان تسديد الائتمان.

إشكالية البحث:

لا يعتمد البحث على تحليل إشكالية واحدة بل يعالج عدد من الإشكاليات التي تنطلق بدايةً من تساؤل هام ورئيس عن سبب طلب المصارف الدائنة من عملائها المدينين تقديم ضمانات إضافية بالرغم من اعتبار القانون لأموال

^٦ إيمان انجرو: التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد جامعة تشرين، ٢٠٠٧، ص ٣٧.

المدين جميعها الحاضرة والمستقبله ضماناً عاماً للوفاء بديونه؟ وهل هناك من مزايا معينة يمنحها الضمان الخاص للمصارف ؟

هل يقوم المصرف دوماً باشتراط الحصول على ضمان خاص أم أنه من الممكن أن يمنح الائتمان بدون ضمان وما هو المركز القانوني للمصرف في نظام الضمان؟ ومن ثم كيف يقوم المصرف بتحديد قيمة الضمان ونوعيته عند تقديمه للتسهيل الائتماني؟

فالهدف الرئيس للمصرف هو حماية الائتمان الذي يُقدمه للعملاء ومن ثم تحقيق عائد وريح جيد ضمن ظروف قانونية تسمح له بتحصيل حقه في أي وقت عند توقف عميله عن السداد، ومن أجل هذا لا تعتمد المصارف على نوع واحد من الضمانات وإنما تقوم باختيار الضمان الملائم وفقاً لواقع ونوع العملية الائتمانية فتارةً تختار الضمان العيني كالرهن بأشكاله وتارةً تُفَضِّل الضمان الشخصي كالكفالة وتارةً تقوم بطلب النوعين معاً، لذا نتساءل متى يختار المصرف اللجوء إلى الضمان العيني ومتى يختار اللجوء إلى الضمان الشخصي وما هي الفروقات والمزايا الخاصة بنوع الضمان والتي يعتمدها المصرف في المفاضلة بين الأشكال المتنوعة له ؟

وأمام التطور المستمر للعمل المصرفي وتطور القواعد والأعراف المصرفية وفقاً لمجموع المشكلات الظاهر في العمل المصرفي اليومي ومحاولة المشتغلين في القانون وضع حلول تجمع بين القواعد الوضعية الأساسية التي تحكم نظام الضمان ونقصد بها القواعد التقليدية التي تحكم علاقة أي دائن ومدين نتساءل هل بقيت قواعد الضمان هي ذاتها أم أن العمل المصرفي طوّر في النظام الخاص بهذه الضمانات؟ هل تلتزم المصارف بإتباع أحد طرق الضمان التقليدي فقط وهل هناك من موانع قانونية تحول دون وضع أنظمة ضمان جديدة تتماشى مع ما يتطلبه نظام العمل المصرفي من دقة وسرعة وثقة أو

تطوير أشكال الضمان التقليدية لتتماشى مع هذه الخصائص وذلك وما هي وضوابط وأشكال هذه الأنظمة؟

كل هذه التساؤلات وأكثر كانت جديرة بأن تُشكل مادة خصبة يحاول من خلالها الباحث الانطلاق من المشكلة الأكبر إلى المشكلات الصُغرى ومناقشة الجوانب القانونية لهذه المشكلات مع التركيز على القواعد الخاصة بالحالة المصرفية.

هدف البحث وأهميته:

يهدف البحث إلى الإضاءة على الجانب القانوني للاتئتمان وبيان ماهيته وأنواعه واستخدام هذه الأنواع لدى المصارف عموماً ودراسة نظام الضمان الخاص بوصفه رديفاً للعملية الائتمانية وضرورة يفرضها عنصر الخطر المتواجد في عمليات الائتمان وبيان الطبيعة القانونية للضمانات التعاقدية التي تطلبها المصارف والموقع الخاص بكل من المصرف الدائن والعميل المدين في نظام الضمان وفق وجهة النظر المصرفية، كما يهتم البحث بدراسة أنظمه الضمان التي أوجدها العمل المصرفي أو التي لا تظهر إلا من خلال استخدام إحدى الأدوات المصرفية-كالاعتمادات المصرفية- وبيان قواعدها والأحكام القانونية النازمة لها مع بيان الإضافات الخاصة بالعُرف المصرفي في هذا المجال. ولا يُغفل البحث دراسة أنظمة الضمان التقليدية كأصل تُستقى منه كل القواعد الحديثة وكيفية استخدامها من قبل المصارف وبعض القواعد المُعدلة لها ضمن العمل المصرفي وحقوق والتزامات كل من العميل والمصرف فيها وأهم أشكال هذه الضمانات وصولاً إلى تصور واضح للوضع القانوني الخاص بكل من المصرف الدائن والعميل المدين فيها.

من هذا كله تأتي أهمية اختيارنا لهذا البحث:

١- كونه يضيء بالدرجة الأولى على موضوع يتصل اتصالاً وثيقاً بالواقع العملي الخاص بكل الأشخاص الذين يحصلون على الائتمان سواء كانوا

أشخاصاً طبيعيين أو اعتباريين، كما أنه يُعالج من الناحية القانونية واحداً من أهم المواضيع المصرفية.

٢- يحاول الجمع بين القواعد القانونية العامة والمُنظمة في القوانين السورية عموماً والقواعد القانونية الخاصة بالعمل التجاري والمصرفي خصوصاً مع ما استقر عليه العُرف المصرفي الدولي وخاصة في ظل ندرة الأحكام القضائية الصادرة عن المحاكم السورية والخاصة بالعمل المصرفي بسبب غياب العمل المصرفي الحر لعقود واحتكار مصارف القطاع العام للعمليات الائتمانية الأمر الذي أدى إلى ضعف الثقافة القانونية لدى المتعاملين مع المصارف وندرة السوابق القانونية في هذا المجال.^٧

٣- محاولة الجمع بين شكلي الضمان الخاص من ضمانات عينية و ضمانات شخصية من جهة والأشكال الحديثة للضمان من جهة أخرى وذلك بشكل مُبسط لاستقراء قواعد الأصل ومن ثم تطبيقها على الفرع، كون أغلب الدراسات الخاصة بالضمان تذهب لمعالجة كل نوع على حدة ومن وجهة القانون المدني فقط بمعزل عن ظروف العمل المصرفي.

منهج البحث:

من أجل الوصول إلى هدف البحث عملنا على الاعتماد على منهجين رئيسيين:
- المنهج الوصفي: وذلك من خلال دراسة المعلومات القانونية وخاصة التي وردت في متون نصوص القانون ذات الصلة والمراجع والمؤلفات القانونية

^٧ صدر حديثاً القانون رقم ٢١ لعام ٢٠١٤ المتضمن إحداث محاكم مصرفية متخصصة، حيث نصت المادة (١) من القانون على إحداث محاكم مصرفية بدرجة تقاضي بداية واستئناف متخصصة في القضايا المصرفية التي يكون طرفها، أو أحد أطرافها، مصرف خاضع لرقابة "مجلس النقد والتسليف"، ولا شك أن إنشاء مثل هذه المحاكم سيساعد على إرساء قواعد هامة للعمل المصرفي تصبح مجموعها سوابقاً يمكن الاستئناس بها في كل قضية لاحقة.

الخاصة بموضوع البحث وبيان القواعد الرئيسة والأحكام الخاصة بمفردات البحث وشرحها وبيان ماهيتها.

-المنهج التحليلي: وذلك من خلال مراجعة المعلومات والقواعد التي تم جمعها وتحليلها وفقاً للمنظور القانوني بهدف الوصول إلى نتائج صحيحة وإجابات واضحة قدر الإمكان على إشكاليات البحث.

خطة البحث:

للوصول إلى الأهداف المرجوة من البحث والتي سبق بيانها قمنا بالعمل على محورين:

المحور الأول: ندرس فيه بشكل أساسي مفهومي الائتمان المصرفي والضمان المُقَدَّم للمصارف مع بيان الأشكال الحديثة لهذا الضمان.

المحور الثاني: ندرس فيه التطبيق الخاص بنظام الضمان والمتمثل بنظامي الضمان الرئيسيين أي الضمانات الشخصية والضمانات العينية ونُفرد لأهم الأنواع الخاصة بكل شكل من أشكال الضمان.

وعليه فقد انطلقت الدراسة وفق خطة البحث التالية:

• الفصل الأول: ماهية الضمانات المُقَدَّمَة للمصارف مقابل

عمليات الائتمان.

المبحث الأول: مفهوم الائتمان المصرفي وضماناته.

المبحث الثاني: الصور الخاصة بالضمان في المعاملات المصرفية.

• الفصل الثاني: أنواع الضمانات المُقَدَّمَة للمصارف.

المبحث الأول: الضمانات الشخصية.

المبحث الثاني: الضمانات العينية (الرهن).

الفصل الأول

الضمانات المقدمة للمصارف مقابل عمليات الائتمان

مع التطور الحاصل والمستمر في العمليات التجارية أصبح رجال الأعمال يستثمرون أموالهم في مشاريع إنتاجية متعددة بهدف زيادة فرص الربح حيث يتطلب القيام بمثل هذه المشاريع الضخمة ذات الإنتاجية العالية والربحية الجيدة البحث عن مصادر تمويل كافية والتي من الممكن أن تكون ذاتية أو من مؤسسات مالية أخرى كالمصارف التجارية^٨.

ونظراً لكون المستثمرين أو رجال الأعمال يقومون بتشغيل جزء هام من أموالهم في هذه المشاريع الضخمة ويسعون للحفاظ على ثبات هذه المشاريع وتطورها لفترة زمنية طويلة، فإنّ هذا الأمر يدفعهم للبحث عن مصادر تمويل إضافية

^٨ لا يوجد تعريف محدد ومنضبط للمصرف في أي تشريع من التشريعات حتى في البلاد العريقة مصرفياً كسويسرا وفرنسا وانكلترا، حيث لجأت معظم التشريعات إلى وضع معيار يُعتبر بمثابة الحد الأدنى للمؤسسة التي تتمتع بصفة مصرف، ويقوم هذا المعيار أساساً على الأعمال التي يؤديها المصرف، فالمادة الأولى من قانون البنوك الفرنسي الصادر عام ١٩٨٤ تُعرّف المصرف بأنه: (الشخص المعنوي الذي يمارس عمليات البنوك على وجه الاحتراف) وأوضحت الفقرة الأخيرة من تلك المادة أن: (عمليات البنوك تشمل تلقي الودائع من الجمهور وعمليات الائتمان وتزويد العميل بوسائل الدفع المختلفة). أما التشريع السوري فقد ذهب في الفقرة الأولى من المادة ٨٥ من قانون النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ إلى تحديد المؤسسات الخاضعة لأحكامه بأنها: (مصارف القطاع العام والمصارف الخاصة والمشاركة التي تتولى بصورة اعتيادية قبول الودائع تحت الطلب ولأجل وودائع توفير لاستثمارها في عمليات لحسابها الخاص) وذهب في المادة (٤٠٣) من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ إلى أنه: (يُطلق لفظ مصرف في هذا القانون على كل الأشخاص والمؤسسات التي تحتترف الأعمال المصرفية). ويُستفاد من هذه المواد الربط بين وصف المصرف والعمليات التي يقوم بها، فلا تكتسب المؤسسة هذه الصفة إلا إذا كانت تمارس هذه العمليات على وجه الاعتقاد والاحتراف. (عيسى محمد الحسين: المسؤولية المدنية للمصارف في ضوء أحكام القانون والقضاء، أطروحة للحصول على درجة الدكتوراه، كلية الحقوق جامعة دمشق، ٢٠١٠، ص ١٠-١١).

تضمن استمرار العمل التجاري وثباته بفعالية كبيرة وبشكل يحافظ على أموالهم موضوع الاستثمار.

ويُعتبر من أهم مصادر التمويل تلك التي تقدمها المؤسسات المالية (بمقابل) والذي يتمثل في العمولات والفوائد التي تُدفع لها مقابل التمويل المذكور، وفي حالة المصارف (التي هي موضوع دراستنا)^٩ فإن منح التمويل من قبل المصرف يرافقه تحمله لمخاطر عدم السداد المتنوعة^{١٠} كإمكانية إفلاس الزبون المتعامل معه أو زوال أهليته أو وفاته مثلاً، لذا ومن أجل التقليل من درجة المخاطر يتخذ المصرف مجموعة من الإجراءات أهمها الحصول على (ضمان) مقابل تقديم التسهيل الائتماني للعملاء.

وللضمان على اختلاف أنواعه أهمية كبرى في نمو الحياة الاقتصادية وتطور العمليات التجارية لأنه يُعد وسيلة من وسائل تسهيل التمويل، وتدعو الحاجة لتقديم الضمان عندما يقع التزام على عاتق المصرف بأن يقدم مالا (نقد) أو تسهيل ائتماني أو سلعة للعميل، كما أنه يُطلب في حال احتمال نشوء التزام (كفالة المناقصات) وذلك تأميناً لحق محتمل^{١١}. وأهم ما في الضمانات أنها تعتبر وسيلة تُمكن المتعاملين من الحصول على التسهيلات الائتمانية المطلوبة

^٩ استخدمنا كلمة (البنوك) في عنوان البحث كون معظم الكتب والمؤلفات القانونية تستخدم هذا اللفظ في عناوينها الكبرى إلا أننا فضلنا استعمال كلمة (مصرف) وهي المقابل العربي لكلمة (بنك) في مواضع البحث الأخرى رغبة منا في تشجيع الباحثين على إدراجها كمقابل صريح لكلمة بنك خاصة أنها الكلمة المستخدمة في التشريعات السورية.

¹⁰ Amalend.Ghosh: Managing in Commercial and Retail Banking, Wiley Finance, 2012, p77.

¹¹ د. هزار سليمان حيدر: الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، ١٩٨٩، ص ١٣.

من المصرف^{١٢}، هذا من جهة ومن جهة أخرى فهي أداة لضمان حق المصرف بالحصول على أمواله التي أقرضها و التسهيلات التي قدمها بالطريقة القانونية وذلك في حالة عدم تسديد العملاء أو الزبائن لديونهم^{١٣}، وقد لجأت المصارف إلى زيادة استعمال الضمانات لعدة أسباب أهمها^{١٤}:

١- قلة اهتمام بعض المؤسسات التجارية و الصناعية بالمحافظة على السمعة وحسن التعامل مما يضطر المصرف إلى طلب هذه الضمانات.

٢- ضخامة حجم العمليات الائتمانية بالنسبة إلى مالية المتعامل نتيجة لبعض الظروف الاقتصادية التي طرأت مؤخراً مثل الأزمات السياسية وما يستتبعه من نشاط اقتصادي محدود إضافة للغلاء وما ينتج عنه من انخفاض القدرة الشرائية للنقد الوطني.

٣- يُعتبر الخطر عُنصراً مُلزاماً للائتمان، لا يُمكن بأي حال من الأحوال إلغاؤه بصفة نهائية أو استبعاد إمكانية حدوثه مادامت هناك فترة انتظار قبل حلول أجل استرداده ولذلك يجب على المصرف أن يتعامل مع هذا الواقع بشكل حذر وأن يقرأ المستقبل قراءة جيدة.

^{١٢} كان استخدام الاقتصاد السوري للتسهيلات الائتمانية يتم بشكل محدود مع أن استخدامها هو من الخصائص الرئيسة للاقتصاديات الحديثة، فنسبة مجموع التسهيلات الائتمانية المحلية إلى الناتج المحلي الإجمالي قد بلغت وسطياً ٣٨% خلال الفترة ١٩٩٥-٢٠٠٠ كما بلغت هذه النسبة ٣٣,٦% في سنة ٢٠٠٠، ونجد أن هذه النسبة هي أدنى بكثير من المستوى الوسطي في بلدان منطقة الشرق الأوسط وشمال إفريقيا أو بالمقارنة مع البلدان التي لديها مستوى دخل مماثل. (أشرف منعم: تحديات الائتمان في الجمهورية العربية السورية في ظل حداثة المصارف الخاصة، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٤).

^{١٣} K.MC Guinees :The law of Guarantee ,Sweet And Maxwell , London 1986, P1.

^{١٤} زياد سليم رمضان ومحفوظ أحمد جودة: إدارة البنوك، دار المسيرة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن ١٩٩٦، ص ١٠٢.

وعليه سنقوم في هذا الفصل بدراسة مفهوم الضمان المقدم للمصارف من خلال
مبحثين نخصص أولهما للمبحث في المفهوم العام للائتمان وللضمان والطبيعة
القانونية لهذا الضمان وتقسيمات التسهيلات الائتمانية الممنوحة من المصارف
وفقاً له فيما نخصص المبحث الثاني لدراسة الصور الخاصة بالضمان والتي
تتخصر تطبيقاتها في المعاملات المصرفية.

المبحث الأول

مفهوم الائتمان المصرفي وضماناته

تلجأ المصارف إلى طلب ضمانات كافية من العملاء الذين يطلبون الحصول على الخدمة الائتمانية إضافةً إلى الدراسات التي تجريها عن الأوضاع المالية والاقتصادية لهؤلاء العملاء، وسوف نلاحظ أن هذه الضمانات تُعتبر ذات أهمية كبرى بالنسبة للمصرف خاصةً عندما يتعلق الأمر بالقروض طويلة الأجل^{١٥}.

فالأمر لا يقتصر فقط على القيام بدراسة وتحليل وثائق أو أعمال العميل وقراءة أرقامها وإنما يتمثل الأمر في طلب أشياء ملموسة وذات قيمة كضمان قبل منح التسهيلات الائتمانية، وتختلف طبيعة الضمانات التي يطلبها المصرف والأشكال التي يمكن أن تأخذها حسب مالية العميل وحسب طبيعة وقيمة التسهيل الائتماني ومدى حجم الخطر الذي من الممكن أن يتحمله المصرف جرّاء منح هذا الائتمان، فمن الطبيعي أن التسهيلات الائتمانية طويلة الأجل تحتاج لضمانات أكبر لطول أجل السداد والعكس صحيح، كما أن لقيمة التسهيل الائتماني دور في تحديد قيمة الضمان فالتسهيل الائتماني ذو القيمة المرتفعة يحتاج لضمان ذو قيمة مرتفعة أيضاً تضمن حصول المصرف على حقه في حال عدم مقدرة العميل على السداد.

¹⁵ Rose & Kolari Financial Institutions: Understanding and Managing Financial Services. New Yourk ، 1995،p288- 290.

المطلب الأول

التعريف بالائتمان المصرفي وبيان تقسيماته

أمام عملية تجميع الأموال وإعادة إقراضها ونتيجة لازدياد حجم العلاقات الاقتصادية والتجارية وتنوعها فقد ازدادت أهمية نظرية الضمان في العصر الحاضر وأصبح الازدهار التجاري يرتبط بعنصر الائتمان الذي غدا يشغل حيزاً هاماً في المعاملات المالية والحياة الاقتصادية بصفة عامة.

ومن حيث المبدأ الائتمان يعني الثقة، ويراد به حصول الشخص على قيمة معينة (نقد أو بضائع) مع الالتزام بردها أو رد مقابلها خلال مدة معينة، ولا يمنح الدائن مثل هذا الائتمان إلا للمدين الموثوق فيه وتتأتى هذه الثقة بالمدين إما من شخصه ومعاملاته (كأن يكون من كبار التجار) أو ما يكون لديه من أموال أو ما يقدمه للدائن من ضمانات تكفل له الوفاء بحقه^{١٦}.

وهنا يأتي دور المصارف حيث يُعتبر منح الائتمان البناء والمدرّوس من المساهمات الأساسية لهذه المصارف بدعم الحياة الاقتصادية وبالدرجة التي تتفق مع توفير الأمان لأموال المودعين من خلال تمويل مشاريع الإنتاج برؤوس الأموال الضخمة والتي من الصعب توفيرها من قبل الأفراد فيتم تزويد العملاء بهذا التمويل مع منحهم أجلاً مختلفة للوفاء به حسب طبيعة ونوع كل ائتمان ويقتضي منح هذا الأجل من المصرف وجود الثقة وتقديم الضمان الذي يطمئنه في الحصول على حقه .

وتعتبر وظيفة منح الائتمان من أخطر وأهم وظائف المصارف وذلك لأن مصدر الأموال التي تمنحها هذه الأخيرة كتسهيلات ائتمانية ليس -من حيث

^{١٦} د. محمد حسين منصور: النظرية العامة للائتمان، منشأة المعارف بالإسكندرية، بدون سنة نشر

المبدأ- مُلكاً لها إنما هي أموال المودعين^{١٧} لذلك تقوم إدارة المصارف برسم سياستها الائتمانية بما يحقق له حسن وسلامة استخدام الأموال المتاحة له مع تحقيق عائد مناسب.

^{١٧} صلاح الدين السيبي: قضايا مصرفية معاصرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٤

الفرع الأول

الائتمان المصرفي وأنواعه

تطور نشاط المصارف من الأعمال المصرفية العادية (إيداع الأموال) إلى مجالات الإقراض ومنح الائتمان فأصبحت تقوم باستثمار الأموال المودعة لديها من الزبائن في شتى ميادين الأعمال التجارية ولا تقتصر على حفظها فقط، وبذلك لعبت وما زالت تلعب دوراً هاماً في عملية التطور الاقتصادي والاجتماعي فتعددت الكتابات التي تشرح وتُفسر دورها في التنمية الاقتصادية خاصة من منظور التمويل المصرفي وتقديم التسهيلات المصرفية.

وتعتبر المصارف في الوقت الحاضر العصب الحساس للحياة التجارية فالمصرف من أهم أنواع المؤسسات المالية التي يتركز نشاطها في قبول الودائع ومنح القروض والتسهيلات الائتمانية المتنوعة، وتساهم المصارف التجارية إلى جانب المصارف المتخصصة والمصارف الشاملة ببناء عتبة الاقتصاد الوطني لأي دولة مشكلة بذلك نواة رئيسة للتطور الاقتصادي المنتظر وما يرتبط به من تطور اجتماعي وبنوي ينال المجتمع بأسره.

وعليه فإن منح الائتمان من قبل المصرف يُعتبر من الوظائف الأكثر أهمية لاسيما أن أرباح هذه المصارف تزداد كلما زادت القروض التي تمنحها^{١٨} مع مراعاة ما يتوفر في هذه القروض من ضمانات وذلك لأهميتها وعلاقتها المباشرة بالمركز المالي للمصرف وسمعته ومدى قدرته على تحقيق الربح^{١٩}.

^{١٨} حيث تُعتبر القروض والتسليفات المتنوعة من أكثر التسهيلات المصرفية انتشاراً وأكثرها تحقيقاً للربح.

^{١٩} صلاح الدين حسن السيسي: التسهيلات المصرفية للمؤسسات والأفراد، ط ١، دار الوسام للطباعة والنشر، بيروت، ص ٤٢.

أولاً - نشأة الائتمان المصرفي وتعريفه

إن أول أشكال العمل المصرفي كان قبول الودائع التي لم تكن تعطي أصحابها في البداية أي حق بالفائدة لا بل إنه كان يترتب عليهم في بعض الأحيان دفع جزء منها لمن أودعت لديه هذه الممتلكات لقاء حراستها والمحافظة عليها. ومن ثم أخذت مؤسسات الإيداع هذه بممارسة عمليات الإقراض لقاء فوائد و ضمانات تختلف باختلاف طبيعة العمليات والمواد المقرضة حيث كانت عمليات الإقراض هذه تتم من ممتلكات المقرض نفسه^{٢٠}.

بعد ذلك وبعد شيوع استعمال النقود وتطور العمل المصرفي وتراكم الودائع لدى المؤسسات التي تمارس العمليات المصرفية، لاحظت هذه المؤسسات أن قسماً من المودعين يتركون ودائعهم فترة طويلة دون استخدامها ففكروا باستخدام جزء من هذه الودائع وتسليفها لمن يحتاج لسيولة مقابل فائدة، وبذلك وبعد أن كان المودع يدفع عمولة إيداع أصبح يتلقى فائدة على ودائعه.

ونتيجة ازدياد هذه العمليات انتقل العمل المصرفي من مهمة قبول الودائع فقط إلى ممارسة عمليات الإقراض والتسليف، وليصبح الركن الأساسي لأعمال المصارف الحديثة هو قبول الودائع والمدخرات من جهة وتقديم التسهيلات الائتمانية والخدمات المصرفية المتعددة الأشكال من جهة أخرى. وينطوي في مفهوم الائتمان ضمن هذا المعنى ما يسمى بالتسهيلات الائتمانية أو العمليات الائتمانية حتى أنه يمكن أن يُكتفى بأحد تلك المعاني للدلالة على مختلف أوجه الائتمان المصرفي بما في ذلك القروض المصرفية^{٢١}.

^{٢٠} د. صافي فلوحي: محاسبة المنشآت المالية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثامنة، ١٩٩٩، ص ١٣.

^{٢١} عبد المطلب عبد الحميد: البنوك الشاملة عملياتها وإدارتها، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٠، ص

والائتمان في الاقتصاد هو القدرة على الإقراض، واصطلاحاً: هو التزام جهة لجهة أخرى بالإقراض أو المُداينة^{٢٢}، ويراد به في الاقتصاد الحديث: أن يقوم الدائن بمنح المدين مهلة من الوقت يلتزم المدين عند انتهائها بدفع قيمة الدين فهو صيغة تمويلية استثمارية تعتمد على المصارف بأنواعها^{٢٣}.

أمّا فقهاً فقد عُرّف الائتمان على أنه " الثقة التي يوليها البنك لشخص ما سواء أكان طبيعياً أم معنوياً، بأن يمنحه مبلغاً من المال لاستخدامه في غرض محدد، خلال فترة زمنية متفق عليها وبشروط معينة لقاء عائد مادي متفق عليه وبضمانات تمكّن البنك من استرداد قرضه في حال توقف الزبون عن السداد".^(٢٤)

وعرّفه البعض الآخر بأنه " التبادل الحالي للبضائع والممتلكات (أو الحقوق فيها) مقابل دفع القيمة المساوية لها، والمتفق عليها في المستقبل"^{٢٥}.

أما بلغة القانون فالائتمان له معنى أوسع، إذ يعني تسليم الغير مالاً على سبيل الدين أو الوديعة أو الوكالة أو الإيجار أو الإعارة الخ، وفي جميع تلك الأحوال يتعلق الأمر بتسليم مؤقت للمال مع نية الاستعادة^{٢٦}. فقد عرّفت المادة الأولى من قانون البنوك الأردني رقم ٢٨ لسنة ٢٠٠٠ والمادة الثانية من قانون البنوك الجزائري رقم ٢٨ لعام ٢٠٠٠ الائتمان المصرفي بأنه: (دفع مبلغ من

^{٢٢} صبحي تادرس: النقود والبنوك، دار الجامعة المصرية، الاسكندرية، ١٩٨٦، ص ١٣.

^{٢٣} إيمان أنجرو: المرجع السابق، ص ١٧.

^{٢٤} د. عبد العزيز الدغيم ود. ماهر الأمين: التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض المصرفي، بحث منشور في مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلمية، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٨، العدد ٣ لعام ٢٠٠٦، ص ١٩٤.

^{٢٥} فلاح حسن الحسيني و مؤيد عبد الرحمان الدوري: إدارة البنوك (مدخل كمي واستراتيجي معاصر) دار وائل، عمان، ٢٠٠٠، ص ١٢٣.

^{٢٦} د. شاكر القزويني: محاضرات في اقتصاد البنوك، ط ٢، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر

١٩٩٢، ص ٧٤.

المال من البنك إلى العميل مقابل حق استرداده مع فوائده وأي مستحقات أخرى عليه وأي ضمان أو كفالة أو تعهد يصدره البنك).

ونصت المادة ٣ من القانون الأساسي الجديد لبنك المغرب رقم ٠٣-٣٤ لعام ٢٠٠٦ على أنه: (يُعتبر عملية ائتمان كل تصرف بعوض يقوم بمقتضاه شخص من الأشخاص:

-بوضع أموال أو الالتزام بوضعها رهن تصرف شخص آخر يكون ملزماً بإرجاعها.

-أو التزام لمصلحة شخص آخر عن طريق التوقيع في شكل ضمان احتياطي أو كفالة أو أي ضمان آخر).

أما المشرع السوري فلم يضع في قانون النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ وتعديلاته أو في قانون إحداث المصارف الخاصة رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١ ومختلف التشريعات الأخرى تعريفاً واضحاً ومُحدداً للائتمان المصرفي وذكر فقط أن من مهام المصارف تقديم التسهيلات المصرفية للعملاء وحدد العمليات التي تقوم بها المصارف والتي من ضمنها منح التسهيلات الائتمانية^{٢٧}. ولعلّ عدم تحديد مفهوم الائتمان بمفردات واضحة ودقيقة كان رغبةً من المشرع بترك المجال مفتوحاً لتطوير العمليات الائتمانية بشكل ينسجم مع ظهور خدمات ائتمانية مصرفية جديدة بين فترة وأخرى.

وانطلاقاً من عدم وجود تعريف محدد للائتمان المصرفي بالتشريع السوري وقراءة لما سبق يُمكننا تعريفه بأنه: (الثقة التي يوليها المصرف لشخص ما حين يضع تحت تصرفه مبلغاً من النقود أو يكفله فترة محدودة يُتفق عليها من

^{٢٧} الفقرة ٢ من المادة ٨٥ من قانون النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠١، والمادة ١٢ من قانون إنشاء المصارف رقم ٢٨ لعام ٢٠٠٢، والمادة ٥ من قانون مصرف التوفير رقم ٢٩ لعام ٢٠٠٥، والمادة ٥ من قانون المصرف العقاري رقم ٣١ لعام ٢٠٠٥، والمادة ٥ من قانون مصرف التسليف الشعبي رقم ٣٢ لعام ٢٠٠٥.

الطرفين، ويقوم العميل في نهايتها بالوفاء بالتزامه وذلك لقاء عائد معين يحصل عليه المصرف من العميل يتمثل في الفوائد والعمولات والمصاريف). وهذه المقاربة لتعريف الائتمان المصرفي نرتكز فيها على عناصره الرئيسية وهي الثقة والأجل، وأما الشكل فهو قابل للتغير وفقاً لتطور حاجات السوق لذا من الممكن أن نرى أشكالاً جديدة للعمليات الائتمانية لم تكن موجودة من قبل سمح بظهورها التطور التقني والتشريعي للعمل المصرفي كما هو الحال اليوم ببطاقات الائتمان المصرفية.

ويُلاحظ من التعريفات المذكورة أعلاه أن عملية الائتمان هي:

- علاقة بين طرفين، طرف دائن وآخر مدين.
- تنشأ من خلال عملية تبادلية وترتكز أساساً على الثقة.
- يتضمن الائتمان التعهد من قبل المدين بالدفع بتاريخ محدد.
- يرتبط الائتمان ببعض المخاطر لوجود فترة زمنية بين بداية نشوئه وبين تاريخ سداده.

والأغلب من -الناحية العملية- أن يكون الائتمان أو التسهيل الائتماني وفق أحد نظامين^{٢٨}:

١- نظام نقدي بصورة مبلغ محدد من المال متفق عليه مع المصرف ويضعه تحت تصرف العميل لاستخدامه في غرض محدد ومعلوم للمصرف وفي الحدود والشروط وبالضمانات الواردة بعقد التسهيل الائتماني خلال مدة سريانه وذلك بهدف تنمية نشاط العميل التجاري، مقابل تعهد العميل برد هذا المبلغ مع الفوائد والعمولات والمصاريف المستحقة خلال البرنامج الزمني المقرر للسداد ومثاله الاعتماد المصرفي.

^{٢٨} صلاح الدين السيبي: التسهيلات المصرفية للمؤسسات والأفراد، مرجع سابق ص ٤٤، أيضاً: قضايا مصرفية معاصرة، مرجع سابق، ص ١٥.

٢-نظام (دعم الثقة بالعميل) وهو تعهد يصدر من المصرف بناء على طلب العميل لصالح طرف آخر(المستفيد) ولأجل غرض معين ومحدد ولأجل معلوم كما هو الحال مثلاً في خطاب الضمان المصرفي حيث يصبح المصرف بمجرد إصداره لخطاب الضمان مُتعهداً بأداء قيمته للمستفيد عند أول طلب من دون أية معارضة من أي جانب شريطة أن تصل المطالبة للمصرف في موعد نهايته تاريخ استحقاق خطاب الضمان^{٢٩}.

هذا وتوجد أصول وقواعد وأسس علمية وعملية مُتعارف عليها لإصدار قرار بالموافقة على منح الائتمان من عدمه ويُراعى أن تكون هذه الأسس مرنة وتراعي مدى الوعي المصرفي والوعي بالالتزام لدى الأفراد، فيؤخذ بعين الاعتبار وبشكل رئيسي أن معايير تقييم العملاء يجب أن تسبق أسس تقديم الائتمان لهم^{٣٠}، لذا فإن المصارف لا تمنح التسهيلات الائتمانية إلا بعد دراسة مصرفية واعية وهادفة لمركز العميل المالي ووسائله المالية^{٣١} وبعد تأكدها من قدرته على تسديد قيمة التسهيل بالإضافة إلى ما يستحق عليه من فائدة ومصاريف وعمولات وذلك كله من منطلق أن هذه التسهيلات الائتمانية تتم من ودائع وأموال العملاء الذين لهم الحق في طلب سحب ودائعهم في الأجل

^{٢٩} انظر المادة (١٠٥) وما بعدها من قرار وزير المالية رقم ٩ تاريخ ١٩/١/٢٠٠٤ المتضمن نظام عمليات المصرف التجاري السوري.

^{٣٠} تنص المادة (١٤) من نظام عمليات المصرف التجاري على أنه: (يأخذ المصرف بعين الاعتبار

عند تحديد التسهيلات المصرفية مايلي:

أ-النشاط التجاري الذي يمارسه الزبون.

ب-الغاية التي تُمنح من أجلها التسهيلات.

ج-الإمكانات والملاءة الأدبية.

د-الأخطار المصرفية.

هـ-الضمانات والتأمينات التي يقدمها الزبون).

^{٣١} صلاح الدين حسن السيسي: قضايا مصرفية معاصرة ، مرجع سابق، ص ١٢.

المتفق عليه^{٣٢}. وللوصول إلى قرار ائتماني سليم يجب أن يتم اتخاذ هذا القرار داخل إطار وأهداف السياسة الائتمانية للمصرف وهي تختلف بعض الشيء من مصرف إلى آخر تبعاً للأهداف والظروف الخاصة بكل مصرف والتي من شأنها تحديد الخطوط العامة التي تحكم نشاط المصرف في مجالات منح التسهيلات الائتمانية بما يكفل سلامة توظيف وحسن استخدام أمواله بهدف تحقيق أفضل عائد^{٣٣}.

وبالرغم من أن العامل الاقتصادي والتمويلي هو الأساس في وضع السياسات الائتمانية إلا أن ذلك يخرج عن دراستنا وأكثر ما يُهمنا هو (الإطار القانوني) لهذه السياسات على اختلافها، فهذا الإطار القانوني له أهمية كبرى في العمل المصرفي لأنه يلعب دور الموجه التشريعي لهذا العمل ويقوم على تنظيمه تنظيمياً دقيقاً بما يحقق التوازن بين مصلحة الاقتصاد الوطني من جهة ومصالح المصارف العاملة بوصفها جزء من هذا الاقتصاد من جهة أخرى، ومما لا شك فيه أن هذه السياسات يجب أن تكون متوافقة مع القوانين والتشريعات السائدة في المجتمع إضافة لقدرتها على التماشي مع كافة الاعتبارات والأبعاد والقيود والضوابط القانونية المنظمة للعمل المصرفي وكذلك التزامها بالتعليمات والقرارات والتعاميم الصادرة عن المصرف المركزي بوصفه مصرف المصارف والسلطة الرقابية الأعلى^{٣٤}.

^{٣٢} تأخذ الوديعة المصرفية من حيث أجل استردادها ثلاثة أشكال رئيسة وهي: الوديعة تحت الطلب والوديعة لأجل والوديعة بإشعار مسبق.

^{٣٣} ألزم مجلس النقد والتسليف بقراره رقم (٩٣/م/ن/ب ٤) لعام ٢٠٠٤ مجالس إدارة المصارف العاملة بوضع وتحديد إستراتيجية وسياسة لإدارة مخاطر الائتمان وأن يقوم بمراجعتها دورياً على الأقل مرة في السنة على أن تعكس الإستراتيجية مدى إمكانية تحمل المصرف لمخاطر الائتمان ومستوى الأرباح التي يطمح في تحقيقها في ظل هذه المخاطر.

^{٣٤} وجدت لجنة بازل عند دراسة أسباب الأزمات المصرفية في كثير من الدول أن أهم هذه الأسباب هي عدم إدارة المصارف للمخاطر التي تتعرض لها (ومنها مخاطر الائتمان) وضعف الرقابة الداخلية

وفي الجمهورية العربية السورية تم تنظيم الإطار العام للسياسة الائتمانية الواجب إتباعها من قبل المصارف العاملة في سوريا من خلال مجموعة القوانين المصرفية وخاصة قانون النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢ والمُعدّل بموجب المرسوم التشريعي رقم ٢١ لعام ٢٠١١ والذي حدد ضوابط العمل المصرفي إضافة إلى ما يُكملها من قرارات صادرة عن مجلس النقد والتسليف والتي تشكل الإطار القانوني الواجب الالتزام به من قبل المصارف العاملة^{٣٥} مع العلم أن القرارات الخاصة بالسياسات الائتمانية ليست ثابتة بل من الممكن أن تتغير وفقاً للتغيرات الاقتصادية وبما يحافظ على استقرار العمل المصرفي ومثالها: تحديد الوجوه التي تتبع في تقييم أصول المصارف والوجوه التي يمنع على المصارف استثمار الأموال بها وتحديد الحد الأقصى لأسعار الفائدة لجميع الحسابات الدائنة والمدينة وفوائد التأخير ومجموعة القرارات الخاصة بإدارة مخاطر الائتمان والمنظمة لعملية منح التسهيلات الائتمانية والتي ممكن أن تتغير من وقت لآخر تبعاً لاستقرار السوق وتطور حاجاته.

-والخارجية من قبل المصارف المركزية.(انظر د.نبيل حشاد:دليلك إلى اتفاق بازل II، ج ١، اتحاد المصارف العربية، ٢٠٠٤، ص ٣٠).

^{٣٥} ومنها على سبيل المثال قرار مجلس النقد والتسليف رقم ٢٥٣ لعام ٢٠٠٥ المتعلق بتحديد نسبة كفاية الأموال الخاصة لدى المصارف، والقرار (٥٠١/م ن/ب ٤) لعام ٢٠٠٩ المتعلق بتعزيز إدارة المخاطر لدى المصارف، والقرار رقم (٥٩٨٣) لعام ٢٠١١ والمتعلق بالاحتياطي الإلزامي على ودائع المصارف لدى البنك المركزي والقرار رقم (١٩٦/م ن/ب ٤) لعام ٢٠٠٦ المتضمن اعتماد القواعد العامة للأخطار المصرفية والعملاء المتخلفين عن الوفاء والقرار رقم (٧١/م ن/ب ١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن التعليمات الخاصة بالحيطة الحذر في التعامل مع الزبائن والقرار رقم (٩٥/م ن/ب ٤) لعام ٢٠٠٤ والمتضمن التعليمات الخاصة بمحتويات ملفات التسهيلات الائتمانية.

ثانياً: أنواع الائتمان المصرفي

يأخذ الائتمان المصرفي أشكالاً متعددة فلا يقف عند شكل واحد أو اثنين ويحكم هذا التنوع ما يتطلبه العمل المصرفي من سرعة وثقة إضافة إلى أشكال مبتكرة تفرضها تطور الحاجات الاستثمارية للعملاء من جهة وتطور العمل المصرفي ذاته والخدمات المصرفية المقدمة للزبائن من جهة أخرى، حيث تتفاوت في مجال الاستخدام والاستثمار أنواع التسهيلات الائتمانية ويمكن تصنيفها في مجموعات مختلفة كما يلي^{٣٦}:

١- من حيث المدة: ويمكننا هنا التمييز بين ثلاثة أشكال من الائتمان:

أ- الائتمان قصير الأجل: تتراوح مدته بين ٣٠ يوم ولا تزيد عن عام واحد، وهو عادة يستخدم لسد النقص في رأس المال ومواجهة النفقات الجارية للمشاريع.
ب- الائتمان متوسط الأجل: وهنا تتراوح المدة بين سنة وخمس سنوات على الأكثر، ويستخدم لأغراض التجديد والتوسع الصناعي أو تمويل الصادرات وغيرها.

ج- الائتمان طويل الأجل: وهو الذي تزيد مدته عن خمس سنوات، ويستخدم بشكل رئيسي لتمويل الاستثمارات في الأصول الثابتة كالمقاولات والتجهيزات والآلات^{٣٧}، وبسبب طول أجله وزيادة المخاطر المحيطة بهذا الائتمان فإن كلفته - ممثلة بسعر الفائدة التي تُؤخذ من العميل - تكون مرتفعة.

٢- من حيث الغرض منه:

تُمنح التسهيلات الائتمانية عادةً بأحد الأشكال التالية:

أ- الائتمان الاستثماري (المخصص للإنتاج): وهو الائتمان الذي يُمنح لتأسيس أو توسيع المؤسسات الإنتاجية أو تجديدها وتوفير السيولة اللازمة لها لممارسة نشاطها.

^{٣٦} د. صافي فلوح: المرجع السابق، ص ١٠٢.

^{٣٧} أنظر المادة (٣٥) من نظام عمليات المصرف العقاري.

ب- الائتمان التجاري: وهو الذي يهدف إلى تنشيط تداول السلع وتسهيل العمليات التجارية.

ج- الائتمان الاستهلاكي: أي التسهيلات المقدمة لأغراض استهلاكية، وهي التي يستفيد منها الأفراد العاديون لسد حاجاتهم الاستهلاكية مثل شراء السيارة أو الأثاث أو السلع المعمّرة، فهو ائتمان شخصي في العادة يُقدّم في الأغلب للأفراد من موظفي الدولة والشركات الأخرى.

٣- من حيث الضمانات المرتبطة بها:

- الائتمان بدون ضمان: وهو ائتمان يحصل عليه العميل بدون أي ضمانات عينية أو شخصية إنما غالباً ما تعتمد المصارف على سمعة المقترض ومركزه الاقتصادي وتعاملاته السابقة.

- الائتمان بضمان: يُمنح هذا الائتمان بعد تقديم العميل ضمان عيني أو شخصي أو أي نوع من أنواع الضمانات التي يقبل بها المصرف ضماناً لحسن تنفيذ العميل لالتزامه وخوفاً من مخاطر عدم السداد. وسنبحث في هذا النوع من الائتمان بشكل مفصّل كونه يشكل صلب دراستنا.

كذلك يمكن تقسيم الائتمان المصرفي وفقاً لشيوع عرضه في المراجع العلمية المتخصصة والتي تقوم بدراسة مواضيع الائتمان وطريقة استخدامه من قبل المصارف إلى:^{٣٨}

١- الائتمان النقدي المباشر:

يُعتبر الائتمان النقدي المباشر الشكل الأكثر شيوعاً في نشاط المصارف بل هو يشكل التوظيف الأكثر أهمية من قبل إدارة الائتمان والأكثر ربحية،

^{٣٨} د. حمزة محمود الزبيدي: إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، الوراق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٢، ص ٩٤.

ومضمون هذا الائتمان هو قيام إدارة الائتمان في المصرف بمنح مبالغ نقدية مباشرة لطالب الائتمان لاستخدامها في تمويل عمليات متفق عليها ومحددة بعقد الائتمان، وأكثر أنواع الائتمان النقدي المباشر شيوعاً:

* القروض النقدية:

تُشكل القروض النقدية أكثر أنواع الائتمان المصرفي انتشاراً واستخداماً، وعادةً ما يتم اللجوء إلى هذا النوع من الائتمان لتغطية حاجات المقترضين المختلفة سواء أكانت تلك المستخدمة في تمويل احتياجات رأس المال أم تلك التي تستخدم في عمليات التمويل الاستثماري الطويل الأجل أو عمليات التشغيل الاستثماري للمنشأة أو العمل التجاري.

وغالباً فإنه لا يوجد نوع واحد من القروض النقدية وإنما تختلف باختلاف طرق السحب منها وكيفية تحديد الفائدة عليها وكذلك طرق تسديدها، ويتميز الائتمان المباشر بشكل قروض عن غيره من أنواع الائتمان بما يسمى آلية (توصيف الهيكلية)^{٣٩} ويقصد بذلك تحديد القيمة والأقساط والاستحقاق والفائدة والغرض من القرض، وتعتبر عملية توصيف الهيكلية من أهم عناصر التحليل الائتماني الذي يتم على أساس نتائجه منح الائتمان من قبل المصرف والذي يساهم أيضاً بتحديد الضمان المطلوب من العميل وفقاً لدراسة العناصر التي سبق ذكرها^{٤٠}.

^{٣٩} إيمان انجرو: المرجع السابق، ص ٢٥ .

^{٤٠} نصت الفقرة "ج" من المادة (٧٤) من نظام عمليات المصرف التجاري على أنه: (توثق القروض بالضمانات التالية:

١- رهن المشروع المراد تمويله.

٢- كفالة مصرفية مقبولة.

٣- كفالة الدولة.

٤- ضمانات شخصية أو عينية.

٥- الضمانات الأخرى التي يقبلها المصرف).

*الحساب الجاري المدين:

وهو اتفاق بين المصرف وعملية على حق العميل في أن يسحب من الأموال التي يسمح له المصرف بسحبها وأن يكون حسابه مدينياً بسقف أعلى من رصيد الحساب المتفق عليه وذلك فقط خلال فترة زمنية محددة، وعادة ما يُطلب من العميل تقديم كافة البيانات المالية الضرورية لتوضيح مركزه المالي بما في ذلك الميزانية العمومية وبيان الأرباح والخسائر.^{٤١}

*الأوراق التجارية المخصومة:

تعتبر عملية خصم الأوراق التجارية شكلاً من أشكال الائتمان المصرفي قصير الأجل، حيث يستطيع المصرف أن يخصم الورقة التجارية للتاجر الذي يحملها مقابل عمولة متفق عليها تمكن هذا الأخير من الحصول على قيمتها قبل حلول أجل استحقاقها ويقوم المصرف عندها بمطالبة المدين بقيمتها، لذا فإن شيوع استخدامها يجعل منها شكلاً ممن أشكال الائتمان المصرفي المباشر.^{٤٢}

٢- الائتمان غير المباشر:

يختلف هذا لائتمان عن الائتمان النقدي المباشر بأنه لا يُعطي حقاً لطالب الائتمان باستعمال النقد بشكل مباشر، كما أنه لا يمثل ديناً مباشراً على العميل تجاه المصرف إلا في الحالة التي لا يحترم فيها العميل طالب الائتمان تعهداته وإيفاءه لالتزاماته المباشرة تجاه الغير، ففي هذه الحالة تصبح هذه التسهيلات

^{٤١} د. عبد المعطي أرشيد ود. محفوظ جودة: إدارة الائتمان، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٩ ص ٩٥.

^{٤٢} معتصم سويلم نصر: الأحكام القانونية للمعاملات المصرفية، الوراق للنشر والتوزيع، عمان الأردن، ٢٠٠٤، ص ١٥.

التزامات مباشرة على المصرف. وتُعد الأنواع التالية الأشكال الأكثر شيوعاً لصور الائتمان المصرفي غير المباشر^{٤٣}:

*الكفالات المصرفية:

وهي عبارة عن عقد مكتوب يتعهد بمقتضاه المصرف (مصدر الكفالة) بضمان أحد عملائه بناءً على طلبه في حدود مبلغ معين ولمدة معينة تجاه طرف ثالث (المستفيد) بمناسبة التزام ملقى على عاتق العميل المكفول وضماناً لوفائه بالتزامه تجاه ذلك الطرف.

وتقوم فكرة الكفالة على وجود علاقة قانونية بين طرفين، شخص يحتاج لمال وشخص آخر يُقرضه فيكون الطرف الأول مُقترضاً أي مديناً والثاني مُقرضاً أي دائن، إلا أن هذا الأخير تأميناً لدينه يطلب (ضمانة) فيدخل شخص ثالث (طبيعي أو اعتباري) يلتزم مع المدين بتسديد الدين ضمن شروط الإقراض وفي تاريخ الاستحقاق في حال عدم التزام المدين بأداء دينه^{٤٤}.

*الاعتماد المُستندي:

وسيلة مصرفية ابتكرها الفكر المصرفي لخدمة التجارة الخارجية وهو عبارة عن (أي ترتيب مهما كان اسمه أو وصفه ويكون غير قابل للنقض وبالتالي يشكل تعهد محدد من المصرف المصدر للوفاء أو تداول تقديم مطابق)^{٤٥}.

ويُعتبر عقد فتح الاعتماد عقداً رضائياً يقوم على الاعتبار الشخصي للعميل وينعقد بتوافر رضا أطرافه بحيث يلتزم المصرف بتقديم التسهيلات الائتمانية بناءً على التزام عميله بالوفاء بقيمته مع الفوائد المتفق عليها والعمولات، كما

^{٤٣} إيمان انجرو: المرجع السابق ، ص ٢٦.

^{٤٤} نقض سوري قرار رقم (٥٣٩) أساس (١٠٨) لعام ١٩٨١، مجلة المحامون، قاعدة رقم ٦٤٥ العدد ١١ لعام ١٩٨١.

^{٤٥} انظر المادة الثانية من النشرة ٦٠٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والمتضمنة الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية.

يُعتبر عقداً مستقلاً عن العمليات الأخرى كالقرض أو الخصم أو عمليات البيع لذا عندما يقرر المصرف فتح أي اعتماد يتم التركيز في المقام الأول على سلامة مركز العميل المالي وعلى ما توفره له حيازة المستندات من حماية تتمثل في كونها تعتبر كـ(الرهن الحيازي على البضائع)، بالإضافة لما تتضمنه وثيقة التأمين من غطاء يغطي جميع الأخطاء التي قد تنشأ عند تنفيذ العقد^{٤٦}.

*بطاقات الائتمان:

تُعد بطاقات الائتمان شكلاً متطوراً من أشكال الائتمان المصرفي، وبطاقة الائتمان تعطي لحاملها الأحقية في التعامل مع العديد من المحلات التجارية المتفقة مع المصرف المصدر للبطاقة على قبول منح الائتمان لتسديد مشترياته على أن يقوم بسداد قيمة المشتريات إلى المصرف خلال مدة معينة^{٤٧} من تاريخ استلامه لفاتورة الشراء ولا يدفع العميل فوائد للمصرف على هذه الخدمة إذا سدد خلال الفترة المذكورة، إلا أنه يتحمل فوائد عن الرصيد المتبقي بدون سداد أما المصرف فإنه يتقاضى من البائع عمولة محددة من قيمة الفاتورة .

٣-الائتمان الدولي:

تُعتبر المصارف التجارية قلب نظام التمويل الدولي، وهي تمارس دوراً فريداً في تسهيل التجارة الدولية وتدعم توسيع الشركات المتعددة الجنسيات من خلال تمويل المعاملات الدولية، سواء ذلك الذي يتسم بالأجل الطويل أو ذلك الذي يتميز بالأجل القصير، لذلك فإنها تساهم في تقديم الائتمان الدولي القصير

^{٤٦} محمود حمرة: الاعتمادات المستندية و الكفالات المصرفية في المصرف التجاري السوري ودورها

في الاقتصاد الوطني، رسالة ماجستير، جامعة دمشق، ٢٠٠٤، ص ٣٦.

^{٤٧} يتم تحديد هذه المدة بالاتفاق بين المصرف مُصدر البطاقة وعملائه.

الأجل من خلال ضمان الالتزامات الدولية التجارية للزيائن والأوراق التجارية الدولية وتسهيل المدفوعات الدولية^{٤٨}.

٤- الائتمان المشترك :

ظهرت فكرة الائتمان المشترك بعد تعاظم احتياجات المشروعات الاستثمارية إلى تمويل ضخم الأمر الذي تطلب تقديمه من قبل من أكثر من مصرف بحيث يقدم كل مصرف جزء من القيمة المعينة للائتمان المطلوب لتغطية العملية الاستثمارية أو التجارية وهو ما يطلق عليه اسم الائتمان المشترك. وهنا تسعى إدارة الائتمان (وهي قسم متخصص داخل المصرف تكون مهمته منح الائتمان والموافقة على التسهيلات الائتمانية) إلى الاشتراك مع مصارف أخرى في تقديم الائتمان بعد دراسة جدوى المشروعات الاستثمارية وتحديد طريقة التسديد وطرح المساهمة في الاشتراك في هذا الائتمان بين المصارف لمناقشتها ومن ثم تحديد نسبة مشاركة كل مصرف .

٥- الائتمان المصرفي بصيغة التأجير التمويلي:

يُعتبر التأجير التمويلي شكلاً جديداً للائتمان المصرفي وهو أحد أهم التطورات التي حدثت في نشاطات المصارف، بل هو ذروة التطور القانوني للصيغ التي تحققت لشركات الأعمال في الحصول على المعدات والموجودات اللازمة دون أن تضطر لأداء كامل القيمة أو الكلفة^{٤٩}، حيث أنه في التمويل التأجيري يقتصر الأمر على أداء الإيجار المستحق على الأصل الثابت عن كل فترة زمنية مع الاحتفاظ في ذات الوقت بكامل الضمانات اللازمة للمؤجر وذلك عن

^{٤٨} د. حمزة محمود الزبيدي: المرجع السابق، ص ١١٤ .

^{٤٩} يتمثل عقد التأجير التمويلي في صورة اتفاق تقوم بمقتضاه مؤسسة مالية بشراء أموال معينة يغلب أن تكون تجهيزات أو أدوات ثم تقوم بتأجيرها للمستفيد نظير أجرة دورية على أن يكون له الخيار عند نهاية مدة الإيجار بين تملكها مقابل ثمن معين أو إعادة استئجارها أو ردها إلى المؤسسة الممولة.

طريق الاعتراف له بحق الملكية في تلك الموجودات أو المعدات مع الاتفاق على إمكانية استرداد الأصول المؤجرة إذا امتنع المستأجر عن أداء قيمة الإيجار المتفق عليه.

ولذلك فإن التأجير التمويلي^{٥٠} يمثل انتمناً مصرفياً مباشراً فالعلاقة بين المؤجر (المصرف) والمستأجر (العميل) يعد بمثابة اقتراض للأموال، ولا يُطلب من العميل المستأجر دفع قيمة الأصل المستأجر وإنما يقوم بتسديد مبالغ متفق عليها تمثل قيمة الإيجار كما هو محدد في العقد مع الاحتفاظ بحق العميل بامتلاك الأصل.

^{٥٠} نظم المُشرّع السوري الأحكام الخاصة بالتأجير التمويلي بالمرسوم التشريعي رقم ٨٨ لعام ٢٠١٠.

الفرع الثاني

تقسيم عمليات الائتمان من حيث الضمان

سبق وذكرنا أن التسهيل الائتماني إنما يُمنح من قبل المصرف بعد دراسة متأنية ومقابل ضمانات كافية لسداد هذه التسهيلات بالإضافة إلى ما يستحق عليها من فائدة أو عمولات ومصاريف وذلك بغية تعزيز موقف المصرف في حالات تعثر العميل عن السداد، حيث يستطيع الوصول إلى حقوقه من خلال التنفيذ على الضمانات المقدمة من العميل والتي سبق له دراسة مدى ملائمتها للائتمان الممنوح من قبله. ونُقَسَم التسهيلات الائتمانية من حيث الضمانات إلى^{٥١}:

التسهيلات الائتمانية بدون ضمان:

وتُمنح هذه التسهيلات اعتماداً على المركز المالي للعميل وفقاً لما تُسفر عنه الدراسة الائتمانية في هذا الشأن وبحسب نوع التسهيل الائتماني المُقدَّم للعميل. فالمصرف قد يمنح عميله الذي يثق به قروضاً أو تسهيلات بدون ضمانات معتمداً في ذلك على قوة ومثانة مركزه المالي وسلامة نتائج عمله وحُسن سمعته، خاصةً إذا ما اتبع عند منح الائتمان الإجراءات والخطوات السليمة من حيث دراسة سلامة تكوين الهيكل المالي في الماضي واتجاهات تطوره في المستقبل إلى جانب الاطمئنان إلى توافر السيولة وضمان حد أدنى من الربح الصافي وبما يمكنه من سداد قيمة التسهيل من مصدر معروف وفي أقصر مدة ممكنة وما يمكن وضعه من شروط جزائية في عقد الائتمان تمثل الحد الأدنى للضمان.^{٥٢}

^{٥١} صلاح الدين السيبي: قضايا مصرفية معاصرة، المرجع السابق، ص ٢٧ - ٣٠.

^{٥٢} هناك مقولة رئيسة لدى رجال المصارف وهي ((خير ضمان ألا يكون هناك ضمان)) بمعنى أن رجال المصارف لا يعولون كثيراً على الضمانات المادية بقدر ما يعتمدون على قدرة المشروع على توليد عائد مناسب يكفي لسداد أعبائه والتزاماته أولاً بأول، فالمشروع الجيد هو الضمان الرئيسي.

التسهيلات الائتمانية بضمانات:

وتمثل الضمانات وسائل تأمين للمصرف ضد خطر عميله حيث تساعد على استيفاء حقه عندما يتعثر العميل عن السداد في موعد الاستحقاق وذلك عن طريق التنفيذ على الضمان^{٥٣}، كما أن وجود الضمان تحت يدي المصرف يعطي له الحق في جزء من الذمة المالية للعميل بما يحميه من قسمة الغرماء عند تصفية أموال العملاء^{٥٤}.

قد تكون الضمانات المقدمة عينية أو شخصية وقد يجمع المصرف بين النوعين من الضمانات فيطلب من عميله أن يقدم كفيلاً شخصياً ملئاً بالإضافة إلى رهن محله التجاري أو أوراق تجارية أو مالية أو بضائع أو التنازل للمصرف عن بعض مستحققاته لدى الغير أو غير ذلك من أنواع الضمانات، فالأمر يخضع للتفاوض بين المصرف والعميل فيبين العميل طلباته ويدرس المصرف هذه الطلبات بما يلائم سياسته الائتمانية.

أولاً- الائتمان بدون ضمان

الأصل أن يكون الائتمان مقابل ضمان إلا أن هذا الأصل ليس مطلقاً ولا حتمياً لمنح الائتمان وإن كان تقديم الضمانات يشجع المصارف بشكل أكبر على منح الائتمان^{٥٥}، وفي الواقع أننا لا يمكن أن نرى مثل هذه التسهيلات إلا لدى المصارف الكبرى ولدى مجموعة معينة من العملاء فقط والذين غالباً ما يكونون معروفين لدى المصرف من فترة طويلة ومأموني الجانب من قبله نتيجة حجم تعاملاتهم الكبير مع المصرف من جهة والتزامهم بقواعد التعاملات المصرفية مع المصرف من جهة أخرى إضافة لسمعة العميل الطيبة وملاءته

⁵³ Roy.Goode: Commercial Law، 3rd edition ,Pengain، 2004، P799.

^{٥٤} صلاح الدين السبسي: التسهيلات المصرفية للمؤسسات والأفراد، المرجع السابق، ص ٥٣.

^{٥٥} أسيل ياسين عبد المنعم: الالتزام بعدم الإخلال بالائتمان التجاري في نطاق العلاقات التجارية (دراسة قانونية) أطروحة لنيل درجة الدكتوراه بالقانون، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٦، ص ٣٢.

المالية وانتظام أعماله التجارية والاستثمارية أي امتلاكه ما يُسمى بـ(الجدارة المعنوية).

أما من ناحية الآثار القانونية فلا تتكافأ التسهيلات بضمان عيني مع التسهيلات بدون ضمان، ففي الأولى يكون هناك حق للمصرف بالتقدم والأولوية على سائر المدينين في التنفيذ على الضمان المرتهن وتتبعه، أما بالتسهيلات بدون ضمان فإنَّ المصرف يخضع فيه لقاعدة الضمان العام والضمان العام لا تخصيص فيه، لذلك يشترك المصرف في الحصول على حقه مع سائر الدائنين عند التنفيذ على أموال المدين.

وكذلك الأمر في الضمانات الشخصية حيث يكون أمام المصرف ضامن أو أكثر للعميل (الكفيل) وفي حال تعثر المدين فان المصرف يستطيع ملاحقة الضامن، في حين أنه بالائتمان من دون ضمان لا يكون أمام المصرف إلا ملاحقة العميل ذاته.

وقد يبدو الأخذ بفكرة الائتمان بدون ضمان ضرباً من المخاطرة الكبيرة ونوعاً من المغامرة لدى المصرف، خاصةً إن علمنا أن المصارف تهدف في النهاية إلى الوصول إلى ربح مضمون فهل من المعقول أن يُغامر المصرف بمنح الائتمان بهذا الشكل وهو الدائن المعروف عنه دراسة الحالة الائتمانية بتمحيص أكبر ومن كافة الجهات؟؟ وما الذي يضمن الائتمان الممنوح في حال عدم لجوء المصرف إلى عقد من عقود الضمان؟؟

أن أهم نتيجة في هذه الحالة-أي حالة عدم وجود ضمان خاص- هي تحول المصرف من دائن ممتاز بضمان خاص إلى دائن عادي يتحصن بحق الضمان العام من خلال الوسائل التي يتمتع بها كافة المدينين على الذمة المالية المدينة ومتساوياً مع بقية الدائنين^{٥٦}، إضافة إلى ما تمنحه إياه الشروط الجزائية التي يتعمد المصرف وضعها بعقود الائتمان كحد أدنى للضمان من

^{٥٦} د.نبيل إبراهيم سعد: نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ١٨١.

عميله المليء ذو السمعة الجيدة، فهذه المصارف لا تُغامر بمنح ائتمان دون أدنى ضمان لذا فإنها من باب الاحتياط تلجأ إلى أسلوب (الشرط الجزائي) المُتمم للعقد لتعويض أي خسارة تلحق بها نتيجة عدم وفاء العميل -المتعاقد- بالتزاماته في عقد الائتمان (ومنها عدم السداد) وذلك وفقاً للقواعد العامة بالالتزام والمسؤولية العقدية، ومن ذلك أن يضع المصرف شرطاً في العقد يقضي بدفع العميل تعويضاً جُزائياً بقيمة معينة في حال توقفه عن سداد دينه للمصرف أو في حال تراجعته عن العقد الموقع عن المصرف أو إخلاله بأحد التزاماته التعاقدية المنصوص عليها في العقد، خاصة أن المُشرع السوري رسّخ مبدأ التمييز بين المسؤولية العقدية والمسؤولية التقصيرية وحصر مجال تطبيق المسؤولية العقدية بالتعويض عن الضرر الناجم عن عدم تنفيذ التزام تعاقدي^{٥٧} وفي هذه الحال فإن هذا الشرط يكون بمثابة اتفاق الطرفين على قيمة التعويض المستحق في حال الإخلال بشروط العقد الائتماني^{٥٨}.

ولكن إن سلّمنا بذلك فإننا نتساءل هنا فيما إذا كان الائتمان المُقدم من المصرف لكبار العملاء قد نشأ بسبب وجود شروط جزائية في العقد أو نشأ لمجرد وجود رابطة الالتزام؟؟؟ بمعنى آخر هل نشأ الائتمان بسبب وجود جزاءات فعالة عند عدم التنفيذ أو أنه نشأ لثقة المصرف الدائن في تنفيذ مدينه لالتزاماته؟؟

في الواقع إن الحق بشكله العام لا ينشئ قوياً إلا من خلال جزاء يعمل على حمايته^{٥٩} -سواء أكان مؤيداً مدنياً أم جزائياً- فهذا الجزاء هو الذي يعطي للحق

^{٥٧} د.فواز الصالح: القانون المدني السوري، مصادر الالتزام، ج١، جامعة دمشق، ٢٠١١-٢٠١٢ ص٣٣٨.

^{٥٨} نقض سوري: قرار رقم (١٣٦٤) أساس (١٠٨) تاريخ ٢٢/١٠/٢٠٠٠، موسوعة القضاء المدني الجديد في اجتهاد محكمة النقض السورية، ج٣، مكتبة اليقظة العربية، ٢٠٠٤، ص٦٧٦، محمد أديب الحسيني.

^{٥٩} د.نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص١٨٢.

قوته ولكن بالمقابل فإنه ليس وحده الذي يدفع المصرف الدائن إلى منح الائتمان بل إنه يمكن أن يكون من جهة أخرى مصدر إعاقة إذا ما بولغ فيه. ويصبح الشرط الجزائي-كضمان- معيقاً للائتمان عندما يتسم بالشدة المبالغ فيها بحيث يؤدي إلى اضطراب في عمل العميل المدين (كأن يوضع جزاء على العميل في حال عمله بتجارة معينة بحجة أنها غير مربحة أو ضعيفة ومن الممكن أن تبدد أمواله) أو عندما يتسم بعدم التناسق والتناسب مع قيمة الدين. لذلك لا ينبغي الاعتقاد أن الجزاء مهما كانت قسوته والحقوق والوسائل التي يتمتع بها المصرف يمكن أن تكفي لتحفيزه على منح الائتمان بدون الحصول على أي ضمان عيني أو شخصي بل إن المصرف يمتلك، علاوة على ذلك، الحق بالمطالبة بالتنفيذ العيني المباشر كأثر من آثار التزام العميل المدين بموجب عقد الائتمان معه حيث تظهر هنا قيمة العقد ذاته.^{٦٠}

فكلمة -عقد الائتمان^{٦١}- ليست مجرد كلمة عديمة الجدوى حيث أنه تطبيقاً للقانون فإنّ الاتفاق الإرادي له قوة ملزمة في ذاته أي أن العميل المدين لا يستطيع أن يتحلل من التزاماته دون محاسبته، وفي دول يسودها القانون تُقاس قوة الضمان بما تمنحه من قوة للعقد أولاً حيث أن الائتمان ومعه الضمان لا ينشآن إلا بمناسبة وبواسطة العقد^{٦٢}، فيكون التنفيذ بطريق التعويض من قبل العميل هو المؤيد الجزائي للقوة الملزمة للعقد ويُشكل المسؤولية العقدية الواقعة على العميل المُقصر^{٦٣}.

^{٦٠} نظم المُشرّع السوري أحكام التنفيذ العيني في الباب الثاني من القانون المدني السوري بالمواد

٢٠٤ إلى ٢١٥.

^{٦١} وهو القالب القانوني للعملية الائتمانية، كعقد تقديم التسهيلات النقدية، وعقد الاعتماد، وعقد الكفالة المُقدّمة من المصرف.

^{٦٢} د.نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص ١٨٢.

^{٦٣} د.وحيد الدين سوار: شرح القانون المدني السوري، النظرية العاملة للالتزام، ج ١، مطبعة رياض،

دمشق ١٩٨٢-١٩٨٣، ص ٣٦٧-٣٦٨.

نهايةً نشير إلى أن منح الائتمان بدون ضمان نادر الوقوع لدى المصارف في السوق السورية باعتبار أنها مصارف ناشئة تعمل في ظل سوق ناشئ، لذا فهي لا تمنح التسهيلات الائتمانية إلا ضمن نطاق وجود ضمانات قوية تضمن الربحية وتقي من مخاطر عدم سداد العملاء خاصةً أنها لا تزال تتخوف من المماطلة بالإجراءات التي يعاني منها نظام التقاضي في سوريا وقلة الخبرة التي يتمتع بها في مجال العمل المصرفي.

ثانياً-الائتمان بضمان

تُمثل الضمانات وسائل تؤمّن المصرف ضد الأخطار الناتجة عن علاقته الائتمانية مع عميله حيث تُساعده على استيفاء حقه عندما يتعثر العميل عن السداد في موعد الاستحقاق وذلك عن طريق التنفيذ على الضمان والتصرف به، فوجود الضمان تحت يدي المصرف يعطي له الحق في جزء من الذمة المالية للعميل بما يحميه من قسمة الغرماء عند تصفية أموال العملاء^{٦٤} ، وقد تكون الضمانات عينية أو شخصية وقد يجمع المصرف بين النوعين من الضمانات فيطلب من عميله أن يقدم كفيلاً شخصياً مالياً بالإضافة إلى رهن محله التجاري أو أوراق تجارية أو مالية أو بضائع أو التنازل للمصرف عن بعض مستحققاته لدى الغير أو غير ذلك من أنواع الضمانات.

ونذكر فيما يلي أهم أنواع التسهيلات الائتمانية مقابل ضمانات^{٦٥}:

^{٦٤} صلاح الدين السيسي: التسهيلات المصرفية للمؤسسات والأفراد، المرجع السابق، ص ٥٣.

^{٦٥} حددت لجنة (بازل II) أنواعاً معينة من الضمانات على سبيل الحصر كمخففات للمخاطر الائتمانية وهذه الضمانات هي: ١- الضمانات النقدية (والودائع التي في حوزة المصرف).

٢- الذهب والمعادن النفيسة.

٣- الأوراق المالية المُقيّمة من مؤسسة خارجية بشرط أن لا يقل التقييم عن BBB.

٤- الأوراق المالية التي ليس لها تقييم من مؤسسة خارجية وتتوافر فيها شروط خاصة.

٥- الأوراق المالية المدرجة بالمؤشر الرئيس للبورصة.

١-التسهيلات الائتمانية بضمان أوراق تجارية:

تقوم المصارف بمنح التسهيلات مقابل الأوراق التجارية برسم التأمين^{٦٦} حيث يقوم العميل بتظهيرها للمصرف بتظهيرها تأمينياً مقابل قيام المصرف بمنحه الائتمان، ومن الطبيعي أن يكون الضمان الأول هو حق المصرف على مقابل الوفاء (المؤونة) في الورقة التجارية^{٦٧}، ومن الطبيعي أيضاً أن يتأكد المصرف من جدية الأوراق التجارية وألا يكون هناك ما يوحي بأنها أسناد مجاملة^{٦٨}.

٢-التسهيلات الائتمانية بضمان أوراق مالية (أسهم وسندات):

يُعرّف السهم بأنه: (سند قابل للتداول بالطرق التجارية يمثل حق الشريك في شركة أموال)^{٦٩} أما أسناد القرض فقد عرفت الفقرة الثانية من المادة ١٢١ من قانون الشركات رقم ٢٩ لعام ٢٠١١ بأنها: (٢-أسناد القرض هي أوراق مالية

٦٦-وثائق صناديق الاستثمار.

٦٧-صناديق الاستثمار التي تتضمن الأوراق المالية السابقة.

(انظر في ذلك موسى عمر مبارك أبو محميد: مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس المال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل II، أطروحة دكتوراه، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، ٢٠٠٨، ص ٥١-٥٢).

^{٦٦} يُطلق على هذه الحالة بقانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ ((التظهير التأميني)) حيث يقوم العميل بتظهير الورقة التجارية للمصرف على سبيل التأمين ضماناً لحقوق المصرف.

^{٦٧} (مقابل الوفاء: هو دين بمبلغ من النقود مترتب للساحب بذمة المسحوب عليه وهو يمثل علاقة مستقلة خارجة وسابقة على سحب السفتجة) د.الياس حداد: القانون التجاري "الأسناد التجارية" منشورات جامعة دمشق، نظام التعليم المفتوح، دمشق، ٢٠١٣-٢٠١٤، ص ١٩٠.

^{٦٨} (سندات المجاملة هي سندات تجارية صحيحة من حيث الشكل يقصد منها إيهام الغير بوجود علاقات حقيقية بين أطرافها والحصول على ائتمان بطريق غير مشروعة لعدم وجود نية لدى الأطراف بأداء قيمتها في تاريخ استحقاقها) د.الياس حداد: المرجع ذاته، ص ٢١٩.

^{٦٩} د.جاك يوسف الحكيم: الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣-٢٠٠٤، ص ٣٣٤.

ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول وغير قابلة للتجزئة تصدرها الشركة للحصول على قرض وتتعهد الشركة بموجبها بسداد القرض وفوائده وفقاً لشروط الإصدار).

والأسهم والسندات إما أن تكون **لحاملها**: وهي التي يتم فيها نقل الملكية بمجرد التسليم والتسليم^{٧٠} أي أنها تصبح ملكاً للمشتري بمجرد استلامه لها وإما أن تكون **اسمية**: وهي التي تحمل اسم صاحبها عليها وتثبت ملكيته إزاء الشركة بقيد مالكيها في دفاترها^{٧١} ولذلك فإن إجراءات نقل ملكيتها تختلف عن إجراءات نقل ملكية الأوراق المالية لحاملها، ونشير هنا إلى أن قانون الشركات السوري نصّ على أن تكون أسهم الشركة المساهمة وأسناد القرض اسمية وبالتالي منع الشركة من إصدار الأسهم والسندات للحامل^{٧٢} ولكننا آثرنا ذكرها لأنها تشكل جزءاً من بعض التشريعات التجارية المعمول بها في الدول المجاورة كالتشريع المصري والتشريع الأردني والتشريع العراقي.

وفي حال قبول الأوراق المالية كضمان لتسهيلات ائتمانية فلا بد - ضماناً لسلامة العملية من الناحية القانونية - من مراعاة التالي:

- التأكد من ملكية العميل للأوراق المالية وتحديد نوع الأوراق المالية التي تقبل كضمان، وتحديد أسعار التقييم (القيمة السوقية للورقة)، والدخل الذي تقدمه كل نوع من هذه الأوراق (سواء كان أرباح أو فوائد) مع مراعاة تقلبات أسعار هذه الأوراق المالية في البورصة وتعديل أسعار التقييم إذا لزم الأمر.

^{٧٠} انظر الفقرة الأولى من المادة (٤٠٨) من قانون التجارة السوري.

^{٧١} انظر المادة (٤٠٩) من قانون التجارة السوري.

^{٧٢} انظر الفقرة الثانية من المادة (٩١) والفقرة الثانية من المادة (١٢١) من قانون الشركات رقم ٢٩

وبالنسبة للأوراق المالية الاسمية فإنه يتعين على المصرف إخطار الشركة المصدرة بكتاب مسجل مرفق به خطاب موقع من العميل برهن تلك الأوراق في دفاتها لصالح المصرف وضرورة استلام المصرف لرَد الشركة بخصوص تسجيل رهن الأوراق المالية لصالحه في دفاتها.

وإذا كانت الشركة مُدرّجة في البورصة فإنه لا بد أولاً للشركة من قيد أوراقها المالية لدى مركز المقاصة والحفظ المركزي^{٧٣} باعتبار أن أي تصرف قانوني على الورقة المالية لا بد أن يثبت بقيود خاصة بذلك في سجل خاص في المركز^{٧٤}، ويتم الرهن بحضور الراهن والمرتهن إلى المركز وتوقيع عقد الرهن أمام الموظف المختص وضمن مجموعة من الإجراءات المحددة قانوناً^{٧٥}.

٣- التسهيلات الائتمانية بضمان بضائع:

وهي تلك التسهيلات التي تمنحها المصارف لعملائها مقابل إيداع البضائع التي يملكونها بمخازن المصرف المرتهن أو تسليمها للمصرف تسليماً حكماً أو قانونياً^{٧٦} ومثال ذلك وضع البضاعة المرهونة تحت تصرف المصرف المرتهن بكيفية تحمل الغير على الاعتقاد أن الشيء صار بحيازته أو تسليم المصرف صكاً يمثل البضاعة المرهونة ويعطيه وحده دون غيره حق تسلمها وهي الصورة

^{٧٣} انظر الفقرة "ب" من المادة (١٢) من قرار مجلس إدارة سوق دمشق للأوراق المالية رقم ١٦٥ لعام ٢٠٠٨ والمتضمن نظام تسجيل وإيداع الأوراق المالية لدى مركز المقاصة والحفظ المركزي.
^{٧٤} انظر المادة (٤) من نظام تسجيل وإيداع الأوراق المالية لدى مركز المقاصة والحفظ المركزي السابق ذكره.

^{٧٥} انظر إجراءات رهن الأوراق المالية لدى مركز القاصة والحفظ المركزي والصادرة بقرار المدير التنفيذي للسوق رقم /بلا/ تاريخ ٢٠١١/١٢/١٨.

^{٧٦} د.سميحة القيلوبي: الوسيط في شرح قانون التجارة السوري المصري، ط٦، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠١٣، ص ١٨٩.

الأكثر انتشاراً بالحياة العملية بين المصارف الدائنة والعملاء المدينين وخاصة التجار^{٧٧}.

وتشمل البضائع التي تقدم كضمان للتسهيلات الائتمانية أنواعاً مختلفة منها: الخامات -المواد الكيماوية- المواد المصنّعة - المواد الغذائية- المنتجات الزراعية.....الخ.

ويقبل المصرف منح التسهيل الائتماني بضمان بضائع إذا توفرت فيها عدة شروط من أهمها:

أن تكون مملوكة ملكية تامة للعملاء، شائعة الاستعمال، سهلة التصريف، غير قابلة للتلف بالتخزين الطويل، استقرار أسعارها، أن تكون من البضائع النمطية وليست خاصة بصناعة معينة، وألا يترتب على قبول البضائع كضمان حبسها عن السوق، وأن يكون تقييم البضائع المقدمة كضمان للتسهيل الائتماني على أساس سعر الشراء (أو سعر تكلفة الاستيراد) أو سعر السوق أيهما أقل، وأن يقوم العميل بتوقيع تفويض مسبق للمصرف يمنحه الحق ببيع البضائع عند عدم سداد الرهن^{٧٨}.

٤-التسهيلات الائتمانية بضمانات متنوعة :

تطور أنشطة التوظيف لدى المصارف التجارية وتتعدد بدورها أنواع التسهيلات الائتمانية التي تقدمها لخدمة قطاعات شتى من الاقتصاد القومي وسد الحاجات المختلفة للمواطنين ومن أمثلتها:

-القروض بضمان شهادات الاستثمار:

ويتم ذلك في صورة حساب جاري أي يقوم المصرف بفتح حساب جاري لصالح العميل يُمكنه من السحب النقدي ومقابل تقديم العميل لمجموعة من

^{٧٧} د.سميحة القيلوبي:المرجع السابق، ص ١٩٠.

^{٧٨} انظر المادة (٢٨) وما يليها من نظام عمليات المصرف التجاري السوري.

شهادات الاستثمار كضمان^{٧٩}، مع التحقق من أن هذه القروض مطلوبة لأغراض إنتاجية ولسد حاجات ملحة أو حاجات تفرضها ظروف قاهرة لدى العميل وذلك في حدود نسب معينة من قيمة الشهادات الضامنة مع حفظها لدى المصرف حتى تمام السداد وهذا ما يسمى بالرهن الحيازي.

-القروض بضمان ودائع لأجل أو بإخطار أو ودائع التوفير:

ويعتبر الضمان بمثل هذه القروض من الدرجة الأولى حيث تعتبره المصارف من أقوى الضمانات النقدية كونها تسمح للمصرف بالتنفيذ على الوديعة النقدية الموجودة في صندوقه بمجرد إخلال العميل بالتزامه متبعاً في ذلك الإجراءات القانونية دون أن يحتاج في ذلك إلى ما يحتاج في الضمان العيني من تقدير قيمته الفعلية وبيعه بالمزاد ومن ثم استيفاء الثمن وما غير ذلك من إجراءات كما أنه يوفر الاستقرار بالنسبة لحجم الودائع لدى المصارف التجارية ويُراعى دائماً ألا تزيد قيمة القرض عن ٩٠% من قيمة الضمان مضافاً إليه الفوائد والعمولات والمصاريف^{٨٠}.

٥-التسهيلات بضمان رهن المحال التجارية أو الصناعية:

المحل التجاري أو المصنع يعتبر مالاً منقولاً^{٨١}، الأصل فيه هو رهنه حيازياً أنه يمكن رهن المحل التجاري أو المصنع رهنًا تجاريًا دون انتقال الحيازة^{٨٢} حتى لا تتعطل التجارة من جهة وحتى لا يضيع حق الدائن من جهة أخرى ويجب أن يتم الرهن بعقد رسمي مع شهره^{٨٣} وهو يرتب للدائن حق الامتياز

^{٧٩} صلاح الدين السيبي: قضايا مصرفية معاصرة، مرجع سابق، ص ٣١.

^{٨٠} د. صلاح الدين السيبي: مرجع سابق، ص ٣٠-٣١.

^{٨١} نقض سوري: قرار رقم (١٠٨٦) لعام ١٩٧٤، مجلة المحامون، العدد ١٢ لعام ١٩٧٤.

^{٨٢} د. محمد فاروق أبو الشامات ود. جمال مكناس: الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار

والمتجر) منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ٣٨٢.

^{٨٣} المادة (٧٠) من قانون التجارة السوري.

فيكون له حق التقدم والأولوية في اقتضاء دينه قبل غيره من الدائنين (بحسب تاريخ قيد الرهن) ويكون له حق تتبع المتجر أو المصنع المرهون في أي يد كانت وهو ما نصت عليه صراحة المادة ١٧ من قانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ بقولها: (١-يتمتع الدائن صاحب التأمين بحق أفضلية وحق تتبع على المتجر أياً كان الخلف إليه انتقل إليه).

٦-التسهيلات مقابل التنازل عن ديون لصالح العميل أو عقود معه:

وهذه التسهيلات تكون في أغلبها بشكل قروض مقابل التنازل عن مستحقات العميل من عقود لعمليات إنشائية (طرق-مشروعات مياه أو كهرباء) أو عقود توريد (سلعة-مواد) لصالح جهات حكومية، بحيث يكون العميل طرفاً في هذه العقود وينتظر أن يحصل على أرباح جيدة من جراء تنفيذها، فيقوم بالتنازل عن مركزه القانوني في هذا العقد لصالح المصرف مقابل تقديم المصرف لهذه التسهيلات^{٨٤}.

وتبدأ إجراءات فحص طلب القرض بدراسة المصرف للعملية المتنازل عنها بمعرفة جهات متخصصة وبعد التأكد من صحة العملية وإمكانية قيام العميل بها وأنها في حدود طاقته ومراعاة سمعته بالسوق^{٨٥}. ويتخذ المصرف إجراءات في مواجهة الجهة المتعاقد معها العميل على الإنشاء أو التوريد لحين إتمام حوالة حقوق المقاول أو المتعهد قبل تلك الجهة إلى المصرف، وذلك بإعداد عقود تنازل والحصول على قبول الجهة المتعاقد معها للحوالة المذكورة كشرط لنفاذها في مواجهتها^{٨٦}.

^{٨٤} انظر الفقرة "ج" من المادة (٤٨) من نظام عمليات المصرف العقاري.

^{٨٥} انظر الفقرة "٦" من قرار مجلس النقد والتسليف رقم (٧١/م/ن/ب/١) تاريخ ٢٩/٨/٢٠٠٤ والمتضمن

التعليمات الخاصة بالحيطة والحذر في التعامل مع الزبائن.

^{٨٦} انظر المادة (٣٠٥) من القانون المدني السوري.

ولابد أخيراً من ذكر نوع آخر شائع الانتشار خاصة عند منح خدمة التسهيل الائتماني لآجال طويلة ألا وهو التسهيل ((بضمان رهن عقاري)) إلا أن هذا النوع أكثر اتصالاً بقواعد القانون المدني منه بالقانون التجاري كون الرهن العقاري هو رهن مدني يخضع لأحكام القانون المدني لذلك نكتفي بالإشارة له.

المطلب الثاني

التعريف بالضمان المُقدّم للمصارف وبيان طبيعته القانونية

إن تطور العقليّة القانونيّة وبالتالي تطور فكرة الالتزام أدت إلى تغيير عميق في نطاق ومفهوم الجزاء القانوني لعدم تنفيذ هذا الالتزام، فقد كان الالتزام كما ذكرنا في البداية عبارة عن علاقة شخصيّة محضة تتحول إلى استرقاق المدين أو قتله في حالة عدم تنفيذ الالتزام، فالأنظمة القانونيّة التي لم تبلغ بعد حداً من التطور لم تكن تملك من الوسائل الفنيّة والقانونيّة ما يكفل تنفيذ الالتزام دون اعتداء على شخص المدين^{٨٧}.

ولذلك فإن القوانين الحديثة تُقدّم من الوسائل الفنيّة والقانونيّة ما يضمن بفعاليّة احترام وتنفيذ الالتزام دون مساس بشخص المدين وذلك لحفظ التوازن في الحياة القانونيّة والاقتصاديّة من الاضطراب، فبنظرة فاحصة إلى القوانين الحديثة نجد أن الشغل الشاغل للمشرّع هو العمل على تنفيذ الالتزامات بدقة وانتظام لما في ذلك من أهمية قصوى للانتماء، فجاء الضمان المُقدّم من المدين ليلعب دوراً هاماً بوصفه من أهم الوسائل الفنيّة والقانونيّة التي يعتمد فيها الدائن على استيفاء حقه في حال عدم السداد من خلال التنفيذ على هذا الضمان وفقاً للقواعد المقررة قانوناً وبما يمكنه من الحصول على حقوقه بشكل يسير ومرن.

^{٨٧} د.نبيل ابراهيم سعد: التأمينات الشخصيّة والعينيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠

الفرع الأول

التعريف بالضمان

أولاً- معنى الضمان

-الضمان لغةً: يُقال ضَمِنَ الشيءَ و به ضَمَناً وضَمَاناً أي كفل به، وضَمَّنَه إِيَّاهُ كَفَلَهُ وضَمَّنْتَهُ الشيءَ غرَمْتَهُ فالتزمه^{٨٨}، وضمن الشيءَ أودعه إِيَّاهُ وكل شيءٍ حرز فيه شيءٌ فقد ضمنه، ولعل الكفالة تسمى ضماناً لأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته^{٨٩}، واصطلاحاً يطلق الضمان على معانٍ متعددة أهمها^{٩٠}:

-بمعنى الالتزام : تقول ضمنت المال أي التزمت به، ويتعدى بالتضعيف فنقول ضَمَّنَه المال إذا ألزمه إِيَّاهُ.

-بمعنى الكفالة: تقول ضمنتها الشيءَ ضماناً فهو ضامن وضمين إذا كفاه والضمين هو الكفيل.

-بمعنى التعرّيم: تقول ضمنتها الشيءَ تضميناً، إذا غرَمْتَهُ فالتزمه.

أما الضمان بالمعنى القانوني فإن له مفهومين: عام وخاص، فالمفهوم العام يعني الضمانات والوسائل التي يتقي فيها صاحب الحق خطراً معيناً بإرادته كعقود التأمين التي يعقدها مع شركات التأمين أو بحماية القانون كالتأمينات الاجتماعية التي تواجه حالات البطالة والمرض والعجز نتيجة إصابات العمل^{٩١}.

^{٨٨} محمد بن منظور التونسي: لسان العرب، الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت، لبنان (٢٥٧/١٣).

^{٨٩} د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢، ص ٧٨-٧٩.

^{٩٠} د. أحمد بن حسن الحسيني: خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مطبعة الإسكندرية

مصر، بلا تاريخ طبعة، ص ٤.

^{٩١} د. هزّار سليمان حيدر: المرجع السابق، ص ٢٥.

أما المفهوم الخاص (والذي هو موضوع بحثنا) فيعني ضمانات تنفيذ الالتزامات التي تُؤمّن الدائن من خطر عدم استيفاء دينه^{٩٢}، فالضمانات تؤمن للدائن الطمأنينة كون حقه مضموناً بمؤيدات القانون وتوفر للمدين الائتمان الذي يحتاجه فتسهّل حصوله على حاجته من مال أو أجل.

وفي التشريع السوري لم يُعرّف المُشرّع (الضمان) بل إنه لم يستخدم لفظ الضمان بل فضّل استخدام كلمة (تأمينات)^{٩٣} عند تنظيمه للضمانات التقليدية (الحقوق العينية التبعية) في القانون المدني^{٩٤}، في حين أنه استخدم (لفظ الضمان) في الباب الثالث من نفس القانون والمتعلق بآثار الالتزام وفي إطار تنظيمه لوسائل التنفيذ ووسائل الضمان، كما استخدمها في قانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧^{٩٥} عند معالجته لموضوع رهن المتجر وأطلق عليه اسم (الضمان على المتجر).

ويبدو أن اختيار المُشرّع للفظّة تأمين وتأمينات بدل كلمة ضمان أو ضمانّة إنما يذهب لقصده في كون الضمان المقدم من المدين إنما يكون (تأميناً) لوفاء المدين لالتزامه وهو المعنى الشائع للضمان، وفي الواقع أن كلا اللفظتين توصلان من حيث المعنى لذات النتيجة باعتبار أن التأمين هو الأمن والأمان الذي يبتغيه الإنسان من خطر يهدده وهو ما يشابه في غايته للضمان، وبالرغم من ذلك يبدو أن استخدام لفظّة تأمينات قد يثير بعض الخلط ولاسيما بين التأمين كوسيلة تقي الدائن من خطر عدم السداد من قبل مدينه وعقد التأمين التي يعقده الأشخاص مع شركات التأمين ضد خطر معين والذي عالج القانون المدني أحكامه في المادة ٧١٣ وما بعدها وإن كان هذا العقد عبارة عن ضمان

^{٩٢} وهو ما يطلق عليه من الناحية العملية (مخاطر عدم السداد).

^{٩٣} انظر الكتاب الرابع من القانون المدني السوري.

^{٩٤} يُشار إليه لاحقاً بـ (ق.م).

^{٩٥} يُشار إليه لاحقاً بـ (ق.ت).

ضد هذا الخطر، لذا يبقى استخدام لفظ ((الضمان)) أكثر وضوحاً وبعيداً عن أي لبس^{٩٦}.

و بالفقه الإسلامي^{٩٧}:

يبدو أن الضمان معروف ومقبول، وعلماء الشريعة يستخدمونه لعدة معان منها: الكفالة، والتعويض، وتحمل تبعة الهلاك، والالتزام بالقول، والبحث الفقهي يعتمد على مفهومين: الكفالة بالمال، وتحمل تبعة الهلاك.

١- الكفالة بالمال عند الفقهاء تعني: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في وجوب الدين والمطالبة به، فهي التزام بأداء الدين.

٢- وتحمل تبعة الهلاك أو التلف، أو الخسارة، حيث تحدد بعض العقود قواعد تنظم الضمان في حالة حدوث أي تلف، أو هلاك، أو خسارة تلحق بالمال، كما هو الحال في عقود الوديعة، والإجارة، والمضاربة.

والضمان مشروع في الكتاب والسنة وقد استدلل الفقهاء على مشروعيته بما يلي:

١- قوله تعالى: ﴿قَالُوا نَفَقْدُ صَوَاعَ الْمَلِكِ وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾ (يوسف ٧٢) قال ابن عباس: "الزعيم: الكفيل".

٢- عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه "أن النبي (ص) كان لا يصلي على رجل مات، وعليه دين، فأُتي بميت فسأل: عليه دين؟ فقالوا: نعم، ديناران، فقال: صلوا على صاحبكم، فقال أبو قتادة: هما عليّ يا رسول الله، فصلّى عليه" أخرجه أبو داود والنسائي وأحمد.

٣- قال رسول الله (ص): "الزعيم غارم"، أي الكفيل ضامن.

^{٩٦} ينبغي أن نعلم أن العقود المنظّمة للضمان ((كعقد الكفالة أو عقد الرهن مثلاً)) تأتي لتعزيز ثقة المصرف الدائن بمعنى أنه يضيف إلى شخص المدين عنصراً آخر يكمن في تعزيز حقوق المصرف وذلك بتقرير حق على عين أو أعيان معينة في ذمة المدين أو التزام شخص آخر عن أو مع المدين.

^{٩٧} د. محمد عبد المنعم أبو زيد: الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، ص ١٢.

وللضمان بمعانيه المتعددة فقهاً واصطلاحاً هدف أساسي هو حماية حقوق الدائنين من خلال^{٩٨}:

-التسبيق: بمعنى الوقاية لأنه من البديهي عند منح الائتمان أن يفكر الدائن بأن المدين سيُسدد قيمة الائتمان أو جزء منه كما أنه قد لا يسدد أي شيء منه.

-تغطية الخطر الممكن الحدوث: ومن أجل هذا الهدف يجب على الدائن أن يكون ذكياً باختيار طبيعة ومستوى وقيمة الضمان حسب طبيعة وظروف العملية الائتمانية ونوعها.

-تغطية الخطر المستقبلي الممكن: لأن الائتمان مرتبط مباشرة بالزمن، إذ على المصرف أن يحمي نفسه من التقلبات المتوقعة مستقبلاً والتي من الممكن أن تأخر عملية السداد أو تعوقها، كتقلبات الأسعار أو التقلبات الاقتصادية والتي بدورها يمكن أن تؤثر على العمل وأعماله.

ثانياً- نظام الضمان الخاص وتطوره:

١-نظام الضمان الخاص

لما كانت الذمة المالية تتكون من مجموعة من الحقوق (الجانب الايجابي) والالتزامات المالية (الجانب السلبي) فإن حقوق دائني المدين لا ترد على ذمته المالية كمجموعة كونها تضم أيضاً ديون المدين ولكنها ترد على الجانب الايجابي منها، وهذا التحليل يقودنا للقول إن جميع أموال المدين (والتي تمثل الجانب الايجابي من ذمته المالية) تكون ضامنة للوفاء بديونه والمقصود بجميع أمواله الأموال الحالية و المستقبلية وهو ما تبناه القانون المدني السوري^{٩٩}.

^{٩٨} آسيا قاسيمي: تحليل الضمانات في تقييم جدوى تقديم القروض في البنك، بحث مقدم لنيل درجة

الماجستير بالعلوم المالية، جامعة بومرداس، الجزائر، ٢٠٠٨-٢٠٠٩، ص ١١٠.

^{٩٩} انظر الفقرة الأولى من المادة (٢٣٥) من القانون المدني السوري.

فعند عدم الوفاء يكون للدائنين الحجز على أموال المدين وبيعها ولا يتناول حقهم في الحجز الأموال التي كانت للمدين وقت نشوء الالتزام فحسب بل وأيضاً الأموال التي اكتسبها بعد ذلك وهذا ما يُعبر عنه بأن للدائنين ((ضماناً عاماً)) على أموال مدينهم^{١٠٠}.

وهنا يبرز تساؤل هام عن سبب طلب المصارف الدائنة من عملائها المدينين تقديم ضمانات إضافية بالرغم من اعتبار القانون لأموال المدين جميعها الحاضرة والمستقبلية ضماناً عاماً للوفاء بديونه؟

يمكن القول أنّ طلب الضمانات الإضافية إنما يعود للتنظيم القانوني التي تفرضه قاعدة الضمان العام، فتطبيق هذه القاعدة يعني أن يكون جميع الدائنين -ومنهم المصرف- متساويين أي يتمتعون بحق اقتضاء ديونهم من أموال المدين على وجه التساوي، لا فرق بين من نشأ حقه بتاريخ مقدّم ومن نشأ حقه بتاريخ لاحق وعندما لا تكفي أموال المدين للوفاء بجميع ديونه تقسم عندئذ بين الدائنين قسمة (غرماء)^{١٠١} فلا يستطيع الدائن اللاحق أن يدعي حرمان الدائن السابق فيما يتعلق بالأموال التي اكتسبها مدينه بعد نشأة حقوق الدائنين الأولين مع الإشارة إلى أن هذه المساواة قاصرة على الدائنين العاديين الذين لا يتمتعون بضمان خاص من رهن أو ضمان أو امتياز، أما الدائن المتمتع بضمان خاص فلا يخضع لقاعدة المساواة بل يتقدم سائر الدائنين العاديين عند التزاحم. ومن الملاحظ أن الحماية التي يمنحها الضمان العام للمصرف الدائن ليست مطلقة بل هناك عدة مخاطر تهدد الدائنين ومنهم المصارف أهمها^{١٠٢}:

^{١٠٠} د. محمد وحيد الدين سوار: شرح الحقوق العينية التبعية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة العاشرة ٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ٨.

^{١٠١} وتعني قسمة الغرماء توزيع أموال المدين على الدائنين كل بحسب قيمة دينه وحجمه (د. نبيل إبراهيم سعد: التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ١٩).

^{١٠٢} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ٨-٩.

أ-المصرف الدائن مهدد أولاً بسوء إدارة العميل المدين لأمواله مما قد ينجم عنه إضعاف الضمان العام.

ب-وهو مُهَدَّد أيضاً بتبديد المدين أمواله مما قد يترتب عليه عجز ما تبقى من الأموال عن سداد الدين.

ج-إضافة لما سبق فإن المصرف الدائن مُهَدَّد بالتزامات جديدة قد يرتبها العميل المدين على ذمته الأمر الذي يفسح المجال لوجود دائنين جدد يزاحمون وتتبدى الخطورة هنا بكون الدائنين متساويين في أخذ حقوقهم من الضمان العام وهذا ما عبر عنه المُشرِّع في الفقرة الثانية من المادة (٢٣٥) ق.م بقوله:

(٢-وجميع الدائنين متساوون في هذا الضمان إلا من كان له منهم حق التقدم وفقاً للقانون)، فإذا ما كانت ذمة العميل المدين مُسْتَغْرَقَةً بالديون بحيث لا تكفي جميع أمواله لسداد ما هو مستحق عليه فإن قاعدة المساواة آنفة الذكر تستلزم أن تُقسَّم جميع أموال المدين على دائنيه-ومنهم المصرف- قسمة العُرماء.

وبالرغم أن المُشرِّع استحدث عدة وسائل لحماية الضمان العام للدائنين^{١٠٣} إلا أن هذه الوسائل على اختلافها تُعالج ناحية واحدة من نواحي الخطر المحدق بالدائن^{١٠٤} ألا وهي منع المدين من التصرف بأمواله بعد تبيان عدم قدرته على السداد، وغالباً ما يكون ذلك بعد وقوع الكارثة حيث يتطلب الأمر التحرك من قِبَل المصرف الدائن بإجراءات قد تطول ولا تقضي نهاية إلى الحصول على حقه كاملاً لذلك ظهرت الحاجة إلى إيجاد وسائل تبعث بالثقة لدى الدائنين بشكل أكبر وتساعد على تشجيع الائتمان وهذه الوسائل هي (الضمانات الخاصة).

^{١٠٣} تتمثل هذه الوسائل بالدعوى غير المباشرة ودعوى عدم النفاذ ودعوى الصورية ودعوى شهر

الإعسار ومباشرة الإجراءات التحفظية كالحجز الاحتياطي.

^{١٠٤} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ١٢.

فالضمانات الخاصة تُؤمّن المصرف الدائن ضد خطر الإعسار المُحتمل للمدين وبالتالي تضمن له استيفاء حقه كاملاً، كما أن هذه الضمانات لا تتقرر لكل الدائنين فهي ليست عامة لجميعهم ولكنها خاصة ببعضهم ويترتب عليها تمييز بعض الدائنين عن غيرهم بخلاف القاعدة العامة التي تقرر المساواة بينهم ومن هنا جاء اسم (الضمانات الخاصة)^{١٠٥}.

والضمانات الخاصة التي تقرر للدائن إنما تأتي زيادة عمّا له أصلاً من حق الضمان العام المقرر له بالنسبة إلى جميع أموال مدينه، ولهذا فإن المصرف الدائن الذي تقرر له تأمين خاص على مال من أموال المدين يستطيع في حال عدم اقتضاء حقه كاملاً من قيمة الضمان التنفيذ على أموال المدين الأخرى باعتبارها داخلة في نطاق الضمان العام المقرر له شأنه في ذلك شأن باقي الدائنين.

لذا ومما سبق بيانه من أهداف ومميزات للضمان وفي غياب تعريف محدد له في التشريع السوري وأغلب التشريعات الأخرى يمكن تعريف الضمان الخاص على أنه: (وسيلة لتوثيق الالتزامات ومنع تعرض الديون للضياع والمماطلة وتمكين الدائن المرتهن صاحب الحق من التنفيذ على الذمة الماليّة للمدين بسهولة ويسر ودون مماطلة). ولهذا الضمان الخاص أهميّة كبرى في المجتمعات الحديثة حيث أنه يشكل نقطة الالتقاء بين كلّ من نظام الضمان عموماً ونظام الائتمان.

٢- تطور نظام الضمان الخاص

لم تأخذ الضمانات شكلها الحالي منذ البداية وإنما تطورت تبعاً لتطور الحاجات الائتمانيّة وتبعاً لتطور النظام القانوني للمجتمعات والذي كان له الدور الأكبر في نشوء نوع من الضمان وتراجع آخر وذلك حسب الظروف الخاصة بكل مرحلة.

^{١٠٥} د. نبيل إبراهيم سعد: التأمينات العينيّة والشخصيّة، المرجع السابق، ص ٣٠.

أ- أشكال الضمان الخاص

يمكن إدراج الضمانات الخاصة ضمن شكلين رئيسيين^{١٠٦}:

- الضمانات الشخصية: وهي تمنح الدائن حقاً شخصياً وتقضي إلى ضم ذمة إلى ذمة عند المطالبة بالدين ويكون للدائن فيها أن يباشر حق الضمان العام بالنسبة إلى الذمتين فإذا ما أعسرت إحداهن كان له في يسار الأخرى ما يضمن الوفاء بدينه، وأبرز صور هذه الشكل:

- الكفالة حيث يلتزم الكفيل بمقتضى العقد بتنفيذ الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه (م ٧٣٨ ق.م وما بعدها).

- تضامن المدينين عند تعددهم (م ٢٧٩ - ٢٩٩ ق.م).

- عدم قابلية الالتزام للانقسام فإذا تعدد المدينون في التزام غير قابل للانقسام كان كلاً منهم ملزماً بالوفاء بالدين كله (م ٣٠١ ق.م).

- الاشتراط لمصلحة الغير: فبمقتضى هذا العقد يكون (المنتفع) بوصفه دائناً حق مباشر في مواجهة المتعهد (الواعد)، وهذا الحق المكتسب يمر مباشرة من ذمة المتعهد إلى ذمة المنتفع دون أن يمر بذمة (المشترط)، وعلى ذلك فإنه إذا كان للمشترط دائنين لم يستوفوا حقهم بعد فلا يستطيعون أن يحجزوا على المبالغ أو الأموال المستحقة للمنتفع لدى المتعهد، وبذلك يتجنب المنتفع إعسار المشترط ومزاحمة دائنيه (١٥٥-١٥٧ ق م).

- الضمانات العينية: وهي ترد على مال مملوك للمدين أو للغير، فتثقله بحق عيني تبقي لمصلحة الدائن بحيث يكون له بالإضافة إلى حقه في الضمان

^{١٠٦} د. نزيه كيار: العقود المُسمّاة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠، ص ٣٨٣.

ويسمى هذان الشكلان ب(الضمانات التقليدية) بحكم أن العمل المصرفي استحدث مجموعة من الضمانات التي تتناسب وطبيعة هذا العمل (كرهن الحساب المصرفي) إلا أن كل الضمانات الحديثة والمستحدثة ترجع في أصولها القانونية لأحد هذين الشكلين، إذ أنها في أغلبها شكل متطور للضمانات التقليدية.

العام على جميع أموال مدينه سلطة تنصب على ذلك المال المعين تمكنه من تتبعه في أية يد يكون لينفذ عليه حجزاً أو بيعاً ويستوفي دينه من ثمنه بالأولوية على غيره من الدائنين، والضمانات العينية التي يقررها القانون المدني السوري مبنية على سبيل الحصر حيث أفرد لها الكتاب الرابع والأخير منه باعتبارها جميعها حقوقاً عينية تبعية، وهي تشمل^{١٠٧} :

١- الرهن الحيازي

٢- الرهن التأميني

٣- حقوق الامتياز

ووفقاً لما سبق عندما يصبح المصرف دائناً ممتازاً^{١٠٨} فإنه يتمتع أولاً بضمانه الخاص على مال معين من أموال مدينه، إضافة إلى ذلك فهو يتمتع بحق الضمان العام بالنسبة إلى جميع أموال مدينه وبمقتضى هذا الحق الأخير يستطيع أن ينفذ على جميع تلك الأموال شأنه في ذلك شأن أي دائن عادي^{١٠٩}. على أن حق المصرف بوصفه دائناً ممتازاً يرد عليه قيد أشارت إليه المادة ٣٠١ من قانون أصول المحاكمات والتي قضت بأنه: (لا يجوز للدائن المخصص له مال للوفاء أن يتخذ إجراءات للتنفيذ على ما لم يُخصص لوفاء حقه إلا إذا كان ما خُصص للوفاء غير كافٍ وعندئذ يكون التنفيذ على غير المال المخصص بقرار من رئيس التنفيذ) وإذا اضطر المصرف إلى التنفيذ

^{١٠٧} الكتاب الرابع من القانون المدني السوري (المواد من ١٠٢٨ إلى ١١٣٠).

^{١٠٨} نتيجة حصوله على ضمان عيني.

^{١٠٩} وبالمقابل فإن تقرير حق عيني على مال معين لا يحرم الدائنين العاديين من التنفيذ عليه، إذ أن المال لا يزال مملوكاً لمدينهم، على أن الدائن العادي كثيراً ما يزهد في هذا التنفيذ لأنه لا يستوفي حقه منه إلا بعد أن يستوفي الدائن الممتاز حقه منه كاملاً وربما استغرق الدين الثمن كاملاً أو جزءاً كبيراً منه بحيث لا يبقى للدائن العادي سوى جزء تافه لا يستأهل أعباء التنفيذ. (د.محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ١٣) .

على أموال أخرى لمدينه غير المخصصة لوفاء دينه يكون متساوياً مع باقي الدائنين العاديين في نطاق هذه الأموال.

هذا ومن أهم ما يجب مراعاته في الضمانات المقدمة للمصرف:^{١١٠}

- أن تكون الضمانات مملوكة للعميل أو الضامن من الغير أو ل كليهما ملكية تامة وليست محل نزاع مع استيفاء المصرف لكل المستندات المؤيدة لذلك.

- أن تكون الضمانات مقبولة من المصرف ومتماشية مع السياسة الائتمانية الخاصة به^{١١١}.

- أن تكون الضمانات العينية المقدمة غير معرضة للتقلبات الشديدة في الأسعار، وفي حال كان الضمان كفالة شخصية أن يكون الكفيل حسن السمعة وذو مركز مالي مليء^{١١٢}.

- وجود توازن بين التسهيلات الائتمانية الممنوحة من المصرف وقيمة الضمانات المقدمة من العميل.

وهنا نتساءل هل تستطيع المصارف الإسلامية أن تستخدم الضمانات الخاصة كوسيلة لحماية حقوقها تجاه العملاء وخاصة في ظل وجود اختلاف بصيغ التمويل بين المصارف التقليدية والإسلامية^{١١٣} ؟

^{١١٠} د.صلاح الدين السيبي: قضايا مصرفية معاصرة، المرجع السابق، ص ٢٥.

^{١١١} الفقرة "ب" من المادة (٤) من نظام عمليات المصرف العقاري.

^{١١٢} انظر الفقرة "أ" من المادة (٢) من القرار رقم (٩٥/م ن/ب/٤) المتضمن التعليمات الخاصة بمحتويات ملفات التسهيلات الائتمانية.

^{١١٣} عرفت المادة الأولى من قانون إنشاء المصارف الإسلامية رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٥ المصرف الإسلامي بأنه: (المصرف الذي تضمن عقد تأسيسه ونظامه الأساسي التزاماً بممارسة الأعمال المصرفية المسموح بها على غير أساس الفائدة أخذاً وعطاءً ووفقاً لصيغ المعاملات المصرفية التي لا تتعارض مع أحكام الشريعة الإسلامية سواء في مجال قبول الودائع وتقديم الخدمات المصرفية الأخرى أو في مجال التمويل).

في الواقع إن كانت المصارف التقليدية تأخذ ضمانات على كل عملية إقراض أو تسهيل ائتماني فإنَّ المصارف الإسلامية بدورها هي الأخرى تأخذ ببعض الضمانات التي تأخذ بها المصارف التقليدية دون البعض الآخر لأن المصارف الإسلامية ليس من وظائفها وأهدافها الأساسية الإقراض ومنح الائتمان.

ففي حالة البيوع الآجلة وحالة التمويل بالمربحة والتي هي من أكثر الصيغ تطبيقاً في المصارف الإسلامية تكون علاقة العميل مع المصرف الإسلامي علاقة المدين بدائنه، لذا للمصرف الإسلامي بوصفه دائناً أن يطلب من الضمانات ما يُطمئنه على التزام المدين بالسداد مستقبلاً وما يمكنه من استيفاء حقوقه^{١١٤} - مع ملاحظة أن المصرف الإسلامي يجمع في عقد المربحة بين صفتي الدائن والبائع - ويتحمل بهذه الصفة مخاطر تلف البضاعة والسلع قبل تسليمها للعميل، كما أن هذا الأخير قد يتوقف عن دفع أقساط ثمن المبيع في لحظة أو يُماطل في الدفع لأي سبب كان ما يعني أن المصرف يتعرض للمُخاطرة ومن ثم يكون من حقه الحصول على الربح وطلب الضمان وفقاً للقاعدة الفقهية الغنم بالغرم^{١١٥}.

أما في حالة صيغ المُشاركة في الأرباح والمتمثلة في صيغتي المشاركة و المضاربة^{١١٦} فإنه في كلتا الحالتين يتضح أن المُشارك أو المُضارب غير

^{١١٤} د. محسن أحمد الخضير: البنوك الإسلامية، إيتراك للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، ١٩٩٥، ص ٢٢٢.

^{١١٥} فادي محمد الرفاعي: المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية، بدون رقم طبعة، ٢٠٠٣، ص ١٤٥.

^{١١٦} هناك تشابه كبير بين عقد المضاربة وعقد الشركة يتمثل في أن كل منها عقد يتضمن التعاون بين العمل ورأس المال لتنمية هذا الأخير، على أن توزع الأرباح المحققة على الأطراف بالنسبة المتفق عليها، وبالرغم من هذا التشابه فإنه هناك بعض الخصائص التي يتميز عقد المضاربة عن عقد الشركة أهمها:

مسؤول إلا إذا قصر، ففي حالة عدم تقصيره والتزامه بالشروط المتفق عليها وحدثت خسارة فلا ضمان عليه^{١١٧}، أما إذا كانت الخسارة بسبب تقصيره أو إهماله أو مخالفته لشروط العقد فمن حق المصرف الإسلامي مطالبته باستيفاء حقه فيما تلف من رأس المال ومطالبته بالتعويض عن الضرر الذي وقع عليه لذا فقد أُجيز للمصرف الإسلامي أن يأخذ الضمانات المناسبة من طالبي التمويل وهي ضمانات ضد تقصير المُشارك وعدم التزامه بالشروط.

ويُشترط في الضمانات لتكون مقبولة في عمل المصارف الإسلامية إضافة إلى ما تم ذكره أعلاه عن الضمانات عموماً استيفاء مايلي^{١١٨}:

١- أن تكون الأصول الماليّة محل الضمان سهلة التسييل^{١١٩}: ويقصد بها سرعة تحويل هذه الأصول (كالمتجر والعقار والورقة الماليّة) إلى سيولة نقدية، كما يُشترط في كل الضمانات أن تكون مما يجوز التصرف فيه شرعاً.

أ- في عقد المشاركة يقدم كلّ من العمل ورأس المال من كل الشركاء مما يعني أن العمل من حق كل شريك حتى ولو لم يعمل أما في المضاربة فإن رأس المال يقدم من طرف والعمل من طرف والعمل يكون من حق العامل فقط ولا يحق لرب العمل أن يعمل.

ب- الربح في المشاركة والمضاربة حسب الاتفاق أما الخسارة فهي في المشاركة على الشركاء بنسبة حصة كل منهم في رأس المال وفي المضاربة يتحمل رب العمل الخسارة بمفرده إلا إذا قصر المضارب العامل أو أهمل أو خالف شروط العقد.

ج- في عقد المشاركة يتصرف كل شريك بأمور الشركة بالأصالة عن نفسه وبالنيابة عن شركائه أم في المضاربة فالتصرف الكامل يكون للعامل فقط إلا قيده رب المال ببعض الشروط.

(للتوسع في هذا الموضوع انظر فادي محمد الرفاعي: المرجع السابق، ١١٧-١١٨، وخالد أمين عبدالله: العمليات المصرفية الإسلامية، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨، ص ١٠ وما بعد).

^{١١٧} فادي محمد الرفاعي: المرجع السابق، ص ١١٨.

^{١١٨} د. محسن أحمد الخضير: المرجع السابق، ص ٢٢٦-٢٢٧.

^{١١٩} انظر المادة (٤) من قرار مجلس النقد والتسليف (٩٣/ م ن/ ب ٤) لعام ٢٠٠٤.

٢- أن تكون الضمانات مُتناسبة قيمةً ونوعاً مع طبيعة العملية ومدتها وبما لا يُرهق المتعاملين مع المصرف حيث يُمكن أن يكون الضمان شخصياً أو عينياً أو كليهما.

٣- يجوز للمصرف اتخاذ كافة الإجراءات القانونية التي تضمن له حقه فيما يتعلق بالأصول المرهونة وسهولة الرجوع إليها لاستقاء كافة حقوقه .

٤- يمكن للمصرف إجراء زيارات مفاجئة للأصول محل الرهن والتي هي في حوزة العميل، للتأكد من سلامتها و صحة وجودها وإجراء تقييم شامل لها.

٥- يجوز للمصرف طلب ضمانات إضافية في حالة تدهور قيمة الضمانات الأصلية.

٦- لا يحق للعميل التصرف في الأصول المرهونة ، سواء كان ذلك ببيعها أو إتلافها إلا بعد موافقة المصرف أو انتهاء مدة الرهن وبعد ضمان حقوق المصرف^{١٢٠}، كما لا يحق للعميل الاعتراض على شروط أخرى حول الضمانات كان قد وافق عليها من قبل في عقد الضمان الموقع مع المصرف.

ب-الموازنة بين الضمانات الشخصية والعينية:

سبقت الضمانات الشخصية الضمانات العينية بالظهور لعدة اعتبارات أهمها أن الضمان العيني يحتاج إلى بيئة قانونية متقدمة تحكم حق الملكية وما تفرع عنه من الحقوق العينية التبعية، أما الضمانات الشخصية فهي مجرد ضم ذمة لذمة ولا تحتاج لعقار أو ملكية معينة لذا فهي الأنسب للمدينين الذين غالباً ما يكونون من الطبقة الفقيرة، ونتيجة لوجود نظام الأسرة قديماً فإن المدين غالباً ما يجد بسهولة من يضمنه من أفراد العائلة نتيجة لقيام روابط التضامن فيما

^{١٢٠} نقض سوري: قرار رقم (٤٧٠) أساس (٤٠٧) لعام ٢٠٠٨، مجلة المحامون، عام ٢٠١٠ العدد

بينهم^{١٢١}، أضف إلى ذلك أن ضعف قيمة المنقولات والملكيّة المشتركة للعقارات كأثر لمليّة الأسرة واعتبار الحائز مجرد نائب عن أفراد الأسرة في الحياة كان سبباً في صعوبة ظهور نظام الضمانات العينيّة.

وبالعموم فإن الضمان العيني -وهو حق عيني تبعي- يمنح الدائن سلطة على الشيء المؤثّق للدين ويستطيع بمقتضاها أن يتتبع الشيء في أية يد يكون وأن يتقدم على غيره في الحصول على دينه من ثمنه، والدائن هنا يكاد يكون بعيداً عن كل خطر^{١٢٢}. أما الضمان الشخصي-وهو يكون في الغالب بتعدد المدينين- يعد أضعف توثيقاً من الضمان العيني ذلك لأنه لا يخول الدائن إلا حق الضمان العام على ذمة الملتزمين به مهما تعددوا فهو لا يجيز للدائن أن يتقدم غيره من الدائنين في استيفاء حقه ويدعه معرضاً لما كان يخشاه من إفسار الملتزمين فلا يحصل على حقه كاملاً^{١٢٣}.

لذا فإن الضمان العيني هو من الناحية الواقعيّة ما يمكن أن يطلق عليه الضمان ذلك لأنه في منأى عن التأثير بحالة المدين وسواء كانت ذمة المدين مستغرقة بالديون أم لا، وهو يكفل لصاحبه الحصول على حقه كاملاً من ثمن الشيء المخصص للوفاء به فلا يتعرض للخطر ما دامت قيمته تكفي لسداد الدين^{١٢٤}. ويُلاحظ أن الضمان العيني ذو فائدة مزدوجة: فهو مفيد للدائن لأنه يؤمنه ضد خطر إفسار مدينه المحتمل كما ذكرنا سابقاً وهو أيضاً مفيد للمدين لأنه يشجع الدائنين على الثقة به وائتمانه ومنحه ما يحتاج إليه من قروض.

^{١٢١}د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني السوري، ج١، دار إحياء التراث العربي، بيروت لبنان، بدون رقم طبعة، ص١٣.

^{١٢٢}استخدمنا كلمة (يكاد) لأن المال موضوع الضمان قد يهلك لسبب ما، وإن كان خطر الهلاك بعيد الاحتمال نسبياً كون القانون ذاته قد حدّد من هذا الخطر حال وقوعه بمنح الدائن أفضلية على المقابل النقدي للهلاك.

^{١٢٣}د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص١٧.

^{١٢٤}د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ١٧-١٨.

أما بالنسبة إلى المصارف-وفي إطار مفاضلتها بين الضمانات-ففي الأمر كلام آخر: حيث أن الضمانات المطلوبة تختلف باختلاف نوع التسهيل الائتماني المُقدَّم، والمُفاضلة بين الضمان العيني والشخصي إنما تعود لنوعية الائتمان الممنوح وهو أمر تفرضه طبيعة العمل المصرفي المتسم بالسرعة والثقة.

وتأتي بمقدمة الضمانات-خاصةً إذا كان الاعتماد قصير الأجل- الضمانات الشخصية كالكفالة فهي بالنسبة للمصرف سهلة في إجراءاتها وفي التنفيذ بمقتضاها ولكنها تفرض تدخُّل شخص غريب قد لا يتوافر وجوده، وهنا يتميز الضمان الشخصي من الناحية القانونية بأنه حتى لو كان لاحقاً للدين فإنه لا يتعرض لعدم النفاذ المُقرَّر حمايةً لجماعة الدائنين وفقاً لأحكام قانون التجارة في حالة إفلاس المدين الذي قدَّم الضمان^{١٢٥}، وكذلك متى أفلس المدين فإن المصرف يتعرض -عند التنفيذ على أموال المدين-إلى مزاحمة بقية دائنيه ولكنه ينفرد بالتنفيذ على أموال الكفيل غير المُفلس، أما الكفيل فيتوجب عليه الاشتراك مع كتلة الدائنين في التفليسة لاستيفاء ما أوفاه عن المكفول المُفلس^{١٢٦}.

أما الضمانات العينية فهي تشمل الرهون بأنواعها، ومن أشهرها الرهن العقاري وعادةً لا تطلبه المصارف إلا عند منح اعتمادات طويلة الأجل وذات قيمة ضخمة وذلك بسبب كثرة نفقاته وصعوبة التنفيذ بمقتضاه وكذلك الأمر بالنسبة

^{١٢٥} تنص المادة (٤٦٠) من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ على مايلي:

((إن التصرفات التالية لا تكون نافذة حيال كتلة الدائن، إذا قام بها المدين بعد تاريخ توقفه عن الدفع

كما عينته المحكمة أو خلال عشرين يوماً السابقة لها التاريخ:

د-إنشاء تأمين عيني على أموال المدين تأميناً لدين سابق.))

^{١٢٦} د.علي جمال الدين عوض:عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٨٩

ص١٠٢٨، أيضاً الفقرة "٢" من المادة ٥٥٧ من قانون التجارة السوري .

لرهن المحل التجاري (المتجر) والذي يجب دراسته جيداً فقيمة المحل التجاري غير ثابتة وقد تنهار بسبب ظروف تشغيل المحل^{١٢٧}.

أما رهن المنقول، بكل صوره فهو في نظر المصارف من أفضل الضمانات العينية في حالة (الأجل القصير) متى راعى المصرف ظروف ونوع المال المرهون (بضاعة، أوراق مالية مثلاً) وقواعد إنشائه ونفاذه، ولكن يُلاحظ أن الرهن -عموماً- والصادر من العميل المُفلس في فترة الريبة (وهي الفترة الواقعة بعد تاريخ توقف العميل عن الدفع كما عينته المحكمة إضافةً للعشرين يوماً التي تسبقها) يتعرض لعدم نفاذه (وضياع قيمته) متى كان ناشئاً بعد نشأة الدين الذي ضمنه^{١٢٨} ولذا يكون من الأفضل للمصرف أن يحصل على رهن غير مملوك للمدين أي من كفيل عيني.

ج- الانتقال من الضمان العيني إلى الضمان الشخصي:

أدى التطور الحديث إلى انطلاقة قويّة للضمانات الشخصية في نطاق الائتمان، ففي العلاقات التجارية -وخاصة بعد ظهور العمل المصرفي - هناك ميل واضح لتفضيل الضمانات الشخصية وذلك لأسباب رئيسة ثلاثة^{١٢٩}:

١- المؤسسات التجارية طالبة التمويل نادراً ما تكون مالكة لعقارات وذلك لاعتبارات مُحاسبية وضرائبية، وهذه المؤسسات يمكن أن تعطي كضمان المحل التجاري أو بعض عناصر الاستغلال (كآلات)، لكن لا بد من ملاحظة أن هذه الأمور ليس لها قيمة إلا باستثمارها فهي تعتمد على نشاط المدين نفسه مما يجعلها وسائل ضمان ضعيفة في حال كانت أعمال طالب الائتمان مُتعثرة.

^{١٢٧} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٢٩.

^{١٢٨} انظر الفقرة "د" من المادة (٤٦٠) من قانون التجارة السوري.

^{١٢٩} د. نبيل إبراهيم سعد: نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ١٥٨.

٢- الحصول على ضمان عيني في الوقت الحاضر يستلزم غالباً بعض الشكليات الطويلة والمُكثَّفة، والتجارة في حاجة ماسة إلى السرعة والتبسيط كما أن الضمانات العينية تنتقص من القدرة الائتمانية للمدين بينما يكون هذا الأخير بحاجة ماسة إلى الائتمان، في مقابل ذلك نجد أن الضمانات الشخصية سهلة ومرنة ويمكن الحصول عليها من المؤسسات المالية (كالكفالة المصرفية).

٣- التنفيذ على الضمانات العينية قد لا يكون مؤكداً في حالة إفلاس التاجر المدين وذلك لوجود قواعد قانونية خاصة بنظام الإفلاس تهتم بمنع محاباة المفلس لأحد الدائنين وتفضيله على البقية.

ففي حالة الإفلاس يُفرض على أصحاب الضمانات العينية إجراءات يُقصد منها عدم حصولهم على حقوقهم التي استحقَّوها في فترة الرتبة، كما أن هذه الحقوق قد تتعرض لمزاحمة أصحاب حقوق الامتياز العامة وبصفة خاصة المُستَحَقَّة للخرينة العامة حيث أنهم يأخذون حقوقهم وفوائدها كاملة قبل إجراء أي توزيع على بقية الدائنين.

ومن جهة أخرى يمكن القول أن التطور الحاصل بعمليات التجارة وبشكل خاص الانتقال من عمليات التجارة المحلية إلى التجارة الدولية ودخول المصارف في عمليات التمويل الدولية أدى إلى تفضيل المصارف العاملة في مجال التجارة الدولية للضمانات الشخصية على حساب الضمانات العينية^{١٣٠}. ولعل أهم هذه الأسباب التي أدت إلى تراجع الضمانة العينية على صعيد العمل التجاري الدولي هو وجود الراهن والمرتهن كلٌّ منهما في بلد مختلف فإذا قصر الراهن وأراد الدائن المرتهن بيع المال المرهون فإنه سيواجه صعوبات ليس أقلها تعرُّضه لإجراءات طويلة جداً ومرهقة بكلفتها، إضافة إلى ما قد يلحق به من خسارة نتيجة بيعه للمال المرهون بخسارة رغبةً منه من التخلص من الإجراءات

^{١٣٠} د. هزار سليمان حيدر: المرجع السابق، ص ٣٢.

المرهقة للبلد الموجود فيه العين المرهونة والخروج من مشكلة عدم السداد بأسرع وقت ممكن.

وهكذا برزت للضمانات العينية مساوئ لجهتي المخاطر القانونية والنتائج الاقتصادية فحصل تَوَجُّه جديد بشأنها تجاوز غاية التنفيذ على الضمانة فقط إلى هدف المحافظة على ذمة المدين وحماية أدواته الإنتاجية وهو ما صار يُعرف على صعيد العمل المصرفي بالضمانات السلبية^{١٣١} والتي يتعهد العميل المدين بموجبها ألا يُرتب حقاً عينياً على أي من أمواله بدون أن يحصل على موافقة مُسبقة من المصرف الذي منحه اعتماداً أو أن يتعهد في حال منح هذا الحق أن يجعل المصرف مستفيداً منه أيضاً وذلك بأن يرتب له رهناً بنسبة ماله من دين، وبشكل أوسع الحفاظ على ملاءة العميل ومنع من ممارسة السلوك غير المرغوب به.^{١٣٢}

وأشارت دراسة قانونية لـ (A.M.Madignier) إلى تراجع دور الضمانات العينية حيث ورد فيها: (إن الغاية من الضمانات العينية هي تحسين فرص الدائن في استيفاء دينه بحيث يُعطى الأفضلية على أحد أموال المدين، وهي بذات الوقت تُسهل حصول المدين على الاعتمادات الضرورية. ومنذ عشر سنوات اكتشف المتعاطون في المجال المصرفي وبشيء من المارة وهمية هذه الضمانات، فقد دفعت العوامل الاقتصادية بقوة في منحى تأكلها، منها أسباب واقعية، كسرعة اهتراء رأس المال الصناعي، ومنها قانونية واجتماعية، فكانت مجتمعة ذات أثر حاسم في تراجع أهمية هذه الضمانات)^{١٣٣}.

^{١٣١} يمكن القول أن هذه الشكل من الضمانات يُعتبر من صنعة العمل المصرفي وقلما نجده في علاقات المديونية العادية.

¹³² Mishkin, F. S. & Eakins, S. G: Financial Markets & Institutions, 5th ed Addisson & Wisley, 2006, P 387.

^{١٣٣} د. هزار سليمان حيدر: المرجع السابق، ص ٣٤.

لذا فإن المصارف لم تعد مطمئنة إلى الضمانات العينية المُقدّمة من العملاء وخاصة في مجال التمويل الدولي حيث أصبحت تطلب ضمانات جديدة تحسباً لحقوقها، فكان الانتقال إلى الضمانات الشخصية التي كانت تتصف بالتنوع وأهم ما يميزها أنه يمكن للمصرف فيها تلافي إعسار المدين ومزاحمة الدائنين إضافة لكونها في أغلبها ضمانات تعاقدية تخضع للتفاوض ويستطيع المصرف وضع الشروط المناسبة والتي تكفل له سداد حقوقه.

لكن بالوقت ذاته لا يمكن الجزم بأن الضمانات الشخصية تمنح الحماية الكاملة للدائنين فقد يُصاب كل المدينين بالإعسار بوقت واحد، وقد تتعرض الكفالة لإعسار الكفيل والمكفول معاً لذلك صار الدائن يتردد في قبول كفالة ما لم تكن صادرة عن مصرف وهو ما يعرف بـ(الكفالة المصرفية).

وتأتي قوة الكفالة المصرفية من كون الكفيل(مصرفاً) ويتعهد هذا المصرف (الكفيل) بوفاء التزامات عميله (المكفول) الناشئة عن منح الائتمان من قبل مصرف آخر^{١٣٤} ويخضع عقد الكفالة هنا للقواعد العامة في الكفالة مع الأحكام الخاصة التي تقتضيها كون الكفالة عملاً تجارياً والأحكام التي تفرضها الأعراف المصرفية وسواء كانت الكفالة داخلية أو خارجية^{١٣٥}.

ولابد هنا إلى من الإشارة إلى نظام هام من نظم الضمان تستخدمه المصارف ألا وهو التأمين على الائتمان وهو عبارة عن ترتيب تعاقد يوافق فيه الطرف الأول(شركة التأمين) على تعويض الطرف الثاني (المصرف) عن الخسائر

^{١٣٤} اعتبر مجلس النقد والتسليف بقراره رقم(٥٧/م/ن/ب/٤) الكفالات الصادرة عن المصارف الخاصة مماثلة للكفالات الصادرة عن المصرف التجاري السوري، ويمكن للجهات العاملة قبولها ومعاملتها نفس معاملة الكفالات الصادرة عن المصارف العامة.

^{١٣٥} تنص الفقرة "ج" من المادة(٨٩) من نظام عمليات المصرف العقاري على أنه:(ج-تُعتبر الكفالات الخارجية من مصارف أجنبية ذات درجة تصنيف أولى ضماناً لمنح التسهيلات المصرفية المختلفة على أن تكون مقبولة لدى مصرف سورية المركزي).

المتتملة بعدم سداد لعميل لقيمة التسهيل الائتماني وفق ما هو متفق عليه في عقد التأمين^{١٣٦}.

¹³⁶ Mark.S. Dorfman: Introduction to Risk Management & Insurance، 6th Ed، Prentice Hall ،1998 ،P4.

الفرع الثاني

الطبيعة القانونية للضمان المصرفي

تُعتبر الضمانات العينية استثناءً على قاعدة المساواة بين الدائنين لذا فهي لا تنشئ إلا بالصورة التي أباحها القانون، وعلى هذا فإن الضمانات العينية ترد في القانون على سبيل الحصر ومن ثم لا يجوز القياس عليها أو التوسع في تفسيرها. أما الضمانات الشخصية فتعتبر تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدائنين في الضمان العام لذا فهي يمكن أن تنشأ في أي شكل يرضيه الأطراف بشرط ألا ينطوي ذلك على مخالفة للنظام العام والآداب العامة^{١٣٧}، لذا فإننا نلاحظ تطوراً هاماً في مجال النظم الخاصة بالضمانات الشخصية في نطاق التجارة والمعاملات الدولية.

أولاً: التأصيل القانوني لفكرة الضمان

يرتكز الائتمان المصرفي من الوجهة الأخلاقية على الثقة إلا أنه مع ذلك يتحدد وفقاً لعوامل اقتصادية وقانونية وفقاً لشخص العميل المدين. أما من وجهة النظر القانونية فإن الائتمان لا يظهر إلا بمناسبة العقد وداخل العقد فقط لذا فإن الوسائل الكفيلة بضمان هذا الائتمان (الضمانات) لا تتم إلا عن طريق إنشاء رابطة عقدية^{١٣٨} تنظم كل ما يتعلق بعملية الائتمان بما في ذلك الضمانات وأسس تقديمها والتنفيذ عليها من قبل الدائن المرتهن وحقوق الدائن عليها ومزاحمة المدينين له الخ، سواءً ضمن عقد الائتمان أو بصورة عقد ضمان مستقل.

^{١٣٧} د. محمد حسين منصور: النظرية العامة في الائتمان، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون

رقم طبعة، ٢٠٠٥، ص ٢٢.

^{١٣٨} د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص ١٧٧.

١- القوة الملزمة للعقد في نظام الضمان

إن الضمانات -شخصية كانت أو عينية- مصدرها في الغالب هو العقد^{١٣٩} فالعقد هو المصدر الغالب في الضمانات الشخصية وبخاصة في الكفالة فالكفالة لا تكون إلا بعقد^{١٤٠}، وكذلك هو مصدر أهم أنواع الضمانات العينية أي الرهن التأميني والرهن الحيازي وهذه العقود التي تنشأ بموجبها الضمانات الشخصية أو العينية تسمى بعقود الضمان.

ونتيجة لارتباط الائتمان المُقدَّم من الدائن بالعقود الممتدة من حيث الزمن أصبح هناك تلازم بين فكرة المخاطر وفكرة الائتمان لذا تتدخل وسائل الضمان لمنح الدائن الحماية المطلوبة. وخير وسيلة لتحقيق هذه الحماية هي العقد لأنه من الملاحظ أنه عندما يتدخل القانون بطريقة مباشرة ليعزز الائتمان أو يحميه -عن طريق قاعدة قانونية آمرة- فإنه قد يؤدي إلى نتائج عكسية على الأطراف لذا من المهم أن نترك للأطراف -الدائن والمدين- أنفسهم حرية اختيار الضمان الملائم وتنظيمه عن طريق العقد وفقاً لقدراتهم ودوماً تحت مظلة القانون.

وهنا نتساءل أنه إذا كان العقد هو مصدر الضمان فلماذا يقوم المشرع بتعداد الحقوق العينية على سبيل الحصر مقيداً بذلك كل من العميل المدين والمصرف الدائن في اختيار النظام القانوني للضمان العيني؟؟

في الواقع أن هذه المشكلة قديمة حديثة، فقديمًا كان جمهور الفقهاء يعتبر هذا التعداد نتيجة طبيعية للتفرقة بين الحق الشخصي والحق العيني وذلك على

^{١٣٩} د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص ٦، وفضلنا استخدام لفظ (غالباً) لأنه قد يكون القانون مصدراً لبعض الضمانات كما هو الأمر في التضامن وعدم التجزئة في بعض أحوالهما وفي حقوق الامتياز، وقد يكون مصدرها القضاء كما هو الأمر في حق الاختصاص.

^{١٤٠} عرّفت المادة (٧٣٨) من القانون المدني السوري الكفالة بأنها: (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يَف به المدين نفسه) وبالتالي فإن الكفالة لا تُعتبر التزاماً بإرادة منفردة هي إرادة الكفيل بل هي عقد بين الدائن والكفيل.

أساس أن الحقوق الشخصية لا تخضع لحصر أو لعد فالإرادة قادرة على إنشاء ما تشاء من حقوق والتزامات بشرط عدم مخالفة النظام العام أو الآداب العامة. أما الحقوق العينية فقد وردت في القانون على سبيل الحصر ولا سلطان للإرادة في إنشاء حقوق عينية جديدة، والسبب في هذا الاختلاف بين النوعين من الحقوق يرجع إلى:

أولاً: نسبية أثر الحق الشخصي، مما يسمح بإعطاء الإرادة سلطة في إنشاء هذه الحقوق في حدود النظام العام والآداب العامة، أما الحق العيني فهو مطلق يمكن الاحتجاج به تجاه كافة وبالتالي لا يمكن إخضاع كافة لاتفاق بين الأفراد ينشئ حقاً عينياً لم ينص عليه القانون.

وثانياً: أن نظام الملكية والحقوق العينية، أصلية كانت أم تبعية، من الأمور المتعلقة بالنظام العام ولذا لا يوجد للإرادة سلطان في هذا المجال^{١٤١} وهذا ما يُفسر قدرة المصارف على إنشاء ضمانات شخصية جديدة تتماشى مع تطور العمل المصرفي وتنظيمها بعقد خاص خاضع للتفاوض مع العملاء تلعب به إرادة المصرف الدائن والعميل المدين الدور الرئيس.

وإنَّ الطبيعة التعاقدية لنظام الضمان تظهر بشكل أكبر في المجال المصرفي فمن المعروف أن العمل المصرفي غالباً ما تحكمه جملة من الأعراف العالمية الغير مكتوبة، كما أن هامش المخاطر مرتفع بشكل أكبر لديها في العمليات الائتمانية التي تنفذها مع عملائها، ولكن بالمقابل فإن مثل هذه المخاطر - وإن كانت مرتفعة - تُعتبر جزءاً من طبيعة العمل المصرفي وبالتالي يكون من غير الطبيعي إزالة هذه المخاطر دوماً عن طريق التشريع^{١٤٢} لذا يُترك للأطراف ذاتهم تنظيم الأمر برمته كونهم الأقدر على معرفة طبيعة المخاطر التي تحيط

^{١٤١} د. نبيل إبراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥، ص ١٢-١٣.

^{١٤٢} د. نبيل إبراهيم سعد: نحو قانون خاص بالائتمان، المرجع السابق، ص ١٨١.

بالعملية وبالتالي تحديد الوسائل الملائمة واللازمة لتجنب حدوثها وهذا هو الدور الحقيقي الذي تقوم به عقود الضمان.

ونشير هنا إلى أن المصارف العامة في سوريا تعتمد أيضاً على ما يسمى بـ(نظام عمليات المصرف)^{٤٣} وهو عبارة عن نظام يحتوي على كافة الأحكام والقواعد التي تحدد علاقات المصرف مع المتعاملين بما في ذلك شروط عمليات منح التسهيلات وإصدار الكفالات وإيداع الأموال والضمانات وطرق التنفيذ عليها والأمور الأخرى المتعلقة بنشاطات المصرف الائتمانية^{٤٤}.

وفي الواقع أن هذه الأنظمة تُعتبر جزءاً من الإطار العام الذي تجري عقود الضمان تحت رعايته بحيث يتم إحالة كل ما لم يتم ذكره بعقد الضمان من تفاصيل إلى أحكام نظام عمليات المصرف بشكل خاص والأحكام العامة للقانون بشكل عام، لذا فإن هذا النظام يُعتبر من الأمور الهامة جداً التي يجب على العميل الاطلاع عليها عند طلب الخدمة الائتمانية كونها تتضمن جملة من القواعد المُكملة التي تحكم عقد الائتمان الموقَّع مع المصرف ولأنه لن

^{٤٣} نصت المادة (٦) من قانون مصرف التوفير، والمادة (٦) من قانون المصرف العقاري، والمادة (٦) من قانون مصرف التسليف الشعبي على تحديد شروط منح التسهيلات المصرفية والضمانات المقبولة ضمن (نظام عمليات) خاص بالمصرف تُحدّد فيه على وجه الخصوص الحدود القصوى لمبالغ القروض وآجالها بحسب جهة استعمالها ونوع الضمانات المقدمة.

^{٤٤} وعلى سبيل المثال تنص المادة الثانية من نظام العمليات للمصرف العقاري الصادر بموجب قرار وزارة المالية رقم (٣١٨) لعام ٢٠٠٦ والمعدل بموجب القرار رقم (١١٣) لعام ٢٠٠٩ على أنه: (يحدد هذا النظام علاقات المصرف مع المتعاملين، بما في ذلك شروط عمليات منح التسهيلات وإصدار الكفالات وإيداع الأموال ومن الأمور الأخرى المتعلقة بفعالياته ويمكن أن تتضمن العقود الخاصة والمراسلات المتبادلة مع متعاملي المصرف أحكاماً خاصة ملزمة متوافقة مع القوانين و الأنظمة النافذة).

يمكن من الادعاء بجهله بهذه الأحكام فيما بعد خاصة أنها تخضع لتصديق مجلس النقد والتسليف والجهات ذات الصلة كوزارة المالية.^{١٤٥}

٢- خصائص الضمانات المُقدَّمة من المدين (الضمانات الخاصة)^{١٤٦}:

تتميز الضمانات المُقدَّمة من المدين -أو ما يسمى بالضمانات الخاصة- تبعاً لطبيعتها بثلاث خصائص رئيسة تعزز من دورها لدى المصارف الدائنة نفرداً بما يلي:^{١٤٧}

١- الضمان الخاص، شخصياً كان أم عينياً، يكفل دائماً حقاً شخصياً، فالدائن له حق شخصي في ذمة المدين ويريد أن يطمئن لاستيفائه هذا الحق في ميعاد السداد المُحدّد فيطالب مدينه بتقديم الضمان كفالة أو رهن أو غير ذلك من الضمانات الخاصة فيكفل الضمان على هذا الوجه حقاً شخصياً للدائن في ذمة المدين.

ولم تُوجد الضمانات الخاصة إلا لكفالة الحقوق الشخصية الثابتة في ذمة المدينين للدائنين حتى يتخطى بها هؤلاء عقبة إفسار المدين أو غشه أو إهماله، فإذا كان الضمان هو عبارة عن ضمان شخصي فإن التزاماً شخصياً في ذمة الكفيل مثلاً أو في ذمة المتضامن يضمن التزاماً شخصياً في ذمة المدين الأصلي، وكذلك حتى لو كان الضمان الخاص هو ضمان عيني فبالرغم من أن الضمان العيني هو حق عيني إلا أن هذا الحق العيني يضمن حقاً شخصياً ويكون التابع حقاً عينياً.

^{١٤٥} حيث تنص الفقرة "ج" من المادة (١٨) من قانون إحداث المصارف الخاصة رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١ على أنه: (يضع مجلس إدارة المصرف سائر الأنظمة المتعلقة بعمل المصرف وفروعه وتُعرض على مجلس النقد والتسليف للمصادقة عليها).

^{١٤٦} المقصود بالضمانات الخاصة الضمانات الشخصية و-أو العينية التي يقدمها المدين لتمييزها عن الضمانات التي يمنحها حق الضمان العام للدائن.

^{١٤٧} د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص ٧.

٢- الضمان الخاص يضمن أي حق شخصي أياً كان مصدره وأياً كان محله. فيجوز ضمان الحق الشخصي الذي مصدره العقد أو العمل الغير المشروع أو الإثراء بلا سبب أو القانون، لا فرق بين مصدر ومصدر فكل هذه حقوق شخصية يجوز ضمانها بضمانات خاصة، فيجوز لعميل البنك المُقترض مبلغاً من النقود أن يقدم كفيلاً بالتزامه أو رهناً يضمن الوفاء، وكذلك يجوز للملتزم بالعمل غير المشروع أن يقدم كفالة أو رهن عن التزامه بالتعويض.

ويجوز ضمان الحق الشخصي أياً كان محله فقد يكون محل الحق الشخصي القيام بعمل أو الامتناع عن عمل فيقدم المدين بهذا الالتزام كفالة أو رهناً مثلاً لضمان التزامه، فالمقاول يقدم رهناً أو كفالة لضمان التزامه بالعمل الذي تعهد القيام به ويقدم ذلك أيضاً المتعهد بعدم المنافسة.

٣- والضمان الخاص، وهو يضمن حق شخصي، يكون تابعاً له غير مستقل عنه فيسير معه أينما سار ويتبعه في نشأته ومصيره وانقضائه.

وهذه التبعية من أهم مقومات الضمان الخاص^{١٤٨} وقد تقررت في كثير من النصوص، ففي حوالة الحق مثلاً قررت المادة ٣٠٧ من القانون المدني أن الحوالة تشمل الحق بضماناته كالكفالة والامتياز والرهن، وفي حوالة الدين قررت المادة ١/٣١٨ ق.م أنه يبقى للدين المُحال به ضماناته، على أن الكفيل - شخصياً كان أم عينياً - لا يلتزم بالضمان إلا إذا رضي الحوالة إذ لا يُجبر الكفيل على كفالة شخص لا يرتضيه (م ٢/٣١٨ ق.م).

وفي الوفاء مع الحلول قررت المادة ٣٢٨ مدني أن من حلَّ قانوناً أو اتفاقاً محل الدائن كان له حقه بما يكفل هذا الحق من ضمانات، وكذلك في الكفالة حيث أنها تتبع الالتزام المكفول فلا تكون صحيحة إلا إذا كان هذا الالتزام صحيحاً (م ٧٤٢ ق.م).

^{١٤٨} د. عبد الرزاق السنهوري: المرجع السابق، ص ٩.

فالضمان الخاص لا بد أن يتبع حقاً شخصياً لضمانه فإذا لم يتم هذا الحق الشخصي لم يتم الضمان الخاص، وإذا انقضى الحق الشخصي لأي سبب من أسباب الانقضاء انقضى معه الضمان الخاص وفقاً للقاعدة الفقهية (التابع يتبع الأصل)^{١٤٩}.

وهنا نشير إلى أنه يخرج عن قاعدة التبعية ما يسمى بالضمانات المصرفية المستقلة وهي مجموعة من الضمانات الحديثة العهد التي تُقدمها المصارف للعملاء لدعم الثقة بهم في التزاماتهم سواء تجاه أفراد آخرين أو تجاه المصارف التي يتعاملون معها ويأتي في مقدمتها خطاب الضمان أو الضمان لدى أول طلب. وأهم الميزات التي تُقدمها هذه الضمانات المستقلة للدائن أنها تُدفع عند أول طلب منه ودون الحاجة لأن يثبت مثلاً عدم تنفيذ العقد الرئيسي وليس للمصرف أن يناقش في أساس الطلب أو يعترض أو أن يدلي بالدفع حيث تُدفع الضمانات كاملة وبشكل مباشر على إثر طلبها خطياً من المستفيد منها ودون أن يتوقف دفعها على العقد الأصلي التي طُلبت ضماناً لتنفيذه أو أي التزام آخر فكانت بذلك ضمانات (مستقلة)^{١٥٠}.

ثانياً-المركز القانوني للمصرف الدائن والعميل المدين

تقوم الفكرة الأساسية لمنح الائتمان -من حيث المبدأ- على الثقة من جانب المصرف في شخص المدين حيث أن لمركز المدين تأثير حاسم في موافقة المصرف على منح الخدمة الائتمانية، كما أن منح الضمان من قبل العميل له دور كبير في تعزيز المركز القانوني للمصرف كدائن وبالتالي تشجيع الائتمان

^{١٤٩} د.عبد الرزاق السنهوري:المرجع السابق، ص ٩.

^{١٥٠} د.هزار سليمان حيدر:المرجع السابق، ص ١٣٣-١٣٤.

لذا لابد أن نعرض لمركز كل من المصرف الدائن والعميل المدين في نظام الضمان^{١٥١}.

١-الاتجاه لحماية المدين في المعاملات المصرفية

تتجه التشريعات الحديثة إلى تقرير الحماية للمدين بصفة عامة وليس فقط في مجال العمل المصرفي^{١٥٢} ومثال هذه الحماية نظرية التعسف في استعمال الحق وتحديد الحقوق التي لا يجوز الحجز عليها وتعديل الشروط التعسفية أو إلغائها في عقود الإذعان وتطبيق نظرية الظروف الطارئة وتعديل أجر الوكيل وتعديل الشرط الجزائي وما إلى ذلك من قواعد مقررّة لحماية المدين بصفة عامة.

وإن أهم ما تتمتع به المعاملات التجارية عموماً والمصرفية خصوصاً هي السرعة والثقة والسعي للربح المضمون وهذا الأمر يتطلب أن يحتفظ المدين بملكية وحيازة رأسماله حتى يتمكن من مزاوله النشاط التجاري الذي سيسمح مستقبلاً من سداد مديونيته للمصرف، لذا فإن الحماية التي تمنحها فكرة الضمان تهدف إلى أن يتمتع المدين بأقصى حرية ممكنة أثناء فترة مديونيته وذلك حتى لا يُشكل تقديم الضمان عائقاً أمام استمرار عملية الاستثمار وهذا ما تسعى إليه التشريعات المعاصرة في بعض الدول المتقدمة كفرنسا.^{١٥٣}

^{١٥١} تُشير هنا إلى أن أغلب التشريعات العربية تنتمي إلى المدرسة القانونية الفرنسية ، ومن المعروف أن هذه المدرسة تتجه إلى حماية المدين في علاقته مع الدائن. للتوسع في ذلك راجع د.موسى متري ود.أديب ميالة:(التحكيم في العمليات المصرفية في الدول ذات الاقتصاد المتحول-المثال السوري) بحث منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونية، المجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١٠ ص ٦.

^{١٥٢} د.نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، ص ١٨٨.

^{١٥٣} للتوسع في هذا الموضوع راجع د.نبيل ابراهيم سعد: نحو قانون خاص بالانتماء، المرجع السابق ص ١٨٩ وما بعدها.

كما أن القاعدة الأساسية في القانون الخاص-والذي يُعتبر القانون التجاري فرعاً من فروعهِ- هي أنه لا يمكن للدائن أن يتدخل في إدارة المدين لأمواله إلا عندما يُعْرَض هذا الأخير حقوق الدائن للخطر^{١٥٤}، وبالرغم من ذلك فإنه في مجالات العمل المصرفي يجب ألا يُترك ذلك للتحكم المطلق من قبل المصرف الدائن بحيث لا يتخذ المصرف الإجراءات التنفيذية بشكل فردي بل يكون ذلك ضمن الإجراءات المُتخذة من قبل مجموع الدائنين وخاصة في حال كان العميل مديناً لأكثر من مصرف ومن شأن عدم سداذه التأثير على مصالح هذه المصارف مجتمعةً وهو ما يمكن أن نشبهه ب (نظام مُخَفَّف للإفلاس).

إلا أنه كما سبق وذكرنا فإن المصارف لم تعد تهتم بهذه الضمانات بمفهومها التقليدي فقط لذا فإننا نجد أن الضمانات الشخصية -وبصفة خاصة الكفالة- تشهد في الوقت الحاضر انطلاقة كبيرة على حساب الضمانات العينية وذلك لسهولة إنشائها وقلة تكلفتها فضلاً عن فعاليتها في الضمان بسبب تقديمها اليوم من قبل المصارف والمؤسسات المتخصصة وهنا ينبغي الإشارة إلى الدور الذي تقوم به شركات الضمان المتبادل وهي عبارة عن شركات تقوم على ضمان التزامات أعضائها بصفة خاصة من أصحاب الصناعات الصغيرة والحرفيين والصناع كصناع الألعاب والسلع والتذكارات^{١٥٥}.

ومن أهم ميزات هذه الشركات أن المدينين معروفون تماماً من قبلها لذا فإن المصارف لا تتأخر في منح الائتمان لعملائها المضمونين من قبل هذه الشركات كون الضمان فيها بعيد عن المخاطر الشخصية كمرض الكفيل أو عجزه أو وفاته، حيث يتمتع مركز العميل فيها بقوة قانونية أكبر تُشجّع المصرف على منح الائتمان وتمنعه بذات الوقت من التدخل المستمر في عمل العميل نتيجة الثقة التي تتكون لديه تجاه الضمان الممنوح.

^{١٥٤} راجع المواد (٢٣٦ و ٢٣٨ و ٢٧٣) من القانون المدني السوري .

^{١٥٥} د.نبيل ابراهيم سعد:المرجع السابق، ص ١٩١.

٢- مركز المصرف الدائن في نظام الضمان

يقوم نظام الضمان بشكل رئيس على الموازنة بين مصالح كل من المصرف الدائن والعميل المدين فلا يسعى للتضحية بمصالح أحد الطرفين على حساب الآخر وإن كانت يجب أن تؤخذ مصالح المصرف الدائن بعين الاعتبار حيث أن تعزيز موقع المصرف الدائن والحفاظ على مقدرته الماليّة هو مهم أيضاً للعميل كونه يشجع المصارف على منح الائتمان ويبقي للعميل مصادر تمويل موجودة في المستقبل.

ولعل أهم ما يعزز حقوق المصرف الدائن هو ازدهار الأسلوب التعاقدى، حيث أنه عن طريق العقود الجديدة يمكن تلبية حاجات كل من المصرف الدائن والعميل المدين وإن كان هذا الأسلوب التعاقدى غالباً في مصلحة المصرف الدائن باعتباره في مركز أقوى من مركز العميل الذي هو بحاجة للائتمان، وهنا لابد أن نشير إلى ازدهار العديد من العقود أو الشروط التعاقدية كعقد الإيجار التمويلي والشرط المانع من التصرف وشرط الاحتفاظ بالملكيّة وما إلى ذلك إضافة إلى أمر هام يعزز بدوره مركز المصرف الدائن ألا وهو قابلية هذا الحق للتداول وسرعة هذا التداول^{١٥٦}.

وغالباً ما تلجأ المصارف إلى تحديد عناصر عقد الضمان في أدق تفاصيلها وذلك لحماية مركزها القانوني حيث ستكون المخاطر أقل بالنسبة لها، ولكن لا ريب أن التشدد في هذه العناصر من شأنه أن يؤدي إلى الانتقاص من حرية العميل المدين ويجعل من منح الائتمان أكثر صعوبة، لذا فإن الاتجاه لهذه الشكليّة في عقود الضمان ليس الحل الوحيد لتعزيز حقوق المصرف الدائن.

^{١٥٦} والمقصود بتداول الحق إمكانية التنازل عن هذا الدين من قبل المصرف لصالح مصرف آخر مثلاً أو لصالح دائن آخر تبعاً للقواعد القانونيّة التي تحكم ((حوالة الحق))، وهذه الميزة تمنح مزيداً من الطمأنينة للمصرف الدائن بإمكانية التصرف في هذا ((الحق)) بأي وقت يشعر به بوجود فرصة سانحة للوصول إلى حقوقه قبل حلول أجل الدين.

وبطبيعة الحال فإن المصرف لا ينتظر من نظام الضمان أن يزيد من يسار العميل المدين وبالتالي زيادة الأمان بالنسبة له، ولكنه ينتظر من نظام الضمان إنشاء الوسائل الملائمة والمُخصَّصة لتقليل المخاطر، حيث أن الفكرة الحديثة للائتمان وما يقابله من ضمان تقوم على اللجوء إلى وسائل وأدوات فنيّة و مصرفيّة جديدة تعمل على تقليل المخاطر بدلاً من الالتجاء إلى الوسائل الفنيّة التقليديّة والتي لا تواكب التطورات الحديثة دوماً حيث أن هذا النوع من العقود الحديثة تعزز ائتمان المصرف الدائن لأنه لم يعد تحت رحمة يسار أو إعسار المدين وذلك من خلال الشروط التي يضعها المصرف في هذه العقود والتي لا يملك العميل إلا قبولها بالكامل أو رفضها، فالعميل المدين يبدو-من الناحية العمليّة-الطرف الأضعف حيث يفرض عليه المصرف الدائن- بوصفه مقدم الائتمان- شروطه ولا يكون أمام العميل الذي يحتاج للائتمان إلا قبولها كما هي و وأغلب الأحيان دون نقاش وخاصة بالنسبة لصغار العملاء^{١٥٧}.

وبالرغم من أن تعزيز سلطات المصرف الدائن في مواجهة العميل المدين بالشكل السابق يبدو متعارضاً مع ما ذكرناه بخصوص مركز العميل المدين وضمان حريته وعدم تقييده في استخدام أمواله ومنع المصرف من التدخل بشؤونه أو التعجيل في التنفيذ على أمواله، فإن الواقع يشير إلى أن هذا الاتجاه هو الذي يقوي الائتمان ويعمل على تشجيعه لدى المصارف لدرجة أن بعض الشروط في عقود الضمان أصبحت شروطاً دارجة وغدت شروطاً مألوفة لدى كلّ من المصرف والعميل، فينقلب الواقع لتصبح هذه الشروط تفرض نفسها على المصرف الدائن ذاته الذي أعدّ العقد وعلى العميل المدين بالتبعية^{١٥٨}.

^{١٥٧} د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي: القانون التجاري، الأوراق التجارية- الإفلاس- العقود التجارية -عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١، ص ٤٧٩.

^{١٥٨} د. نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، ص ١٩٨.

والسؤال المطروح هنا هل يحق للمصرف الدائن التدخل في شؤون العميل بحجة متابعة أعماله ونشاطاته لحماية الائتمان المُقدّم وضمان حقه بالسداد؟؟
سبق وأشرنا أن المصرف لا يُقدّم على منح تسهيل ائتماني لطالبه قبل أن يُعطي لنفسه الوقت الكافي للاستعلام عن الشخص طالب الائتمان وملاءته ومدى قدرته على السداد وذلك نظراً للمخاطر الشديدة التي يمكن أن يتعرض لها المصرف جرّاء منح هذا الائتمان، والتي تتمثل في مخاطر تعثر العملاء وعدم مقدرتهم على وفاء ما استحصلوا عليه من تسهيلات مع فوائدها ومصاريفها.

لذا يبقى من حق المصرف الاطلاع على سير أعمال العميل وجمع المعلومات عنها للوقوف على مركزه المالي بين فترة وأخرى^{١٥٩}. على أن هذا الحق لا يعني أن يحلّ المصرف محل العميل في إدارة التسهيل الائتماني الممنوح له والتدخل بكل التفاصيل باعتبار أن للعميل وحده أن يُقدّر كيف يدير أمواله و يستثمرها وجدوى هذا الاستثمار ولا يجوز للمصرف أن يتدخل في هذه الأمور إعمالاً لمبدأ (عدم تدخل المصرف في شؤون العميل)^{١٦٠}.

واستناداً لهذا المبدأ يتمتع على المصرف مراقبة سلامة العمليات التي يُبرمها العميل المدين، فهو ليس مستشاراً قانونياً له ولا جهة قضائية تتحقق من سلامة كل ما يقوم به عميله، فلا يُمنع هذا العميل من القيام بعمل معين أو إجراء تصرف مُحدّد بحجة أنه تصرف غير صحيح أو أنه عمل غير ملائم أو من شأنه الإضرار بالعمل أو تعريض مصالحه للخطر، والقول بغير ذلك سوف

^{١٥٩} وقد يكون حصول المصرف على المعلومات من خلال تعهد العميل وسواء كان شخصاً طبيعياً أو اعتبارياً عند منح التسهيل الائتماني بتزويد المصرف بمعلومات وبيانات مالية دورية تُمكنه من مراقبة أعمال العميل دون التدخل بها مثل الميزانية السنوية، قائمة الدخل، قائمة التدفقات النقدية.

(Mishkin & Eakins, 2006, p388)

^{١٦٠} عيسى محمد الحسين: المرجع السابق، ص ٣١١.

يُحْمَلُ المصرف عبء لا طاقة له به وسوف يجعله أيضاً محلاً للعديد من طلبات المسؤولية سواء من العميل نفسه أو من الغير^{١٦١}. وقد أكد القضاء الفرنسي هذه القاعدة في العديد من أحكامه، فقد قضى بأنه خارج إطار حالات الأخطاء المادية لا يُعتبر المصرف مسؤولاً كونه لا يجوز له التدخل في أعمال زبائنه ومراقبة حساباتهم ولا أن يعلن عن عملياتهم المالية^{١٦٢}، كما جاء في حكم آخر بأنه لا يجب أن تتحول الأعمال التجارية للمصرف إلى أعمال خبير محاسبة دائم لدى المؤسسة المتعاملة معه^{١٦٣}.

وبالعودة للتشريع السوري نجد أن هناك تحسناً ملحوظاً في مركز المصرف الدائن، فبعد أن عاملت القوانين النافذة المصارف الخاصة معاملة الأفراد في مجال متابعتها للقضايا سواء أمام المحاكم أو دوائر التنفيذ وما يلحق بتلك القوانين من تعقيدات في إجراءات التنفيذ وطول أمد التقاضي صدر القانون رقم ١٩ لعام ٢٠١٤ المتعلق باعتبار أسناد وعقود المصارف من الأسناد التنفيذية وذلك بعد معاناة القطاع المصرفي الخاص منذ انطلاسته في عام ٢٠٠١ من عدم تلبية القوانين والتشريعات السابقة لآليات عمل المصارف إضافة إلى تخصيص المصارف العامة من خلال قوانينها وأنظمة العمليات الخاصة بها

^{١٦١} د. ناجي عبد المؤمن: مبدأ عدم تدخل المصرف في شؤون عملائه في ظل المتغيرات الحديثة وقانون غسيل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤، ص ٢١.

^{١٦٢} حكم محكمة بداية ليون الفرنسية بتاريخ ١٩٦٧/٥/٤، مُشار إليه لدى د. نعيم مغيب: مبدأ مسؤولية المصرف موزع الاعتمادات واستثناءاته، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩، ص ١٣٧.

^{١٦٣} حكم محكمة بداية باريس بتاريخ ١٩٧٨/٥/٢٦، مُشار إليه لدى د. نعيم مغيب: المرجع السابق، ص ١٣٧.

بامتيازات مهمة وخاصة فيما يتعلق بتحصيل حقوقها^{١٦٤}، فجعل القانون المذكور أعلاه عقود المصارف الخاصة وعقود التسهيلات الخطية الموقعة بين المصرف والعميل والسندات المحررة من قبل العميل لصالح المصرف، أسناداً تنفيذية ينطبق عليها نص المادة ٢٧٣ من قانون أصول المحاكمات المدنية^{١٦٥}، وبالتالي باتت تلك العقود والأسناد تُضاف إلى الأسناد التنفيذية الواجبة التنفيذ مباشرة أمام دوائر التنفيذ^{١٦٦}.

ولم يجعل القانون المذكور لإنكار العميل المدين للسند أي أثر على السير بالإجراءات التنفيذية، كما أن هذا الإنكار-إن حدث- لن يؤدي إلى إيقاف التنفيذ ما لم يصدر قرار عن المحكمة المصرفية المختصة بذلك^{١٦٧}. وفي الواقع أن هذا الحكم عزز الثقة بالتعامل مع المصارف، وحصّن وثائقها من أي وسيلة من وسائل الطعن الغير مشروع فيها من خلال الإنكار الغير مؤيد بسند وحصر صلاحية وقف التنفيذ بمحكمة واحدة فقط مختصة بالقضايا المصرفية وفقاً لأحكام القانون رقم ٢١ لعام ٢٠١٤ الخاص بإحداث المحاكم المصرفية ووفقاً لأسس قانونية ثابتة وذلك من خلال إبراز المنكر ما يثبت إنكاره بدليل خطي على قيامه بالوفاء.

ومما يعزز المركز القانوني للمصرف أكثر فأكثر فرض غرامة مقدارها خمس مبلغ السند المنازع به وبما لا يتجاوز الثلث كتعويض يوزع مناصفة بين

^{١٦٤} تنص المادة (٧) من قانون مصرف التوفير والمادة (١٢) من قانون المصرف الزراعي التعاوني والمادة (٨) من قانون المصرف العقاري على أنه: (يعتبر عقد القرض وأسناد القروض الممنوحة للمقترضين أسناداً تنفيذية).

^{١٦٥} تنص المادة (٢٧٣) من قانون أصول المحاكمات المدنية على أنه: (١-التنفيذ الجبري لا يكون إلا لسند تنفيذي. ٢-الأسناد التنفيذية: هي الأحكام والقرارات والعقود الرسمية والأوراق الأخرى التي يعطيها القانون قوة التنفيذ).

^{١٦٦} انظر المادة الأولى من القانون رقم ١٩ لعام ٢٠١٤.

^{١٦٧} انظر الفقرة "أ" من المادة الثانية من القانون رقم ١٩ لعام ٢٠١٤.

المصرف والخزينة العامة للدولة وذلك في حال ثبوت عدم صحة هذا الإنكار وعدم صحة الدعوى، وكذلك إلزام المدعي بدفع تأمين مقداره ١٠% من الحد الأدنى للغرامة المشار لها وذلك إذا قررت المحكمة وقف تنفيذ الإجراءات التنفيذية التي يباشرها المصرف^{١٦٨}.

ونتيجة لما سبق ذكره من أحكام فإن أي عميل لن يستغل مجدداً أحكام القانون للتهرب والمماطلة كما كان يحدث سابقاً، نظراً لما سيلحق به من خسارة بعد إلزامه بدفع تعويض وإيداع مبلغ التأمين الذي قد يكون كبيراً في الغالب حسب حجم التمويل الممنوح له.

^{١٦٨} انظر الفقرتين "ب" و"ج" من المادة الثانية من القانون رقم ١٩ لعام ٢٠١٤.

المبحث الثاني

الصور الخاصة بالضمان في المعاملات المصرفية

يتمتع العمل المصرفي بمرونة العمل التجاري وذلك كون القانون المصرفي فرع مشتق من القانون التجاري^{١٦٩} وهذه المرونة تمنح القانون المصرفي نوعاً من الاستقلال يبرره موضوع النشاط الذي ينظمه الذي هو بشكل رئيس ((النقود بصورها والعمليات المتعلقة بها)) سواء كانت عملة أو قيوداً كتابية مصرفية أو أوامر مصرفية (كالحالات المصرفية)^{١٧٠}، وكون هذا القانون يتسع باتساع العمليات المصرفية المبتكرة نتيجة لتطور العمليات الاقتصادية فإن ذلك يتطلب تعديلاً للقواعد القانونية المعروفة عندما يراد تطبيقها عليه، بل وابتكاراً لقواعد خاصة به وبما لا يتعارض مع القانون القائم.

وهذا الابتكار ملاحظ في مجال الضمانات المقدمة للمصارف وذلك نتيجة تطور الأشكال الخاصة بالتسهيلات الائتمانية من جهة ولارتباطها بشكل العلاقة الائتمانية مع العميل من جهة أخرى، إضافة لكون هذه الضمانات ترتبط أصلاً بمجموعة من النشاطات التي لا تقوم بها إلا المصارف، كما أنها ترتبط بمجموعة من أدوات العمل التي لا تمتلكها سوى المصارف كالحسابات المصرفية وعقود الاعتماد المصرفي فبالإضافة إلى الضمانات الشخصية

^{١٦٩} القانون المصرفي هو تسمية حديثة لمجموعة القواعد القانونية التي تنظم عمل المصارف وهو ينظم تنظيمياً دقيقاً ((حرفة المصارف)) ويقوم على مجموع اعتبارات متطورة عن تلك التي يقوم عليها قانون التجارة، ويسميه البعض قانوناً وظيفياً لأنه ينظر إلى الجهاز المصرفي بوصفه يقوم بوظيفة اقتصادية مهمة (د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٥).

^{١٧٠} إيداع النقود لدى المصارف أدى إلى خلق نوع جديد من النقد ألا وهو النقود المصرفية أو الكتابية والتي يتم تداولها بأسلوب تحويل القيم أو الودائع من حساب إلى آخر. (د. محمد يوسف ياسين: المرجع السابق، ص ٢٣)

كالكفالة والعينية كالرهن أوجد التعامل المصرفي ضمانات خاصة كالتأمين النقدي وتجميد الودائع المصرفية وحوالة التعهدات (الاعتماد بضمان تنازل) ^{١٧١}. فإذا كان العميل يمتلك حساباً أو أكثر لدى المصرف فإن هذا الأخير قد لا يطلب منه تقديم ضمان مُستقل وقد يكفي بضمان الحساب المفتوح ويطلب منه مثلاً تجميد هذا الحساب لصالح المصرف طوال فترة سداد الائتمان، كذلك عند فتح اعتماد ما للعميل فإن المصرف يُدرج في عقد فتح الاعتماد مجموعة من الشروط التي تضمن حقه بالسداد والتي تكون متماشية مع طبيعة العلاقة التي تربط بين العميل والمصرف.

وهنا لابد من الإشارة إلى أن حداثة هذه الضمانات لا يعني خروجها عن القواعد العامة للقانون ^{١٧٢} فهي تبقى خاضعة بالضرورة للقواعد القانونية العامة إلا أنها تحتاج لفرض بعض التعديلات لتتماشى مع العمل المصرفي وتشجع كل من الدائن والمدين على إتباعها، ولتحقق الفائدة المرجوة منها وبما يتماشى مع مبادئ الحقوق التجارية والعرف المصرفي ومقتضيات العمل المصرفي والتجاري ^{١٧٣}.

^{١٧١} د. جاك يوسف الحكيم: الحقوق التجارية، ج ٢، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٦-٢٠٠٧، ص ٣٨٨.

^{١٧٢} وأهم هذه القواعد ما ينص عليه القانون المدني والقانون التجاري والأنظمة والقرارات المصرفية الصادرة عن المصرف المركزي وكافة الأنظمة والقرارات الصادرة عن الجهات ذات الصلة (كوزارة المالية بالنسبة لمصارف القطاع العام) والتي تعمل على تنظيم عمل السوق المصرفية.

^{١٧٣} انظر المادة (٢٤٢) من قانون التجارة السوري. ويُراد بالعرف المصرفي: ((مجموعة القواعد غير المكتوبة التي درجت المصارف وعملاؤها على إتباعها في تعاملاتهم فيما بينهم واستقرت في أذهانهم على أنها ملزمة وتواتر العمل على تطبيقها)). ولا مشكلة في تمسك المصارف بالعرف فيما بينها على اعتبار أنه عرف مهني والمفترض علم جميع المصارف به، أما بالنسبة للتمسك به في مواجهة العملاء فلا بد من توافر شرطين لكي يستطيع المصرف ذلك: أولاً- أن يكون العرف منظماً للعلاقات القانونية بين المصرف وعملائه وليس بالعلاقات بين المصارف أو بإدارة المصرف ذاته.

المطلب الأول

ضمانات المصرف في الحسابات المصرفية

اعتُبرت النقود منذ ظهورها الوسيلة الوحيدة لتسوية المعاملات بين الأفراد بعدما كان نظام المقايضة هو الأداة التي يعتمد عليها بين الناس في معاملاتهم ، إلا أنه نظراً لتطور المجتمعات كان من اللازم إيجاد أساليب جديدة لتسوية المعاملات بين الناس، وكان الحل هو ظهور ما يسمى بالحسابات المصرفية حيث تقيد الحقوق والديون التي تنشأ عن المعاملات المصرفية في حساب بدلاً من تسويتها فوراً ونقداً عن كل عملية منه. وتُعتبر الحسابات المصرفية اليوم من أهم أدوات الضمان المُبتكَرة خاصة بالنسبة لكبار العملاء حيث يمكن للمصرف منح الائتمان بضمان الحسابات المفتوحة للعميل وهو ما يُسمى بـ(رهن النقود) فيستخدم المصرف رصيد الحساب الخاص بالعميل كرهن نقدي(ضمانات نقدية) ضماناً للتسهيل المقدم له مستفيداً من القيمة العالية للرصيد والتي تسمح له باستيفاء حقه عند عدم سداد العميل بصورة أفضل من أي وسيلة ضمان أخرى أو أن يستخدم بعضها كضمان للبعض الآخر وذلك عند تعدد الحسابات الخاصة بالعميل لدى المصرف وخاصة عندما يسمح المصرف بأن تكون بعض هذه الحسابات مكشوفة لصالح العميل^{١٧٤}.

--ثانياً-- أن يقدم المصرف دليلاً على علم العميل بالعرف المراد التمسك به وقت إبرام العقد. ومن أمثلة الأعراف المصرفية الأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية والقواعد والأعراف السائدة بشأن خطابات الضمان. والعرف المصرفي عُرف خاص ينطبق عليه ما ينطبق على التشريع من حيث تقييد العام بالخاص(م ٢/٤ ق.ت) وعلى ذلك ينطبق العرف المصرفي على عمليات المصارف حتى لو وُجد عرف تجاري عام يخالفه حيث يقع إثبات العرف على من يتمسك به، ويجوز إثباته بكل وسائل الإثبات التي تدل على وجوده.(عيسى محمد الحسين: المرجع السابق، ص ٣٦).

^{١٧٤} توافق المصارف أحياناً على منح بعض زبائنها تسهيلات مؤقتة دون أن تبرم معهم عقد فتح اعتماد بالمعنى الصحيح بأن تتغاضى عن تحول الرصيد المؤقت لحسابهم إلى رصيد مدين لا ---

الفرع الأول

ضمانات المصرف عند تعدد الحسابات

يسمح قانون التجارة السوري للعملاء أشخاصاً طبيعيين كانوا أم اعتباريين بفتح أكثر من حساب مصرفي^{١٧٥}، وتعدو الفائدة من وجود هذا الحسابات المتعددة أن العملاء عموماً والتجار خصوصاً يرغبون بوجود أكثر من حساب تبعاً لاختلاف نشاطاتهم، فيمتلكون حساب للأغراض الشخصية وآخر لتجارتهم كما أنهم يفتحون حساباً خاص بكل عمل من أعمالهم أو بمجموعة أعمال.

أولاً-الحساب المصرفي وتعدد الحسابات:

تتطلق دراسة الحساب المصرفي من دراسة المفهوم الخاص بـ(الحساب) ذاته فالحساب هو التمثيل العددي لمركز قانوني معين أو لعملية أو لعدة عمليات

--يتجاوز مبلغاً محدوداً ولمدة قصيرة وهو ما يُسمى بـ(انكشاف الحساب) أو (الحساب المكشوف) على أنها تحتفظ بحريتها في الرجوع عن هذا التساهل إذا ما ساءت حالة الزبون وأصبحت ملاعته مهددة. (د.جاك الحكيم:المرجع السابق، ص ٣٨٠).

^{١٧٥} يُفهم ذلك من نص المادة (٢٠٠) من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ والتي تنص على أنه:(إذا تعددت الحسابات المفتوحة للشخص الواحد في مصرف واحد أو في فروع مختلفة من المصرف نفسه كانت هذه الحسابات مستقلة عن بعضها ما لم يتم الاتفاق على توحيدها)، إلا أن المصارف المركزية غالباً ما تتدخل لتنظيم الأمور الخاصة بفتح الحسابات وتسييرها وتحديد معدلات الفائدة الدائنة والمدينة وذلك وفقاً للسياسة الاقتصادية للبلاد ووفقاً للسياسة الائتمانية العامة التي يرسمها المصرف المركزي لبقية المصارف العاملة، فنراه يسمح بفتح حساب معين أو بتعدد الحسابات أو قصر نوع معين من الحسابات على الأشخاص الطبيعيين دون الاعتباريين.... الخ ، لذا فقد ذهب مجلس نقد والتسليف بقراره رقم(٤٦٢/م/ن/ب٤) تاريخ ٢٠٠٩/١/٣١ إلى عدم جواز أن يكون للشخص أكثر من (حساب توفير) واحد لدى كافة المصارف العاملة في الجمهورية العربية السورية سواء كانت عامة أو خاصة، وهذا يعتبر قيداً على موضوع تعدد الحسابات المصرفية المذكور أعلاه .

قانونية معينة وهو في مظهره المادي عبارة عن كشف أو بيان تثبت فيه عددياً وبالأرقام مفردات العمليات القانونية^{١٧٦}.

أما الحساب المصرفي وبشكله الدقيق فهو ((العقد مبرم بين المصرف والعميل يلتزم بموجبه المصرف بتخصيص حيز محاسبي معين بدفاته يتعامل فيه العميل ويثبت فيه معاملاته نظير عمولة يتقاضاها المصرف، ويشمل على جانبين هما: الجانب المدين ويسمى (منه) وتدرج فيه العمليات التي تمثل التزاماً في ذمة العميل للمصرف والجانب الدائن ويسمى له وتدرج فيه العمليات التي تمثل التزاماً في ذمة المصرف للعميل))^{١٧٧}.

ومن المعروف أن بعض عمليات المصارف يتم تسويتها فوراً دون الحاجة إلى القيد في حساب كما لو حصل العميل على قرض مصرفي من أحد المصارف فانه يقوم بالسداد التدريجي إلى خزانة المصرف دون الحاجة إلى فتح حساب وذلك عن طريق كشوفات دفع تسلم على نسختين، في حين تقوم بعض المصارف بفتح حسابات لعملائها عند أي عملية سداد وتُقيد العمليات في جانبه الدائن أو المدين حتى تُسوى نهائياً باستخلاص الرصيد الذي يستقر في ذمة أحد الطرفين وهذا ما يعرف ب (التسوية بطريق الحساب المصرفي)^{١٧٨}. وللحسابات المصرفية أنواع متعددة بحسب الغرض منها^{١٧٩} حيث تأخذ عدة صور وأشكال: كالحساب الجاري الذي تفقد فيه الدفعات من الطرفين ذاتيتها

^{١٧٦} د. فائق محمود الشماع: الحساب المصرفي، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٩، ص ٦.

^{١٧٧} د. عزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، ج ٢، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة، عمان ط ١، ٢٠١٠، ص ٣٠٥.

^{١٧٨} د. محمود الكيلاني: الموسوعة التجارية والمصرفية، ط ١، مج ٤، عمليات البنوك، دار الثقافة للنشر والتوزيع ٢٠٠٨، ص ٦٧. أيضاً د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٣٣.

^{١٧٩} Milton R. Schroeder: Bank Officers Handbook of Commercial Banking Law Within the United States، 6^{ed}، 1988، Part1، p692.

وأثناء سيره لا يكون هناك دائن أو مدين إلى أن يتم إيقافه واستخراج الرصيد ومعرفة الدائن والمدين^{١٨٠}، والحساب العادي أو حساب الودائع والذي هو (تصرف قانوني ثنائي باتفاق بين المصرف وطالب فتح الحساب وهو اتفاق يقترن بإيداع مبلغ نقدي لمبلغ معين مهما كان بسيطاً لدى المصرف)^{١٨١} والحساب المجمع وهو كل حساب لا يستطيع صاحبه أن يسحب منه كحساب الشخص الموضوع تحت الحراسة الإدارية، والحساب الجماعي وهو الحساب الذي يكون فيه العميل عبارة عن مجموعة من الأشخاص كالحساب الذي يفتحه المصرف لعدة ورثة انتظاراً لنتيجة قسمة التركة أو لشركاء في شركة محاصة ويعرف هذا الحساب أيضاً باسم ((الحساب الشائع))^{١٨٢}.

ولعلّ لقصد الطرفين واتفاقهما بالغ الأهمية في تحديد نوع الحساب وخاصة الحساب العادي والحساب الجاري حيث تتنوع الحسابات وتختلف باختلاف الأغراض التي أنشأت من أجلها^{١٨٣}، فقد تقيد العملية في الحساب لمجرد إثبات حصولها مع احتفاظ العملية بذاتيتها وصفاتها فلا يعدو أن يكون الحساب مجرد تمثيل حسابي لعلاقة المصرف بعميله، ويسمى عندئذ حساباً عادياً أو بسيطاً أو حساب ودائع أو حساب شيكات^{١٨٤}. ولكن قد يقصد الطرفان بقيد العملية في الحساب أن تفقد ذاتيتها وتتحول إلى مفرد حسابي بمقتضى نوع من التجديد ولا تسوى إلا في النهاية أي عند قفل الحساب فيكون الحساب عندئذ حساباً جارياً.

^{١٨٠} المادة (١٨١) من قانون التجارة السوري، وأيضاً في ذلك نقض سوري: قرار رقم (٤٤٠) تاريخ ١٩٦٧/٨/٣١.

^{١٨١} د. فائق الشماخ: المرجع السابق، ص ٢٥.

^{١٨٢} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٤٣.

^{١٨٣} د. كامل الوادي: الأعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها، الجزء الأول، دار الثقافة للتوزيع والنشر الإمارات العربية المتحدة، ص ٤٩.

^{١٨٤} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٤٠.

ولمعرفة نوع الحساب أهمية قانونية فيما يتعلق بعلاقة الأطراف وكيفية إنجائه والحجز عليه لسنا في وراد ذكرها ولكن ما يُهمنا معرفته أن اختلاف نوع الحسابات قد يؤثر على نوع الضمان المطلوب من قبل المصرف فالضمان المطلوب لحساب جاري مكشوف لمصلحة العميل أكبر من الضمان المطلوب للحساب العادي والذي لا يطلب فيه المصرف ضماناً حيث يكون رصيد الحساب هو الضامن له.

ثانياً - قاعدة استقلال الحسابات المصرفية

كما أنه قد يكون الحساب مفتوحاً لأشخاص متعددين (حساب جماعي) كذلك قد يفتح شخص واحد حسابات متعددة باسمه لدى مصرف واحد، كما لو فتح تاجر حساب يستعمله لقيد حاجاته الشخصية وحساب آخر لحاجات تجارته وقد يكون للعميل حساب عادي أو حساب ودائع وحساب آخر جار. والأصل في العرف المصرفي عند تعدد الحسابات أن يكون كل منها مستقلاً عن الآخر في فتحه وفي قواعد سيره والعمليات التي تُقيد فيه وأصول تسويته وضمائنه^{١٨٥} وقد قرر المشرع السوري هذه القاعدة بالمادة ٢٠٠ من قانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ والتي تنص على أنه: (إذا تعددت الحسابات المفتوحة للشخص الواحد في مصرف واحد أو في فروع مختلفة من المصرف نفسه كانت هذه الحسابات مستقلة عن بعضها ما لم يتم الاتفاق على توحيدها).

ولا عبرة هنا للفرع المفتوح لديه الحساب للقول بوجود أو عدم وجود الاستقلال فيما بين الحسابات المتعددة المفتوحة لنفس الشخص لدى ذات المصرف، ذلك أن استقلال هذه الحسابات عن بعضها البعض يظل قائماً كمبدأ ولو كانت مفتوحة بفرع واحد من فروع المصرف، وبعبارة أخرى فلا فرق في ذلك بين

^{١٨٥} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٥٢.

الحالة التي تكون فيها الحسابات المصرفية للعميل الواحد مفتوحة في نفس الفرع وبين تلك التي يكون فيها أحد هذه الحسابات مفتوحة بفرع معين والحساب الآخر مفتوحاً بفرع آخر لا يقع في ذات المدينة الموجود بها الفرع الأول. ويمكن تحليل ما أخذ به العرف المصرفي من قيام مبدأ استقلال حسابات الشخص الواحد عن بعضها البعض حتى ولو كانت مفتوحة بنفس الفرع إلى كونه يستند على فكرة محورية مفادها أن العميل المعني بالأمر بلجونه إلى فتح عدة حسابات مصرفية لدى نفس المصرف -سواء كان وذلك بفرع واحد أو بعدة فروع من تلك التابعة لهذا المصرف- يكون قد عبر إرادته الضمنية في أن ينفرد كل واحد من حساباته هذه بطريقة تشغيله بمعزل عن باقي الحسابات الأخرى، الأمر الذي يقتضي في هذه الحالة أن يتم احترام إرادة هذا العميل من طرف المصرف ومن طرف الغير الذي يتعامل معه.

ولهذه القاعدة من ناحية الضمان الأهمية الكبرى فالضمان الذي يقدمه العميل لحساب جاري فتحه المصرف له لا يشمل حساب الودائع فإذا تساهل المصرف مع العميل وسمح له بسحب أكثر من رصيده في حساب الوديعة سواء نقدياً أو عن طريق شيكات (أي تحول الحساب لمكشوف لصالح العميل) فإن تقصير العميل في السداد للمصرف لا يسمح له بالتنفيذ على الضمان المقدم من العميل للحساب الجاري وذلك لأن الحسابين مستقلين من الناحية القانونية.

ولكن هذا القاعدة تنهدم إذا ثبت أن بين الحسابين في قصد الطرفين-أي المصرف والعميل- رابطة حقيقية كما لو قبل المصرف وفاء شيك اعتماداً على تكوين الرصيد الناتج عن الحسابات وكان هذا هو قصد العميل وهي حالة موضوعية يختص بها قاضي الموضوع.

ولعلّ عملية استشفاف استقلال الحسابات من عدمها أمر بالغ الصعوبة، فليس دائماً يتوفر لدى قاضي الموضوع مُعطيات تسمح له بفهم قصد الطرفين من الناحية العملية. ويبدو من ذلك أن دور المصرف الأهم هو تنبيه العميل إلى

هذا الموضوع عند فتحه أكثر من حساب لدى المصرف أو فروعه ومنحه الائتمان بضمان هذه الحسابات مجتمعة ومن ثم الاتفاق بشكل واضح وموثق على استقلال الحسابات المصرفية للعميل أو ترابطها فيعرف كل طرف موقعه وحقوقه، لذا وتقادياً للنتائج التي تؤدي إليها قاعدة استقلال الحسابات فإن المصارف تحرص على الربط بينها سواء عند منح الائتمان أو ابتداءً باعتبار أن مبدأ استقلال الحسابات المصرفية التي يمسكها المصرف لنفس العميل لا يُعتبر من النظام العام ومن ثم يجوز الاتفاق بين المصرف والعميل الذي له لديها عدة حسابات على أن تكون هذه الحسابات غير مستقلة، وهي تتبع في ذلك طرقاً متعدد تعرض لأهمها فيما يلي.

ثالثاً- الاتفاقات المُعدّلة لقاعدة استقلال الحسابات وآثارها

تقادياً للآثار القانونية الناجمة عن قاعدة استقلال الحسابات المصرفية، فإن المصارف تحرص على الربط بين هذه الحسابات الخاصة بعميلها لتتمكن من استخدامها كضمان للائتمان الممنوح له وذلك بعدة طرق تعرض لها فيما يلي:

١- المقاصة بين رصيد الحسابات:

يعمل المصرف عند منح الائتمان للعميل على الحصول على موافقة عميله بإجراء المقاصة بين الرصيد المحتمل لكل حساباته المصرفية، وهذا الاتفاق صحيح باعتبار أنه يمكن للأطراف الاتفاق على إجراء مقاصة مُستقبلة في أي وقت تتوفر فيه شروط المقاصة ويعتبر الاتفاق الذي يمنح المصرف هذا الحق مُلزماً للطرفين^{١٨٦}. ويترتب على اتفاق المقاصة -متى كان صحيحاً- أن تظل الحسابات مُستقلة طالما أن المصرف لم يستخدم رخصة إيقاع المقاصة حيث لا تترتب المقاصة إلا منذ إيقاعها فعلاً. ومن البديهي أن المصرف غير مُلزم باستخدام هذه الرخصة طالما أن العميل يقوم بالسداد بانتظام، وأبعد من ذلك

^{١٨٦} معتمد سويلم نصير: المرجع السابق، ص ٣٤.

فإن المصرف غير ملزم باستخدام هذه الميزة حتى في حال تقصير العميل إذا وجد أنها غير مجدية أو كان بيده ضمان أكبر^{١٨٧}.

ومتى وقعت المقاصة كانت نافذة على الغير الذي لم يكتسب حقاً على أحد الأرصدة قبل وقوع المقاصة، لذا فإن المصرف يكون ملزماً بأي حجز يوقعه أحد الدائنين قبل تاريخ إجراء المقاصة، كما عليه احترام حق حامل الشيك الذي صدر من العميل قبل المقاصة باعتبار أن صدوره نقل حق الساحب العميل إلى المستفيد من الشيك على مقابل الوفاء - والذي هو جزء من الحساب - فلا يدخل فيما تتناوله المقاصة^{١٨٨}.

وبرأينا أن الإشكال يظل قائماً في هذه الحالات حول تحديد التاريخ الذي تعتبر فيه المقاصة سابقة أو لاحقة لتاريخ توقيع الحجز على الرصيد الدائن لأحد الحسابات المتعددة أو إصدار شيكات من هذا الحساب ذلك أنه إذا كان تاريخ الحجز على الرصيد الحساب المصرفي هو يوم تبليغ المصرف الماسك لهذا الأخير بالحكم القضائي القاضي بذلك وتاريخ إصدار الشيك الذي يعتبر مستحقاً لدى الاطلاع، فإن تاريخ إجراء المقاصة هنا يحيطها الغموض لكونها تُعد من صنع المصرف ذاته الذي يمسك بالمقاصة بين أرصدة الحسابات المفتوحة لديه من طرف نفس الزبون، ولا بد للمصرف عند بيان التاريخ الذي استند فيه من لحقه التمسك في مواجهة كل من الدائن الحاجز وحامل الشيك

^{١٨٧} كما لو وجد المصرف أنه في حال إجراء المقاصة لن يكون الرصيد الناتج ذو فائدة وأنه ذو قيمة قليلة جداً بالنسبة لحجم الدين الواقع على العميل.

^{١٨٨} (إن سحب الشيك وتسليمه للمستفيد منه ينقل إليه الحق الشخصي المترتب للساحب بذمة المسحوب عليه والمتمثل بمقابل الوفاء كما لو كان حوالة حق ودون حاجة لإجراءاتها. وبخروج الحق من ذمة الساحب يمتنع عليه بعد السحب التصرف بالمقابل سواء سحب ما يمثله من المبالغ المودعة المصرف أو التصرف بها لحساب الغير وإلا تعرض للعقوبة الجزائية المترتبة على انتفاء مقابل الوفاء، وإذا شُهر إفلاس الساحب بقي المقابل خارج موجودات التفليسة وأضحى من حق الحامل) د. جاك الحكيم: المرجع السابق، ص ٢٧٨.

بالمقاصة بين أرصدة حسابات عميلها قد تم بناءً على الأدلة المتوفرة لدى هذا المصرف حول إخطاره للعميل برغبته في إجراء المقاصة ابتداءً ومن تاريخ علم العميل، ويجب أن يتحمل المصرف في هذه الحالة إثبات كونه وجه الإخطار المذكور إلى صاحب الحسابات إما عن طريق الكاتب بالعدل أو بواسطة البريد المضمون مع الإشعار بالاستلام .

هذا وإن الاتفاق على المقاصة بين أرصدة الحسابات المصرفية إذا ما تم يعد تاريخ توقف العميل عن دفع ديونه يمكن أن يتعرض للحكم ببطالان بطلب من وكيل التفليسة في حالة فتح التفليسة والتصفية القضائية ضد العميل، كما لا يُعتبر نافذاً إخطار المصرف لعملية برغبته في إجراء المقاصة إذا ما تم ذلك بعد تاريخ توقف العميل عن الدفع لأن من شأنه السماح للمصرف بالحصول على دينه المترتب في ذمة العميل ذي الحسابات المتعددة عن طريق قيامه بإجراء المقاصة بين أرصدة حساباته وأن يجعله في مركز ممتاز بالمقارنة مع سائر دائني هذا العميل.

٢- الاتفاق على رهن أحد الحسابين :

قد يتفق المصرف مع العميل عندما يقدّم مجموعة من الحسابات المصرفية كضمان للائتمان الممنوح أن يضمن رصيد أحد الحسابات الأرصدة الأخرى فيتجنب المصرف بذلك استقلال الحسابات ويزيد من قوة الضمان الخاص باللائتمان الممنوح، كأن يُخصّص حساب الودائع لضمان رصيد الحساب الجاري أو أن يضمن حساب جار حساباً جارياً آخر وهما الحالتان الأكثر شيوعاً، حيث يتم الرهن بموجب اتفاق خاص مع العميل .

وفي الحالة الأولى التي يضمن فيها حساب الودائع الحساب الجاري ، يُذكر في الاتفاق أن الأموال المودعة تكون على سبيل الضمان لصالح المصرف وذلك في حدود مبلغ معين متفق عليه لا يمكن للعميل المودع التصرف فيه، فيما

يُعتبر ما زاد عن ذلك المبلغ ((وديعة مصرفية)) لدى المصرف ويستطيع العميل التصرف بهذه الزيادة كونها وقعت خارج نطاق الضمان.

أما بالنسبة لحالة الحساب الجاري الذي يضمن حساباً جارياً آخر، فالصعوبة تنشأ من أن المال المرهون هو الرصيد الدائن النهائي لحساب جاري - أي مال مستقبل غير محدد القيمة - وفي هذا درج العرف المصرفي على جواز رهن المال المُستقبل ((وهو هنا رصيد الحساب الجاري)) ولو لم يكن موجوداً وقت الرهن ما دام وجوده في المستقبل محتملاً احتمالاً يقترب من التأكد^{١٨٩}.

ويطرح هنا التساؤل عن التكييف الذي يسمح بقبول فكرة رهن حساب جاري لمصلحة حساب جاري آخر؟

في الواقع يظهر أن ما ذهب إليه العرف المصرفي في حالة الحساب الجاري صحيح لسببين:

أولهما: أن القاعدة العامة في نظرية الالتزام تقضي بجواز قيام الالتزام إذا كان محله شيئاً مستقبلاً^{١٩٠} والعقد يكون صحيحاً متى كان المعقود عليه ممكن الوجود بعد نشوء الالتزام مع ملاحظة أن هناك فرق بين أشياء لا وجود لها حالياً وهي الأشياء المستقبلية (كرصيد الحساب الجاري) وأشياء لم تصبح ملكاً للراهن (كالعميل الذي يقوم برهن سيارة اشتراها بالتقسيط ولم يسدد ثمنها بالكامل) فالرهن في الحالة الأولى صحيح وفي الحالة الثانية قابل للإبطال^{١٩١}.

وثانيهما: أنه في حال تكييف رهن الحساب المصرفي على أنه رهن حيازي بوصفه رهنًا لنقود كتابية - منقولات - وأنه لا بد لانعقاد الرهن من تسليم المال

^{١٨٩} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٣٦.

^{١٩٠} تنص الفقرة الأولى من المادة (١٣٢) من القانون المدني السوري على أنه: (١- يجوز أن يكون محل الالتزام شيئاً مستقبلاً) وقد خرج المشرع عن هذه القاعدة في باب الهبة فنص على أن (هبة الأموال المستقبلية باطلة) وفي باب الرهن التأميني فنص في المادة (١٠٨٠) من القانون المدني السوري على أنه: (يقع باطلاً التأمين على الشيء المستقبلي).

^{١٩١} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ٧١.

المرهون للمصرف ولو كان مالاً مستقبلاً، فإن ركن التسليم المُشترط في الرهن واقع لأن الحساب المصرفي مفتوح لدى ذات المصرف والقيمة النقدية لا تزال في ذمته المالية وبالتالي فهو تسلم القيمة حكماً وهو من سيتحكم بناتج الحساب لكن يبقى على المصرف ضماناً لحقوقه أن يقوم بإجراء إيقاف مؤقت للحساب لاستخراج الرصيد قبل قبول الرهن وذكر أن القيمة المُجمّدة هي ضمان، وتبقى المخاطرة الواضحة هنا أن يظهر عند إيقاف الحساب الضامن لاحقاً أو قفله أنه حساب مدين لا دائن فتغدو عملية الرهن بلا فائدة.

مما سبق يظهر أن أحكام الرهن بالنسبة للحسابات الجارية لا تزال غير ناضجة وتواجه العديد من الصعوبات، مما يجعل المصارف تميل أكثر إلى اتفاق المقاصة كون أحكامه واضحة بالقانون وأكثر استقراراً.

٣- اندماج أو وحدة الحسابات:

بما أن الأصل هو الاستقلال فيما بين الحسابات المصرفية الممسوكة من طرف المصرف لنفس العميل فإن القول بوحدة هذه الحسابات لا يكون له أي مفعول إلا بالاستناد إلى اتفاق الطرفين على ذلك، هذا الاتفاق الذي غالباً ما يكون صريحاً ولا يتم تغييره إلا في حدود ضيقة جداً ويُفسر تفسيراً ضيقاً لأنه اتفاق على خلاف الأصل^{١٩٢}.

غير أن الاتفاق على وحدة الحسابات لا يقبل التطبيق في الحالة التي تكون فيها هذه الحسابات مختلفة فيما بينها من حيث الطبيعة القانونية أو من حيث الوصف كما هو الشأن مثلاً بالنسبة لحسابين أحدهما تحت الطلب (حساب

^{١٩٢} وفي هذا المجال أكد نظام العمليات الخاص بالمصرف العقاري في المادة (١٠) منه على أنه عندما يكون لأي عميل عدة حسابات جارية في عدة فروع فتعتبر جميع الحسابات المفتوحة باسمه حساباً جارياً واحداً وبالتالي للمصرف الحق في كل وقت أن يجري التقاص بين الأرصدة المدينة والدائنة على أن يتم إبلاغ صاحب الحساب بذلك، وأكدت المادة (١٣٨) من نظام عمليات المصرف التجاري السوري هذا الحكم.

وديعة جارية) والآخر لأجل (حساب وديعة مجمدة مثلاً) وبالنسبة لحسابين مصرفيين أولهما مهني أي خاص بالمعاملات التي يجريها صاحبه في إطار نشاطه المهني وثانيهما خاص بالأمور الشخصية للعميل.

وتختلف هذه الطريقة عن اتفاق المقاصة بين الحسابات أنه في اتفاق المقاصة تبقى الحسابات مستقلة ومنفصلة ويكون للمصرف الحق في أن يجمع الحسابين معاً ليستخرج رصيداً واحداً أما في اتفاق الوحدة أو الاندماج فتعتبر به الحسابات أقساماً من حساب واحد ولها جميعها رصيد واحد^{٩٣}.

ويمكن أهم أثر لوحدة الحسابات المتعددة في علاقة المصرف بالعمل صاحب الحسابات في كون تحديد الرصيد الدائن لصالح هذا الزبون يتم بناء على وضعية جميع حساباته المذكورة وليس بناء على وضعية حساب واحد منها فقط، وبعبارة أخرى فإن معرفة ما إذا كان مركز صاحب الحسابات المتفق على وحدتها دائناً أو مديناً في علاقته بالمصرف تقتضي دمج أرصدة كل هذه الحسابات لاستخراج رصيد واحد مؤقت منها فإذا استقرت العملية السالفة الذكر على رصيد مدين من جانب هذا الزبون فإنه يعتبر في وضعية مدينة إزاء المصرف الذي يمسك حساباته ولو كان رصيد أحد هذه الحسابات دائناً لصالحه، وعلى هذا الأساس يتم تحديد ما إذا كانت هناك مؤونة كافية لوفاء الشيك المسحوب على أحد الحسابات المبرم بشأنها اتفاق على وحدتها، ذلك أنه يتعين على المصرف لتقدير مدى توفر المؤونة الكافية لوفاء الشيك المسحوب عليه من طرف العميل أن تأخذ بعين الاعتبار الرصيد المؤقت لجميع

^{٩٣} وقد اختلف حول نوع الحسابات التي يحق للمصرف الاتفاق مع العميل على دمجها كضمان فذهب رأي إلى أنه لا يجوز التوحيد إلا إذا كان تعدد الحسابات مادياً فقط أي إذا كانت الحسابات المتعددة مجرد خانات مادية من حساب قانوني واحد وأنه لا يُحتج به على الغير إذا اختلف كل حساب عن الآخر سواء من ناحية طبيعته أو من ناحية الفائدة التي يُرتبها أو أجله وبذهب رأي آخر - وهو الراجح - أن الاتفاق ينتج أثره لو كانت الحسابات مختلفة من حيث شروط فتحها أو سعر الفائدة التي ترتبها.

الحسابات المصرفية التي يشملها اتفاق الوحدة وليس فقط رصيد الحساب المسحوب منه الشيك المقدم للوفاء.

أما بالنسبة للغير فمن المعلوم فالدائن يمكنه وفق شروط معينه توقيع الحجز على أموال مدينه لدى الغير لاستيفاء حقوقه منها^{١٩٤}، على أنه إذا كان هذا الحق يقبل التطبيق على الأموال النقدية المدرجة في الحساب المصرفي فهو قد يكون عديم الجدوى في حالة توقيع الحجز على الرصيد الدائن لأحد حسابات العميل المدين المبرم بشأنها بينه وبين المصرف الذي يمسكها اتفاق على وحدتها ذلك أن تحديد الأموال القابلة للحجز في مثل هذه الحالة يقتضي استخراج الرصيد المؤقت لمجموع حسابات المدين المصرفية المشمولة بهذا الاتفاق، الأمر الذي من شأنه أن يؤدي إلى عدم قبول طلب الحجز على رصيد الحساب المصرفي المذكور إذا ما تبين أن رصيد جميع الحسابات غير دائن لفائدة صاحبها، وغني عن البيان أن ما يسري على الدائن الحاجز يسري أيضاً على حامل الشيك المسحوب على احد الحسابات المصرفية المتفق بين صاحبها وبين المصرف المفتوحة لديه على وحدتها، فهذا الحامل لا يمكنه ولو كانت هناك مؤونة كافية بالحساب المسحوب عليه الشيك الذي قدمه المصرف من أجل الوفاء الاحتجاج على هذا المصرف بوجود هذه المؤونة إذا رفض هذا الأخير وفاء الشيك بسبب مديونية الرصيد المؤقت لجميع حسابات العميل الساحب^{١٩٥}.

^{١٩٤} انظر المادة (٣٥٨) وما بعدها من قانون أصول المحاكمات المدنية السوري.

^{١٩٥} ونذكر هنا أن الاتفاق على وحدة الحسابات المفتوحة لدى المصرف لنفس العميل قد لا يُنتج أي أثر تجاه دائني صاحب هذه الحسابات إذا ما أبرم خلال فترة الرتبة وكان القصد منه خلق مركز ممتاز للمصرف الدائن.

الفرع الثاني

الحساب المُجمَّد (رهن النقود)

قد يتخذ الضمان المُقَدَّم للمصرف صورة (رهن على مبلغ نقدي) يضمن وفاء العميل بدينه لصالح المصرف، وليس في التشريع السوري ما يمنع مثل هذا الرهن إذ أنه يعتبر رهناً حيازياً وارداً على منقول وفقاً لما تقرره المادة ١٠٢٨ وما يليها من القانون المدني السوري، وهو رهن كثير الوقوع في الحياة العملية ومن ذلك ما يؤديه الأفراد كتأمين مُعَجَّل لبعض الدوائر الحكومية، كالتأمين الذي يدفعه المشترك في الهاتف أو الكهرباء أو مبلغ النقود الذي يُسلمه شخص لإدارة المكتبة ضماناً لكتاب يستعيره^{١٩٦}.

ويُلاحظ أن هذا النوع من الضمانات لا ينطبق عليه معنى الرهن تماماً ذلك أن النقود تختلط بمالِيَّة المصرف المرتهن، فهو يلتزم برد مثلها ويمتلك المصرف وفقاً للعرف المصرفي حق التصرف فيها لذلك يطلق عليه البعض اسم ((الرهن الناقص))^{١٩٧}.

على أن هذا النوع من الرهن الحيازي يختلف في مجال العمل المصرفي عن الرهن الحيازي المادي من ناحيتين^{١٩٨}: الأولى أن هذا الرهن ينقل ملكيَّة النقود

^{١٩٦} أخذ المصرف التجاري السوري بهذا النوع من الضمانات حيث نصت المادة (٧١) من نظام العمليات الخاص به على أنه: (أ-يمنح المصرف زائنه حسابات جارية مدينة بالليرات السورية وبضمانة عُملات أجنبية تودع لديه وتبقى مجمدة لحين تسديد هذا الحساب. ب-يحدد قيمة هذا الحساب بنسبة لا تتجاوز ٨٠% من القيمة المعادلة للعملة الأجنبية المودعة ضماناً

ج-تحدد الإدارة العملات الأجنبية المقبولة ضماناً لهذا الحساب ومعدل الفائدة الدائنة المتوجبة لها).
^{١٩٧} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ١٩٨، وذلك تشبيهاً بالوديعة الناقصة التي يملكها المصرف ويلتزم فقط برد مثلها ولكنه يكون ملزماً بالاحتفاظ بخزائنه بمقدارٍ مساوٍ للوديعة من حيث العدد.

^{١٩٨} د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٢٣.

المرهونة إلى المصرف المرتهن ويلتزم المصرف برد مثله عند الاقتضاء، فإذا استحقَّ الدين المضمون ولم يقم المدين بوفائه يكون للمصرف المرتهن الحق في أن يقتضي حقه خَصْماً من المبلغ المسلم إليه. ومن ناحية ثانية ليس للمصرف المرتهن الانتفاع بالمال المرهون دون مُقابل ولا يلتزم باستثماره كالأشياء المادية الأخرى.

ويترتب على هذا الأصل نتائج أهمها أن المصرف المرتهن لا يُعتبر حائزاً لمال مملوك للغير، بل يكون مجرد مدين بدين نقدي وهو ما يسمح بوقوع المقاصة بين ما له وما عليه للعميل المدين كما أن هلاك المال المرهون يكون على المصرف المرتهن لأنه مجرد مدين بشي مثلي فلو هلك التزم برد مثله ولهذا يتحمل نتائج القوة القاهرة^{١٩٩}.

أولاً: إنشاء الرهن ونفاذه تجاه الغير

يتم تنظيم رهن النقود - بوصفه رهن لأموال منقولة - وفق الضوابط الخاصة برهن الأموال المنقولة رهنًا حيازياً، ومن المعروف أن سند الرهن الحيازي هو عقد الرهن نفسه^{٢٠٠} فيخضع هذا العقد في صحته وانعقاده للقواعد العامة في إنشاء التصرفات القانونية.

١- إنشاء الرهن

ينشأ رهن النقود بالعمل المصرفي بأن يقدم العميل إلى المصرف مبلغاً نقدياً يُتَقَق بينهما بموجب عقد الرهن على تخصيصه لضمان الدين القائم أو الذي من الممكن أن ينشأ لصالح المصرف ضد هذا العميل^{٢٠١}. ومن الممكن ألا يُقَدَم

^{١٩٩} تنص الفقرة الأولى من المادة (١٠٣٥) من القانون المدني السوري على أنه (١- الدائن مسؤول مبدئياً عما يصيب الشيء من هلاك أو تعيب)، أيضاً د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق ص ١٠٤٣.

^{٢٠٠} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ١٧٨.

^{٢٠١} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٤٤.

هذا المبلغ إلى المصرف بل قد يكون في حيازته من قبل كأن يكون المبلغ هو رصيد حساب وديعة فيُتَقَق على رهن قيمة الحساب على سبيل الضمان بعد تجميده، وقد يكون الحساب جارياً فيُتَقَق على أن يتم إيقافه وأن يستخرج المصرف رصيده الدائن بتاريخ الرهن ليجمده مع إمكانية استمرار سير الحساب بالنسبة للمستقبل، والجامع بين كل هذه الصور أن الرهن يرد على مبلغ نقدي محدد يُتَقَق على حبسه في يد المصرف بتاريخ معين لضمان الوفاء بالتزام. وبمقتضى عقد الرهن هذا يصبح المصرف مالكا للمبلغ الذي تسلمه ومديناً للعميل الراهن أي ملزماً أن يرد له مثله عدداً عند نهاية الرهن، ولكن من المهم أن ندرك أن تملك النقود ليس هدفاً مقصوداً بذاته من قبل المصرف بل إن المقصود أن تكون يده عليها يد وديع^{٢٢} وأن هذه الوديعة المقصود بها حبس النقود لدى المصرف على سبيل الضمان ويجمع المصرف وقتها بين صفتين: الدائن المرتهن والوديع.

وحتى يستفيد المصرف من الميزة المقررة له كدائن مرتهن في الاختصاص بالمال المرهون دون مزاحمة بقية دائني العميل يجب أن يكون المبلغ المرهون مُخصصاً لضمان الائتمان المراد منحه ، ويكون ذلك باتخاذ الإجراءات التالية: أ- أن يقيد المصرف في دفاتره دخول المبلغ المرهون في ذمته لأن من اللازم لنفاذ الرهن على الغير أن يُفَرَز القيد الخاص بالمبلغ المرهون في الحساب

^{٢٢} حيث أن تحوّل يد المصرف إلى يد وديع -من حيث المبدأ- هو ما يمنحه قانوناً ميزة تملك المبلغ النقدي ولا يكون عندها على المصرف إلا رد مثله فيتحول المبلغ من وديعة بالمعنى الفني البحت إلى وديعة مصرفية وهذا ما نصت عليه المادة (١٩٤) من قانون التجارة السوري بقولها: (إن المصرف الذي يتلقى على سبيل الوديعة مبلغاً من النقود يصبح مالكا إياه ويلتزم برد مثله دفعة واحدة أو على دفعات بمجرد طلب المودع أو وفق المواعيد وشرط الإخبار المسبق المعينة في عقد الوديعة).

القائم بين المصرف والعميل، حتى يعلم الغير بتعلق حق المصرف بهذا المبلغ وأن العميل غير حر بالتصرف فيه^{٢٠٣}.

ب- من الممكن أيضاً أن تُحبس النقود في حساب خاص-باتفاق الطرفين- يكون غير قابل للتصرف فيه((حساب مجمّد))^{٢٠٤} ويجب ألا يكون هذا الحساب باسم العميل إعمالاً لقواعد الرهن الحيازي والتي تقتضي تسليم المال المرهون للدائن المرتهن وهو ما يُعتبر إجراءً يُخرج المبلغ المرهون من سلطة العميل في التصرف لأن بقاء المبالغ النقدية في حساب خاص باسم العميل يعرّض المصرف لمخاطر كبيرة ليس أقلها أنه لا يستطيع اقتضاء دينه بالأولوية من المال المرهون بهذه الطريقة في حالات إفلاس العميل أو وفاته أو حتى عند رفع السرية المصرفية عن حساباته لصالح أشخاص آخرين^{٢٠٥}.

ج- كما يلزم أن يكون تخصيص المبلغ المرهون -كقيمة نقدية- لضمان عملية معينة مُبيناً بشكل لا يدعو مجالاً للشك بأن المبلغ مخصص لغرض الرهن فقط وليس لأغراض أخرى وبالتالي فهو يخرج من ذمة العميل، وبعبارة أخرى يُستبعد من الضمان العام لبقية الدائنين والتي من الممكن أن يباشروا عليه حقوقهم.

٢- نفاذ الرهن تجاه الغير:

إذا كان الرهن ينعقد صحيحاً ويُرَتب أثره فيما بين طرفيه بالاتفاق وتسليم النقود إلى المصرف المرتهن فإن نفاذ الرهن على الغير يتطلب إجراءات أخرى إضافية تهدف بشكل أساسي إلى شهر هذا الرهن .

^{٢٠٣} ويُعتبر ذلك أيضاً إعمالاً لمبادئ الرهن التجاري التي تقتضي خروج العين المادية من يد الراهن كي لا تظهر للغير وكأنها جزء من ذمته المالية، انظر المادة (١٢٠) وما بعده من قانون التجارة السوري.

^{٢٠٤} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٤٢.

^{٢٠٥} معتصم سويلم نصر: المرجع السابق، ص ٣٤.

وأهم إجراء هو نقل حيازة المال المرهون وتسليمه إلى المصرف بوصفه دائناً مرتبناً^{٢٠٦} حيث يتم تسليم المبلغ إلى المصرف بعدة طرق: فقد تُقدم إليه في الخزينة مع بيان أنها للرهن وقد تكون في حيازته من قبل على سبيل الوديعة مثلاً فيؤذن للمصرف بحبسها وتخصيصها للرهن عن طريق القيود المحاسبية. وقد سبق وذكرنا أن المصرف يملك النقود المرهونة بكونها من المثليات بحيث يكون له التصرف بها ويتحمل نتائج هلاكها^{٢٠٧}، ولكن هذا التملك ليس مقصوداً بحد ذاته لأن المصرف يتعهد برد النقود للعميل الراهن عند نهاية الرهن، لذا على المصرف أن يُراعي في حيازته للنقود إجراءات تبرر وتثبت كونه قد تسلمها وأن هذا التسلم على سبيل الرهن وأن يكون هذا الوصف الأخير بارزاً بحيث يحمي مصالح الطرفين .

لكن لكون المال المرهون هو (نقود) أي أشياء مثالية ستختلط بنقوده الأخرى الموجودة في خزانته فقد وجب عليه أن يتخذ إجراءً يفرزها عن غيرها بغية شهر الرهن وبشرط أن يتوافر لهذا الإجراء شرطين^{٢٠٨}:

-الأول: أن يخرج المال المرهون من ذمة الراهن أي أن يستبعده من ذمته بحيث لا يكون لدائنيه أن يباشروا عليه حقوقهم.

-والثاني: أن لا يختلط بباقي عناصر ذمة المصرف المرتبته أي أن يظل بعيداً تماماً عن هذه العناصر (وذلك ممكن نظرياً ويتم عملياً عن طريق القيود المحاسبية).

ويندمج هذا الأمران من (الناحية المحاسبية) حيث أنه لا يُقيد المبلغ في الجانب الدائن لحساب العميل فمن الصحيح أن المصرف مدين له بهذا المبلغ ولكن تركه في حسابه يكشف للغير على أن له حق التصرف به وهو ما يخالف نظام

^{٢٠٦} انظر المادة (١٢٠) من قانون التجارة السوري والمادة (١٠٣٠) من القانون المدني السوري .

^{٢٠٧} انظر المادة (١٩٤) من قانون التجارة السوري.

^{٢٠٨} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٤٨.

الشهر وانتقال الحيازة بعقد الرهن، فإذا حصل القيد في الجانب الدائن للعميل فإنه لا يُعتبر أنه تم التسليم للمصرف المرتهن بالمعنى المطلوب للرهن^{٢٠٩}.
لذا يكون الشكل الأمثل للتسليم بأن يقيد المبلغ في حساب خاص بعملية الرهن وهنا يجب أن لا يكون هذا الحساب باسم المصرف وإلا تعذر على الغير أن يعلم أن المبلغ مرهون لذلك يجري العمل على فتح حساب مجمّد ((خاص)) باسم العملية المضمونة ذاتها^{٢١٠}، وقد درج على تسمية هذا الحساب باسم حساب (التأمينات النقدية)^{٢١١}.

ثانياً- النظام القانوني للمبلغ المرهون

١- آثار تسليم النقود المرهونة

ينتج عن تسليم العميل الراهن المبلغ المرهون للمصرف عدة نتائج أهمها:
أ- نظراً لكون المبلغ المرهون مقيد في حساب خاص ومخصص لوفاء الدين المضمون فمن الطبيعي أن لا يكون للعميل حق في التصرف في هذا المبلغ ولا سحب شيكات عليه حيث لا يصلح المبلغ المرهون ليكون مقابلاً للوفاء لشيك يسحبه العميل.

ب- على المصرف ألا يُعامل هذا الحساب معاملة الحساب الجاري أو حساب الوديعة العادي لاختلاف النظام القانوني الخاص بهما، فلا يرسل إلى العميل كشف حساب دوري كما أن رصيد هذا الحساب لا يرتب -من حيث المبدأ- فائدة لصالح المدين الراهن^{٢١٢}.

^{٢٠٩} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، نفس الموضوع.

^{٢١٠} انظر المادة (٨١) من نظام عمليات المصرف العقاري.

^{٢١١} معتصم سويلم نصر: المرجع السابق، ص ٣٤-٣٥.

^{٢١٢} لكن يمكن للعميل نتيجة التفاوض مع المصرف الحصول على موافقته على منح فائدة عن المبلغ المرهون وإدراج مثل هذا الشرط في عقد الضمان الموقع بينهما، لأن عملية الرهن تبقى في جوهرها علاقة تعاقدية فليس هناك ما يمنع من أن يتفق الطرفان على أن يُنتج الحساب فوائد، لذا لا بد من

والسؤال المطروح هنا أنه في حال تم الحجز على أموال العميل المدين الراهن من قبل دائنيه الآخرين فهل يشمل هذا الحجز المبلغ المرهون لدى المصرف؟ يذهب الرأي الراجح إلى أنه لا يجوز الحجز على رصيد الحساب المحبوس لدى المصرف لأن الراهن ليس له الحق بالتصرف بالمبلغ المرهون ولذا فلا يلتزم المصرف بذكر المبلغ المرهون في الإقرار الذي يقدمه عمّا للعميل في ذمته عند توقيع حجز تحت يده على هذه الأموال^{٢١٣}.

٢-التنفيذ على النقود المرهونة:

متى حل أجل الدين ولم يوفه العميل المدين كان للمصرف المرتهن الحق بأن ينفذ على المال المرهون، والأصل أن يتبع المصرف الدائن في ذلك التنفيذ الإجراءات القانونية مع الإشارة إلى بطلان الاتفاق الذي يملك به المصرف الدائن المال المرهون في حال عدم وفاء العميل لإلتزامه بالرد وهو ما يُسمى(شرط الطريق المُمهّد)^{٢١٤} لأن مثل هذا الاتفاق يكون غالباً لصالح المصرف المرتهن وظالماً لمصالح المدين الراهن حيث يؤدي إلى تملك المصرف للمال المرهون نظير مبلغ يكون عادة أقل من قيمة الضمان بكثير. وفي الواقع أنه في حالة رهن النقود يكون التنفيذ على النقود حاصل بمجرد عدم وفاء الدين لأن مركز الطرفين في الرهن متقابل وكلاهما مدين ودائن للآخر فتقع المقاصة بينهما تلقائياً بمجرد أن يتمسك بها المصرف الدائن^{٢١٥} وهنا لا

الرجوع إلى شروط الاتفاق لتقرير قصد الطرفين (د. هشام فرعون: القانون التجاري البري، ط ٢، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ١٩٩٥، ص ١٦٩).

^{٢١٣} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٤٩.

^{٢١٤} تنص الفقرة (٢) من المادة (١٢٨) من قانون التجارة السوري على أنه: (يُعد باطلاً كل نص في عقد الرهن يجيز للدائن أن يملك المرهون أو أن يتصرف به بدون الإجراءات المبينة آنفاً).

^{٢١٥} انظر المادة (٣٦٣) من القانون المدني السوري.

محل للخوف من ظلم المدين لأن قيمة المال المرهون هنا مُحَقَّقة ومعروفة مقدماً لأنه ((نقود)).

أما إذا كان المبلغ المرهون مقدماً من شخص غير المدين-كفيل عيني- فإن المديونية و الدائنية لا تكون متقابلة بين المرتهن والراهن-وهو أحد شروط المقاصة- وهو من الغير في حين أن حقه مستحق في مواجهة المدين لذا فإنه لا مجال لإجراء التقاص ويلزم المصرف بإتباع الإجراءات القانونية للمطالبة بقيمة الدين^{٢١٦}.

^{٢١٦} انظر المادة (٣٦٠) وما بعدها من القانون نفسه.

المطلب الثاني

الضمانات الخاصة بفتح الاعتماد^{٢١٧}

يُعتبر عقد فتح الاعتماد صورة من صور الائتمان المباشر^{٢١٨} حيث يلتزم فيه المصرف بأن يضع تحت تصرف العميل مبلغاً معيناً يجوز للمستفيد قبضه دفعة واحدة أو على دفعات خلال فترة معينة^{٢١٩}.

ومن الطبيعي أن المصرف عند منح مثل هذا النوع من التسهيلات الائتمانية يطلب من العميل المدين ضماناً، وهذه الضمانة غالباً ما تكون من الضمانات التقليدية التي يلجأ إليها أي دائن في المعاملات التجارية العادية أي الضمانات العينية والضمانات الشخصية.

والقاعدة العامة تقضي بأن الضمان الذي يقدمه العميل والمقرر لضمان وفائه لما يتحمله المصرف في تنفيذ عقد الاعتماد - لا يضمن إلا الديون الناتجة عن العملية أو العمليات الداخلة في عقد الاعتماد دون غيرها فإذا كان الاعتماد بصورة حساب جار مكشوف فإن الضمان لا يضمن الديون الناشئة عن عقد القرض مثلاً بين العميل والمصرف^{٢٢٠}.

وأيضاً إذا عدل الاعتماد أثناء تنفيذه بأن أصبح يتسع لصور أخرى فلا يضمن الضمان المقدم هذه الصور الجديدة مع ملاحظة أن ما نقصده هنا هو

^{٢١٧} يُستعمل لفظ الاعتماد بمعنى (الثقة) أي أن المصرف يثق في عمله كما أنه يمكنه من الحصول على ثقة الغير به، حيث أن العميل يطلب من المصرف أن يثق فيه وأن يمكنه بوسائل معينة من الحصول على هذه الثقة لدى الغير.

^{٢١٨} إيمان انجرو: التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، جامعة تشرين، ٢٠٠٧، ص ٢٥.

^{٢١٩} انظر المادة (٢٣٢) من قانون التجارة السوري.

^{٢٢٠} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٥٣، أيضاً المادة (٢٣٧) من قانون التجارة السوري.

التعديلات الجوهرية على الاعتماد كتعديل مدة الاعتماد أو مقداره أو طبيعته لأن التعديل في مثل هذه الشروط إنما يعتبر اعتماداً جديداً.^{٢٢١} ولعل إطالة مدة الاعتماد هو من أكثر الحالات حدوثاً بالواقع العملي حيث يُعتبر اتفاق المصرف والعميل على إطالة عمر الاعتماد اعتماداً جديداً وكل ما يدفعه المصرف وينفذه بعد الميعاد الأصلي لا يضمنه الضمان المقدم لأنه يعتبر خارجاً عنه.^{٢٢٢}

ولعلّ تطبيق الحكم المتقدم يفترض أن تكون إطالة الأجل اتفاقاً جديداً بالمعنى الحقيقي وهنا لابد من التدقيق في الموضوع. فمن البديهي أنه إذا كان بالعقد شرط يجيز للعميل أن يطلب تمديد الأجل فإن استجابة المصرف ستكون تنفيذاً للعقد الأصلي وليس اتفاقاً جديداً، أما إذا كانت الإطالة مجرد تسامح من المصرف دون أن يقوم بتعديل شرط المدة الموجود في عقد الاعتماد فإن أثر الضمان يمتد إلى الأجل الجديد وذلك لأن العرف المصرفي يُقر أن الأجل المُحدّد بعقد الاعتماد مُقرر لصالح المصرف له أن يتمسك بحلوله وله أن ينزل عن ذلك ويبتلي فيه بشرط أن لا يكون ذلك مترافقاً مع تعديل شروط العقد الأخرى.^{٢٢٣}

^{٢٢١} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٥٤

^{٢٢٢} وقد حكمت محكمة النقض المصرية في ذلك أن: (الكفالة في عقد الاعتماد لا تضمن إلا التزامات العميل الناشئة من تنفيذ هذا العقد وحده، ولا تمتد إلى الالتزامات التي تنشأ في ذمته قبل فتح الاعتماد أو بعده أو مخالفة لشروطه) مُشار إليه لدى د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق هامش ص ١٠٥٤.

^{٢٢٣} علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٥٢٦.

الفرع الأول

نظام الضمان وفاءً للاعتماد المنفذ في حساب جار

أولاً- التعريف بالحساب الجاري

عرّف قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ الحساب الجاري في المادة ١٨١ بقوله: (يُراد بعقد الحساب الجاري الاتفاق الحاصل بين شخصين على أن ما يسلمه كل منهما للآخر بدفعات متبادلة ومتداخلة من نقود و أموال وأسناد تجارية قابلة للتملك يسجل في حساب واحد لمصلحة الدافع وديناً على القابض دون أن يكون لأي منهما حق مطالبة الآخر بما سلمه بكل دفعة على حدة بحيث يصبح الرصيد النهائي وحده عند إقفال الحساب ديناً مستحقاً ومهيئاً للأداء).

وتتلخص الفكرة الأساسية للحساب الجاري في إرجاء استحقاق جميع الحقوق والديون بين الطرفين والداخله في الحساب في تاريخ واحد هو تاريخ قفل الحساب، بمعنى أن العمليات التي تقيد فيه يصيبها نوع من التجديد بحيث تفقد استقلالها وصفاتها وتصبح مجرد مفردات دائنة أو مدينة وتلتصق بالحساب برابطة قوية بحيث لا تمكن المطالبة بدين دخل الحساب حيث لا تسوى العمليات التي دخلت الحساب كلّ على حدة بل أنه أثناء سير الحساب لا يكون هناك دائن ومدين ولا تظهر صفتا الدائن والمدين إلا عند قفل الحساب واستخراج الرصيد^{٢٢٤}.

وينتج الحساب الجاري آثار هامة نذكر منها الأثر التجديدي وعدم تجزئة بنوده وندرسهما فقط فيما يفيد الموضوع وفقاً لما يلي:

^{٢٢٤} د. جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ٢٥٧.

١- مبدأ التجديد:

يقضي الأثر التجديدي للحساب بأنه عندما يدخل الدين أو المدفوع في الحساب الجاري فإنه يفقد صفاته الخاصة وكيانه الذاتي وينقضي ويحل محله مجرد بند في الحساب^{٢٢٥}. وما يُهْمنا بخصوص الضمانات أن الضمانات العينية والشخصية التي تضمن أي دين دخل في الحساب تنقضي وذلك لأن الضمانات تتبع مصير الدين المضمون، ولكن يجوز للمصرف والعميل الاتفاق على الاحتفاظ بهذه الضمانات وانتقالها إلى رصيد الحساب عند قفله^{٢٢٦} وهو ما يحرص عليه المصرف زيادة بالضمانات الخاصة بالاعتماد المفتوح بالحساب الجاري^{٢٢٧}.

٢- مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري:

ذكرنا أن الديون التي تُقيد في الحساب الجاري تتحول إلى بنود في الحساب وهذه البنود تندمج في كل غير قابل للتجزئة، وما دام الحساب مفتوحاً فلا يوجد حق ولا دين ولا يُمكن اعتبار أحد الطرفين دائناً والآخر مديناً^{٢٢٨} ويظل الحال هكذا حتى يُقفل الحساب (مع مراعاة الآثار القانونية للرصيد المؤقت) ويُصَفى فيظهر الرصيد النهائي الذي يُعتبر ديناً لأحدهما على الآخر. وتترتب على قاعدة عدم التجزئة آثار عديدة أهمها مايلي^{٢٢٩}:

- لا تجوز المطالبة على حدة بوفاء دين في الحساب الجاري، إذ يصبح هذه الدين بنداً في الحساب ومندمجاً مع سائر البنود على وجه لا يقبل التجزئة.

^{٢٢٥} د.سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ٩٣٣.

^{٢٢٦} انظر المادة (١٨٥) من قانون التجارة السوري.

^{٢٢٧} د.مصطفى كمال طه ود.على البارودي: المرجع السابق، ص ٦١٨.

^{٢٢٨} د.سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ٩٣٦.

^{٢٢٩} د.مصطفى كمال طه و د.على البارودي: المرجع السابق، ص ٦٢١.

-إذا قام أحد الطرفين بدفع مبلغ خلال فتح الحساب فلا يُعد ذلك وفاء ببند مدين فيه أو برصيده المدين في وقت معين، لأن أحد الطرفين لا يُعد مديناً للآخر ما دام الحساب مفتوحاً.

-لا يجوز أن تقع المقاصة بين بند دائن وبند مدين في الحساب لأن المقاصة وفاء واستيفاء والقيد في الحساب ليس وفاء كما تقدم، إنما تقع مقاصة إجمالية شاملة بين جميع البنود الدائنة والجميع البنود المدينة عند قفل الحساب فيظهر الرصيد النهائي.

ولكن لا يحول مبدأ عدم تجزئة بنود الحساب الجاري دون الاعتداد بالرصيد المؤقت الذي جرى العرف المصرفي على بيانه دائماً عقب كل عملية بين المصرف والعميل^{٢٣٠}، ولا يُعد ذلك استثناءً أو انتقاصاً من مبدأ عدم التجزئة لأن كل بند من بنود الحساب يظل مندمجاً في المجموع إلا أنه يهدف للتسهيل من هذه الأحكام بحث تكون ذات نفع أكبر للمصرف والعميل فيجوز للطرف الذي يكون مركزه المؤقت دائناً التمسك بهذه الصفة في مواجهة الطرف الآخر.

ثانياً-النظام القانوني للضمان:

يغلب في العمل أن يُتَّفَق على تنفيذ الاعتماد في صورة حساب جاري يفتح لهذا الغرض أو في الحساب الجاري القائم بين العميل والمصرف ذلك لأن الحساب الجاري يسدي خدمة كبيرة في حالة فتح الاعتماد بفضل طبيعته القانونية الخاصة و أحكامه التي تميزه عن غيره من أنواع الحسابات .

فعلى سبيل المثال في حالة القرض الذي يقدمه البنك للعميل - وهو أحد من الصور المتعددة لعقد فتح الاعتماد^{٢٣١} - إذا لم يصحب عقد القرض فتح

^{٢٣٠} د.محمود الكيلاني: المرجع السابق، ص ١٤٥-١٤٦.

^{٢٣١} من الصعب وضع تعريف جامع لدور المصرف في منح الائتمان من خلال عقد الاعتماد لأن صور تدخل المصرف من خلال هذا العقد في هذا الميدان متعددة، فيمكن أن يقدم المصرف للعميل

حساب جار فإن حقوق العميل المقترض لا تعدو سحب مبلغ القرض المتفق عليه وإذا رده فإنه لا يستطيع أن يسحبه ثانية وإذا رد جزءاً منه كان ذلك وفاءً للدين ولم يكن للعميل أن يستفيد من هذا المبلغ بعد ذلك^{٢٣٢}، أما القرض المصحوب بحساب جار فإنه يمكن العميل-خلال المدة المتفق عليها-أن يسحب المبلغ كله أو بعضه وإذا رده كله أو بعضه للمصرف كان له الحق في أن يعود فيسحبه مرة ثانية وذلك لأن رد المبلغ لا يعتبر وفاء بل مجرد دفع في الحساب الجار وهكذا يستطيع الإفادة من المبلغ فائدة أوسع من الفائدة التي يحصل عليها في حالة القرض بدون حساب جاري.

وقد نص المشرع السوري في الفقرة الثانية من المادة ٢٣٢ لقانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ على أنه: (٢-إن الدفعات التي يسدها المستفيد أثناء مدة الاعتماد لا تنزل من قيمة الاعتماد الإجمالي إنما تزيد في الرصيد الذي يجوز له قبضه خلال المدة المذكورة ، ما لم يتفق على خلاف ذلك) ويُفهم من هذا النص أن المشرع اعتبر عقد الاعتماد مفتوحاً بحساب جار بدلالة أن ما يدفعه العميل إنما لا يعتبر وفاءً بل يزيد في الرصيد الدائن للعميل. ولكن التساؤل الهام يكمن في أنه لو قدم العميل ضماناً لاعتماد مُنفذ بحساب جاري فهل يعتبر الضمان مقدماً في هذه الحالة للاعتماد ذاته أم للحساب الجاري؟؟

نفرق في حال عقد الضمان الذي يقدم تأميناً للاعتماد المنفذ في حساب جار بين عدة صور وفروض مختلفة:

١-إذا فُتح الحساب الجاري في نفس وقت الاتفاق على عقد الاعتماد فإن الضمان المقرر لضمان تنفيذ العميل التزامه الناشئ عن الائتمان المقدم بصورة

--أو لشخص يحدده فوراً أو في أجل معين، أدوات للوفاء أي نقوداً أو أدوات أخرى يستخدمها العميل في وفاء التزاماته وقد لا يُقدم المصرف هذه الأدوات أو النقود بل يكتفي أن يتعهد بتقديمها.
^{٢٣٢} د. جمال الدين عوض: مرجع سابق، ص ٢٦١.

اعتماد مصرفي يضمن رصيد الحساب الجاري بأكمله وذلك لأن دين الاعتماد يندمج مع دين الحساب الجاري^{٢٣٣} والعكس صحيح أي أن عقد الضمان الذي يُبرم لضمان عقد الحساب الجاري يضمن رصيد عقد الاعتماد بالكامل أيضاً. واندماج دين الاعتماد في دين رصيد الحساب الجاري أمر منطقي وسببه أن مصدر الدين هو واحد وهو الاعتماد في حساب جارٍ، فطالما أن مصدر الدين واحد وهو عقد الاعتماد المنفذ في حساب جارٍ فإن الضمان المُقدّم لأحد مكونات هذا الدين سيشمل كل بقية المكونات أيضاً.

٢- إذا كان الحساب الجاري الخاص بالعميل موجود قبل الحصول على الائتمان من المصرف واثقّ على أن يُنفذ المصرف عقد الاعتماد الخاص بالعميل في حساب جارٍ وأُبرم عقد ضمان لضمان الدين الناتج عن عقد الاعتماد فقط فليس هناك صعوبة قانونية لأن كل من العقدين -عقد الحساب الجاري القديم وعقد الاعتماد المنفذ في صورة حساب جارٍ جديد- سيكونان مستقلين ابتداءً لاختلاف تاريخ إبرام كل عقد وسيشمل الضمان عقد الاعتماد المنفذ في الحساب الجاري الجديد دون الحساب الجاري القديم.

٣- إن من أهم القواعد التي تحكم سير الحساب الجاري فقهاً وقانوناً وتُعتبر من أهم ميزاته القانونية والتي سبق وذكرناها أنه (أثناء سير الحساب الجاري وقبل إقفاله لا يكون هناك حق أو دين)^{٢٣٤} والسؤال المطروح هنا أنه في حال توقف أثر الضمان أثناء سير الاعتماد في الحساب الجاري - كأن يكون للكفالة المقدمة ضماناً أجل وحلّ أجل هذه الكفالة أو كان هناك أجل للضمان انتهى قبل حلول أجل الاعتماد - فهل يتعطل أثر الضمان نتيجة القاعدة السابق ذكرها ؟

^{٢٣٣} علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٥٦.

^{٢٣٤} انظر المادة (١٩١) من قانون التجارة السوري .

الرأي الراجح يذهب إلى استبعاد هذا الأثر^{٢٣٥} ويذهب للقول إن الضمان يبقى ضامناً للرصيد النهائي للحساب الجاري ولكن في حدود مبلغ يساوي الرصيد المدين على العميل الذي كان موجوداً وقت انتهاء مدة الضمان، ونحن نؤيد هذا القول باعتبار أن العميل المستفيد من عقد الاعتماد يتعهد بدفع الرصيد النهائي للاعتماد منذ إبرام العقد بوصفه مديناً بقيمته وهذا التعهد هو الذي يضمن الضمان المقدم تنفيذه، ولكن عند اشتراط أجل للضمان فإن ذلك يُفهم منه أن هذا الأجل إنما وُجد لحصر المبلغ المضمون بقدر الجانب المدين في حساب العميل المدين وقت انتهاء أجل الضمان تماماً كما لو أن الحساب أُقلل بشكل نهائي بتاريخ حلول أجل الضمان.

ويدعم هذا الرأي ما ذهب إليه المشرع في المادة ٢٣٤ من قانون التجارة ٣٣ لعام ٢٠٠٧ بقوله: (إن التأمينات التي يقدمها المستفيد تضمن وفاء جميع المبالغ التي يستلفها في حدود قيمة الاعتماد منذ بدء مفعوله وحتى حلول أجله). ويفترض المشرع هنا أن مدة الضمان مستمرة مع استمرار الاعتماد فإن توقفت مدة الاعتماد عند أجل معين فإن الضمان يغطي قيمة الاعتماد إلى هذه اللحظة، وفي حالة الحساب الجاري فإنه يمكن إجراء إيقاف للحساب بتاريخ انتهاء مفعول الضمان لاستخراج الرصيد المؤقت وتحقيق الدين وتحديد قيمة المديونية التي يغطيها الضمان.

وفي حال تغيّر قيمة الضمان المُقَدَّم لعقد فتح الاعتماد فإنه يتوجب على العميل تكملة النقص الذي حصل بقيمة الضمان فإن لم يفعل أو تأخر بالرغم من إخطار المصرف له يغدو من حق المصرف أن ينهي العمل بالاعتماد مع العميل قبل حلول أجله إلا إذا رأى إمكانية تخفيض قيمة الاعتماد الممنوح بنسبة النقص الحاصل بالضمان.

^{٢٣٥} هامل، فان رين، ومعهم الدكتور علي جمال الدين عوض، مشار إليه لدى د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٥٦.

الفرع الثاني

فتح الاعتماد بضمان تنازل

أولاً-تعريفه ونظامه القانوني:

يُعتبر عقد الاعتماد بضمان تنازل أو ما يُسمى بـ(اعتمادات التنازلات) أحد صور التسهيلات الائتمانية التي تُقدمها المصارف لعملائها من المقاولين أو الموردين ذوي الخبرة والكفاءة في تنفيذ ما يُعهد إليهم من عمليات نظير تنازلهم تنازلاً رسمياً لصالح المصرف عن مستحقاتهم الناشئة عن تنفيذهم لعقود المقاولات وعقود التوريد^{٢٣٦}، ويعني التنازل لصالح المصرف من الناحية القانونية أن يحل المصرف حلاً عينياً محل العميل فيما يُستحق له من حقوق مالية قبل الجهة صاحبة العملية كلياً أو جزئياً^{٢٣٧}.

ومن أجل ضمان نفاذ هذا التنازل قانوناً لصالح المصرف مانح الائتمان يحرص المصرف على التمسك بإجراءات حوالة الحق من العميل المقاول للمصرف وأهمها ما تنص عليه المادة ٣٠٣ من القانون المدني السوري والتي تقول أنه: (يجوز للدائن أن يحول حقه إلى شخص آخر إلا إذا حال دون ذلك نص القانون أو اتفاق المتعاقدين أو طبيعة الالتزام وتتم الحوالة دون حاجة إلى رضا المدين) ولا تجوز حوالة الحق إلا بمقدار ما يكون منه قابلاً للحجز (م ٣٠٤ ق.م).

ولا تكون حوالة الحق نافذة من قبل المدين أو قبل الغير إلا إذا قبلها المدين أو أعلن عنها، على أن نفاذها قبل الغير بقبول المدين يستلزم أن يكون هذا القبول ثابت التاريخ (م ٣٠٥ ق.م).

^{٢٣٦} انظر المادة (٦٥) وما بعدها من نظام عمليات المصرف التجاري السوري.

^{٢٣٧} عبد المعطي محمد حشاد: ٣٠٠ سؤال وجواب حول الأعمال المصرفية، ط٢، مكتبة الدار العربية للكتاب، بيروت، ٢٠٠٣، ص ٥٢.

ويحرص المصرف على الحصول على قبول رب العمل في عقد المقاول أو التوريد دون الاكتفاء بإعلامه فقط^{٢٣٨} كما أنه يتم إثبات التنازل بشكل رسمي وهو ما يفيد بحالات كثيرة منها أنه لو قام العميل بالتنازل مرتين عن مستحقته لدى رب العمل كانت العبرة للتنازل ثابت التاريخ ولو كان الآخر أسبق منه في الواقع، كما أنه إذا وقع حجز معين من أحد دائني العميل على مستحقته تحت يد رب العمل فالأفضلية تكون للمصرف المتنازل له إذا كان التنازل ثابت التاريخ وسابقاً عن الحجز^{٢٣٩}.

ويتم قبول التنازل من رب العمل (الجهة صاحبة العملية) بأحد شكلين^{٢٤٠}:
- إما أن يكون التنازل على ذات العقد المبرم بين المصرف والمقاول أو المورد ويكون موضحاً على كل من الأصل والصور وموقعاً عليه بالتوقيعات المعتمدة من هذه الجهة ومختومة بأختامها.
- وقد يكون القبول في مُحرَّر مستقل عن العقد.
وفي كلتا الحالتين يتعين إعطاء القبول تاريخاً ثابتاً لدى الكاتب بالعدل لإمكان الاحتجاج به قبل الغير^{٢٤١}.

ثانياً- مضمون النماذج الخاصة بعقد فتح الاعتماد بضمان تنازل:

غالباً ما يتم إنشاء الضمان بالتنازل من خلال توقيع عقد ((فتح اعتماد بضمان تنازل)) يحمل هذا العنوان ويحتوي جملة من الشروط التي استقر عليها العمل المصرفي، ومن الملاحظ أن هذه الشروط نادراً ما يتم مناقشتها من قبل العميل

^{٢٣٨} يجمع رب العمل هنا بين صفتي الدائن والمدين، فهو دائن للعميل المقاول أو المورد والذي يجب أن يقوم بالتزاماته بموجب عقد المقاول أو التوريد، وهو مدين بقيمة العقد التي سيقوم بدفعها بالأصل للعميل المقاول أو المورد عند تمام التنفيذ.

^{٢٣٩} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٥٨.

^{٢٤٠} عبد المعطي محمد حشاد: المرجع السابق، ص ٥٤.

^{٢٤١} انظر الفقرة "ب" من المادة (٦٥) من نظام عمليات المصرف التجاري السوري.

فهي عبارة عن نماذج عقود مطبوعة تعرض على العميل فإما أن يقبلها جملة أو أن يرفضها.

((ويتضمن العقد عمليتين مرتبطتين هما: فتح الاعتماد والتنازل من العميل عن حقه لدى الغير ضماناً لسداد الاعتماد، ونورد فيما يلي أهم ما تنص عليه هذه النماذج:

١- يُمهد العقد بذكر بيانات عن طرفيه وبأن العميل يطلب إلى المصرف أن يعطيه (خطاب ضمان) لرب العمل (جهة حكومية مثلاً) وأن يفتح له اعتماد بحساب جار لغاية مبلغ كذا بشرط أن لا يصرف أي مبلغ من هذا الاعتماد إلا بعد تنفيذ الشروط المبينة بهذا العقد، كما يتعهد العميل بعدم وجود تنازلات أو حجوزات موقعة ضده عن ذات العملية^{٢٤٢}.

٢- يحدد في العقد أن الاعتماد المفتوح يخصص للقيام بعملية معينة، على أساس أن المبلغ المستحق للعميل (الذي يقوم بتنفيذها) هو الذي يتنازل عنه ضماناً لفتح الاعتماد، كما يحرص المصرف على أن يتأكد من احترام العميل لهذا التخصيص حتى لا ينفق مبلغ الاعتماد في عمل آخر وعلى أن العميل يقوم بتنفيذ العملية تنفيذاً جيداً يستحق به لدى جهة الإدارة (رب العمل الآخر) المقابل لهذا التنفيذ وهو الذي يؤول إلى المصرف بمقتضى التنازل، وتمكيناً للمصرف من ذلك ينص العقد على^{٢٤٣}:

أ- يُعد العميل دفاتر حسابات منظمة على الوجه الذي يقبله المصرف وبحيث تكون موضع فحص واطلاع المصرف في كل وقت يراه.

ب- عدم التنازل عن العملية (أي المبالغ المستحقة نظير تنفيذ العميل التزامه الناشئ عن المقولة) أو التعاقد من الباطن بدون إخطار المصرف، حتى يقرر

^{٢٤٢} عبد المعطي محمد حشاد: المرجع السابق، ص ٥٤.

^{٢٤٣} دعلي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٥٩.

المتنازل والمتنازل إليه أو المقاول من الباطن كل منهما بأن حق المصرف على الأموال المستحقة والتي تستحق للعميل سابق على حق كل منهما. ت- يجب أن تقدم للمصرف الأوامر الصادرة للمقاول من جهة الإدارة وفواتير الشراء وكشوف مرتبات الموظفين وجميع المستندات التي يستطيع المصرف التحقق من واقعها بأن القيمة التي صرفت من الاعتماد استخدمت بالعملية فعلاً.

ث- يصرف الاعتماد طبقاً لمشئئة المصرف وبعد اقتناعه بأحقية (العميل) للمصرف، وليس للمقاول الحق في الاعتراض على توقف المصرف عن الصرف ولو بحجة أن الاعتماد يسمح بصرف جزء منه، ويتعهد العميل أن يمكن مندوب المصرف من التأكد من سير العمل في العملية وأن يسهل مهمته ويُعتبر حق المصرف في الاطلاع على حسابات العميل في كل وقت أساساً في التعامل مع المصرف.

ج- تأميناً لسداد قيمة الاعتماد ولخطاب الضمان ولكل مبلغ آخر يكون مستحقاً للمصرف في الحال والمستقبل لأي سبب كان سواء بهذا العقد أو بغيره، يتنازل العميل لصالح المصرف عن قيمة عملية كذا وقدرها مبلغ كذا ، ويصرح أن تُصرف رأساً ومباشرة جميع المبالغ التي تستحق عن هذه العملية ويعترف أن جميع الإيصالات والمخالصات التي يعطيها المصرف إلى رب العمل تكون سارية عليه.

د- لا يسمح للعميل باستخدام الاعتماد المفتوح له بموجب هذا العقد وبالشروط المبينة به إلا بعد تقديم قبول من رب العمل (جهة الإدارة مثلاً) لهذا التنازل وبعد إثبات تاريخ هذا القبول رسمياً كما تم ذكره.

هـ- مدة الاعتماد المفتوح بهذا العقد هي كذا تنتهي في تاريخ كذا حيث يجب أن يكون مسدداً تماماً و إلا استحقَّ المصرف من دون حاجة لأي تنبيه أو

إنذار فائدة تأخيرية قدرها كذا وهذه الفائدة تضاف إلى الأصل شهرياً من تاريخ الاستحقاق حتى تمام السداد.

ونشير هنا إلى أنه وإن كان من حق المصرف الاتفاق على تجاوز إجراء الاعذار والتبليغ إلا أن منطوق العبارة الأخيرة والمتعلقة بالفوائد يبدو غير صحيح لأن معناها استحقاق فائدة عن متجمد الفوائد وهو ما لا يجوز إلا إذا كان هناك عرف أو عادة مصرفية مستقرة^{٢٤٤} ووقتها فقط يمكن للمصرف وضع مثل هذا الشرط، ويبقى هذا الأمر موضوعياً يعود للقضاء أمر تقديره واكتشاف ما إذا كان هناك عرف تجاري أو مصرفي مستقر وإذا ما كان هذا العرف تبرره طبيعة الأعمال التجارية.

و- للمصرف الحق في قفل الحساب في أي وقت يشاء من دون حاجة إلى إبداء الأسباب، وله أن يطالب العميل بسداد ديونه خلال ١٥ يوم (وهي المدة المتعارف عليها) من تاريخ إخطاره بذلك للعميل مع سريان الفائدة عليه بواقع كذا من تاريخ المطالبة لغاية تمام السداد.))

يتضح مما سبق أن المصرف عند منحه مثل هذا الائتمان إنما يعمل من خلال عقد الضمان بتنازل على سد كافة الثغرات القانونية التي تحول دون اقتضاء حقه كما أنه يعمل على وضع كل ما يمكنه من تلافي تعقيد الإجراءات في التنفيذ على الضمان مع الأخذ بعين الاعتبار أن هذا النوع من الضمانات لازال يخضع لعملية التطوير القانوني التي تفرضه التطبيق العملي فيظهر من خلال هذا التطبيق السلبيات فيعمل على تلافيها كما تظهر الايجابيات فيعمل على تقويتها وصولاً إلى الشكل النموذجي المناسب لكل من المصرف والعميل.

^{٢٤٤} راجع المادة (٢٣٣) من القانون المدني السوري، ويُستثنى من هذه القاعدة حالة الحساب الجاري حيث راعى المشرع في ذلك ما استقر عليه العرف المصرفي بخصوص جواز احتساب فوائد مركبة في الحسابات الجارية تبعاً لما تفرضه الطبيعة القانونية والأحكام الخاصة بهذا النوع من الحسابات.

الفصل الثاني

أنواع الضمانات المُقدّمة للمصارف

ذكرنا سابقاً أن المصارف -وهي شركات تهدف للربح- تعمل على حماية نفسها أولاً عند تقديم أي خدمة أو تسهيل ائتماني للعملاء، وإن كان الأصل أن تقوم بمنح هذه التسهيلات اعتماداً على الثقة بعملائها^{٢٤٥} إلا أن هذا الأصل يقتصر من حيث التطبيق العملي على كبار العملاء أي الأشخاص الذين يقومون بطلب الخدمات الائتمانية بشكل منتظم من المصرف وبالوقت نفسه يقومون بسداد كافة الالتزامات المترتبة عليهم بدون أي تقصير.

والمصارف -كما بقية الدائنين- تتبع في حفظ حقوقها ما يتبعه الدائنون العاديون ونقصد بذلك سلوكها طرق الضمان التقليدية وفي مقدمتها الرهن والكفالة والسبب أنه وإن كان العمل المصرفي كان قد ابتكر عدد من الضمانات الحديثة إلا أن التطبيق المتواتر لنظم الضمانات التقليدية يجعلها تتجه إلى هذه الطرق على أساس استقرار الأنظمة القانونية لها ومعرفة أحكامها سواء من المصارف أو العملاء وبالتالي سهولة تطبيقها.

ولم تأخذ الضمانات شكلاً واحداً منذ ظهورها بل تطورت عبر العصور فلكل نوع من أنواع الضمان زمن اشتهر فيه ولذا نجد ضمانات فقدت ثقتها وضعف استعمالها في مرحلة معينة بينما برزت وازدادت أهميتها في مرحلة أخرى. وأول هذه الأشكال أو النماذج هي (الضمانات النقدية) التي ظهرت منذ عام ١٩٠٤^{٢٤٦} ثم توقف بعدها تطور الضمانات طويلاً قبل أن يعرف انقلاباً كبيراً في عصرنا الحاضر، فاعتباراً من عام ١٩٠٤ إلى يومنا هذا نجد أن الضمانات

^{٢٤٥} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٢٧.

^{٢٤٦} د. هزار سليمان حيدر: المرجع السابق، ص ٢١.

قد تغيرت وتطورت فبدأت مرحلة التحسين المستمر للضمانات التقليدية و انتهت هذه المرحلة في سنة ١٩٨٠م^{٢٤٧}، ثم فقدت هذه الضمانات جزءاً من أهميتها بالنسبة للدائنين ((خاصة بعد ظهور المصارف)) الذين أصبحوا يبحثون عن ضمانات بديلة كون أن آلية عمل هذه الضمانات الكلاسيكية لا تستجيب لعامل السرعة الضروري في العمل التجاري^{٢٤٨} مما دفع رجال القانون والتشريع في العالم إلى العمل على رد الاعتبار لهذه الضمانات وخاصة العينية منها فقاموا بتطوير ما يسمى بـ(ضمانات دون نزع الحيازة) وذلك في أوائل القرن العشرين.

والسؤال المطروح في هذا المجال: كيف يقوم المصرف بتحديد خياره المناسب في اختيار الضمان؟ ومتى يقرر اللجوء إلى الضمان التقليدي؟ وكيف تجري المفاضلة بين ضمان معين وآخر؟

بالواقع عندما يُقدّم المصرف على دراسة طلب أي عميل للحصول على الائتمان تواجه أولى العقبات المتمثلة بتحديد قيمة الضمان لهذا الائتمان، ففي هذه الحالة لا يوجد أمام المصرف مسار محدد ينبغي إتباعه لأنه لا يوجد قانون يحدد هذه القيمة بل يخضع هذا التحديد لمجموعة من الاعتبارات الفنية والقانونية التي تساعد المصرف على تحديد القيمة. وإن كان صحيحاً أن تحديد القيمة هو عملية اقتصادية تركز من حيث المبدأ على نوعية التسهيل الائتماني ومقدار الخطر الذي يتحمله المصرف إلا أن هناك عوامل أخرى تدخل في

^{٢٤٧} من أهم أنواع هذه الضمانات : الكفالة العادية، الرهن التأميني ((العقاري))، الرهن الحيازي.

^{٢٤٨} إجراءات إنشاء الرهن في الضمانات العقارية وفكه معقدة ومكلفة وتستغرق وقتاً طويلاً إضافة إلى أن الكفالة العادية ذات طبيعة احتياطية فلا يُطالب الكفيل ما لم تكن مُطالبة المدين المكفول ممكنة وللکفيل بالإضافة إلى ذلك أن يُدلي بدفوع المدين المكفول.

تحديد هذه القيمة بدءاً من شخص العميل وملاءة ذمته المالية وحجم موارده المالية وانتهاءً بطبيعة الضمان المقدم منه^{٢٤٩}.

ويأتي في مقدمة الاعتبارات الفنية والقانونية التي تساعد المصرف في تحديد قيمة الضمان المطلوب (العُرف المصرفي) فالمصارف بصفة عامة لها عادات وأعراف مكتسبة فيما يخص الضمانات كما أن تجارها المتراكمة في هذا الميدان تجعلها قادرة على تحديد قيمة الضمان المطلوب حسب طبيعة كل نوع من أنواع الائتمان المقدم ومستفيدة من تجارها السابقة في منح الائتمان ومجموعة الأخطاء التي قد تكون وقعت فيها بعمليات الائتمان السابقة.

لكن مع ذلك يبقى تقدير قيمة الضمان أمر نسبي يتعلق بشكل رئيس بـ(نوعية الضمان) فالضمان المطلوب في الوقت الحالي قد تكون قيمته في المستقبل مختلفة عن قيمته الحالية، تماماً كما هو الحال في الأوراق المالية من الأسهم والسندات والمقدمة كضمان والتي تتغير قيمتها بين لحظة وأخرى في تعاملات سوق الأوراق المالية^{٢٥٠}.

ونضيف إلى ما سبق عنصر الزمن (أجل الدين) وهو من أهم العوامل المحددة لنوع الضمان المقدم وقد حددنا أغلب الضمانات التي تطلبها المصارف تبعاً لأجل الائتمان الممنوح وكيفية مفاضلة المصارف فيما بينها^{٢٥١}، وهنا لا بد أن نذكر مجموعة من النقاط الهامة :

١- إن استقرار العمل بطرق الضمان التقليدية-وفي مقدمتها الرهن والكفالة- جعل قواعدها معروفة لدى جمهور المتعاملين وبالتالي كشف عن كل الميزات التي تتمتع بها والعيوب التي تعتريها، وعليه فإن المصرف عندما يدرس طلب العميل سيكون على اطلاع شبه كامل بمقدار الخطر (المخاطر المصرفية) الذي

^{٢٤٩} د.صلاح الدين السيبي:التسهيلات المصرفية للمؤسسات والأفراد، المرجع السابق، ص٥٧.

^{٢٥٠} د.صلاح الدين السيبي: قضايا مصرفية معاصرة، المرجع السابق، ص ٣٦-٣٧.

^{٢٥١} انظر الصفحة ٦١ من هذا البحث.

سيتعرض له ومن ثم اختيار الضمان الملائم وفقاً لما يتمتع به الضمان من ميزات تحميه من هذا الخطر، لهذا فقد يتخوف المصرف من استخدام بعض الضمانات الحديثة (المقاصة بين الحسابات - رهن النقود مثلاً) خاصة في حال وجود نقص في التشريع وعدم وجود نظام قانوني قوي يمكن اللجوء إليه كإطار عام ناظم لعقد الضمان ومن ثم يفضل اللجوء لضمان تقليدي (رهن عقاري مثلاً) يمنحه النتيجة المرجوة ويجعله بمعزل عن أي خطر جديد يمكن أن يظهر نتيجة التطبيق.

٢- ليس من الضروري أن يكون الضمان مناسباً لكافة أنواع التسهيلات الائتمانية فالائتمان طويل الأجل ترتفع فيه مخاطر عدم السداد لذا يبحث المصرف عن ضمانات ذات قيمة مستقرة لا تتأثر بطول الزمن وتكون مرنة تجاه الأزمات الاقتصادية بحيث تبقى قيمة الضمان مرتفعة لكي يتمكن من تحصيل الجزء الأكبر من حقوقه عند التنفيذ عليها.

٣- إن الضمان التقليدي لا يفرض قواعد جامدة على المتعاملين بمعنى أنه تم إجراء بعض التعديلات على بعض الشروط الخاصة بهذه الضمانات في مجال التعامل التجاري عموماً والمصرفي خصوصاً لتتماشى مع متطلبات السرعة والثقة.

ففي مجال الكفالة مثلاً تظهر بعض الشروط المثقلة على الكفيل تجاه المصرف^{٢٥٢} ومنها أنه إذا حلَّ أجل الدين المضمون حل أيضاً دين الكفيل وذلك خلافاً للقاعدة المعمول بها بالكفالة أن مركز الكفيل لا يسوء بأي سبب من جانب المدين، كما ظهرت في التعامل التجاري فكرة الرهن دون انتقال الحيازة استثناء من أحكام عينية الرهن الحيازي التي تقضي بانتقال المال

^{٢٥٢} سنطرق لبحث هذه الشروط عند الحديث عن الكفالة المقدمة للمصارف.

المرهون إلى يد الدائن المرتهن أو أجنبي يسمى (العدل)^{٢٥٣} حيث كان لفكرة الرهن دون انتقال الحيازة دور في حماية المصالح المتعارضة لأطراف عقد الرهن بحيث لا يلزم لنفاذه نقل الحيازة إلى الدائن المرتهن بل يُشهر بالقيّد في سجل خاص ليُعلم به الغير، وهذا النوع من أنواع الرهون منح المصارف الثقة في القيام بأعمال التمويل الضخمة ك شراء السفن أو الطائرات فمن جهة يضمن المصرف حقه في الحصول على دينه نتيجة وضع إشارات الرهن على ملكيّة الطائرات أو السفن في السجل الخاص بالملكيّة ومن ثم قدرته على التنفيذ عليها ومن جهة أخرى تقوم المصارف بتحقيق عائد مرتفع نظراً لضخامة أعمال التمويل لمثل هذه الصفقات.

وعليه سنفرد هذا الفصل للبحث بأنواع الضمانات التقليديّة التي يستعملها الدائنون عموماً لحفظ حقوقهم مع تركيزنا على النواحي الخاصة بالأعمال التجاريّة، فنبحث في الضمانات الشخصيّة (مبحث أول) وناقش فيها أحكام الكفالات المقدمة للمصارف والضمان الاحتياطي بالأوراق التجاريّة كوسيلتين من وسائل ضمان حقوقها كما نبحث في الضمانات العينيّة (مبحث ثان) ونفرد الحديث فيها للرهن ابتداءً من الأحكام الخاصة برهن المنقولات وصولاً إلى الأنواع الأهم للرهن وخصوصية استخدامها من قبل المصارف.

^{٢٥٣} راجع أحكام المواد (١٠٣١ و ١٠٩٥) من القانون المدني السوري والمادة (١٢٠) وما بعدها من قانون التجارة السوري.

المبحث الأول

الضمانات الشخصية^{٢٥٤}

ذكرنا سابقاً أن أموال العميل مدين المصرف جميعها ضامنة للوفاء بديونه وهذا ما يُعرف بحق الضمان العام وهو يفترض أن يتساوى المصرف مع غيره من دائني العميل في التنفيذ على ذمته الماليّة، إلا أن أي تغيير يطرأ على الذمة الماليّة للمدين يؤثر على حق المصرف الدائن وبالتالي فإن هذا الضمان العام لا يُعد وسيلة مؤكدة لتأمين حقوق المصرف، ومن هنا ظهر ما يُعرف بـ(الضمانات الشخصية) والتي تقوم على قاعدة ضم ذمة أخرى إلى ذمة المدين فكانت الكفالة الشخصية والضمان الاحتياطي كوسائل ضمان شخصي تحاول تدارك العجز الذي عرفه الضمان العام حيث تعمل على تعدد مصادر الضمان بدلاً من تركيزها بمصدر واحد^{٢٥٥}.

^{٢٥٤} إن صرامة القواعد التي تحكم الضمانات الشخصية التقليدية دفع المتعاملين إلى البحث عن أنواع أكثر مرونة من الضمانات فظهر ما يسمى بـ(الضمانات الشخصية المشتقة من الكفالة) وهي ضمانات شخصية تتشابه أحكامها وأحكام الكفالة نتجت عن الممارسة التعاقدية لعقد الكفالة (وفق مبدأ سلطان الإرادة) وأضفت بعض المرونة على قواعدها، وكان بداية ظهور هذه الضمانات على الصعيد الدولي لتدمج بعد ذلك في المجال الداخلي، وتتمثل هذه الضمانات بشكل خاص بخطابات الضمان المصرفية.

^{٢٥٥} حصرت المادة (١٠٢) من قرار وزارة المالية رقم (٣١٨) لعام ٢٠٠٦ المتضمن نظام عمليات المصرف العقاري الضمانات الشخصية المقبولة لدى المصرف العقاري بالكفالات المصرفية والضمانة الشخصية (كفالة الشخص الطبيعي) وتعهد الجهة الرسمية التي يعمل بها المدين بحسم نسبة من الراتب أو الأجر تسديداً للدين.

المطلب الأول

الكفالة

تحقق الكفالة الشخصية المُقدّمة للمصارف فوائد متوازنة فيما بين المصرف مانح التسهيل الائتماني والعميل، فهي تحقق الطمأنينة للمصرف بوجود ذمة أخرى يمكن أن ينفذ عليها في حال إفسار عميله وتمكن العميل من الحصول على ثقة المصرف تمهيداً لمنحه الائتمان المطلوب^{٢٥٦}.

ونقصد بالكفالة- في هذه الدراسة- الكفالة الشخصية أي تعهد شخص لآخر بوفاء حقه في حال تخلي المدين أو تقصيره عن الوفاء به، وقد عرفت المادة ٧٣٨ من القانون المدني السوري^{٢٥٧} أنها: (عقد بمقتضاه يكفل شخص تنفيذ التزام بأن يتعهد للدائن بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به المدين نفسه) ونظمها المشرع في المواد من ٧٣٨ إلى ٧٦٧ مدني وهي نصوص تُطبّق مع ما يكملها من عرف وعادة مصرفية- على الكفالات المقدمة للمصارف.

ولابد بداية من الإشارة إلى أن المشرع السوري وباستخدامه عبارة (بأن يفي بهذا الالتزام إذا لم يف به العميل نفسه) سمح بأن ترد الكفالة على أي التزام مهما

^{٢٥٦} إن الكفالة كلفظ تستخدم بمعان مختلفة حسب موضوعها وحسب الهدف القانوني من تنظيمها فهي تُستخدم عندما يلتزم شخص بإيداع مبلغ نقدي أو أوراق مالية ضماناً لما قد يترتب في ذمته من مسؤولية احتمالية بمناسبة ما يعهد إليه من أعمال أو ضماناً لرد ما يتراكم تحت يده بحكم عمله من أموال، فكثيراً ما يشترط أصحاب الأعمال على المستخدمين عندهم في أعمال تتطلب الأمانة بأن يقدموا إليهم قيمة مالية معينة تبقى لديهم طيلة قيام علاقة العمل لتكون ضماناً لما قد يترتب في ذمتهم من مسؤولية أثناء تنفيذ العمل المعهود إليهم، كذلك الشأن بالنسبة للمقاولين وغيرهم (راجع د. سعيد سعد عبد السلام: الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، مصر، ١٩٩٧، ص ١٠).

^{٢٥٧} تقابلها المادة (٦٤٤) من القانون المدني الجزائري والمادة (٧٨١) من القانون المدني الليبي والمادة (١٠٥٦) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي والمادة (١١٠٨) من القانون المدني العراقي والمادة (١٠٥٣) من قانون الموجبات والعقود اللبناني والمادة (٩٥٠) من القانون المدني الأردني والمادة (٧٧٢) من القانون المدني المصري.

كان نوعه مادام يمكن تقديره نقداً ويترتب على عدم تنفيذه الحكم بالتعويض وأي التزام مهما كان مصدره ، ولكن يجب ألا يفهم من هذه العبارة أن التزام الكفيل معلق على شرط واقف هو عدم وفاء العميل المدين بالتزامه الأصلي بالدين لأن الشرط أمر عرضي قد يُعلق عليه الالتزام أو يخلو منه بحيث يتصور قيامه بدون التزام بسيط، بينما لا يتصور قيام التزام الكفيل بدون عدم وفاء المدين بالتزامه، فعدم وفاء المدين بالتزامه يدخل في صلب التزام الكفيل وتفسره الصفة التبعية لالتزام الكفيل بل إن الكفيل يلتزم التزاماً منجزاً بمجرد انعقاد الكفالة إلا أن تنفيذ الالتزام يتراخى لحين قيام حالة عدم الوفاء.

والكفالة عقد مُلزم لجانب واحد هو الكفيل الذي يلتزم أمام المصرف الدائن بالدين المكفول ويظل العميل المدين في هذا الالتزام بعيداً عن عقد الكفالة^{٢٥٨} ولا يُغيّر من الطبيعة القانونية للعقد التزام المصرف الدائن-كما سنرى لاحقاً- بتسليم الكفيل كافة الوثائق التي تسمح له بالرجوع على المدين المكفول في حال عدم سداد له للدين^{٢٥٩} وأن يتخلى له عن المنقول المرهون أو المحبوس ضماناً للدين نفسه وأن يقوم بالإجراءات اللازمة لنقل التأمين العقاري إذا كانت العملية الائتمانية مضمونة بالوقت نفسه بهذا الضمان، لأن هذه الالتزامات ليست ناشئة عن عقد الكفالة وإنما مصدرها هو القانون نتيجة لوفاء الكفيل للدين.

ولكن ماذا لو لم يُقدم العميل كفيلاً فقام المصرف بالطلب من شخص طبيعي أو اعتباري - كفالة العميل مقابل أن يدفع له نظير كفالته ؟؟

^{٢٥٨} د. محمد المصري السعدي: شرح القانون المدني (التأمينات الشخصية والعينية-عقد الكفالة) دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٥، ص ١٢. وسنرى أن المصرف الدائن يُلزم-بنص القانون بالمحافظة على الضمانات الأخرى المقدمة والتي تضمن الدين المكفول لأن القانون يقضي بحلول الكفيل الذي أوفى الدين محل الدائن في حقوقه والتزاماته (م ٧٦٤ و ٧٦٥ ق.م).

²⁵⁹ Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud: Leçons de droit civil, sûretés – publicité foncière, tome 3, 1er volume, édition Montchrestien, 3eme éditions Paris, 1968, p 18.

من الواضح أن المصرف هنا أصبح ملتزماً بالتزام معين وهو (أداء مبلغ محدد) وبالتالي ينقلب عقد الكفالة في هذه الحالة ليصبح ملزماً للجانبين^{٢٦٠}.

والكفالة عقد يفترض حتماً وجود التزام أصلي (وهو التزام العميل تجاه المصرف الدائن) فيكون التزام الكفيل ضامناً لتنفيذ هذا الالتزام فيدور معه وجوداً وعدمًا^{٢٦١} لذا وجب أن يكون العقد الأصلي (عقد منح التسهيل الائتماني للعميل) صحيحاً وإلا فإنه لا يمكن كفالة ما ينشأ عنه من التزامات (م ٧٤١ ق.م).

ولا يجوز أن تكون شروط الكفالة أشد من شروط الالتزام الأصلي في حين أنه من الممكن أن تكون أخف (م ٧٤٦ ق.م) مع العلم أن عقد الكفالة هو الذي يحدد مدى التزام الكفيل بالكفالة لا تُفترض وإنما هي هنا وليد الاتفاق بين المصرف الدائن والكفيل وبالتالي يُرجع للعقد لمعرفة حدود التزام الكفيل وتحديد من حيث موضوعه ومدته وأوصافه.

والأصل أن يتفق المصرف مع الكفيل على القيمة المكفولة بصفة واضحة، لكن إذا لم يتفق الأطراف على القيمة المكفولة أو كان التحديد غير واضح فإن نطاق الكفالة يتحدد بمقتضى القانون وفقاً للقواعد العامة فتتص المادة ٧٤٧ من القانون المدني على أنه: (إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصروفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصروفات بعد إخطار العميل)^{٢٦٢} وتشمل مصروفات المطالبة الأولى كافة المصروفات التي ينفقها المصرف في مطالبة العميل المدين بالوفاء بالتزامه وتشمل تكاليف الإعذار ورسوم رفع الدعاوى ومصروفاتها وسنتكلم عنها بالتفصيل لاحقاً.

²⁶⁰ Mrty.G et Raynad.P: droit civil ,tomme3 ,volume1,p336.

^{٢٦١} د.زكي محمود جمال الدين: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع الشعب، القاهرة ١٩٧٩، ص ٣٨.

^{٢٦٢} وتتمثل ملحقات الدين في التعويضات التي يلتزم بها العميل المدين بسبب إخلاله بالتزاماته وكذلك الفوائد التي تنجم عن الدين بكل أنواعها القانونية والتأخيرية والاتفاقية.

الفرع الأول

إبرام الكفالة وتفسيرها

أولاً- إبرام الكفالة

باعتبار أن الكفالة عقد فلا بد من أن يتوافر فيها شروط صحة كل عقد أي التراضي ومحل الالتزام وسببه، مع الإشارة لتفضيلنا لاستعمال مصطلح التراضي عوض الرضا لأن الرضا قد يعني رضا طرف دون الآخر أما التراضي فيفيد تطابق إرادتين أي تراضي المتعاقدين. ويُعتبر عقد الكفالة من العقود الرضائية التي لا يُشترط في انعقادها أي شكل خاص فتتعد الكفالة بمجرد تطابق إرادتي طرفيها وهما الكفيل والمصرف الدائن أما العميل المكفول الذي تتعد الكفالة لمصلحته فليس طرفاً في العقد ولا يشترط رضاؤه بل تتعد الكفالة صحيحة رغم معارضته ودون علمه (م ٧٤١ ق.م) باعتبار أن الكفالة هنا في مصلحة المصرف الدائن وليس فيها من ضرر للعميل بل على العكس حيث أنها تقوي مركزه وإن كانت مثل هذه الحالة نادرة الوقوع^{٢٦٣}، ومن البديهي أن هذا الرضا- وخاصة رضا الكفيل بالذات- ينبغي أن يكون سليماً خالياً من الغلط والغش والتدليس^{٢٦٤}.

^{٢٦٣} د. نبيل إبراهيم سعد: التأمينات الشخصية، التبعية وغير التبعية، الكفالة، الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٠، ص ٤٢.

^{٢٦٤} (تكون الكفالة قبالة للإبطال للغلط إذا وقع الكفيل في غلط جوهرى في خصوص الدين الذي كفله، كأن يعتقد أنه ديناً لا ينتج فوائد فإذا به ينتجها، أو لا ينتج إلا فوائد بسيطة فإذا به ينتج فوائد مركبة أو ينتج فوائد بسعر معين فإذا به ينتج فوائد بسعر أعلى، جاز إنقاص التزام الكفيل إلى الحد الذي اعتقده، ويمكن الوصول إلى هذه النتيجة عن طريق القول إن الكفيل وقع في غلط جوهرى فتكون الكفلة قابلة للإبطال ولكن يبقى الكفيل ملزماً بالعقد الذي قصد إبرامه إذا ظهر الدائن استعداده لتنفيذ هذا العقد) مُشار إليه لدى د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانوني المدني، ج ١٠، دار إحياء التراث العربي، بيروت، ص ٣٣.

وقد عُرض موضوع تحديد المقصود بالغش أو التدليس في هذا الخصوص على القضاء الفرنسي حيث كان أحد المصارف قد أعطى -دون أخذ الحيطة أو الحذر- اعتماداً للعميل، الأمر الذي وفر له غطاء الثقة لدى الغير فقام أحد الأشخاص بكفالاته لدى المصرف ولما طُوبل الكفيل دفع مطالبة المصرف بأن رضاه كان معيباً وقت قبوله الكفالة وأن المصرف مسؤول أمامه كونه أعطى اعتماداً لشخص لا يستحقه مما دفعه لكفالاته وهو غش منه وتدليس، وهنا رفضت المحكمة قول الكفيل في خصوص الغش ولكنها أبطلت الكفالة لعيب في رضا الكفيل مبني على الغلط^{٢٦٥}، وفي الواقع يبدو هذا الحكم سليماً حيث يتوجب على الكفيل بذل الحد الأدنى من العناية عند قبول كفالة أي شخص ويبقى من واجبه هو وحده إجراء البحث والدراسة عن الوضع المالي للمكفول.

١- شكل الكفالة وقبولها وإثباتها:

ليس للكفالة شكل خاص أو صياغة خاصة اشترطها المشرع بل كل ما يدل على معناها يكون مقبولاً مع مراعاة ما يقضي به قانون التجارة بخصوص شكل الضمان الاحتياطي بالأسناد التجارية (باعتبار الضمان الاحتياطي هو كفالة من نوع خاص)^{٢٦٦}.

وأما عن قبول الكفالة-أي قبول الشخص لأن يكون كفيلاً- فالأصل أن يصدر القبول ممن له سلطة بذلك، ولا يثير الأمر أي مشكلة عندما يكون الكفيل شخصاً طبيعياً أما إذا كان الكفيل شخصاً اعتبارياً-ككفالة الشركة أو

^{٢٦٥} حُكم محكمة استئناف باريس بتاريخ ١٥ فبراير ١٩٧٤، مُشار إليه لدى د.علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٣٧.

^{٢٦٦} وسنقوم لاحقاً بالحديث عن الضمان الاحتياطي كضمانة للمصرف في الأسناد التجارية المقدمة له.

المصرف- فلا بد أن يصدر القبول من الشخص الطبيعي الذي يمثل الشركة وله سلطة التوقيع عنها وإلا كانت الكفالة غير نافذة تجاه الشركة^{٢٦٧}.

وإذا كان النظام الأساسي للشركة يضع قيوداً خاصة لم تجرِ العادة في الشركات على اشتراطها في إبرام الكفالات فإنَّ الشركة لا يمكن أن تتخلص من التزاماتها ككفيل استناداً إلى أنها لم تحترم هذه القيود إذا كان الدائن (المصرف) لا يعلم بها، وهي صورة نادرة الوقوع عادة لأن المصرف يقوم غالباً -بدافع الحيطة والحذر- عند دراسة وضع الكفيل المقدم بالاطلاع على النظام الأساسي للشركة المتقدمة لإبرام عقد الكفالة للتأكد من عدم وجود أي حظر أو مانع يحول دون قيامها بدور الكفيل^{٢٦٨}.

أما إذا كانت الكفالة خارجة عن موضوع الشركة المحدد في نظامها فالأصل أنها تكون غير نافذة على الشركة طبقاً لمبدأ تَخَصُّصُ الشخص الاعتباري ولكن قد يقضي القضاء بإلزام الشركة بهذه الكفالة آخذاً بفكرة الوضع الظاهر أي حماية الغير الذي اعتمد بحسن نية على الوضع الظاهر الذي خلقه من تعامل معه أو قد يستند إلى كون التصرف صدر بموافقة الشركاء الذين يملكون بأغليتهم الحق بتعديل نظام الشركة^{٢٦٩}.

وتقضي المادة ٧٣٩ من القانون المدني بوجوب إثبات الكفالة بالكتابة^{٢٧٠} وتقول في ذلك: ((لا تثبت الكفالة إلا بالكتابة ولو كان من الجائز إثبات الالتزام الأصلي بالشهادة)) كما أنه نُصَّ في المادة ١٠٩ من قانون التجارة على أن ((لا تثبت الكفالة التجارية إلا بالكتابة)) ويعتبر هذا النص خروجاً عن القواعد

^{٢٦٧} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٣٨.

^{٢٦٨} د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٤٣-٤٤.

^{٢٦٩} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٣٨-١١٣٩.

^{٢٧٠} نقض سوري قرار رقم (٦٥) أساس (١٦) تاريخ ٢٦/٣/٢٠٠٠، موسوعة القضاء المدني، الجديد في اجتهاد محكمة النقض السورية، ج ٣، مكتبة اليقظة العربية ٢٠٠٤، ص ٢٤٣٧، محمد أديب الحسيني.

العامة في إثبات الالتزامات التجارية التي تقضي بإمكانية إثبات هذه الالتزامات بكافة وسائل الإثبات.

٢- واجبات المصرف تجاه كفيل العميل

يحاول الكفيل إثارة مسؤولية المصرف على أساس المسؤولية التقصيرية مُعْتَبِراً أنَّ المصرف قد قَصَّرَ تجاهه عند إبرام الكفالة وأخفى عنه جانباً هاماً من المعلومات الخاصة بمركز العميل المالي مما دفعه إلى قبول كفالته، والسؤال المطروح هنا هل يضطلع المصرف بمثل هذا الالتزام تجاه الكفيل ؟ ومن جهة أخرى قد يدعي الكفيل بخطأ المصرف عند منح الائتمان للعميل المكفول الأمر الذي سبب له ضرراً يطالب بتعويضه، فهل يستطيع الكفيل الاستناد إلى مثل هكذا دفع؟؟

في الواقع لابد هنا من مناقشة كل من التساؤلين بشكل منفصل:

أ-التزام المصرف بتقديم المعلومات إلى الكفيل عند إبرام الكفالة أو أثناء سريانها:

يُعتبر الإقرار بالتزام المصرف بتقديم المعلومات للكفيل سواءً عند إبرام الكفالة أو أثناء سريانها موضع جدل كبير في الفقه الفرنسي إلا أن الاتجاه القضائي الغالب حالياً يذهب إلى وجود التزام على المصرف بإعلام الكفيل بمركز المكفول وأن المصرف لا تبرأ ذمته إلا إذا اثبت علم الكفيل بمركز المكفول. وقد قضت محكمة النقض الفرنسية بحكمها الصادر في ٩/٢/ ١٩٨٨ بأنَّ حُسن نية تنفيذ العقود الائتمانية إنما يفرض على المصرف ضرورة تقديم المعلومات للكفيل عن المركز المالي الحقيقي للمدين المكفول ومن ثم يُعتبر المصرف مخطئاً إذا أخفى عن الكفيل الاتفاق الخاص المبرم بين المصرف والمدين والذي يسمح للمدين بسحب نسبة من رصيد حسابه الجاري^{٢٧١}.

^{٢٧١} مُشار إليه لدى عيسى محمد الحسين:المرجع السابق، ص ٢٦٥.

فالمصرف الذي يُخفي الحالة الماليّة المتدهورة للمدين لحظة إبرام الكفالة يكون قد اقترف خطأً تجاه الكفيل لإخلاله بالتزامه أن يكون حسن النية أثناء تعاقدته مع الكفيل. ويُلاحظ هنا أن المصرف لا يلتزم بتقديم المعلومات للكفيل عند إبرام الكفالة إلا بما يصل إلى علمه من المعلومات عن الحالة الماليّة للمدين الأصلي.

ويحظى هذا الاتجاه بتأييد الفقه الفرنسي أيضاً على أساس أن واجب الإعلام يفرضه واجب حسن النية الذي لا يعدو أن يكون إلا تعبيراً الواجب العام الذي يُلزم كل أشخاص القانون بالحيلة والحذر وعدم الإضرار بالغير.^{٢٧٢}

أما في التشريع السوري فقد نصت المادة الثانية من قانون السريّة المصرفيّة رقم ٣٠ لعام ٢٠١٠ على مايلي: (أ- تُعتبر معلومات سريّة في معرض تطبيق هذا المرسوم التشريعي المعلومات التي تتعلق بهوية العملاء وحساباتهم و موجوداتهم ومعاملاتهم مع المؤسسات الماليّة بما في ذلك الحالات المذكورة في المادة (٣) من هذا المرسوم التشريعي. ب- لا يجوز لكل من اطلع على المعلومات المذكورة في الفقرة السابقة بحكم وظيفته أو صفته أو بما تسمح به القوانين والأنظمة النافذة إفشاؤها بما يخالف أحكام هذا المرسوم التشريعي).

وباعتبار أن المصرف في أغلب الأحيان يستجمع معلوماته عن الوضع المالي للعميل من خلال حساباته وأعماله معه يغدو من غير المسموح له الإفشاء بمثل هكذا معلومات للكفيل حتى ولو كان حسن النية وذلك انطلاقاً من حرفيّة النص ولكن يُستثنى من ذلك ما تنص عليه المادة (٦) من قانون السريّة المصرفيّة والتي جاء فيها: (يجوز للمؤسسات الماليّة صيانةً لتوظيف أموالها أن تتبادل فيما بينها وتحت طابع السريّة الكاملة المعلومات المتعلقة بالحسابات المدينة للمتعاملين معها) حيث يُستنتج منها أنه في حال كان الكفيل مصرفاً

^{٢٧٢} د. محمود مختار البريري: المسؤولية التقصيريّة للمصارف عند طلب فتح الاعتمادات، دار النهضة

فإنه من الممكن وبشرط السريّة التامة أن يقوم المصرف مانح الائتمان بتقديم المعلومات للمصرف الكفيل عن الوضع المالي الظاهر في حسابات العميل المكفول المدينة والتي من الممكن أن تمنع المصرف الكفيل من تقديم كفالاته إذا توضح له أنها في وضع سيء.

ويبدو الحل الأكثر منطقية وتماشياً مع القانون السوري أن يدقق المصرف في طبيعة المعلومات التي يُقدمها للكفيل، فإن كانت من المعلومات التي ينطبق عليها وصف السريّة المصرفيّة فلا يجوز له أن يُفشيها وإن كانت من المعلومات العامة التي تُعتبر معروفة من أي شخص عن العميل المكفول فلا يُعبر مسؤولاً إن أفشاها.

ب- مسؤولية المصرف تجاه الكفيل عن الخطأ في منح الائتمان:

يُسأل المصرف تجاه الكفيل إذا فتح حساباً جارياً مُقترناً بائتمان مصرفي لتاجر مُتوقف عن الدفع مما ساهم في إقناع الكفيل بملاءة المدين ويساره ودفعه إلى كفالاته، فالمصرف وفي عملية فتح الحساب الجاري يكون قد تصرف بلا رويّة مما أضفى على العميل مظهر اليسار وخدع الكفيل ودفعه إلى تقديم كفالاته^{٢٧٣} وكلّ هذا طبعاً بافتراض أن الكفيل يجهل المركز المالي للعميل الذي يضمّنه أما إذا كان الكفيل يعلم أو بوسعه أن يعلم بالوضع المالي للعميل فلا مسؤولية على المصرف بمنحه الائتمان للعميل المكفول، ويبدو هذا الأمر عندما يكون الكفيل في وضع يمكنه من هذا العلم وذلك كأن يكون مديراً لمشروع العميل أو شريكاً للعميل حيث يُفترض علمه بالمركز المالي له حماية لمصالحه.

كما يُسأل المصرف تجاه الكفيل لفتح اعتماد مالي لعميل في مركز اقتصادي ومالي ميؤوس منه مما جعل الكفيل يعتقد أن هذا المدين سيتمكن من مواجهة التزاماته وأنه ستوجد إمكانية للرجوع عليه في حين أن مركزه كان مُثقلًا

^{٢٧٣} عيسى محمد الحسين: المرجع السابق، ص ٣٧١.

بالديون^{٢٧٤}، ولكن إذا كان العميل يمر بصعوبات يُمكن التغلب عليها فإن فتح الاعتماد له لا يُعد خطأً من جانب المصرف وكذلك الحال بالنسبة لإبقاء الاعتماد له طالما أن إمكانية تحسُّن الوضع المالي ممكنة وليست مستحيلة.

ثانياً- تفسير الكفالة وحدود التزام الكفيل تجاه المصرف

تُعتبر مسألة التفسير من المسائل المهمة في موضوع الكفالات المُقدَّمة للمصارف وخاصة في حالة عدم غموض العقد الناجمة عن عدم تطابق إرادتي المتعاقدين الظاهرة و الباطنة فيأتي دور التفسير لكشف الغموض الذي يولد الشك لدى نفسية القاضي وإزالة ما قد يوجد من اختلاف بين الإرادة والتعبير عنها.

١- التفسير الدقيق:

من المعلوم أن المرجع الأساسي في التفسير هو قصد الطرفين المُستفاد من عبارة العقد^{٢٧٥}، فقد يكون تعبير الكفيل عن الإرادة صريحاً وثابتاً بالكتابة ولكنها تحتاج إلى تفسير في بعض العبارات المتعارضة أو الغامضة مثل عبارة التزام شريك متضامن أو التزام على سبيل الكفالة حيث تُفسَّر الكفالة وفقاً للعرف وشروط العمل المألوفة^{٢٧٦}.

وتُفسَّر الكفالة تفسيراً ضيقاً أي لا يتوسع في حدود ما التزم به الكفيل تجاه المصرف لأن الأصل أن الكفيل متبرع فيفترض أنه أراد الالتزام بالأقل لا

^{٢٧٤} أحمد عوض يوسف عوضين: مسؤولية البنك عن الخطأ في فتح الحساب الجاري وقفله في القانون التجاري المصري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٥، ص ٣٨٢.

^{٢٧٥} نقض سوري قرار رقم (٢٣٨) أساس (٣٧٩٣) تاريخ ٢٥/٢/١٩٩٢، مجلة المحامون العددان ٥ و ٦ لعام ١٩٩٤، ص ٤٤٩.

^{٢٧٦} نقض سوري قرار رقم (٢١٠) أساس (١٨٧) تاريخ ٢٨/٢/١٩٩٩، موسوعة القضاء المدني ص ٢٢٠٣.

بالأكثر، وعند الشك نطبق قاعدة الشك يفسر لمصلحة المدين فيكون التفسير لمصلحة الكفيل أي تفسير التزامه على سبيل الكفالة وليس تضامناً وسواء من حيث الدين المضمون والشخص المكفول والمدة التي يغطيها التزامه. فإذا كفل الكفيل أصل الدين فقط لم يمتد ضمانه إلى فوائده، وإذا كفل الفوائد البسيطة مثلاً فهو لا يضمن الفوائد المركبة التي ينتجها الحساب الجاري المضمون. وأياً كان اتساع عبارات الكفالة فهي لا تغطي الديون غير المباشرة التي على العميل المدين ما لم يُنص صراحة فيها على ذلك، والمقصود بذلك الحقوق التي تنشأ للمصرف على هذا العميل من غير العمليات التي تمت بينهما كأن يقوم شخص من الغير بخضم ورقة تجارية لدى المصرف ويكون المدين بهذه الورقة هو ذاته العميل المكفول ولم تُحصّل الورقة، عندها يحق للمصرف الرجوع على عميله المدين ومطالبته بقيمة الورقة، لكن هذا الحق لا تشمله الكفالة ما لم ينص على ذلك صراحة لأن مثل هذه الأوضاع لا يدخل في التوقع المؤلف للكفيل والمصرف، وجرى العرف على مواجهة هذا الوضع صراحة إذا ما أُريد ذلك وعدم تركه للعبارات الفضفاضة للكفالة^{٢٧٧}. ومتى تعين التزام الكفيل في عقد الكفالة فالأصل أن مركزه لا يسوء بعد ذلك بفعل العميل المدين وإن أمكن أن يتحسن^{٢٧٨}.

^{٢٧٧} علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٤٤.

^{٢٧٨} فإذا كان التزام المدين الأصلي معلقاً على شرط واتفق مع الدائن على النزول عن هذا الشرط بقي التزام الكفيل معلقاً على الشرط ولا يلزمه نزول المدين عنه، وإذا سقط أجل الدين بخطأ المدين أو فعله، بقي الأجل قائماً بالنسبة للكفيل وإذا اتفق المدين مع الدائن على النزول عن أجل الدين فلا يسري اتفاقهما على الكفيل، وعلى العكس يفيد الكفيل من تحسن مركز المدين في بعض الحالات فإذا منح المصرف العميل أجلاً للدين استفاد منه وإذا نزل عن جزء من الدين أو الفوائد أو تخفيض سعرها استفاد الكفيل منها كذلك. (انظر في هذا المعنى د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، عقد الكفالة، الطبعة الثالثة، نقابة المحامين، مصر، ١٩٩٤، ص ٨٥).

ولا يعني التفسير الضيق التفسير اللغوي الحرفي، ففي تحديد الدين المكفول يُفرّق القاضي بين الخصائص التي تؤثر في مقدار الخطر الذي يضمنه أو يتحمّله الكفيل وبين ما يُعد إطار أو أسلوب فني أو أداة، فمتى كان المبلغ هو ذاته المضمون من قبل الكفيل فليس من المهم الشكل الموجود به بشرط أن يكون الشكل غير مؤثر به، فإذا كان الاتفاق على ضمان مبلغ تمثله سندات حررها المُقترض على نفسه فلا يتغير الأمر إذا أُفرغ الدين في الحساب الجاري المكشوف مع المدين بنفس المبلغ ما دام الشكل لا يزيد في عبء الكفيل، وهنا لابد من الحيطة والحذر للتأكد من أن الأسلوبين يحفظان للكفيل ضماناته ورجوعه فيما لو دفع الدين للدائن^{٢٧٩}.

٢- القواعد الخاصة بالتفسير في العمل المصرفي:

إلى جانب القواعد السابقة التي ذكرناها بتفسير عقد الكفالة، تقوم مجموعة من القواعد الخاصة بالكفالات المُقدّمة للمصارف نوجزها بما يلي:

١- إذا تم صياغة عقد الكفالة بعبارات عمومية أي لم تُحدّد فيه الالتزامات التي يضمنها الكفيل بل نصّ فقط على أنه يضمن وفاء ديون العميل جميعها أمام المصرف، فلا شك أن الكفالة تكون صحيحة ولو كانت بصيغة عمومية بشرط أن يبين الحد الأقصى للمبلغ المضمون (م ٤٤٤ ق.م) لأن الالتزام المضمون وإن لم يكن مُحدداً وقت إبرام الكفالة إلا أنه من الممكن تحديده لاحقاً وصحيح أن الكفيل في هذه الحالة لا يعرف مقدار أو مبلغ الدين الذي ضمنه ولكن المضمون هو الدين ذاته وليس مقداره^{٢٨٠}.

^{٢٧٩} (في حال نشوب خلاف حول عقد الكفالة وتفسير عباراته، فإن تكوين القناعة في تفسير العقد

يكون من الأمور التي تستقل بها محكمة الموضوع)، نقض سوري: قرار رقم (١٦٥) أساس (٨٦٣)

لعام ٢٠٠٥، مجلة القانون لعام ٢٠٠٩، ص ٣٠٧.

^{٢٨٠} ثار نزاع حول تحديد مدى هذه الكفالة العامة وتعين فيه البحث عن إرادة الطرفين وتفسيرها، وقد طبق القضاء الفرنسي ذلك في خصوص كفالة عامة كان النزاع فيها حول دين العميل أمام المصرف

وإن مجرد كون الدين المكفول غير مُحَدَد القيمة لا يُجيز للكفيل أن يرجع بمفرده عن الكفالة، وكذلك فإن عدم وجود أجل متفق عليه لانتهاؤ التزام الكفيل لا يسمح له بذاته أن يُنهي ضمانه في أي وقت يشاء، بل عليه إن أراد إنهاء هذا الالتزام إتباع الأصول المقررة في إنهاء الالتزامات غير محددة المدة^{٢٨١}.

٢- إذا اتفق على أن الكفالة لا تضمن سوى عملية فتح الاعتماد وكانت عبارتها عامة أيضاً، أي قيل أنها تضمن التزامات العميل الناشئة عن تنفيذ الاعتماد أو رصيد الحساب المفتوح تنفيذاً لعقد الاعتماد فتُعتبر الكفالة هنا ناشئة قبل الالتزام الأصلي (كفالة دين مستقبل لم ينشأ) فدين العميل هنا لا ينشأ في مواجهة المصرف إلا من وقت السحب فعلاً، أما قبل ذلك فإنه لا يعدو أن يكون دين مستقبل والكفالة تسري فقط عندما ينشأ هذا الدين بعملية السحب^{٢٨٢}.

٣- الغالب أن يرد على التزامات الكفيل حدود ترسمها عبارات عقد الكفالة بوصفها كاشفة عن إرادة أطراف العقد وهذا التحديد قد يكون منظوراً إليه من حيث الالتزام الأصلي المضمون أو من حيث ملحقات وتوابع هذا الالتزام.

فإذا كانت الكفالة تضمن التزامات محددة ناشئة عن عقد الاعتماد، فيجب قصرها على هذه الالتزامات الناشئة عن عقد الاعتماد ذاته فلا يدخل فيها الالتزامات التي على العميل للمصرف والناشئة قبل هذا العقد أو تلك اللاحقة

-- بسبب عدم وفاء سند سحب خصمه العميل ولم يُدفع في أجله، فرفض الكفيل رجوع المصرف عليه بقوله أن كفالته وإن كانت عامة إلا أنها لا تشمل سوى ديون العميل المباشرة أمام المصرف وحده ولا يعتبر دين الورقة التجارية كذلك، وقد حكم القضاء الفرنسي بذلك أحياناً ورفض هذا الدفع أحياناً أخرى تبعاً لاختلاف إرادة الأطراف المستخلصة من الظروف . (راجع في ذلك د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٤٨)

^{٢٨١} د. محمد حسنين: المرجع السابق، ص ٤٥. وإن قولنا أن الكفيل متضامن ليس معناه نزوله عن حقه في إنهاء الكفالة غير محددة المدة لأن التضامن معناه فقط نزوله عن حقه في طلب التقسيم أو تجريد المدين.

^{٢٨٢} د. سمير عبد السيد تناغو: المرجع السابق، ص ٥٢.

عليه ولا الديون التي تنشأ في ذمة العميل بشروط مخالفة لاتفاق فتح الاعتماد ولا الديون المجاوزة له ولا تلك الناشئة بتواطؤ بين المدين وأحد أتباعه أو شخص من الغير^{٢٨٣}.

٣- حدود التزام الكفيل تجاه المصرف:

الأصل أن عقد الكفالة هو الذي يُحدد مدى التزام الكفيل تجاه المصرف فالكفالة لا تُفترض وإنما هي وليدة الاتفاق بين المصرف الدائن والكفيل لذا فإنه من الطبيعي أن يتم الرجوع للعقد لمعرفة حدود التزام الكفيل من حيث موضوعه وأشخاصه ومدته وأوصافه. فقد يكفل الكفيل كامل الدين الخاص بالعميل تجاه المصرف أو يكفل جزءاً منه وعلى شروط أخف عبئاً كما لو كفل الكفيل الدين كله بدون فوائد وملحقاته أو لأجل أطول من أجل الدين الأصلي أو الالتزام بدفع أقساط القرض المُقدم للعميل دون بدل التعويض عن التأخير.

وفي حال عدم نص الكفالة على التفاصيل السابق ذكرها فيُرجع لتحديداتها للقواعد العامة، حيث تنص المادة ٧٤٧ مدني على أنه: ((إذا لم يكن هناك اتفاق خاص، فإن الكفالة تشمل ملحقات الدين ومصرفات المطالبة الأولى وما يستجد من المصرفات بعد إخطار الكفيل)).

وهذا النص يفترض أن كفيل العميل قد كفل الالتزام المكفول كله دون نقص أو زيادة (أو كفل الالتزامات الناشئة عن العقد مع المصرف كعقد الاعتماد مثلاً) وليس هناك اتفاق خاص بملحقات الدين المضمون ويُراد تحديد مدى التزام الكفيل، ولا شك في أن التزام الكفيل في هذه الحالة مماثل للالتزام المكفول مقدراً وعبئاً وشروطاً وموعد حلول ومكان وفاء وغير ذلك مما يحدد الالتزام المكفول^{٢٨٤}.

^{٢٨٣} د.نزیه كباره: المرجع السابق، ص ٣٩٠.

^{٢٨٤} د.محمد حسنين: المرجع السابق، ص ٤٨-٤٩.

وكما أن الالتزام المكفول يشمل ملحقاته كذلك يشملها التزام الكفيل فيشمل فوائد الدين والتعويض عن عدم التنفيذ ومسؤولية العميل المدين العقدية فلو كان الكفيل قد كفل الالتزام الناشئ عن حساب جار فإنه يكفل كل بنود الحساب كونها غير قابلة للتجزئة.

أما المصروفات فقد فرق المشرع السوري بين مصروفات المطالبة الأولى وما يلي ذلك من مصروفات: فالنسبة لمصروفات المطالبة الأولى-وهي مصروفات الاعذار ومصاريف رفع الدعوى وتكليف المدعى عليه بالحضور أمام المحكمة-هي مصاريف يتحملها الكفيل، أما بالنسبة لما يلي ذلك من مصاريف كمصاريف السير في الدعوى مثلاً فإن الكفيل لا يلتزم بها إذا أخطره المصرف الدائن بمطالبته للعميل المدين المطالبة الأولى إذ قد يبادر الكفيل بالوفاء فيتقضى المصروفات.

أما إذا قام المصرف بإخطار الكفيل بالإجراءات التي اتخذها ضد المدين للمطالبة بالدين وامتنع الكفيل عن الوفاء، فيصبح هذا الأخير مسؤولاً عن المصروفات التي ينفقها المصرف الدائن بعد الإخطار^{٢٨٥}، مع الأخذ بعين الاعتبار أن المصروفات التي يضمنها الكفيل يجب ألا يكون مبالغاً فيها وأن يكون الدائن لم يسرف فيها أما إذا كان الإسراف راجعاً إلى عمل العميل المدين فإن الكفيل يضمنه.

^{٢٨٥} د.همام محمد محمود زهران: التأمينات الشخصية والعينية، دار المعرفة الجامعية، مصر، ١٩٩٩

الفرع الثاني

تنفيذ الكفالة وانقضاءها

أولاً-تنفيذ الكفالة

متى انعقد عقد الكفالة صحيحاً بين المصرف وكفيل العميل، أنتج العقد آثاره وسرت هذه الآثار بكاملها سواء بين العاقلين أو تجاه العميل المدين كون الكفالة تابعة للالتزام أصلي لا تقوم من دونه.

١-إخلال العميل بالتزاماته ومطالبة المصرف للكفيل:

ونميز هنا بين فرضيتين:

أ-إذا كان أجل التزام الكفيل يحل في نفس وقت حلول أجل الدين المضمون للعميل المدين كان للمصرف الدائن في حال عدم وفاءه مطالبة الكفيل وقت حلول الالتزام، أما إذا حلّ التزام الكفيل قبل حلول الالتزام المضمون فهذا يعني أن التزام الكفيل أشد من التزام العميل المدين الأصلي فيؤجل التزام الكفيل حتى يحل الالتزام الأصلي تطبيقاً لقاعدة أن التزام الكفيل لا يجوز أن يكون أشد من التزام المدين وإن جاز أن يكون أهون منه^{٢٨٦}، فإن مدّ المصرف الدائن أجل الالتزام الأصلي إلى ما بعد التزام الكفيل كان للكفيل إما أن يفي الدين الأصلي فور حلول التزامه أو أن ينتظر ويستفيد من مدّ الأجل.

ب-إذا حلّ أجل الدين الأصلي قبل حلول التزام الكفيل فلا تجوز مطالبة الكفيل قبل حلول أجل التزامه هو.

وهنا لابد من التساؤل عن أثر سقوط أجل التزام العميل المدين على أجل التزام الكفيل بسبب إفلاس العميل أو إعساره أو حتى إضعاف الضمانات المُقدّمة للمصرف الدائن أو عدم تقديم ما وعد به من ضمانات للمصرف؟؟

^{٢٨٦} د.سمير عبد السيد تناغو: التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦،

يذهب بعض رجال القانون للقول أن سقوط الأجل الأصلي في الحالات التي سبق ذكرها يستتبع سقوط الأجل بالنسبة للكفيل و أسسوا رأيهم على تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي المكفول أولاً وعلى أساس أن مقتضى عقد الكفالة هو ضمان حق الدائن ضد إعسار المدين أو إفلاسه وهو ما تحقق بالفعل.

في حين خالف البعض هذا الرأي^{٢٨٧} في أن سقوط أجل الدين الأصلي في هذه الحالات لا يترتب عليه سقوط أجل التزام الكفيل لأن الإعسار الذي يضمنه الكفيل هو الإعسار وقت حلول الأجل المتفق عليه ولأن المدين بعد إبرام الكفالة لا يستطيع أن يسوء من مركز الكفيل، ولعلّ الرأي الثاني يبدو أكثر منطقية باعتبار أن تبعية التزام الكفيل للالتزام الأصلي مقيدة بألا يصدر عن المدين بإرادته أو فعله ما يسوء من مركز الكفيل، إضافة إلى أن سبب سقوط أجل الدين في هذا الحالة هو انعدام الثقة بالمدين ولم يصدر عن الكفيل ما يخل بالثقة به ككفيل ويدعم هذا التصور ما استقرت عليه قواعد القانون التجاري من أن سقوط الأجل بسبب إفلاس المدين لا ينصرف إلى غيره ولا ينصرف بصفة خاصة إلى الكفيل^{٢٨٨}.

وطبقاً للمادة ٧٥٤ من القانون المدني فإنه: (لا يجوز للدائن الرجوع على الكفيل وحده إلا بعد رجوعه على المدين) ويشترط لكي يتمكن الكفيل من التمسك بهذا النص ثلاثة شروط^{٢٨٩}: أولها أن لا يكون الكفيل متضامناً مع العميل المدين^{٢٩٠} وثانيها أن يكون رجوع المصرف الدائن على المدين ذا فائدة له بأن لا يكون مُعسراً أو ظاهر العجز وثالثها أن لا يكون الكفيل قد نزل عن حقه في التمسك

^{٢٨٧} د. عبد الزراق السنهوري، د. همام محمود زهران، د. سمير عبد السيد تناغور.

^{٢٨٨} انظر المادة (٤٥٨) من قانون التجارة السوري.

^{٢٨٩} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٥٢.

^{٢٩٠} جاء في قرار محكمة النقض السورية رقم (٦٦٠) تاريخ ١٩٩٨/٤/٢٨ أنه: (في الكفالة التضامنية لا يتوجب تجريد المدين قبل الرجوع على الكفيل) مجلة المحامون، العدد ٧ و٨، عام ٢٠٠٠، ص ٩٦٢.

بهذا الدفع وأن يتمسك به فعلاً أمام المحكمة ولو أمام محكمة الاستئناف، فإذا تخلف شرط من الشروط السابقة فإن المصرف الدائن لا تُقبل دعواه على الكفيل وحده ابتداءً بل لابد من أن يرفع الدعوى على المدين والكفيل معاً وتُعتبر إجراءات رجوع المصرف على العميل وحده باطلة^{٢٩١}.

ونشير إلى هنا إلى أن المصارف العامة في سوريا تعمل على حماية نفسها من خلال النص على التضامن بالكفالة بصورة واضحة في قوانين إحداثها بالنسبة إلى القروض التي تمنحها، حيث نصت المادة ١٥ من قانون مصرف التوفير والمادة ٦ من قانون المصرف الزراعي والمادة ١٦ من قانون المصرف العقاري والمادة ١٥ من قانون مصرف التسليف الشعبي على أنه: (كل من يكفل مديناً للمصرف من أي نوع من أنواع القروض التي يُقدمها المصرف يكون مُتضامناً مع المدين الأصلي في وفاء الدين وتوابعه ولو لم ينص نص الكفالة على ذلك ولا يجوز للكفيل طلب تجريد المدين).

٢- دفع الكفيل تجاه المصرف الدائن

يستطيع الكفيل أن يتمسك تجاه المصرف بنوعين من الدفع نذكره فيما يلي:

- أ- الدفع التي يتمسك بها الكفيل المُتضامن (دفع المدين): فضلاً عما ذكرناه سابقاً من أن للكفيل (غير المتضامن) دفع مطالبة المصرف له وحده قبل مطالبة العميل المدين، فإنه يُفهم من الأحكام الخاصة بالكفالة كل مما يلي:
- ١- يبرأ الكفيل بمجرد إبراء المصرف للعميل المدين وله أن يتمسك بجميع الأوجه التي يحتج بها المدين^{٢٩٢}.

^{٢٩١} د. مصطفى منصور منصور: عقد الكفالة، المطبعة العالمية، القاهرة، ١٩٦٠، ص ٩٠.

^{٢٩٢} نقض سوري: قرار رقم (١٣٩) أساس (١٦١) تاريخ ١٤/٣/١٩٩٩، موسوعة القضاء المدني،

٢- إذا كان الوجه الذي يحتج به المدين هو نقص أهليته وكان الكفيل عالماً بذلك وقت التعاقد فليس له أن يحتج بهذا الدفع تجاه المصرف (م ٧٤٨ ق.م). وعليه يكون للكفيل - بوصف التزامه تابعاً للالتزام المدين - أن يتمسك بكل ما يكون للمدين أن يتمسك به، لأنه إذا انهار الالتزام المضمون انهار التزام الكفيل. فإذا انقضى الدين بإبراء المصرف الدائن للعميل المدين برئ الكفيل من التزامه باستثناء حالة إبراء العميل المدين في صلح واقى من الإفلاس فعندها يحتفظ الدائن (المصرف) بحقه في مطالبة الكفيل كاملاً ولو كان المصرف قد صوت في جانب هذا الصلح^{٢٩٣}، ونشير نهايةً إلى أن للكفيل المتضامن أن يدفع أيضاً بما للكفيل العادي من دفعات تتعلق بالدين (م ٧٦٠ ق.م).

ولكن هل يستطيع الكفيل وفي معرض رده لصحة عقد الكفالة أن يدفع ببطلان الكفالة لأنها تمت ضماناً لدين ممكن النشوء في المستقبل؟؟
بالواقع لا يستطيع الكفيل - من باب التهرب من التزاماته - أن يطعن بأن الكفالة هي ضمان لدين مستقبلي لأن كفالة الالتزامات المستقبلية صحيحة حيث تنص المادة ٧٤٤ من القانون المدني على أنه: ((١- تجوز الكفالة في الدين المستقبل إذا حُدِدَ مقدماً المبلغ المكفول كما تجوز الكفالة المعلقة على الشرط)).
ولعل أهم تطبيقات كفالة الدين المستقبل في العمل المصرفي هي كفالة عميل للوفاء بالدين الناشئ عن (عقد اعتماد في حساب جارٍ) حيث يتعهد الكفيل للمصرف بمقتضى عقد الكفالة بتنفيذ الالتزام الذي ينشأ في ذمة العميل الذي قُتِحَ الاعتماد لمصلحته، وبما أن النظام القانوني للحساب الجاري يقتضي عدم وجود دائن أو مدين أثناء سيره حتى قفل الحساب وعندها فقط يستخرج الرصيد النهائي - الدين المكفول - ويتم تحديد المراكز القانونية فلا تصح الكفالة هنا إلا

^{٢٩٣} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٥٣.

إذا وُضع للدين المكفول في عقد الكفالة حد أقصى حمايةً للكفيل وتطبيقاً لنص القانون المدني المذكور أعلاه^{٢٩٤}.

ب-دفع خاصة بشخص الكفيل:

والمقصود بها الدفع التي يمكن للكفيل إثارتها بصفة أصلية بمقتضى القانون أي أن الكفيل يملكها بقوة القانون بكونها من قواعد عقد الكفالة:

١- تنص المادة ٧٤٩ ق.م أنه ((إذا قبل الدائن أن يستوفي في مقابل الدين شيئاً آخر، برئت ذمة الكفيل ولو استحقَّ هذا الشيء)) وهذه القاعدة -كدفع من الدفع التي يحق للكفيل طرحها- تُعتبر تطبيقاً للقواعد العامة في تجديد الالتزام إذ ينقضي الالتزام المكفول بقبول هذا الشيء الآخر^{٢٩٥}، ولكن يبقى للمصرف الدائن هنا أن يرجع على العميل المدين-وليس الكفيل- بدعوى استحقاق الشيء المقدم وفقاً للقواعد العامة^{٢٩٦}.

لكن إذا حصل المصرف الدائن على ضمان عيني إضافي من المدين واستحقَّ هذا الضمان فلا يبرأ الكفيل من الالتزام لأن الدين الأصلي المكفول باقٍ وإضافة ضمان جديد للكفالة لا يُجدد الالتزام الأصلي بل يدعمه ويقويه فقط.

٢- تبرأ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه المصرف الدائن بخطئه من ضمانات: والمقصود بالضمانات هنا كل ضمان تقرر لمصلحة الدين ولو تقرر بعد الكفالة وكل ضمان مُقرر بحكم القانون (م ٧٥٠ ق.م)، وينطبق الحكم الوارد في القانون هنا على جميع الضمانات الخاصة وليس الضمان العام المقرر لكل الدائنين فهذا لا يتصور أن يضيعه المصرف الدائن فهو ثابت لكل الدائنين^{٢٩٧}. ولا

^{٢٩٤} د.همام محمد محمود زهران: التأمينات الشخصية والعينية، الطبعة الثالثة، مطابع الشعب، القاهرة

١٩٧٩، ص ٨٩.

^{٢٩٥} انظر المادة (٣٥٠) وما يليها من القانون المدني السوري.

^{٢٩٦} د.همام محمد محمود زهران: المرجع ذاته، ص ٢٨.

^{٢٩٧} كالرهن الحيازي والرهن الرسمي وحق الحبس والكفالة والامتياز.

يُشترط أن يكون الضمان موجوداً قَبْلَ الكفالة فيكون الكفيل قد اطمأن لوجوده فكفل المدين، بل يجوز أن يكون معاصراً لها أو بعدها فتكون إضاعته إضراراً بمركز الكفيل بفعل الدائن.

ولكن هل ينطبق هذا الجزاء على المصرف في حال أنه لم يُضيع ضماناً قائماً وإنما فقط لم ينجح بالحصول على ضمان جديد، فهل يحق للكفيل عندها أن يدفع تجاه المصرف ببراءة ذمته؟؟

بالواقع إن تفسير النص وفق هذا الاتجاه يضعه في غير ما شرّع له ويجعل من تطبيقه أمراً خطيراً، ولكن لو افترضنا وجود اتفاق بين المصرف والكفيل على أن يحصل المصرف على ضمان آخر يدعم الكفالة مستقبلاً ولم يفعل فإن جزاء ذلك يكون فسخ الكفالة لعدم تنفيذ المصرف لالتزامه وفقاً للقواعد العامة^{٢٩٨}.

أما المقصود بضياع التأمينات أن يكون ذلك بفعل خطأ المصرف، سواء إيجاباً (كإبراء المصرف لكفيل آخر) أو سلباً (كعدم تجديد قيد الرهن الممنوح للمصرف) فيجب أن يُحافظ المصرف بوصفه دائناً على الضمان المقدم باذلاً في ذلك عناية الرجل المعتاد باعتبار أن التزامه بالمحافظة على هذا الضمان التزام بوسيلة، فلا يُعتبر مجرد ضياع الضمان خطأً من الدائن يستوجب مساءلته بل يجب على الكفيل أن يثبت أن الضياع كان نتيجة سلوك المصرف سلوك ما كان يسلكه الرجل المعتاد أي أنه نتيجة مسلك من الدائن يعتريه الخطأ^{٢٩٩}. ويُشترط لبراءة ذمة الكفيل هنا أن يترتب على ضياع الضمان إلحاق الضرر بالكفيل، أما إن لم يترتب عليها ضرر فليس له أن يدفع بهذا الدفع كما

^{٢٩٨} انظر المادة (١٥٨) وما بعدها من القانون المدني السوري.

^{٢٩٩} د. سليمان مرقس: المرجع السابق، ص ١٠٦.

لو كان الضمان ذو قيمة تافهة جداً أو إذا أهمل المصرف تجديد قيد الرهن وكانت مرتبته متأخرة جداً^{٣٠٠}.

ونشير إلى أن الدفع يكون من حق الكفيل لذا وباعتباره هو من يطلب براءته من الدين عليه أن يثبت توافر كل شروط تطبيق هذا النص وعندها لا يبرأ الكفيل إلا بقدر ما أضاعه المصرف الدائن من ضمان.

٣-تقضي المادة ٧٥١ ق.م بأنه ((١-لا تبرأ ذمة الكفيل لمجرد أن الدائن تأخر في اتخاذ الإجراءات أو لمجرد أنه لم يتخذها. ٢-على أن ذمة الكفيل تبرأ إذا لم يقيم الدائن باتخاذ الإجراءات ضد المدين خلال ستة أشهر من إنذار الكفيل للدائن، ما لم يقدم المدين للكفيل ضماناً كافياً)).

وهذا النص يفترض حلول أجل الدين المكفول وأن الدائن لم يتخذ إجراءات المطالبة به أو أنه تأخر في اتخاذها وعليه فقد نُصَّ على حق الكفيل في أن ينذر المصرف الدائن لاتخاذ الاجراءات وإذا لم يتخذها في ستة أشهر من وقت الإنذار ولم يقدم العميل المكفول للكفيل ضماناً كافياً برئت ذمة الكفيل من الكفالة، ونشير إلى أنه يجوز توجيه الإنذار عند حلول الأجل ولو كان المصرف الدائن قد منح أجلاً جديداً لأن الكفيل له أن يتجاهل امتداد الأجل كما له أن يرفضه^{٣٠١}، ما لم يحصل العميل المدين على مهلة قضائية عندها

^{٣٠٠} ذهبت محكمة النقض السوريّة في قرارها رقم ٢٨٩ لعام ١٩٨٢ إلى أن: ((تمديد المصرف بإرادته المنفردة أجل الدين للمدين بدون موافقة الكفيل يكون قد أضاع بخطئه ضمانات الدين وبذلك تبرئ ذمة الكفيل بقدر ما أضاعه الدائن من ضمانات)) وبالواقع إن صح هذا الحكم في الكفالات العادية إلا أننا نعتقد أنه غير منطقي بالنسبة للكفالات المقدمة للمصارف والسبب أن العرف المصرفي وتحمل مخاطر العمل تقضي أن يتوقع الكفيل لدين لصالح المصرف أن يقوم المصرف بجدولة الدين مثلاً أو منح أجل لتلافي مخاطر عدم السداد كونها من الاجراءات المألوفة فلا يعتبر ذلك إضاعة لضمان الدين ومن ثم فإن الكفيل يعتبر قابلاً ابتداءً لمثل هذه الإجراءات.

القاعدة ٢٥٣٢، القانون المدني السوري ج ١ إلى ج ٩ -استانبولي.

^{٣٠١} د.مصطفى منصور منصور: المرجع السابق، ص ٨٠.

لا يجوز للكفيل أن ينذر الدائن إلا بعد انتهاء هذه المهلة فالمصرف في هذه الحالة لا يستطيع مباشرة إجراءات التنفيذ قبل انقضاء المهلة.

٤-تقضي المادة ٧٥٢ ق.م أنه: (إذا أفلس المدين وجب على الدائن أن يتقدم في التفليسة بالدين، وإلا سقط حقه في الرجوع على الكفيل بقدر ما أصاب هذا الأخير من ضرر بسبب إهمال الدائن) وهذا النص يفرض على المصرف الدائن التزاماً بالتقدم بالدين في تفليسة عميله المُفلس كون هذا الإجراء يمنح المصرف الحق بالحصول على جزء من دينه مع كتلة الدائنين، فإذا قَصَّر المصرف في ذلك سبب الضرر للكفيل الذي أصبح من حقه أن يدفع مطالبة المصرف بقدر الضرر الذي أصابه.

ونشير هنا إلى حالة خاصة بالكفيل المتضامن مع العميل المدين^{٣٠٢} حيث أنه ليس للكفيل المتضامن أن يتمسك بالرجوع على العميل المدين أولاً أو أن يطالب بالتنفيذ على أموال المدين أولاً، ولكن له التمسك بما تمسك به الكفيل غير المتضامن من دفعات تتعلق بالدين، وكذلك لا ينطبق على الكفيل المتضامن النص الخاص بوجوب التنفيذ أولاً على ما يوجد من تأمين عيني مخصص قانوناً أو اتفاقاً للدين المكفول، ويغلب في الكفالات التي تُقدم للمصارف أن يُنص فيها على أن الكفيل متضامن مع المدين وأن دينه لا ينقسم بين ورثته أو خلفائه وذلك للتوصل لأقصى ضمان ممكن منحه للمصرف.

٣-القواعد الخاصة بتنفيذ الكفالة في العمل المصرفي

قد يرد على الأحكام الخاصة بعقد الكفالة بعض الاتفاقات التي تعدل فيها، إما لصالح العميل أو لصالح المصرف (وهو الغالب) وتعرف هذه الأحكام (بالشروط المُثَقَّلَة على الكفيل) وهي مجموعة من الشروط التي يفرضها

^{٣٠٢} أشارت محكمة النقض السورية في قرارها رقم (٥٣٩) أساس ١٩٨١/١٠٨ إلى أنه: (في الكفالة الاتفاقية لا تضامن دون اتفاق صريح، ولا يجوز التوسع في تفسير العبارة والشك يُفسر لمصلحة الكفيل) قاعدة ٦٤٥ ، مجلة المحامون، العدد ١١ لعام ١٩٨١.

المصرف عادةً زيادةً في حماية مصالحه أو لتجنب الإجراءات المُعقَّدة أو لتسهيل رجوعه على الكفيل، ونذكر منها:

١- الشرط الذي يُوضع في الكفالة ويقضي أنه إذا حلَّ أجل الدين المضمون حلَّ كذلك دين الكفيل، وذلك خلافاً للقاعدة التي ذكرناها سابقاً من أن مركز الكفيل يجب أن لا يسوء بسبب من جانب المدين.

٢- الشرط الذي يقضي أن الكفيل يُلزم بالدفع عند أول مطالبة وبدون منازعة من جانبه بأي دفع يتعلق بالدين المكفول، وتسمى الكفالة عندها بالكفالة لدى أول طلب وهذه الكفالة من الكفالات الدارجة خصوصاً في نطاق التجارة الدوليّة وتُعد مستقلة عن عقد الائتمان الأساسي والتي نشأت بمناسبة حدوثه بحيث تبقى بمنأى عن الخلافات التي قد تنجم عن تنفيذ أو عدم تنفيذ هذا العقد باعتبارها التزاماً مباشراً من الكفيل تجاه المصرف، وغالباً ما يكون الكفيل فيها أيضاً مصرفاً^{٣٠٣}.

وكذلك الشرط الذي يهدف إلى الحفاظ على يسار الكفيل ليظل الرجوع عليه مُجدياً وهو يلزمه بعدم زيادة التزاماته بمنعه مثلاً من تقديم كفالة لاحقة أو التصرف في عقاراته أو ترتيب رهون عليها.

٣- ومن الشروط التي تُسهّل الرجوع على الكفيل الشروط التي تُرتب كل آثار التضامن، ومنها الشروط التي تسمح للمصرف بمطالبة الكفيل بمجرد حلول الدين وبمجرد خطاب مُسجل دون الالتزام ببقية الشروط الشكلية الأخرى وكذلك الشرط الذي يُبقي على التزام الكفيل ولو أصبح متعذراً على المصرف إحلال الكفيل محله فيما له من ضمانات أخرى على الدين.

^{٣٠٣} د. نزيه كباره: المرجع السابق، ص ٤٠٢.

وهذه الشروط بمجملها تُعتبر شروطاً صحيحةً ونافاذةً على الغير أي دائني العميل المكفول الآخرين طالما أنها لا تخالف النظام العام والآداب العامة وطالما أن الكفيل قبلها مختاراً وطوعيةً بكامل إرادته السليمة^{٣٠٤}.

وهنا نتساءل لو أن الكفيل ضمن جزءاً فقط من قيمة التسهيل الائتماني النقدي وقام العميل المدين بوفاء جزء من الدين فهل يُخصم المبلغ من الجزء المكفول أو الجزء غير المكفول؟

يرى جزء من رجال القانون أن العميل المدين يعتبر قد وفى بالجزء غير المكفول من الدين ويعللون هذا الحكم أن المصرف الدائن ما طلب كفيلاً إلا ليضمن وفاء الجزء الذي قد لا يدفعه العميل المدين وأنه غير ملزم بقبول الوفاء الجزئي، وإن كان هذا الكلام منطقياً إلا أننا نرى إمكانية تكييف العملية على أنها وفاء للجزء المضمون بالكفالة على اعتبار أن هذا الجزء هو الأكثر كلفة على المدين وكذلك تفسيراً للشك في مصلحة الكفيل والمدين وليس في مصلحة المصرف الدائن.

ثانياً-انقضاء الكفالة:

انقضاء الكفالة يعني براءة ذمة الكفيل مما التزم به بعقد الكفالة، وقد تكون هذه البراءة تابعة لانقضاء التزام العميل المدين^{٣٠٥} حيث أن كل ما يؤدي إلى انقضاء هذا الأخير يؤدي بالضرورة إلى انقضاء التزام الكفيل (كالوفاء و الإبراء

^{٣٠٤} د.علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٦٧.

^{٣٠٥} (التزام الكفيل ليس إلا التزاماً تابعاً للالتزام الأصلي المكفول، يبقى في حدود نطاق الكفالة وشروطها ما بقي هذا الالتزام وينقضي بانقضائه. وترتيباً على ذلك تبقى الكفالة قائمة ما بقي الالتزام المكفول لا ينال من ذلك أن ينهيه المدين بالالتزام الأصلي على الكفيل بإلغاء الكفالة أو فسخها طالما لم يقدّم دليل على انقضاء الالتزام أو على فسخ أي من الالتزامين الأصلي أو التابع رضاء أو قضاء) حكم محكمة الأمور المستعجلة بالقاهرة، ١٥ فبراير ١٩٦٠ المجموعة الرسمية السنة ٦١، ص ٤٥٩، مُشار إليه لدى د. جمال الدين عوض: المرجع السابق ذكره، هامش الصفحة ١١٦٧.

والتجديد والمقاصة واتحاد الذمة والتقادم والفسخ والإبطال) كما تكون هذه البراءة بصفة أصلية-أي ولو ظل الالتزام الأصلي قائماً- متى كان سبيل الانقضاء مقصوراً على التزام الكفيل بأحد أسباب انقضاء الالتزامات عموماً سواء بالوفاء و ما يعادل الوفاء أو دون الوفاء.

وهناك أسباب للانقضاء خاصة بالكفالة وهي ضياع التأمينات الضامنة للدين وتأخر الدائن في اتخاذ الإجراءات على ما تقدم ذكره في هذا البحث، ونضيف إلى ما تقدم أن الكفيل يستطيع أن ينهي التزامه بإرادته المنفردة متى كانت الكفالة غير محددة المدة^{٣٠٦}، كما قد يؤدي تَغْيُر الشكل القانوني لشخص الكفيل (عندما يكون الكفيل شخصاً اعتبارياً) إلى انقضاء الكفالة، وفي هاتين الحالتين تثور عدة مشاكل في العمل المصرفي لذا نعرض لها بوجه خاص.

١- الكفالة و وفاة الكفيل:

الأصل أن وفاة الإنسان لا تؤثر في التزاماته الماليّة بل تُنْقِذ في تركته، فإذا مات الكفيل التزم ورثته بضمان الدين المَكْفُول طبقاً لعبارة الكفالة والالتزام الذي كان في ذمة مورثهم لأن تركته ضامنة لالتزامه^{٣٠٧} وذلك حتى لو كان الدين المضمون لم يحل بعد عند وفاة المورث كأن يكون الدين المضمون رصيد حساب جار لم يُقفل إلا بعد الوفاة بفترة.

وقد عُرِض الموضوع على القضاء الفرنسي في قضية خُلصتها أن مصرفاً فتح حساباً لشركة محدودة المسؤولية وحصل على كفالة تضامنيّة من زوجة أحد الشركاء لضمان الرصيد الذي قد يكون على الشركة، وبعد ثلاث سنوات من وفاة الكفيل أفلست الشركة فطالب المصرف ورثتها بسداد رصيد الحساب فقضت محكمة استئناف ليون- استناداً إلى قاعدة عدم تجزئة الحساب الجاري-

^{٣٠٦} انظر الفقرة "٣" من المادة (٧٤٤) من القانون المدني السوري.

^{٣٠٧} د.همام محمد محمود زهران: المرجع السابق، ص ٥٦.

أن الرصيد المؤقت وقت الوفاة لم يكن مستحقاً وأن الكفيل لذلك لم يكن عليه شيء وبالتالي لم ينتقل إلى الورثة شيء من الدين^{٣٠٨}. ولكن يبدو هذا الحل غير مقبول ومجافياً للعدالة لأنه يُفقد المصرف كل ضمان متى توفي الكفيل ويُعفي الورثة من دين عقده مورثهم بشكل صحيح، وبالتالي يكون من الأصح أن ينتقل التعهد بضمان الرصيد النهائي للحساب الجاري كما هو للورثة، فيلتزمون أمام المصرف بمبلغ الدين في الحساب -كما يظهر عند قفله - نتيجة الإفلاس، ولكن وحتى لا ننقل العبء على الورثة وحدهم (كونهم في حالة الحساب الجاري سيحملون عبئاً غير محدود لا في القيمة ولا في الأجل وكون أجل الشركة قد يمتد وبالتالي سيتضخم الرصيد المدين المضمون) فإن العدالة تقتضي أن لا ينتقل إلى الوارث إلا الالتزام الذي كان يلتزم به مورثه الكفيل وقت الوفاة أمام المصرف^{٣٠٩}.

٢-انقضاء الكفالة بإرادة الكفيل

إذا كانت الكفالة محددة المدة فلا تنتضي الكفالة قبل انقضاء هذه المدة، وكذلك إذا كان بقاء التزام الكفيل مرتبطاً بعملية معينة فلا ينقضي إلا بانتهاء هذه العملية يُستثنى من هذه الحالة وفاة الكفيل -كما أسلفنا أعلاه - حيث تتوقف التزامات الورثة عند الديون التي نشأت قبل وفاته فيتحملها الورثة، أما ما بعدها فلا تغطيها الكفالة.

أما إذا كانت الكفالة غير مُحددة المدة لا بشكل صريح ولا ضمني ولم تكن تضمن عملية محددة مثلاً فإن للكفيل أن يتحلل من التزامه في أي وقت بالنسبة للمستقبل وذلك بإخطاره برغبته هذه للمصرف^{٣١٠}، ولا يعني ذلك أن يكون الكفيل بريء الذمة تماماً بل أنه يكون مسؤولاً عن الديون التي تنشأ قبل وصول

^{٣٠٨} مُشار إليه لدى د.علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٦٩.

^{٣٠٩} د.نزيه كباره: المرجع السابق، ص ٤١٨.

^{٣١٠} د.محمد حسنين: المرجع السابق، ص ٤٥.

إخطاره إلى المصرف مع مراعاة أن يكون الإنهاء في وقت مناسب وبحسن نية كما هو شأن الإنهاء في الالتزام غير محدد المدة، إلا إذا كانت الكفالة تنص على أن إنهائها من قبل الكفيل يجب أن يكون في شكل معين فعندها لا بد للكفيل من الالتزام بهذا الشكل أو الأسلوب وفي حال المنازعة يختص قاضي الموضوع ببيان إذا ما كان الكفيل قد التزم أم لا.

٣- التغير الطارئ على المكفول

ويقصد بهذه الحالة التغير الحاصل على الشكل القانوني للشخص الاعتباري المكفول متى كان شركة ذات شكل قانوني معين حيث تنور الصعوبة هنا بأنه إذا كفل شخص شركة ذات شكل معين أمام المصرف ثم قامت الشركة المكفولة بتغيير شكلها القانوني من توصية إلى تضامن أو من تضامن إلى محدودة المسؤولية مثلاً فما هو مركز الكفيل الذي كان يكفلها بشكلها الأول ؟ إن الإجابة المنطقية-طبقاً لما أوردناه بخصوص تفسير عقد الكفالة- تقتضي القول أن العبرة في بقاء التزام الكفيل من عدمه هي بقصد الطرفين ومدى ما يترتب في هذا القصد من أثر على المخاطر التي قبل الكفيل تحملها عندما أعطى كفالته.

ولا يمكننا القول ببقاء الكفالة على الإطلاق طالما أن التغيير هو تغيير في الشكل وليس في الشخصية، لأن بقاء شخص الشركة لا يعني بالضرورة بقاء الكفالة بل لا بد من النظر إلى أن التغيير في شكلها يغير جوهرياً في نطاق الخطر الذي يتحمله الكفيل أم لا- باعتباره أساس قبول الكفالة- كما هو الحال في تغيير شكل الشركة من شركة محدودة المسؤولية إلى شركة تضامنية مما يوسع من قدرتها على الاقتراض وبالتالي زيادة ديونها ومن ثم زيادة مسؤولية الكفيل تجاه المصرف (باعتبار أن الشركاء يكونون مسؤولين مسؤولية شخصية وبالتضامن عن ديون الشركة) لذا فإن الاحتياط يُوجب على المصرف والكفيل

أن يواجهها هذه المشكلة بحلول صريحة وواضحة يتم إدراجها في عقد الكفالة تُبيّن ما إذا كان الكفيل يربط التزامه بالشكل القانوني للشركة المكفولة أم لا^{٣١١}.

^{٣١١} حكمت محكمة النقض الفرنسية بأنه: (للمحكمة بمقتضى سلطتها التقديرية واعتماداً على القصد المشترك لطرفي عقد الكفالة أن تقضي بإلزام كفيل شركة تضامن -بعد تحويلها إلى مساهمة- بدون هذه الأخيرة، استناداً إلى أن هذا التحول المنصوص في نظام شركة التضامن على جواز إجرائه لم يستتبع إنشاء شخص قانوني جديد، وإلى أن عقد الكفالة لم يتضمن أي تحديد على التزام الكفيل ولا نص خاص بآثار تغير شكل الشركة على التزام الكفيل) مشار إليه لدى د. جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٧٢.

المطلب الثاني

الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية

قد يقوم العميل بتقديم ورقة تجارية للمصرف كضمان التسهيل الائتماني الممنوح له ولكن قد يرفض المصرف قبول استلامها وذلك لضعف الثقة المالية لديه بالعمل إضافة إلى أن التوقعات الموجودة على الورقة التجارية قد لا تتبعث بالطمأنينة لدى المصرف فيبحث عن ضمانات أخرى قد تكون غير تلك التي يكفلها له قانون الصرف^{٣١٢} ويطلب زيادة في الضمان، وهذه الزيادة إما أن تكون رهناً يسلمه الساحب (العميل في أغلب الأحيان) للمستفيد أو المظهر له (المصرف) أو كفالة شخصية وهي ما أطلق عليه المشرع السوري في قانون التجارة السابق كمعظم قوانين التجارة العربية اسم الضمان الاحتياطي، في حين أنه اكتفى بتسميته بـ(الضمان) في قانون التجارة النافذ رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ خلافاً لما كان عليه في القانون السابق^{٣١٣}.

ويحقق الضمان الاحتياطي هذا الهدف إذ يُعطي أماناً أكبر للمصرف الحامل للورقة التجارية، فيتشابه بهذا الشكل مع الكفالة بوجه عام وإن ابتعد عنها بما يُقرره للحامل في مواجهة الضامن الاحتياطي من حقوق، فضلاً عن المركز القانوني الخاص بهذا الأخير وما يكتتفه أحياناً من صعوبات وغموض. إذاً فالضمان الاحتياطي هو كفالة الدين الثابت في الورقة التجارية وهو تعهد من جانب شخص بدفع قيمة الورقة التجارية في ميعاد الاستحقاق عوضاً عن المدين المعين بالصك^{٣١٤} وهو ما أكدته محكمة النقض السورية بقولها:

^{٣١٢} يُطلق مُصطلح (قانون الصرف) على مجموعة الأحكام والقواعد التي اشتمل عليها قانون التجارة السوري والتي تنظم بمجموعها أحكام العمل بالأسناد التجارية.

^{٣١٣} د. الياس حداد: الأسناد التجارية، المرجع السابق، ص ٢٦٨.

^{٣١٤} د. أبو زيد رضوان: الأوراق التجارية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٨، ص ٣٠٢.

((الضمان الاحتياطي على السند التجاري كفالة، وعبرة كفيل متضامن على السند التجاري لا تخرج عن معنى الضمان الاحتياطي))^{٣١٥}.

والضمان الاحتياطي شائع في العمل التجاري لتسهيل تداول الأوراق التجارية إذا كان الحامل في شك من يسار أحد الموقعين لذا فإن الاتجاه الغالب أن يكون الضامن مصرفاً أيضاً أو شخصاً معروفاً بيساره^{٣١٦}.

وكان هذا الضمان يتم في بداية الأمر عن طريق عقد كفالة عادي ثم جرى العرف بعد ذلك -لأسيما في القرن السادس عشر- على توظيف هذا الضمان في الصك ذاته وهو الأمر الذي ابتعد بهذا الضمان عن قواعد الكفالة العادية ويبدو أن ذلك بدأ عندما بدأت السفتجة بشكل خاص تلعب دور الائتمان إلى جانب كونها أداة وفاء^{٣١٧}.

ويعود الأصل التاريخي لتعبير الضمان الاحتياطي للكلمة الفرنسية *aval*^{٣١٨} والتي جاءت نتيجةً للكلمة اللاتينية *Avalo* وتعني ((التوقيع أسفل توقيع آخر)) حيث كانت الورقة التجارية تُستخدم كوسيلة قانونية في نقل الأموال والقيم المالية من مكان لآخر فكانت بذلك تتشابه مع عقد الصرف البدائي وسماه قانون التجارة القديم بـ(الضمان الاحتياطي) وترجع تسميته بهذا الاسم إلى قانون التجارة المصري من جهة والذي أخذ بدوره عن قانون التجارة الفرنسي الموضوع سنة ١٨٠٧ والى مسودة أعدتها اللجنة القانونية بجامعة الدول العربية ترمي إلى توحيد الأحكام الخاصة بالسندات التجارية في تلك الدول والتي استندت

^{٣١٥} نقض سوري قرار رقم (١٤٥٢) أساس (٤٦٥) لعام ١٩٦٤.

^{٣١٦} د. مصطفى كمال طه: أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس، الدار الجامعية الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ١٢٣.

^{٣١٧} د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص ٣٠٢.

^{٣١٨} د. عبد الله عبود: الضمان الاحتياطي في الأسناد التجارية، الطبعة الأولى، دار الأنوار للطباعة دمشق، ١٩٨١، ص ٤٧.

بدورها إلى اتفاقية جنيف ١٩٣٠ بخصوص توحيد أحكام الأسناد التجارية من جهة أخرى^{٣١٩}.

وقد يطلب المصرف من العميل تقديم ضامن احتياطي للورقة التجارية وذلك في كل الحالات التي تصل فيها الورقة إليه ويصبح حاملاً شرعياً لها ومنها على سبيل المثال:

١- إنشاء سند تجاري يكون المستفيد فيه هو (المصرف) والمسحوب عليه (هو العميل) وتاريخ استحقاقه يتطابق مع تاريخ استحقاق الدين الخاص بالعميل وذلك لاستخدام السند كأداة لوفاء دين العميل.

٢- تظهير سند سحب تظهيراً تأمينياً لصالح المصرف وذلك لقاء حصول العميل على التسهيل الائتماني ورغبة المصرف بزيادة الضمانات الموجودة في السند وذلك لضمان حقه عند التنفيذ عليه.

٣- قيام العميل بسداد الدين الخاص بالتسهيل الائتماني عن طريق تظهير الورقة التجارية تظهيراً ناقلاً للملكية يكون فيه المصرف هو المظهر إليه.

و في كل هذه الحالات يكون الضمان الاحتياطي عبارة عن ضمان إضافي يُضاف إلى الضمانات الأخرى المقررة قانوناً في قانون الصرف كالقبول و تضامن الموقعين جميعاً في مواجهة الحامل واستقلال التزاماتهم و مبدأ تظهير الدفع، وكل ذلك من شأنه أن يزيد في ثقة الحامل (المصرف) بدفع قيمة السند في ميعاد استحقاقه^{٣٢٠}.

^{٣١٩} د. عبد الله عبود: المرجع السابق ، ص ٤٨.

^{٣٢٠} تتشارك الأسناد التجارية (السفحة والسند لأمر والشيك) بإمكانية ورود الضمان الاحتياطي عليها ولا يُستثنى من ذلك سوى أنه في الشيك وعلى عكس سند السحب - لا يجوز أن يكون المسحوب عليه (والذي هو دائماً مصرف) ضامناً احتياطياً (م ٣٦٧ ق.ت).

الفرع الأول

شروط الضمان الاحتياطي

الضمان الاحتياطي هو تصرف قانوني شكلي يُنشئ في ذمة الضامن التزاماً صرفياً بضمان الوفاء بالورقة التجارية، وعلى ذلك يُشترط لصحة هذا الالتزام ضرورة توفر شروط موضوعية وأخرى شكلية، ونشير إلى أن هذه الأحكام مفصلة بخصوص سند السحب وتسري على السند لأمر بدلالة المادة (٣٤٩ق.ت) وعلى الشيك بدلالة المادة (٣٦٧ق.ت) إلى الحد الذي لا يتعارض مع طبيعة كل منهما.

أولاً: الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي.

تنقسم الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي إلى عامة و خاصة نتناولها فيما يلي:

١- الشروط الموضوعية العامة

الضمان الاحتياطي هو تصرف قانوني بإرادة منفردة تتجه إلى كفالة الوفاء بالالتزام الثابت بالورقة التجارية في مواجهة الحامل (المصرف) لصالح المضمون^{٣٢١} وبما أنه تصرف قانوني فيجب أن تتوفر فيه الشروط العامة التي يجب أن تتوافر في كل التزام قانوني وهي: الرضا، مشروعية المحل و السبب الأهلية، بالإضافة إلى ضرورة توفر شروط موضوعية خاصة تتعلق بالضمان الاحتياطي و بالمضمون احتياطياً و بمحل الضمان.

فبالنسبة لعنصر الرضا في تصرف الضمان الاحتياطي يجب أن يكون صحيحاً لا يشوبه غلط أو تدليس أو إكراه، أما بالنسبة للأهلية فيجب أن يكون الضامن كامل الأهلية وهذا دون أن يكون به موانع قانونية تُنقص من أهليته كالجنون و العته والسفه بالنسبة للشخص الطبيعي، أو أي مانع قانوني ينقص من أهلية

^{٣٢١} د.نادية فضيل:الأوراق التجارية في القانون الجزائري، ط١١، دار هومة،الجزائر، ٢٠٠٦، ص ٨١.

الشخص المعنوي كذلك^{٣٢٢} ، أما عن المحل فهو تعهد الضامن بكفالة المضمون بدفع قيمة الورقة إذا حصل رجوع على المضمون ، وهذا التعهد مشروع لا يخالف القانون لأن محل الورقة التجارية هو دائماً دفع مبلغ معين من النقود ، أما عن سبب الضمان الاحتياطي فقد يكون مجاناً أو بمقابل و لكن طالما كان الضمان الاحتياطي عملاً تجارياً فيُفترض عند وروده مطلقاً أنه مأجور^{٣٢٣} وخاصة في الحالة التي يكون فيها الضامن مصرفاً.

٢- الشروط الموضوعية الخاصة

بالانتقال إلى الشروط الموضوعية الخاصة نجد أنها تتعلق بصفة الضامن الاحتياطي وصفة المضمون ومحل الضمان^{٣٢٤}.

أ- الضامن الاحتياطي:

وهو الشخص الذي ضَمِن وفاء الورقة التجارية تجاه المصرف والأصل أن يكون شخص من غير الملتزمين في الورقة التجارية لأن الضمان الاحتياطي يهدف إلى إضافة ملتزم جديد إليها، و مع ذلك يجوز أن يكون الضامن الاحتياطي أي شخص و لو كان ممن وقعوا على السند كالساحب أو المحرر أو أحد المظهرين أو المسحوب عليه^{٣٢٥}. وغالباً ما تُفضّل المصارف أن يكون الضامن أجنبياً عن الورقة التجارية لزيادة ضماناته كحامل و لأن كفالة أحد الموقعين على الورقة التجارية لا تزيد قوة السند ما دام الكفيل الموقع هو ضامن أصلاً لتأدية قيمته إلا إذا كان هذا الضمان الصادر من أحد الموقعين من شأنه تأكيد حق المصرف الحامل إذا ترتب على تدخله من جديد كضمان احتياطي

^{٣٢٢} عبد القادر العطير: الوسيط في شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، دار الثقافة للتوزيع والنشر، عمان، ١٩٩٨، ص ٢٨٢ .

^{٣٢٣} انظر المادة (١١٢) من قانون التجارة السوري.

^{٣٢٤} عبد القادر العطير: المرجع ذاته، ص ٢٨٣ .

^{٣٢٥} د. الياس حداد: الأسناد التجارية، المرجع السابق، ص ٢٧١، ويُستثنى من ذلك حالة الشيك فلا يجوز أن يكون المصرف المسحوب عليه ضماناً احتياطياً كما سبق ذكره (م ٣٦٧ ق.ت).

فائدة له عندها يصبح مقبولاً من جهة المصرف، كما لو حصل الضمان الاحتياطي من أحد المظهرين لمصلحة المحرر في السند لأمر أو لمصلحة الساحب في السفتجة، إذ لمّا كان الضامن الاحتياطي يلتزم بالكيفية التي التزم بها المضمون فمن المتّصور سقوط حق الحامل في الرجوع على الشخص بصفته مظهراً في حين يظل له حق الرجوع على هذا الشخص بصفته ضامناً احتياطياً.

وبتوقيع الضامن على الورقة التجارية أصبح ملتزماً بها التزاماً صرفياً شأنه في ذلك شأن سائر الموقعين عليها لذا فلا بد أن تتوافر في الضامن الاحتياطي أهلية الالتزام الصرفي^{٣٢٦}، فإذا لم يكن أهلاً له انقلب الضمان الاحتياطي إلى كفالة عادية تخضع لأحكام القواعد العامة في القانون المدني، هذا ويعتبر ضمان السند التجاري دائماً عملاً تجارياً بحسب الموضوع ولو كان الضامن غير تاجر^{٣٢٧}.

ب- المضمون احتياطياً:

يُقصد بالمضمون هنا الملتزم الذي يتدخل الضامن الاحتياطي لكفالته ويتوجب تحديده حتى يمكن الرجوع عليه في حال وفاء الضامن للورقة فضلاً عن أن مركز الضامن والتزامه تجاه المصرف يتحدد بمركز المضمون^{٣٢٨}، و يكون الضمان الاحتياطي جائزاً بالنسبة لأي واحد من الملتزمين في الورقة التجارية مهما كانت صفته، وسواء كان الساحب أو المحرر أو المظهر أو المسحوب عليه القابل كذلك يجوز أن يحصل الضمان الاحتياطي عن الضامن

^{٣٢٦} د.أحمد محمد محرز: السندات التجارية، الكمبيالة السند الإذني، الشيك، اتفاقية الأمم المتحدة للكمبيالات والسندات التجارية الاذنية الدولية، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٣، ص ١٤٧.

^{٣٢٧} نقض سوري: قرار (٥٨) أساس (٧) تاريخ ١٣ / ٣ / ٢٠٠٠، سجلات محكمة النقض.

^{٣٢٨} د.أحمد محرز: المرجع ذاته، ص ١٤٧، أيضاً المادة (٢٨٥) من قانون التجارة السوري.

الاحتياطي أو القابل بطريق التدخل، ما دام أن كلا منهما يلتزم بالوفاء بقيمة الورقة بمجرد التوقيع عليها .

وبالنتيجة يجوز أن يُقدّم الضمان الاحتياطي لمصلحة أي ملتزم بالورقة التجارية فقد يكون المضمون هو الساحب أو المحرر أو المسحوب عليه القابل أو أحد المظهرين شريطة أن لا يكون ضمّن الورقة التجارية شرط عدم الضمان فهو في هذه الحالة غير ملتزم صرفياً فلا يلتزم بذلك كفيله^{٣٢٩}. كما يجوز أن يُعطى الضمان الاحتياطي لمصلحة ضامن احتياطي آخر^{٣٣٠} حيث تسمح القواعد العامة بكفالة الكفيل، وقد يُعطى الضمان أيضاً لمصلحة المسحوب عليه غير القابل فيكون التزام الضامن عندئذ معلق على شرط واقف وهو قبول المسحوب عليه .

وحيث أن المركز القانوني للضامن تجاه المصرف يتحدد بمركز مضمونه فإنه من الأهمية بمكان تحديد شخصية المضمون تجاه المصرف بشكل لا يثير أي لغط لكي تتضح حقوقه وواجباته، و بالتالي حقوق وواجبات الضامن^{٣٣١}، ولكن عدم تعيين المضمون لا يترتب عليه بطلان التزام الضامن بل يُعتبر الضمان عندها حاصلاً لمصلحة الساحب أو المحرر ذلك حسب نص الفقرة الثالثة من المادة ٢٨٤ من قانون التجارة بخصوص سند السحب: (ويذكر في صيغة الضمان اسم المضمون و إلا عُد حاصلاً للساحب) وتسري هذه المادة على كل من السند لأمر بدلالة المادة (٣٤٩ ق.ت) والشيك بدلالة المادة (٣٦٧ ق.ت) كما سبق ذكره.

و يبدو أن الحكمة التي ابتغاها المشرّع من اعتبار الضمان حاصلاً لمصلحة الساحب أو المحرر تقوم على أساس أن الساحب أو المحرر يرى جميع

^{٣٢٩} د. الياس حداد: الأسناد التجارية، المرجع السابق، ص ٢٧٣.

^{٣٣٠} د. عبد الحميد الشواربي: المرجع السابق، ص ٢٦٧.

^{٣٣١} د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ١٢٥ .

المظهرين أي أنه رأس الهرم في سلسلة التظاهرات المتعاقبة و بالتالي يكون الضمان الجاري لحسابه هو في مصلحة الآخرين جميعاً إذ يترتب على الوفاء من جانب ضامنه براءة جميع الملتزمين بالورقة، هذا وتُعتبر قرينة انصراف الضمان لصالح الساحب أو المحرر قرينة قطعية غير قابلة لاثبات العكس^{٣٣٢}.

ج - موضوع الضمان الاحتياطي :

جاء في نص الفقرة الأولى من المادة ٢٨٣ من قانون التجارة السوري: (وفاء مبلغ سند السحب يجوز ضمانه كله أو بعضه من ضامن واحد أو أكثر)^{٣٣٣} وهذا يعني أن الضامن الاحتياطي يضمن الوفاء بمبلغ الورقة التجارية تجاه المصرف كما يجوز له أن يحدد محل التزامه بجزء فقط من قيمة الورقة التجارية وذلك حسب مقدار الدين الخاص بالمصرف، كما أن الضامن الاحتياطي لا يضمن الوفاء فحسب بل يضمن القبول أيضاً ما لم يكن مُعفى من ضمان القبول بشرط صريح (شرط عدم الضمان) مُضمّن من قبل الساحب أو المُظهر^{٣٣٤} مع ملاحظة عدم جواز إعفاء الساحب لنفسه من ضمان الوفاء بالشيك (م ٣٦١ ق.ت) وبالتالي فإن ضامنه ليس له الحق في أن يشترط عدم ضمان وفاء الشيك عند التوقيع عليه كضامن.

ويُشترط أيضاً لصحة هذا الضمان أن يرد على ورقة تجارية صحيحة بحيث إذا جاء بمناسبة ورقة تجارية باطلة لأي سبب كان اعتُبر في حكم الكفالة العادية لأن نظام الضمان الاحتياطي خاص بالأوراق التجارية الصحيحة^{٣٣٥}.

^{٣٣٢} د. الياس حداد: الأسناد التجارية، المرجع السابق، ص ٢٧٢.

^{٣٣٣} وتطبق ذات الأحكام على ضمان الشيك والسند لأمر بدلالة المادتين (٣٦٧) و (٣٤٩) من قانون التجارة السوري .

^{٣٣٤} د. مصطفى كمال طه :المرجع السابق، ص ١٢٤.

^{٣٣٥} د. أبو زيد رضوان:المرجع السابق، ص ٣٠٤.

ونتساءل هنا عن جواز كون محل الضمان الاحتياطي هو عقد فتح اعتماد
أو رصيد حساب مصرفي؟؟؟

في هذه الحالة لابد من ملاحظة الأمور التالية:

١- إن عبارة (صالح كضمان احتياطي) إذا كُتبت على صك فتح الاعتماد لا تُعتبر ضماناً احتياطياً بل كفالة وذلك لأن الصك المذكور ليس سنداً تجارياً.^{٣٣٦}

٢- إذا فتح المصرف لأحدهم حساباً لديه وأصبح العميل مديناً للمصرف بقيمة معينة نتيجة إغلاق الحساب فجاء شخص ثانٍ وكفل للمصرف أن يوفيه هذا المبلغ إن امتنع صاحب الحساب عن الوفاء، فعمله هو كفالة عادية لا ضمان احتياطي حتى ولو احتوى الحساب في جانبه الدائن أو المدين أوراق تجارية وعلة ذلك أن الأسناد التجارية المذكورة شيء ورصيد الحساب شيء آخر والعبرة تكون للحساب مجملاً لا بالأجزاء التي تدخل فيه.

لذا إذا كان هناك اتفاق عام بين المصرف والعميل بتقديم المصرف لكل الخدمات المالية والمصرفية التي يحتاجها العميل من إقراض وخصم وتحصيل وإدارة أموال وغير ذلك، وجاء كفيل ووعد المصرف بأنه عند اللزوم يوفيه ما يتحقق عن العميل من التزامات بسبب الخدمات التي وصفناها على اختلافها ومنحه وثيقة تثبت ذلك مُدَيِّلَةً بإمضائه فلا يُعتبر عمله هذا ضماناً احتياطياً بصك مستقل حتى ولو كان أكثر ما يتناوله هذا الضمان هو حساب مصرفي مقيدة فيه قيمة مجموعة من السندات التجارية لأن المضمون هنا هو الالتزام الناتج عن الخدمات ككل وليس قيمة سند تجاري معين داخل في الحساب.^{٣٣٧}

^{٣٣٦} د. عبد الله عبود: المرجع السابق، ص ١٤٦.

^{٣٣٧} د. عبدالله عبود: المرجع ذاته، هامش الصفحة ١٤٧.

وعملياً يكون التمييز - وخاصة في العمل المصرفي - بين وقوع الضمان على الدين الأساسي (الخدمة المصرفية) أم الدين المصرفي (الورقة التجارية) أمر دقيق وصعب جداً:

فلو فرضنا أن شخص (أ) تلقى من مصرف ما قرضاً بمبلغ معين، وجاء شخص (ب) ووعد المصرف المقرض أنه إذا سحب لتغطية القرض سفتجة على (أ) بالمبلغ ذاته ولم توفَ وقت الاستحقاق التزم هو بدفعها، فهل يُعتبر الضمان هنا واقعاً على الدين الأصلي (القرض) أم على دين السفتجة؟؟

للوهلة الأولى نجد أن التعهد هنا هو ضمان احتياطي بصك مستقل بناء على أن الوعد بالأداء ذكر وجود السفتجة وحدد المقدار المضمون وتاريخ استحقاقه واسم الشخص الذي سحبت عليه، ولكن بذات الوقت ألا يمكننا تفسير التعهد المذكور من عبارته ذاتها أن نية الكفالة كانت للدين الأصلي فكأن صاحبها (ب) يقول للمصرف: إذا حاولت استيفاء القرض بسحب سفتجة على المدين تستحق في موعد كذا ولم تبلغ إلى حَقك بهذه الطريقة فأنا أرد إليك قيمة القرض، فيكون بذلك قد ضمن الدين الأصلي لا الوفاء السفتجة.

وعليه فإنه يمكن القول بأن كلا التأويلين مُمكن وترجيح أحدهما على الآخر في منتهى الدقة ولا بد من بذل الجهد ودراسة كل حالة على حدة للتمييز بين الاحتمالين، ولعلنا نرى أنه عند الشك يُفسَّر التعهد لمصلحة (ب) فيُعتبر كفيلاً بالدين الأصلي لا ضامناً احتياطياً لأن ذلك أخف عبء عليه، ما لم يكن هناك اتفاق معين بين الأطراف في مثل هذه الحالة حيث يُعمل بهذا الاتفاق.

ثانياً: الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي

تنص المادة ٢٨٤ من قانون التجارة على ما يلي: (١- يُكتب الضمان الاحتياطي على نفس سند السحب أو الورقة المتصلة به
٥- ويجوز إعطاء الضمان على صك مستقل يبين فيه المكان الذي تم فيه).

يتضح من هذا النص أنه يُشترط لصحة الضمان أن يكون مكتوباً كما هو الحال بالنسبة لكل التزام صرفي، فما دام الضمان يهدف إلى تأمين الحامل فيجب أن يعلم الأخير به ولا يتحقق هذا الغرض إلا بتدوين الضمان كتابةً و شرط الكتابة بالإضافة إلى كونه شرط انعقاد فهو شرط إثبات أيضاً^{٣٣٨} فلا يجوز إثبات الضمان أو إثبات ما يخالفه إلا بالكتابة، وليس بالبينة الشخصية استثناءً من مبدأ حرية الإثبات في القضايا التجارية، غير أن ورود الضمان الاحتياطي شفاهة لا يعني بطلانه إذ يصبح تنفيذه جبراً أمراً ممكناً كونه يعتبر بمثابة كفالة مدنية.^{٣٣٩} وقد بين القانون إمكانية وقوع الضمان على الورقة التجارية نفسها أو على ورقة متصلة بها، إضافة إلى إمكانية وقوعه على ورقة مستقلة .

١- الضمان على الورقة التجارية أو على الورقة المتصلة بها:

و نميز هنا الفرضين التاليين:

أ-إذا كان الضامن قد وضع توقيعه على ظهر الورقة التجارية أو الورقة المتصلة به فلا بد من أن يتم الضمان بصيغة تدل عليه، كأن يقول (صالح كضمان) أو (صالح للكفالة) أو (أضمن فلان) في دفع مبلغ ، ثم تحت العبارة المستعملة توقيع الضامن، أما بمجرد التوقيع على ظهر السند التجاري أو الورقة المتصلة بها دون استعمال أية عبارة فإن ذلك يُعتبر تظهيراً على بياض.

ب- أما إذا كان الضامن قد وقع على صدر الورق التجارية فيعتبر الضمان حاصلاً بمجرد وضع التوقيع دون استعمال أية عبارة معينة، لكن القانون قد اشترط لانصراف التوقيع المجرد إلى الضمان الاحتياطي أن يصدر التوقيع من

^{٣٣٨} د. الياس حداد: الأسناد التجارية، المرجع السابق، ص ٢٧٤.

^{٣٣٩} د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص ٣٠٥.

غير الساحب أو المحرر أو المسحوب عليه^{٣٤٠} لأن توقيع الساحب أو المحرر يفيد إنشاء الورقة التجارية و توقيع المسحوب عليه يشير إلى قبولها وذلك بالسفجة والى وجود مقابل الوفاء بالشيك، هذا ولا يُشترط على كل حال تأريخ الضمان لذلك فكل من له مصلحة في إثبات التاريخ أن يثبتته بجميع طرق الإثبات .

٢- الضمان بصك مستقل :

الأصل في الضمان أن يكون على الورقة التجارية أو على الورقة المتصلة بها لكن المادة ٢٨٤ من قانون التجارة أجازت أن يقع الضمان في سند مستقل ويُعتبر هذا الحكم استثناءً على مبدأ الكفاية الذاتية الذي تتميز به السندات التجارية و بمقتضاه وجب اشتمال الورقة التجارية على جميع البيانات اللازمة لتحديد مضمون الالتزام المصرفي دون الحاجة لاستعمال أي شيء آخر يخرج عن نطاق الورقة ذاتها، ولعلّ الحكمة هذا الخروج عن المبدأ المذكور بجواز وقوع الضمان بصك مستقل تستند إلى الاعتبارات الهامة التالية :

الاعتبار الأول: هو مصلحة حامل الورقة التجارية الذي تستقطب ورقته ضامناً جديداً يزيد من فرص وفائها في تاريخ لاستحقاق ،أما الاعتبار الثاني: وهو الأهم فإنه لمصلحة المضمون التي تستدعي دفع الحرج عنه إذ أن ورود الضمان الاحتياطي عنه على ذات الورقة التجارية دلالة على الشك في ائتمانه^{٣٤١} أما الاعتبار الثالث فتبرزه ضرورة الواقع العملي فالضمان بصك مستقل يسمح بضمان عدة أوراق تجارية دفعة واحدة.

^{٣٤٠} الفقرة "٤" من المادة (٢٨٤) من القانون التجاري، أيضاً د.راشد راشد: الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٢ ص ٧٤-٧٥.

^{٣٤١} د.مصطفى كمال طه :المرجع السابق، ص ١٢٦.

ويُشرط لصحة لضمان الوارد في سند مستقل عن صك الورقة التجارية أن يُشار فيه إلى المكان الذي أعطي فيه تحت طائلة بطلانه كالتزام المصرفي^{٣٤٢}، وسبب اشتراط القانون ذكر المكان هو من أجل معرفة القانون الذي يخضع له هذا الضمان فالالتزامات المصرفية تخضع من حيث الشكل لقانون البلد الذي تنشأ فيه^{٣٤٣}.

كما يجب أن نحدد في الضمان الوارد في ورقة مستقلة الورقة التجارية أو الأوراق التجارية المضمونة، وأن يُشار إلى مبلغها و تاريخ استحقاقها والمدة التي يسري خلالها هذا الضمان إن كان ضمان عام، و الضمان الخالي من هذه البيانات لا يُعتد به صرفياً وإن أمكن اعتباره كفالة عادية إن توافرت أركانها^{٣٤٤}.

ونشير أخيراً أن مُقدّم الضمان بصك مستقل ليس ملتزماً إلا تجاه الشخص الذي وعده بضمانه^{٣٤٥}، لأن توقيعه لا يظهر في سند يُطرح للتداول وإنما مذكور في ورقة مستقلة عن الورقة التجارية التجاري.

^{٣٤٢} انظر الفقرة "٥" من المادة (٢٨٤) من قانون التجارة السوري.

^{٣٤٣} د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ١٢٧.

^{٣٤٤} د. راشد راشد: المرجع السابق، ص ٧٥-٧٦.

^{٣٤٥} الفقرة "٦" من المادة (٢٨٤) من قانون التجارة السوري.

الفرع الثاني

آثار الضمان الاحتياطي

يلتزم ضامن الوفاء بكل ما التزم به المضمون^{٣٤٦} فإذا دفع الضامن الاحتياطي قيمة الورقة التجارية يكتسب الحقوق الناتجة عنها تجاه المضمون^{٣٤٧}. فالضامن الاحتياطي يُعد كفيلاً تجاه المصرف مع المضمون غير أن التزامه هو التزام تبعية للالتزام المضمون، لذا نبحث في العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمصرف الحامل ثم العلاقة بين الضامن الاحتياطي وبقية الموقعين على الورقة التجارية.

أولاً-العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمصرف الحامل

يُعتبر الضامن الاحتياطي كفيل متضامن مع مضمونه يلتزم تجاه المصرف الحامل على الوجه الذي يلتزم به المضمون، وتتفرع عن ذلك عدة نتائج أهمها: أ-يلتزم الضامن الاحتياطي عن الساحب أو المُظهِر بضمان القبول وضمان الوفاء معاً، ولا يحق له في حال كان ضماناً للساحب في الشيك أو المحرر في السند لأمر إعفاء نفسه من ضمان الوفاء لأنه يلتزم بالكيفية التي يلتزم بها هؤلاء الذين لا يمتلكون إعفاء أنفسهم من ضمان الوفاء كونهم المدينين الأصليين.

ب-إن الضامن الاحتياطي بوصفه كفيلاً متضامناً، ليس له أن يدفع مطالبة المصرف بوجوب الرجوع على المضمون والتنفيذ على أمواله^{٣٤٨} (وهو ما يُعرف

^{٣٤٦} الفقرة الأولى من المادة (٢٨٥) من قانون التجارة السوري.

^{٣٤٧} الفقرة الثالثة من المادة (٢٨٥) من قانون التجارة السوري.

^{٣٤٨} قضت محكمة النقض في قرارها رقم (٢٣٩٤) أساس (٣٦٤١) تاريخ ١٩٩٨/١١/٨ على أنه:

(إن التوقيع على السند التجاري بصفة كفيل متضامن يعطي الحق للمصرف الدائن بالتنفيذ على أموال الكفيل قبل التنفيذ على المدين الأصلي).

بالدفع بالتجريد) كما يُحرم من الدفع بالتقسيم في حالة تعدد الضامنين الاحتياطيين فليس له أن يطلب من المصرف تقسيم الدين الخاص بالعمل بين الضامنين الاحتياطيين إن تعددوا وهذا يعتبر تقوية لمركز المصرف الدائن^{٣٤٩}.

ج- لا يجوز للضامن الاحتياطي أن يتمسك في مواجهة المصرف الحامل إلا بالدفع التي تكون للمضمون نفسه والمستمدة من علاقة المضمون بالمصرف نفسه كالمقاصة مثلاً.

د- لا يجوز للضامن الاحتياطي أن يحتج بسقوط حق المصرف الحامل بسبب الإهمال إلا في الحدود التي يجوز فيها ذلك للملتزم المضمون، فإذا كان قد تدخل لمصلحة المسحوب عليه القابل أو لمصلحة الساحب الذي لم يقدم مقابل الوفاء فلا يسوغ له أن يتمسك بالسقوط أما إذا تدخل لمصلحة أحد المظهرين جاز له الاحتجاج بالسقوط^{٣٥٠}.

و- يُعتبر التزام الضامن الاحتياطي عملاً تجارياً، وهذا ما يسهل على المصرف في حال المنازعة استخدام قواعد الإثبات في المواد التجارية.

ويلاحظ أن الضامن الاحتياطي ولو أنه مجرد كفيل - والتزام الكفيل لا يكون صحيحاً إلا إذا كان التزام المكفول صحيحاً - إلا أن التزامه يكون صحيحاً ولو كان التزام المضمون باطلاً لنقص في الأهلية أو لعيب في الرضا أو لغير ذلك من الأسباب تطبيقاً لمبدأ استقلال التوقيعات^{٣٥١} وهو أحد المميزات الهامة للضمان الاحتياطي، ويُستثنى من ذلك الحالة التي يكون فيها التزام المدين المضمون باطلاً لعيب شكلي ظاهر كنقص أحد البيانات الإلزامية للورقة

^{٣٤٩} د. أبو زيد رضوان: المرجع السابق، ص ٣١٦.

^{٣٥٠} د. نادية فضيل: المرجع السابق، ص ٨١-٨٢.

^{٣٥١} د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ١٢٨.

التجارية^{٣٥٢} وهذا ما نصت عليه الفقرة الثانية من المادة ٢٨٥ من قانون التجارة بقولها أنه: (٢- يكون التزام الضامن صحيحاً ولو كان الالتزام الذي ضمنه باطلاً لأي سبب كان ما لم يكن مرده إلى عيب في الشكل).

ثانياً- العلاقة بين الضامن الاحتياطي والموقعين الآخرين:

وفقاً للفقرة الثالثة من المادة ٢٨٥ من قانون التجارة لا يُمارس الضامن الاحتياطي حق الرجوع تجاه المدين المضمون فحسب، وإنما تجاه الأشخاص الملتزمين تجاه هذا الأخير (المدين المضمون) بموجب الورقة التجارية. فالضامن الاحتياطي الذي أوفى مبلغ الورقة التجارية إلى المصرف الحامل يستطيع الرجوع على الملتزمين الآخرين كرجوع الملتزم المضمون سواءً بسواء^{٣٥٣}.

ومن هنا يتقرر للضامن الاحتياطي الرجوع على كل من التزم بالوفاء و بضمان الوفاء في مواجهة الملتزم المضمون، فلو أن الضامن الاحتياطي تدخل لكفالة التزام أحد المظهرين للسفينة فإنه يستطيع الرجوع على المسحوب عليه القابل وعلى جميع الموقعين السابقين على المظهر المكفول، ولو أنه تدخل لكفالة التزام الساحب فلا يكون له سوى حق الرجوع على المسحوب عليه الذي تلقى مقابل الوفاء من الساحب ويمتنع عليه الرجوع على المظهرين اللاحقين^{٣٥٤}.

^{٣٥٢} د. عاطف محمد الفقي: الأوراق التجارية وفقاً لأحكام قانون التجارة المصري الجديد رقم ١٧ لسنة

١٩٩٩، (الكمبيالة والسند لأمر)، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ١٢٥.

^{٣٥٣} د. هاني دويدار: الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٦، ص ١٤٤.

^{٣٥٤} د. هاني دويدار: المرجع ذاته، ص ١٤٤-١٤٥.

المبحث الثاني

الضمانات العينية (الرهن)

أشرنا سابقاً إلى أن المشرع ضمن حد أدنى من الحماية للدائنين وذلك بتقرير نظام الضمان العام ووضع بعض الوسائل التي تعمل على حماية هذا الضمان إضافة إلى بعض الشروط التي يضعها الدائنون لتكفل لهم نوعاً خاصاً من الضمان بالإضافة لحق الضمان العام.

وأمام عجز هذه الوسائل عن تحقيق ضمان كافٍ وتأمين الدائن ضد مخاطر إعسار المدين أو إفلاسه انتقلت المصارف الدائنة إلى نظام الضمانات الشخصية^{٣٥٥} للبحث عن شخص آخر يلتزم مع العميل المدين كالكفيل أو الضامن الاحتياطي. وفي هذه الأحوال لم يخرج المصرف الدائن عن مبدأ المساواة المقرر لجميع الدائنين وكل ما حصل عليه هو ضم ذمة هؤلاء إلى ذمة العميل المدين حتى يقلل من مخاطر الإعسار ولكي يجد في يسار أحدهم وملاءته ما يعوضه عن إعسار الآخر فكانت وسائل الضمان الشخصي بمثابة تعُدُّ لمصادر الضمان ولكنها لم تخصص المصرف الدائن بميزة معينة ولم تُجنبه كل الأخطار المتوقعة.

وهنا ظهر دور الضمان العيني وهو عبارة عن تخصيص مال أو أكثر لضمان دين المصرف الدائن، وذلك بتقرير حق عيني على هذا المال أو هذه الأموال فيكون له حق الأفضلية عن غيره في استيفاء حقه من المقابل النقدي لهذا المال أو هذه الأموال وحق تتبع هذا المال أو الأموال في أي يد ليمارس حقه في التقدم على غيره من الدائنين وبذلك نكون قد خرجنا عن مبدأ المساواة بين الدائنين^{٣٥٦}.

^{٣٥٥} د. نبيل إبراهيم سعد: التأمينات الشخصية والعينية، المرجع السابق، ص ٣٥.

^{٣٥٦} د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٢٤.

والمصرف بوصفه دائناً ممتازاً أي مزوداً بضمان عيني لا يتقدم على الدائنين العاديين أو الدائنين التاليين له في المرتبة إلا بالنسبة لهذا المال وحده^{٣٥٧} كما أنّ حصول المصرف على الضمان العيني لا يُلغي حق الضمان العام وإنما يعززه ويقويه فيمكن للمصرف -بصفة دائن عادي- أن يرجع على الأموال الأخرى للعميل المدين في حال أنه لم يستوف حقه كاملاً من المال الذي تقرر عليه الضمان العيني لاقتضاء ما تبقى له من دين^{٣٥٨}.

ونتساءل هنا عن الصفة التي يكتسبها المصرف الدائن بوصفه يحمل ضماناً عينياً من عميله وهل يُعتبر دائناً ممتازاً فقط؟؟

في الواقع يكون للمصرف صفتين^{٣٥٩}: صفة باعتباره صاحب حق شخصي على الضمان العام لعميله المدين ويستطيع بصفته هذه أن ينفذ على كل أموال مدينه ولكنه يخضع عندئذ لمبدأ المساواة بين الدائنين، وصفة باعتباره صاحب حق عيني على مال أو أموال معينة ويستطيع بمقتضى هذا الحق أن يستوفي حقه بالأفضلية على بقية الدائنين العاديين والدائنين التاليين له بالمرتبة بل وله حق تتبع هذا المال إذا ما خرج من ذمة العميل المدين ليُنقذ عليه ويستوفي حقه بالأفضلية عن كل هؤلاء على المقابل النقدي.

والضمانات العينية في القانون المدين السوري هي الرهن الحيازي (م ١٠٢٨ حتى ١٠٧٠) والرهن التأميني (م ١٠٧١ حتى ١١٠٨) وحقوق الامتياز (م ١١٠٩ حتى ١١٢٧)، ويخرج كل من الرهن التأميني (الرهن العقاري) وحقوق الامتياز عن دراستنا كون العقارات تخرج من نطاق دراسة القانون التجاري الذي يهتم بشكل أكبر بالمنقولات المادية والمعنوية ولكنها تقترب أكثر من دراسة القانون المدني ولأنها تحتاج إلى دراسة كثير من الشكليات

^{٣٥٧} د.نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٢١.

^{٣٥٨} نقض سوري رقم (٢٤٤) تاريخ ٢٥ / ٩ / ١٩٦٧، مجلة القانون لعام ١٩٦٧، ص ٨٧٢.

^{٣٥٩} د.نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٣٦.

المفروضة لحماية أصحاب العلاقة^{٣٦٠} والتي لا تتناسب مع عنصر السرعة الذي يميز العمل التجاري، كما أن حقوق الامتياز ضمانات عينية قانونية مصدرها هو القانون ولا دخل لإرادة الأطراف في إنشائها فلا يمكن للمصرف أن يتفق مع العميل على اعتبار دين معين مثلاً ديناً ممتازاً طالما أن القانون لم يعتبر هذا الدين من الديون الممتازة لذا تقتصر في دراستنا على رهن المنقولات سواء كانت مادية أو معنوية وذلك كونها تشكل موضوع القانون التجاري^{٣٦١}.

^{٣٦٠} د. جاك الحكيم: الحقوق التجارية، الأعمال التجارية والتجار والمتجر، منشورات جامعة دمشق

٢٠٠٥-٢٠٠٦، ص ١٧.

^{٣٦١} د. محمد فاروق أبو الشامات ود. جمال مكناس: المرجع السابق، ص ٦٨.

المطلب الأول

رهن المنقولات

يُقصد بالرهن لغةً الثبات والدوام فيقال: رهن الشيء رهناً أي ثبت على الدوام ويقال رهن بالمكان: أي أقام فيه، ويقال نعمة رهنه أي ثابتة ويُقصد به أيضاً الحبس فيقال: رهن فلان عند فلان الشيء أي حبسه عنده بدين^{٣٦٢}.

وقد عرّف المشرّع السوري رهن المنقول في المادة ١٠٢٨ من القانون المدني على أنه: (رهن المنقول عقد يخصص بمقتضاه شيء منقول، مادي أو غير مادي، بتأمين التزام ما) ويُلاحظ في هذا التعريف أن المشرّع السوري عرف رهن المنقول على أنه (عقد) ولعلّ الأدق تعريفه على أنه (حق) لأن الحق هو أثر للعقد^{٣٦٣}، كما أنه أغفل ذكر الخصائص المميزة لعقد الرهن والتي تتجلى في سلطات المرتهن في تتبع المرهون ورجحانه في استيفاء دينه على غيره، لذا يكون من الأفضل تعريف رهن المنقول بأنه: (حق عيني تبقي يترتب بمقتضى عقد على منقول ضماناً للوفاء بالتزام، ويمنح صاحبه حق تتبع الشيء في أي يد يكون واستيفاء حقه من ثمنه بالأولوية).

وينشأ حق الرهن من عقد بين المصرف المرتهن والعميل الراهن هو عقد الرهن^{٣٦٤} ولذلك يجب أن يكون العقد مستوفياً أركانه وشروط صحته وفقاً للقواعد العامة ونكتفي هنا بالإحالة عليها.

^{٣٦٢} محمد بن منظور التونسي: المرجع السابق، (١٨٩/١٣).

^{٣٦٣} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ١٧٠.

^{٣٦٤} د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٢١٥.

ويتميز رهن المنقول بالخصائص التالية:

أ- هو عقد من عقود الضمان، وبمقتضاه ينشأ للمصرف للمرتهن ضمان عيني على الشيء المرهون، فينتبعه بأي يد ينتقل إليها ويمنحه في حال بيعه حق الأولوية في استيفاء دينه من ثمنه قبل أي دائن آخر.

ب- هو عقد عيني لا يكفي لانعقاده-من حيث المبدأ- توافق الإيجاب والقبول بين العميل الراهن والمصرف المرتهن، وهذا يعني أن العقد لا ينعقد إلا بتسليم المرهون إلى المرتهن أو إلى أجنبي يعنيه المتعاقدان^{٣٦٥}.

ج- عقد رهن المنقول عقد ملزم لجانب واحد هو المصرف المرتهن أما العميل الراهن فليس ملزماً بشيء بمقتضى عقد الرهن إذ أن العمل الوحيد الذي يتعين عليه القيام به هو تسليم المرهون إلى المصرف وهذا التسليم ليس التزاماً يترتب على عاتقه أثراً للعقد، بل هو ركن لعقد الرهن لا يقوم إلا به.

د- غير قابل للتجزئة: أي أن الشيء المرهون جميعه يضمن كل جزء من الدين، فليس للمدين مثلاً أن يطالب المرتهن برد جزء من الشيء المرهون يقابل الجزء المدفوع من الرهن.

ويجوز رهن أي نوع من المنقولات للمصارف ما دامت قابلة للحجز والبيع بالمزاد العلني^{٣٦٦} سواء أكانت منقولات مادية أو معنوية فيجوز رهن السيارات

^{٣٦٥} انظر المادة (١٣٠) من القانون المدني السوري والمادة (١٢٠) من قانون التجارة السوري.

^{٣٦٦} وعدّل القانون رقم ١٩ لعام ٢٠١٤ عملية البيع وإجراء المزايدة بالنسبة للأموال المحجوزة من قبل المصارف والتي كانت وفقاً لأحكام قانون الأصول المدنية تتم على ثلاثة مراحل: المزاد الأول للبيع بالقيمة التخمينية، المزاد الثاني ويتم فيه إنقاص العُشر، المزاد الثالث ويتم فيه البيع بأي سعر يدفع من المزاولدين الحاضرين و يستتبع ذلك مجموعة من الإجراءات تتعلق بالإحالة التي قسمها القانون إلى مرحلتين: الإحالة الأولية ثم الإحالة القطعية، وما يتبع ذلك من اعتراضات وإشكالات تطيل أمد التقاضي وتعيق المصارف في تحصيل حقوقها بأسرع وقت ممكن، وجاء القانون رقم ١٩ ليحصر المزايدة في جلسة بيع واحدة تبدأ بالقيمة المُقدَّرة من قبل الخبراء وفي حال تقدّم أحد المزاولدين أو أكثر للشراء فإن رئيس التنفيذ يقرر فوراً الإحالة القطعية على من تقدم بأعلى عرض ، وبهذا الشكل

والمواشي والأثاث والبضائع والديون والأسهم والسندات الاسميّة والاذنية وبراءات الاختراع والأسماء التجاريّة وحقوق المؤلفين والمتجر.

- تكون قد تجاوزنا مراحل البيع أعلاه وإجراءات الإحالة الواردة في قانون الأصول. وعقب إنهاء جلسة البيع وصدر قرار الإحالة، فقد منح المشرع الحق بإجراء الزيادة على القيمة من خلال تنظيم محضر من المأمور أو من يكلفه الرئيس بذلك محافظاً بذلك على سرعة الإجراءات. (انظر المادة الثالثة وما بعدها من القانون رقم ١٩ لعام ٢٠١٤).

الفرع الأول

النظام القانوني لعقد الرهن

سبق وأشرنا أن عقد الرهن يخضع في صحته وانعقاده للقواعد العامة في إنشاء التصرفات القانونية، ولن نتوسع بالكلام في هذه القواعد بل سنُعنى بما يهمنا دراسته في عقد الرهن في مجال العمل التجاري والمصرفي محيلين فيما عدا ذلك إلى النظرية العامة في العقد، مع الإشارة إلى أن أحكام رهن المنقول المنصوص عليها في القانون المدني لا تسري إلا بالقدر الذي لا تتعارض فيه صراحة أو ضمناً مع القوانين التجارية والقوانين المتعلقة بحالات خاصة في الرهن^{٣٦٧}.

أولاً- تجارية الرهن

لا يُعتبر رهن المنقول رهنًا مدنيًا بكل حالاته فقد يكون الرهن تجاريًا، وكون الرهن مدنيًا أو تجاريًا أهمية كبرى بالنسبة إلى المصرف تتجلى بعدة أمور أهمها ما يتعلق بمسألتَي التنفيذ والإثبات:

١- فقد اشترط القانون الكتابة لإثبات عقد الرهن إذا كانت قيمة الشيء المرهون تزيد عن خمسمائة ليرة وأوجب أن تكون هذه الكتابة ثابتة التاريخ^{٣٦٨}، لكن المُشرّع وحرصاً منه على توفير عنصري السرعة والثقة في المعاملات التجارية وتسهيل سير عمليات الائتمان المضمونة برهون أجاز إثبات الرهن التجاري بالنسبة للمتعاقدين وفي مواجهة الغير بكافة طرق الإثبات المقبولة من المحكمة^{٣٦٩} ولكنه استثنى من ذلك المنقولات المعنوية وأخضعها لإجراءات

^{٣٦٧} انظر المادة (١٠٢٩) من القانون المدني السوري

^{٣٦٨} د. الياس حداد: القانون التجاري، بري-بحري-جوي، منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٥-٢٠٠٦ ص ٢٣٢، أيضاً المادة (٥٤) من قانون البيّنات السوري رقم ٣٥٩ لعام ١٩٤٧.

^{٣٦٩} تنص المادة (١٠٤) من قانون التجارة السوري على مايلي: (لا يخضع إثبات العقود التجارية مبدئياً للقواعد الحصرية الموضوعة للعقود المدنية فيجوز إثبات العقود المشار إليها بجميع طرق الإثبات

معينة^{٣٧٠}، كل هذا ما لم يتفق الطرفان على خلافه بضرورة الإثبات بالبينة الكتابية مثلاً حتى لو كان الرهن تجارياً^{٣٧١} وعليه فإن إثبات حق المصرف في حالة رهن المنقول المادي رهنًا تجاريًا تجاه العميل سيكون أيسر وبعيداً عن التعقيد.

٢- إن إجراءات التنفيذ على المال المرهون في الرهن التجاري أيسر وأبسط من الرهن المدني، فبموجب القواعد العامة المنصوص عنها في القانون المدني يجب على المصرف المرتهن عند عدم الوفاء بالدين بتاريخ الاستحقاق أن يرفع الدعوى على العميل المدين ليستصدر حكماً ببيع الشيء المرهون إما بالمزاد العلني أو بسعر البورصة أو السوق كما يحق له أن يطلب من القاضي استيفاء الشيء المرهون له لإيفائه بقدر دينه بناءً على تقدير خبراء^{٣٧٢}، ولا يخفى ما قد يستغرقه المصرف من وقت للحصول على حكم أو أمر من القاضي بالتنفيذ على المرهون في ظرف يُخشى فيه من تعرض الشيء المرهون للعطب أو التلف أو هبوط في الأسعار خلال فترة التقاضي مما يؤدي بالتالي إلى عدم استيفاء حقه بشكل كامل.

لهذه الأسباب رأى المشرع ضرورة تحرير الرهن التجاري من هذه القيود فنص في المادة ١١٩ من قانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ على مايلي:

(عند عدم الدفع في الاستحقاق يحق للدائن أن يراجع دائرة التنفيذ ويطلب إرسال إخبار إجرائي إلى مدينه، وبعد مرور ثمانية أيام على وقوع حق التبليغ

التي يرى القاضي وجود قبولها بحسب العرف أو الظروف مع الاحتفاظ بالاستثناءات الواردة في الأحكام القانونية الخاصة).

^{٣٧٠} د. الياس حداد: المرجع السابق، ص ٢٣٣.

^{٣٧١} نقض سوري: قرار رقم (٣٠٨) أساس (٤٠٥) تاريخ ١٩٩٨/٦/٢٥، موسوعة القضاء المدني

ج ١، ص ٤٥٧ .

^{٣٧٢} انظر المادة (١٠٤٣) من القانون المدني السوري.

يقوم رئيس التنفيذ ببيع الأشياء المرهون بالمزايدة العلنية ويستوفي الدائن دينه بطريق الامتياز).

ويتضح من هذا النص أنه لا يتضمن فقط تيسيراً على المصرف الدائن بالوصول إلى استيفاء حقه، بل يتضمن بالمقابل قسوة على العميل المدين الذي لا يقوم بإيفاء دينه في موعد الاستحقاق، إذ أن القانون لا يُمهله ولا يترفق به. ونشير هنا إلى أن هذه الأحكام تُعتبر من النظام العام^{٣٧٣} حيث نصت الفقرة الثانية من المادة ١١٩ السابق ذكرها على بطلان كل نص في عقد الرهن يجيز للدائن أن يمتلك المرهون أو أن يتصرف به بدون الإجراءات السالف ذكرها وهو ما يعتبر بمثابة الحماية للعميل الراهن ذلك أن قيمة المنقول المرهون تكون غالباً أكبر من قيمة الدين المضمون فيُخشى أن يستبد المصرف الدائن بالعمل المدين ويستغل حاجته إلى القرض أو التسهيل الائتماني فيجبره على قبول هذا الشرط أثناء إجراء عقد الرهن.

والسؤال هنا متى يُعتبر الرهن تجارياً بحيث يستطيع المصرف الاستفادة من الأحكام السابقة؟

إن الرأي الغالب أن الرهن بذاته لا يعتبر تجارياً ولا مدنياً بل هو عقد تابع بوصفه ينشئ لضمان الوفاء بحق آخر فيأخذ عقد الرهن وصف الدين الذي أنشأ الرهن لضمان الوفاء به^{٣٧٤}، وهذه القاعدة منطقية لأن الدين هو الأصل والرهن هو الفرع والفرع يتبع الأصل ويأخذ حكمه، وعليه نصت المادة ١١٧ من قانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ على أنه: (الرهن التجاري الخاضع للقواعد المحددة فيما يلي يَؤمّن بموجبه الدين التجاري).

^{٣٧٣} د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي: المرجع السابق، ص ٥٠٩.

^{٣٧٤} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٦٤.

ويذهب معظم الفقهاء للقول بأن العبرة هي لطبيعة الالتزام ووصف الدين بالنسبة إلى المدين^{٣٧٥} فلا يُشترط لكي يكون الرهن تجارياً أن يكون العميل المدين تاجراً^{٣٧٦} على أنه إذا كان العميل تاجراً فيفترض تعلق كل عمل يقوم به بأعماله التجارية ما لم يثبت غير ذلك^{٣٧٧}، فإذا اقترض أحد العملاء من المصرف مبلغاً معيناً للعلاج أو لأي غرض مدني بضمان منقولات فإن الرهن يخضع لأحكام رهن المنقول الواردة في القانون المدني، فالعبرة بالنسبة لاعتبار الرهن تجارياً أن يكون الالتزام المضمون تجارياً بالنسبة إلى المدين لأن المدين هو من سيقدم الرهن على مال له أو لغيره ولأن التنفيذ على المنقول المرهون سيتم في مواجهة المدين.

ولكن ما هو الحكم إذا كان مُقدم الرهن شخص غير العميل أي كفيل عيني؟؟؟ بالواقع ورد نص المادة ١١٧ من قانون التجارة عاماً وبدون تفريق، ونظر إلى الرهن التجاري على أنه الرهن الضامن لدين تجاري، ويبدو في ذلك أن المُشرّع لم يواجه إلا الحالة العادية التي يكون فيها الراهن هو المدين (العميل) حيث يكون من الطبيعي أن يكتسب الرهن الذي يقدمه للمصرف صفة الدين الذي قُدِّم الرهن ضماناً له.

أما إذا كان مُقدم الرهن شخصاً غير المدين انفصل عقد الرهن عن العقد الذي أنشأ الدين، وقد تقدم أن العبرة تكون دائماً تكون بالنظر إلى تجارية الدين بالنسبة إلى المدين، لذلك إذا كان مُقدم الرهن شخصاً غير العميل وكان الدين تجارياً يُطبق هنا فكرة التبعية ولكن بالنسبة إلى الرهن وليس إلى الدين فإذا كان

^{٣٧٥} د. الياس حداد: المرجع السابق، ص ٢٢٩، د. سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ١٨٠، د. مصطفى

كمال طه ود علي البارودي: المرجع السابق، ص ٥٠٥.

^{٣٧٦} د. سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ١٨٠-١٨١.

^{٣٧٧} تنص المادة (٨) من قانون التجارة السوري رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ على أنه: (١- جميع الأعمال

التي يقوم بها التاجر لحاجات تجارته تعد تجارية أيضاً في نظر القانون.

٢- وعند قيام الشك تُعد أعمال التاجر صادرة منه لهذه الغاية إلا إذا ثبت العكس).

للمراهن مصلحة في تقديم الرهن كان الرهن تجارياً ولو كان مُقدمه غير تاجر
أما إذا كان الراهن مُتبرعاً بالضمان ولا مصلحة له بالرهن كان الرهن مدنياً ولو
كان صادراً من تاجر^{٣٧٨}.

ثانياً- عينية الرهن ومسوغاتها

١- حيازة المرهون وأشكالها

سبق وذكرنا أن رهن المنقول عقد عيني لا يكفي فيه التراضي بل لابد من
حيث المبدأ تسليم المرهون إلى المصرف المرتهن أو من ينوب عنه، والتسليم
مطلوب سواء كان الرهن مدنياً أو تجارياً^{٣٧٩} وهذا ما يظهر من نص المادة
١٠٣١ من القانون المدني السوري والتي تنص على أنه: (إن رهن المنقول يخول
الدائن حق حبس المرهون إلى أن يوفى الدين، كما يخوله حق الامتياز في
استيفاء دينه من قيمة المرهون) والمادة ١٢٠ من قانون التجارة بأن: (رهن العين
المادية لا ينتج أثره إذا بقي المرهون في حيازة المدين بحيث يظهر للغير وكأنها
لم تزل جزءاً من ذمة المدين المالية إنما لابد من تسليمها إلى الدائن أو إلى
شخص يحوزها لحسابه).

ويلاحظ أن عينية الرهن تنطوي على فائدة مُزدوجة لكل من المصرف المرتهن
والغير، فهي من جهة تفيد المصرف المرتهن لأنها تجعل المرهون بمنأى عن
العمل الراهن فلا يستطيع هذا الأخير إخفاءه ولا التصرف فيه إلى شخص
حسن النية يستطيع أن يحتمي بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، وفيما
عدا ذلك فإن انتقال الحيازة إلى المرتهن أو إلى العدل يُفيد الغير إذ عن طريقه
يستطيع الغير أن يُحيط علماً بتعلق حق المصرف المرتهن بالمرهون فلا

^{٣٧٨} د. على جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٦٦.

^{٣٧٩} Michael Furmston & Jason Chuah: Commercial And Consumer Law

Pearson Education Limited, England, 2010, P9.

ينخدعوا ببقاء المال المرهون تحت يده ولا يتورطون من ثم بإقراضه إذا كان مركزه المالي لا يتيح هذا الإقراض بحيث تلعب الحياة دور شهر الرهن للغير. ويتم تسليم الشيء المرهون للمصرف المرتهن بحيث يتمكن من حيازته حياة ظاهرة ومستمرة ويحصل التسليم بالشكل الذي يتفق مع طبيعة المال المرهون. على أن شرط ظهور الحياة وعلاقتها لا يستلزم أن يحوز المصرف الشيء ذاته حياة مادية حقيقية بل تكفي الحياة الرمزية (الحكمية) إذا تحققت بها السيطرة الفعلية بطريقة واضحة لا غموض فيها بحيث تحول دون تحكم العميل الراهن به أو استفادته منه^{٣٨٠}.

فلو كان المال مرهون عبارة عن كمية من البضائع المملوكة للعميل والمودعة في المخازن أو مرسلة بطريقها إلى المخازن فتكفي عندئذ حياة المصرف لسند الإيداع أو الشحن الذي يكفل لحائزه تسليم الشيء المرهون، أو تسلم مفتاح المخازن الموجودة فيها هذه البضاعة بشرط ألا يحوي أي لوحة باسم العميل المدين^{٣٨١}، والقول بوجود الحياة الرمزية لا يتحقق بصورة واحدة أو أسلوب واحد فعلى القاضي أن يقرر في كل حالة إذا ما كانت هناك علانية كافية تستبعد وقوع الغير في الغلط حول صاحب السلطة على هذه المخازن، فمثلاً مجرد وضع لافتة عليها اسم المصرف إذا كانت صغيرة أو في مكان غير ظاهر للكشف بسهولة عن شخصية الحائز ووجود الرهن لا تكفي للأخذ بتسليم المرهون تسليماً رمزياً^{٣٨٢}. ومتى قام العميل بتسليم المرهون إلى المصرف جاز

^{٣٨٠} د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق ص ٢٣٠-٢٣١، د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي:

المرجع السابق، ص ٥٠٧، د. الياس حداد: المرجع السابق، ٢٣١.

^{٣٨١} انظر الفقرة الثانية من المادة (١٢٠) من قانون التجارة السوري والفقرة الثالثة من المادة (١٠٣٠)

من القانون المدني السوري.

^{٣٨٢} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ١٠٧٣.

له أن يطلب إيصالاً يبين فيه ماهية هذا الشيء ونوعه ومقداره ووزنه وجميع العلامات المميزة له^{٣٨٣}.

أما إذا كان المال المرهون من المنقولات المعنوية فينبغي التمييز بين عدة حالات:

فإن كان المرهون عبارة عن دين عادي تكون حيازته عن طريق تسلّم المصرف للسند المثبت لهذا الدين^{٣٨٤}، وإذا كان المرهون دين مثبت بسند لحامله فتتم حيازته بتسلّم المصرف للسند العائد له الدين^{٣٨٥}، أما إذا كان المرهون عبارة عن دين مُثبت بسند اسمي أو إذني فيتم حيازته بتصريح من صاحبه مدون في سجلات الجهة المصدرة للسند يفيد الانتقال على سبيل الرهن في السند الاسمي ويتظاهر يشتمل على عبارة القيمة ضمان أو القيمة رهن بالنسبة للسند الإذني^{٣٨٦}.

أما الحقوق الذهنية كحقوق الملكية الأدبية والتجارية والصناعية فيتم نقل حيازتها بتسليم الشهادة المثبتة لهذه الحقوق وينتقل حق المؤلف أيضاً بتسليم الورقة التي خطّ فيها المؤلف إنتاجه^{٣٨٧}.

وقد يحدث أن يكون العميل الراهن مُودعاً لوديعة نقدية لدى المصرف ويحصل على تسهيل بضمان النقود المُودعة، ففي هذه الحالة إذا أبرم عقد رهن مع المصرف فلا حاجة لنقل حيازة المرهون للمصرف مادياً لأنه يحوزه بالفعل ويتم

^{٣٨٣} انظر المادة (١٢١) من قانون التجارة السوري.

^{٣٨٤} انظر المادة (١٠٤٦) من القانون المدني السوري.

^{٣٨٥} د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٦٨.

^{٣٨٦} انظر الفقرتين "٢" و "٣" من المادة (١١٩) من قانون التجارة السوري.

^{٣٨٧} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ٤٦٨.

التراضي معه على بقاء المرهون بحيازته بوصفه مُرتهنًا^{٣٨٨} وهو ما يُعرف بالتسليم المعنوي أو التسليم القانوني^{٣٨٩}.

ولكن إذا كانت الحيازة من قبل المصرف ضرورية لاستمرار قيام الرهن فما هي آثار تخليه عن حيازة المال المرهون قبل انقضاء الرهن؟

يجب لاستمرار الرهن ونفاذه على الغير أن تبقى من حيث المبدأ حيازة المصرف المرتهن للمال المرهون حتى ينقضي الرهن، فإذا ما تخلى المصرف بإرادته عن المرهون قبل انقضاء الرهن واستيفائه للدين من العميل امتنع عليه الاحتجاج بهذا الرهن على الغير ومن ثم يستطيع الراهن أن يتصرف بالمرهون إلى حائز جديد حسن النية يحتمي بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز^{٣٩٠} ولكن هذا المبدأ يتحمل بعض الاستثناءات التي تخفف من حدته والتي تتطلبها طبيعة العمل التجاري فقد نصت المادة ١٢٥ من قانون التجارة على: (١-إذا كان الرهن قائماً على أشياء أو أسناد مثلية فعقد الرهن يظل قائماً وإن أُبدلت هذه الأشياء أو الأسناد بأشياء أو أسناد من النوع نفسه.

٢- وإذا كانت هذه الأشياء أو الأسناد غير مثلية أو غير معينة بذاتها فللمدين أن يبدلها بغيرها إذا لحظ عقد الرهن ذلك أو إذا وافق الدائن على تبديلها).

وعليه نفرق هنا بين حالتين:

^{٣٨٨} انظر المادة (١٢٠) من قانون التجارة السوري، أيضاً د. محمد حسين منصور: المرجع السابق ص ٤٦٠.

^{٣٨٩} يتحقق التسليم المعنوي للشيء المرهون في الحالات التي يكون فيها الشيء محل الرهن في حيازة الدائن المرتهن قبل الرهن سواء كان الشيء بيده على سبيل الوديعة أو الإيجار أو أي صفة قانونية أخرى (د. زهير عباس كريم: مبادئ القانون التجاري، دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع عمان، ص ٢٥٦).

^{٣٩٠} د. الياس حداد: المرجع السابق، ص ٢٣١، د. نبيل ابراهيم سعد: التأمينات العينية والشخصية المرجع السابق، ص ٢٣١.

الأولى: حالة إذا ما كان الشيء المرهون من السندات أو الأشياء المثلّية: والأشياء المثلّية هي ما تماثلت آحادها أو أجزاؤها أو تقاربت بحيث يقوم بعضها مقام بعض بالوفاء وتُقدّر في التعامل بالعد أو بالقياس أو الكيل أو الوزن (م ٨٨ ق.م) ومثالها النقود والذهب والقمح والقماش والسيارات الجديدة من النوع الواحد والحبال، فهذه الأشياء إذا كانت مرهونة للمصرف فإنه يجوز للعميل الراهن استبدالها بأشياء مُماثلة ويحصل ذلك بشكل خاص عندما تكون هذه الأشياء قابلة للتلف أو يُخشى نقص قيمتها مع مرور الوقت، ولا يُؤثر هذا الاستبدال على استمرارية عقد الرهن^{٣٩١}، وهذا النص لا يمنع الاتفاق بين المصرف والعميل الراهن على عدم جواز استبدال المال المرهون طبقاً لقاعدة (العقد شريعة المتعاقدين)^{٣٩٢}.

الثانية: حالة ما إذا كان الشيء المرهون من السندات أو الأشياء غير المثلّية وتسمى بالأشياء القيمية أو المعينة بالذات لا بالنوع: وهي التي تتفاوت أفرادها في الصفات أو القيمة تفاوتاً يُعتد به بحيث لا يُمكن أن يحل غيرها محلها في الوفاء كالعقارات من أراضي ومنازل والحيوانات وغيرها، وهذه الأشياء يحق للعميل الراهن استرجاعها واستبدالها بغيرها ولكن في هذه الحالة لابد من توافر شرطين^{٣٩٣}:

- ١- أن يرضى المصرف المُرتّهن بالشيء أو السند الذي سيحل محل المرهون الذي يُراد استبداله.
- ٢- أن ينص عقد الرهن مع المصرف على حق العميل المدين الراهن باسترجاع الشيء واستبداله.

^{٣٩١} د. زهير عباس كريم: المرجع السابق، ص ٢٦٣.

^{٣٩٢} د. سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ١٩٧.

^{٣٩٣} انظر الفقرة الثانية من المادة (١٢٥) من قانون التجارة السوري، أيضاً: د. زهير عباس كريم ،

المرجع السابق، ص ٢٦٤.

٢- نظام الرهن دون انتقال الحيازة

يتطلب الرهن العادي أو التقليدي للمنقول انتقال حيازة المرهون إلى الدائن المرتهن أو إلى شخص آخر يعينه المتعاقدان، وفي كثير من الحالات يكون من الصعب بل من المستحيل على المدين أن يقبل التجرد من حيازة المنقولات لأنها من أدوات الإنتاج الضرورية لنشاطه الاقتصادي كالسفن والطائرات والمعدات والآلات الضخمة، كما أن انتقال الحيازة قد يكون مُتَعَذراً بعض الأحيان بسبب أن الدائن لا تتوافر لديه الأماكن والمستودعات اللازمة لتلقي المنقولات المرهونة، لذلك نشأ نظام رهن المنقول دون انتقال الحيازة لتمكين المدين من الحصول على الائتمان بضمان أدوات الإنتاج دون التجرد من حيازتها فكان وليداً لتطور الأعمال التجارية^{٣٩٤}.

وسبق أن أشرنا إلى أن انتقال الحيازة في الرهن العادي يؤدي وظيفتين لا غنى عنهما لاستقرار الائتمان: الأولى هي حماية الغير وفي مقدمتهم الدائنون الآخرون للراهن والمشترون الاحتماليون للشيء المرهون بإعلامهم بتخصيص الشيء المرهون لضمان حق الدائن المرتهن، والثانية هي حماية المرتهن من خطر تصرف المدين الراهن بالمرهون لشخص حسن النية، وهاتان الوظيفتان يوفرهما أيضاً نظام الرهن دون انتقال الحيازة فمن أجل حماية الغير من الميسور أن يحل محل الحيازة نظام للشهر عن طريق القيد في سجلات خاصة، أما حماية الدائن المرتهن فيمكن أن تتحقق حمايته بمؤيدات جزائية توقع على المدين الراهن عند التصرف في الشيء المرهون ومن ثم لا يكون هناك صعوبات قانونية تحول دون تقرير الرهن دون انتقال الحيازة.

ويُعتبر هذا النظام من أهم ما يُشجع العملاء على اللجوء إلى المصارف وخاصة التجار منهم للقيام بعمليات التمويل الكبرى في المجال التجاري الدولي كتمويل شراء الطائرات والسفن والمعدات الثقيلة وغيرها من المنقولات

^{٣٩٤} د. مصطفى كمال طه ود علي البارودي: المرجع السابق، ص ٥١١.

المستخدمة في الإنتاج والاستثمار ذات القيمة الضخمة، فمن جهة يسمح هذا النظام للعملاء بالحصول على التمويل المطلوب دون التخلي عن أدوات الاستثمار والإنتاج خاصتهم ومن ثم الاستمرار بالإنتاج والاستثمار وتحقيق الأرباح التي تُساعدهم على سداد الالتزامات الماليّة وقيمة التسهيلات للمصارف الدائنة، ومن جهة أخرى هو نظام ذو أهمية بالنسبة للمصارف لأنه يسمح لها بدخول عمليات ائتمانيّة ذات عائد ربحي ضخم وحماية قانونيّة قويّة.

على أنه لا تصلح المنقولات جميعها أن تكون محلاً للرهن دون انتقال الحياة إذ من الصعب على المُشرّع أن ينظم شهر فعّال لجميع المنقولات نظراً لكثرتها وتنوعها وتمائلها وسرعة نقلها من يد إلى أخرى ومن مكان إلى آخر، لذا يقتصر هذا النوع من الرهن على المنقولات التي يقل تداولها وتتمتع بذاتيّة خاصة تسمح بشهر التصرفات الواردة عليها كالسفن والطائرات والمتاجر وهي منقولات ذات قيمة اقتصاديّة كبيرة وليست محلاً للتداول السريع ولها خصائص ذاتية تميزها عن غيرها ويُوجب القانون شهر التصرفات الواردة عليها في سجلات خاصة مما يجعلها شبيهة بالعقارات، وهي فوق ذلك لا تخضع لقاعدة الحياة في المنقول سند الحائز مما يمكن معه احترام حق المصرف المرتهن في تتبعها والتنفيذ عليها بأي يد تنتقل إليها^{٣٩٥}.

^{٣٩٥} د. مصطفى كمال طه ود علي البارودي: المرجع السابق، ص ٥١١.

الفرع الثاني

آثار عقد الرهن

يفرض عقد الرهن على أطرافه مجموعة من الالتزامات كل منهما في مواجهة الآخر، حيث لا يترتب على الرهن حرمان العميل الراهن من ملكيته للشيء المرهون إلا ما يتعارض منها مع حقوق المصرف المرتهن^{٣٩٦}، كما أن المصرف المرتهن يكسب بمقتضى العقد حقاً عينياً على الشيء المرهون يخوله سلطات معينة، لذا نعرض لكل من التزامات وحقوق العميل الراهن والمصرف المرتهن.

أولاً-التزامات المصرف والعميل:

١-التزامات العميل الراهن

يلتزم المدين الراهن بتسليم المال المرهون إلى المصرف سواء تسليمًا مادياً أو رمزياً، وتكمن أهمية التسليم في أنه يُمكن المصرف المرتهن من ممارسة حقه بحبس العين المرهونة لحين استيفاء حقه، وإذا أخل العميل بالتزامه بالتسليم جاز للمصرف طبقاً للقواعد العامة أن يُجبره على تنفيذ التزامه عيناً إذا كان ذلك ممكناً^{٣٩٧} أما إذا تعذر ذلك فيمكن للمصرف فسخ عقد الرهن وعقد التسهيل الائتماني المرتبط به مع حقه بطلب التعويض^{٣٩٨}.

^{٣٩٦} د.نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٢٣٧.

ومن ذلك ما نصت عليه المادة (١٢) من قانون مصرف التوفير، والمادة (١٠) من قانون المصرف والمادة (١٤) من قانون مصرف التسليف الشعبي، والمادة (١٤) من قانون مصرف التوفير والمادة (١٣) من قانون المصرف التجاري السوري على أنه: (لا يجوز بيع أو نقل أو تأجير أو استثمار أو إعاره الأموال المرهونة لدى المصرف أو التي يوضع عليها إشارة الرهن أو التأمين أو الحجز عليها أو قسمتها أو إفرازها رضائياً إلا بموافقة وبشرط أن تكون حقوق المصرف مضمونة).

^{٣٩٧} انظر المادة (٢٤) من القانون المدني السوري.

^{٣٩٨} د.محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٣٧.

ويلتزم العميل الراهن بتسديد قيمة التسهيل الائتماني المضمون بالرهن ويُشترط أن يتم هذا الوفاء بالعملة المُتفق عليها وفي الميعاد المُتفق عليه، كما يلتزم بدفع نفقات حفظ وصيانة الشيء المرهون والتي ينفقها المصرف المرتهن إضافة إلى المصاريف التي تُتفق على المرهون مثل مصاريف النقل والتأمين على المرهون^{٣٩٩}، كما يلتزم بأن تبقى قيمة الرهن (أي قيمة المرهون) بذات القيمة التي كان عليها وقت عقد الرهن، فإذا حدث وأن نقصت قيمة الشيء المرهون أثناء مدة الرهن لأي سبب لا يرجع إلى المصرف المرتهن- كما إذا كانت الأشياء المرهونة أوراقاً مائيّة وانخفضت قيمتها السوقيّة بقدر يهدد ضمانات المصرف- فيلتزم العميل الراهن بتقديم ضمان مُكَمَّل يقبله المصرف المرتهن، حيث يقوم هذا الأخير بإخطار العميل بتكملة النقص أو بتقديم ضمانات جديدة مقبولة من قبله^{٤٠٠}.

ويلتزم العميل الراهن باستبدال الشيء المرهون- وفقاً لما سبق ذكره- والمقدم ضماناً للتسهيل لائتماني في حالة هلاكه أو إذا كانت نفقات حفظه وحيازته مرتفعة بحيث تفوق قيمتها قيمة المال المرهون، وأعطى القانون للمصرف المرتهن حق طلب بيع المنقول المرهون بالمزاد العلني أو بسعر البورصة أو السوق عند التخوف من هلاكه أو إذا سنحت فرصة مناسبة للبيع لينتقل عندها حق المصرف إلى المقابل النقدي للمرهون^{٤٠١}.

٢-التزامات المصرف المرتهن:

يلتزم المصرف المرتهن باتخاذ جميع الإجراءات اللازمة للمحافظة على المرهون وهو ما يفرض عليه أن يراعي ما يحتاجه المال المرهون من إجراءات تكفل

^{٣٩٩} د.سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ٢٠٠.

^{٤٠٠} انظر المادة (١٤) من قانون المصرف التجاري السوري، والمادة (١٧) من قانون المصرف العقاري والمادة (١٦) من قانون مصرف التسليف الشعبي والمادة (٩) من قانون المصرف الزراعي.

^{٤٠١} انظر المادة (١٠٣٥) من القانون المدني السوري.

صيانته وفقاً لطبيعته، فإذا كان الشيء المرهون مما يحتاج إلى حفظ في درجات حرارة معينة أو أماكن مغطاة أو رعاية من طبيعة خاصة كان عليه القيام بذلك وإلا تحمل مسؤولية ضياع الضمان وفقاً للقواعد العامة^{٤٠٢}.

وطالما أن الشيء المرهون تحت حيازة المصرف المرتهن فلا بد من قيام المصرف بتحصيل جميع الحقوق المرتبطة بالشيء المرهون والمستحقة خلال مدة حيازته للمرهون وإلا ترتبت مسؤولية المصرف تجاه العميل^{٤٠٣}، ومن قبيل تحصيل الحقوق المرتبطة بالشيء المرهون قبض قيمته إذا استحق كما هو الشأن بالنسبة للأوراق التجارية المرهونة والتي يحل أجلها خلال مدة الرهن فعليه أن يتقدم لقبض قيمتها كما عليه أن ينظم الاحتجاجات اللازمة في حال عدم الوفاء، كذلك قبض قيمة أرباح الأسهم أو عوائد السندات المرهونة.

وحيث أن يد المصرف المرتهن على الشيء المرهون هي يد وديعة فليس له أن يستعمله في سبيل منفعة إلا إذا رخص له العميل الراهن بذلك، وفي هذه الحالة تُخصم قيمة النفع الذي جناه المصرف باستعماله للمرهون من مقدار النفقات والفوائد المترتب له ثم من رأس المال (أي أصل الدين) على أنه يجوز الاتفاق بين العميل والمصرف على خلاف هذا الترتيب^{٤٠٤}.

وأخيراً يتوجب على المصرف المرتهن إعادة الشيء المرهون للعميل الراهن إلا أنه لا يلتزم بالرد إلا إذا استوفى كامل حقه وذلك لأن مقتضى قاعدة عدم تجزئة الرهن يقضي بأن يبقى الرهن قائماً ما بقي جزء من الدين المضمون ولو كان يسيراً^{٤٠٥}.

^{٤٠٢} د. سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ١٩٨.

^{٤٠٣} تنص الفقرة الأولى من المادة (١٢٦) من قانون التجارة السوري على أنه: (١- يجب على الدائن أن يستعمل لحساب المدين جميع الحقوق الملازمة للأشياء أو الأسناد المسلمة إليه).

^{٤٠٤} انظر الفقرة الثانية من المادة (١٠٣٧) من القانون المدني السوري.

^{٤٠٥} د. نبيل إبراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٢٥٤.

ثانياً- حقوق المصرف المرتهن

١-التنفيذ على أموال العميل الراهن والشيء المرهون:

إذا حلَّ أجل الدين المضمون بالرهن ولم يَقم العميل بالوفاء يحق للمصرف الدائن اتخاذ إجراءات التنفيذ على المنقول المرهون واستيفاء حقه من قيمة المبيع، والمصرف المرتهن هنا يملك صفتين: صفة باعتباره صاحب حق شخصي ويستطيع فيها أن ينفذ على جميع أموال المدين، وصفة باعتباره صاحب ضمان عيني يستطيع بمقتضاه أن ينفذ على الشيء المرهون ليستوفي حقه من ثمنه بالأولوية عن الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة^{٤٠٦}.

وتختلف إجراءات التنفيذ فيما إذا كان الرهن تجارياً أو مدنياً وفقاً لما سبق بيانه عند الحديث عن تجاريّة الرهن^{٤٠٧}، حيث أحاط المشرّع المرتهن برهن تجاري (وفي حالتنا هو المصرف) رعاية خاصة من خلال تسهيله لإجراءات التنفيذ للوصول إلى حقه بأسرع وقت ممكن وبأقل النفقات، ولكنه في نفس الوقت أحاط العميل المدين بحماية خاصة حيث قضى بإبطال أي شرط يرخّص فيه للمصرف تملك المال المرهون دون إتباع الإجراءات المنصوص عليها قانوناً وهو ما يُسمى بشرط الطريق الممهد^{٤٠٨}.

ومع ذلك فإن المادة ١٠٤٣ من القانون المدني أجازت للدائن المرتهن أن يطلب من القاضي الإذن له بتملك المرهون وفاءً لدينه على أن تحسب قيمته بمعرفة الخبراء، ويرى الشراح جواز تطبيق هذا النص على الرهن التجاري خاصةً أنه في حالتنا هذه لا خوف من تعسف المصرف المرتهن بالعمل

^{٤٠٦} د.نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٢٥٤.

^{٤٠٧} راجع هذا البحث ص

^{٤٠٨} انظر الفقرة (٣) من المادة (١٠٤٤) من القانون المدني السوري والفقرة (٢) من المادة (١٢٨) من قانون التجارة السوري.

الراهن لأن تملكه للشيء المرهون طبقاً لهذا النص سيتم بتدخل من القاضي وبناء على قرار منه، فلا ينطوي عليه ما يتصف به شرط الطريق المُمهد من شبهة الاستغلال^{٤٠٩} فالظاهر هو أن الممنوع هو الاتفاق على تملك المرهون دون إذن من القضاء أما إذا حصل المصرف على هذا الإذن فلا مانع من استفادته من نص القانون المدني، مع ملاحظة أن المشرع وفي تمييز واضح للمصارف العامة منح الحق لها بامتلاك البضائع والمعادن الثمينة والمنقولات التي آلت إليها وفاءً لديونه قبل الغير على أن يقوم ببيعها خلال سنة من تاريخ امتلاكها^{٤١٠}.

ولكن ماذا لو كان حق المصرف المرتهن مُقررًا على عدة أموال مُقدمة من العميل ضماناً للتسهيل الائتماني؟

إذا كان الرهن مقررًا على عدة أموال كان من حق المصرف المرتهن تحديد أحد هذه الأموال لتقع إجراءات البيع عليه، على أن حقه هذا باختيار المال محل التنفيذ مشروط بعدم إلحاق ضرر بالعمل الراهن كما إذا اختار المصرف أحد الأموال ذات القيمة المرتفعة والتي تفوق قيمته كثيراً قيمة الدين وملحقاته مما يضيع على العميل الاحتفاظ بهذا المال بل يكتفي وفقاً لمبدأ حسن النية بالتنفيذ على أموال أخرى محل الرهن تكون في حدود مبالغ التنفيذ^{٤١١}، وهذا ما ذهبت إليه محكمة النقض السورية في قرارها رقم ١٦١٤ لعام ٢٠١٠ بقولها: (إن الحجز على أموال المدين يكون بحدود المبلغ المدعى به عليه).^{٤١٢}

^{٤٠٩} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٨١.

^{٤١٠} انظر المادة (٨) من قانون مصرف التوفير والمادة (١٢) من قانون المصرف التعاوني الزراعي و المادة (١٠) من قانون المصرف العقاري.

^{٤١١} Michael Furmston & Jason Chuah: 2010, P10.

^{٤١٢} مجلة المحامون: العدد ٧-٨-٩-١٠-١١-١٢ لعام ٢٠١٢، ص ٨٣٨.

لكن يجوز أن يتفق المصرف والعميل على أن يكون حق اختيار المال محل التنفيذ بواسطة العميل نفسه أو أن يُحدّد هذا المال بعقد الرهن ذاته^{٤١٣} كما يجوز أن يقصّر القاضي البيع -بناءً على طلب العميل- على الأموال التي يكفي ثمنها لإيفاء الدين.

ونشير هنا أنه وإن كان الأصل يقضي ببيع المرهون والتنفيذ عليه من قبل المصرف في حالة عدم سداد الدين، إلا أن القانون منح المصرف الحق في بيع المنقول المرهون قبل حلول أجل الدين وذلك في حالتين:

أ- إذا كان الشيء المرهون مُهدداً بالهلاك أو بالتلف أو بنقص القيمة بحيث يخشى أن يصبح غير كافٍ لضمان حق المصرف الدائن ولم يطلب الراهن رده إليه مقابل شيء آخر يقدمه بدلاً عنه، جاز للمصرف المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه بالمزاد العلني أو بسعره في البورصة أو السوق.^{٤١٤}

ب- إذا تحقق نفع من بيع المنقول المرهون بأن وُجدت فرصة سانحة وجيدة لبيعه، فعندئذ يجوز للمصرف المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص في بيعه مُحدداً (أي القاضي) شروط البيع وإيداع الثمن^{٤١٥}.

٢- حق الحبس وحق التتبع والتقدم:

إذا تم بيع المال الرهن وفقاً للإجراءات المذكورة سابقاً انتقلت حقوق المصرف المرتهن المتعلقة بالدين المضمون إلى الثمن الناتج عن البيع، ويشمل حق المصرف الدائن المبالغ التي أنفقها على حفظ وصيانة الشيء المرهون وكذلك المصاريف وأية مبالغ أخرى تكون من مستلزمات هذا الرهن وذلك بالإضافة

^{٤١٣} د.سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ٢٠٦.

^{٤١٤} انظر المادة (١٠٣٩) من القانون المدني السوري.

^{٤١٥} انظر المادة (١٠٤١) من القانون المدني السوري.

إلى أصل الدين^{٤١٦} ويكون للمصرف المرتهن الأفضلية في حقه على ثمن المبيع على غيره من الدائنين الآخرين للعميل الراهن.

أ- حق الحبس:

تنص المادة ١٠٣١ من القانون المدني على مايلي: (إن رهن المنقول يخول الدائن حق حبس المرهون إلى أن يوفى الدين كما يخوله حق الامتياز في استيفاء دينه من قيمة المرهون) وحق الحبس هنا هو أحد السلطات التي يخولها الحق العيني التبعية للمصرف المرتهن رهن مع انتقال الحياة ويكون له بمقتضاه الامتناع عن التخلي عن الشيء المرهون طالما أن حق الرهن لم ينقض وبصفة خاصة طالما أنه لم يستوف حقه كاملاً.

ويستطيع المصرف المرتهن أن يتمسك بحقه في الحبس أولاً في مواجهة العميل الراهن لأن هذا الأخير ليس له الحق في أن يسترد الشيء المرهون إلا إذا أوفى الدين بتمامه وثانياً في مواجهة مالك الشيء المرهون-إذا كان الراهن غير مالك-وكان الرهن نافذاً في حقه كما لو كان المرهون منقولاً وتسلمه المصرف المرتهن وهو حسن النية، وثالثاً في مواجهة المشتري الذي اكتسب ملكية المرهون أو الدائن المرتهن الآخر بعد أن أصبح حق المصرف المرتهن نافذاً تجاه الغير.

ولكن هل يستطيع المصرف المرتهن في حال بيع المال المرهون جبراً بالمزاد العلني أن يحبس عنه الراسي عليه المزاد بحجة أنه ضمان لدين العميل؟؟

لأبد هنا من التفريق بين فرضين:^{٤١٧}

الفرض الأول: إذا جرى التنفيذ بناءً على طلب المصرف المرتهن نفسه فلا يحق له أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد ولو لم يستوف كامل حقه

^{٤١٦} انظر المادة (١٠٤٢) من القانون المدني السوري.

^{٤١٧} د.نبيل ابراهيم سعد: المرجع السابق، ص ٢٦٢، أيضاً د.محمد حسين منصور: المرجع السابق

وذلك لأن طلب البيع يتضمن نزولاً منه عن حقه في الحبس فلا يبقى له إلا أن يستوفي حقه من الثمن بحسب مرتبته كدائن.

الفرض الثاني: إذا كان البيع بناء على طلب دائن آخر، فإن كان طالب البيع مُتقدماً بالمرتبة عن المصرف المرتهن فإن هذا الأخير لا يستطيع أن يحبس الشيء عن الراسي عليه المزاد لأن هذا يتنافى مع قاعدة عدم جواز التمسك بالحبس في مواجهة الدائنين الذين حفظوا حقوقهم قانوناً، وإن كان طالب البيع دائن عادي أو دائن متأخر بالمرتبة عن المصرف المرتهن الحابس فلهذا الأخير أن يتمسك بحقه فيمتنع عن تسليم الشيء إلى الراسي عليه المزاد إلا إذا استوفى كامل حقه.

ويثير حق المصرف بحبس المرهون سؤالاً هاماً آخر عن جواز حبس العين المرهونة من قبله ضماناً لدين آخر على العميل غير دين التسهيل الائتماني كأن يكون المصرف دائناً للعميل بمصروفات ناتجة عن عقد تحويل مصرفي أو عقد تحصيل أوراق تجارية للعميل أو أي خدمة مصرفية أخرى؟

بالواقع يحق للمصرف المرتهن أن يحبس المنقول المرهون لا بالنسبة للدين المضمون بالرهن فحسب وإنما بالنسبة لأي دين آخر يكون مُستحقاً له على الراهن شريطة أن يكون هذا الدين قد عُقد بعد الرهن وأن يكون مستحق الأداء قبل وفاء الدين الأول فيكون للمصرف التمسك بحق الحبس حتى استيفاء الدينين: الأول (الممتاز) والثاني (العادي)^{٤١٨}. ويدعو الشراح هذه الحالة بـ (الرهن الضمني) وحكمها استثنائي يتعين توضيق نطاقه لأن القانون خص به رهن المنقول ولم يذكره ضمن الأحكام الخاصة برهن العقار^{٤١٩}.

^{٤١٨} تنص الفقرة الثانية من المادة (١٠٤٢) من القانون المدني السوري على أنه: (٢- وإذا وجد لنفس الدائن على نفس المدين دين آخر عُقد بعد إنشاء الرهن وأصبح مستحق الأداء قبل إيفاء الدين الأول حق لدائن أن يحبس المرهون إلى أن يستوفي مبلغ الدينين تماماً).

^{٤١٩} د. محمد وحيد الدين سوار: المرجع السابق، ص ٢٤٠.

ب- حق التَقَدُّم:

يُخَوَّل نظام رهن المنقول المصرف المرتهن أن يتقاضى حقه من ثمن الشيء المرهون قبل أي دائن سواء كان دائناً عادياً أو دائناً متأخراً بالترتيب عن المصرف وفق المادة ١٠٣١ مدني المذكورة سابقاً.

فميزة التقدم معناها أنَّ المصرف المرتهن يتقدم في اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون على جميع الدائنين العاديين والدائنين المتأخرين عنه في المرتبة ولكنه يتأخر في استيفاء حقه عن الدائنين الذين نشأت حقوقهم العينية التبعية على الشيء المرهون قبل نفاذ رهنه، وتتحدد رتبة الرهن في المنقول بإثبات الرهن في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ مع انتقال الحيازة^{٤٢٠}.

ويشمل حق المصرف بالتَقَدُّم أصل الدين وملحقاته كالمصروفات الضرورية التي أنفقت على حفظ الشيء وصيانته ومصروفات العقد الذي أنشأ الدين وعقد الرهن ومصروفات تنفيذ الرهن والتعويضات عن الأضرار الناشئة عن عيوب الشيء المرهون.

كما يقتضي المصرف المرتهن حقه من ثمن المرهون أو من أي مقابل آخر يحل محله كالتعويض الذي يدفعه الغير المتسبب في هلاك الشيء المرهون ومبلغ التأمين الذي تدفعه شركة التأمين عند احتراقه وذلك في حالة التأمين عليه ضد الحريق مثلاً، وفي هذه الحالات يحل التعويض أو مبلغ التأمين محل الشيء المرهون حلاً عينياً ويكون مرهوناً مثله^{٤٢١}.

ج- حق التتبع:

يُخَوَّل نظام رهن المنقول، كغيره من الحقوق العينية التبعية، المصرف المرتهن الحق في أن يستوفي حقه من ثمن الشيء المرهون في أي يد يكون، ويُقصد

^{٤٢٠} د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٧٢.

^{٤٢١} انظر المادة (١٢٤) من قانون التجارة السوري.

بذلك حق المرتهن في تتبع العين المرهونة للتنفيذ عليها في يد من تنتقل إليه ملكيتها ما دام الرهن نافذاً في حقه^{٤٢٢} لأن الرهن لا يمنع العميل الراهن-من حيث المبدأ- من التصرف في العين المرهونة ولكن ملكية العين تنتقل إلى المتصرف إليه مثقلة بحق الرهن، إلا إذا اصطدم حقه بقاعدة الحيابة في المنقول سند الحائز والتي تفترض حُسن نية المتصرف إليه وعدم علمه بالرهن الواقع على المرهون حتى يستطيع الدفع بها تجاه المصرف.

أخيراً وبعد انتهائنا من تحديد القواعد العامة لرهن المنقول والتنفيذ عليه ننتقل إلى دراسة أهم أنواع الرهون المُقَدَّمة للمصارف مقابل التسهيلات الائتمانية كالتسليف على الأسناد ورهن الأوراق التجارية ورهن المتجر^{٤٢٣}.

^{٤٢٢} انظر المادة (١٠٣٤) من القانون المدني السوري.

^{٤٢٣} لم تُذكر هذه الأنواع من الرهون على سبيل الحصر ولكننا آثرنا دراستها نظراً لكونها تشكل أهم أدوات العمل التجاري وحتى نتمكن من دراستها بشكل صحيح ودقيق.

المطلب الثاني

أهم أنواع الرهون المنقولة المُقدَّمة للمصارف

تتنوع الأموال المنقولة التي يمكن رهنها للمصارف طالما أنه من الممكن حيازتها والتعامل فيها، ويُشترط في الأموال موضوع الرهن أن تكون مما يجوز بيعه استقلالاً بالمزاد العلني حتى يتمكن المصرف من استخدام الامتياز الممنوح له على الثمن بالتقدم على بقية الدائنين.^{٤٢٤}

والأصل العام هو جواز رهن المنقولات المادية جميعها كالأثاث والبضائع والمجوهرات والمفروشات والمركبات، ويستوي أن تكون هذه المنقولات قيمية معينة بذاتها أو مثلية بعد إفرازها كالغلال والقطن، وتُعتبر السندات من قبيل المنقولات التي يجوز رهنها فإذا كانت اسمية يتم رهنها عن طريق قيد في دفاتر الجهة التي أصدرته وإن كانت أذنية أو لأمر فإن رهنها يتم عن طريق التظهير التأميني مع إضافة بيان أن القيمة للرهن أو على سبيل الضمان وإن كان السند لحامله يأخذ حكم المنقول المادي ويتم رهنه بتسليمه إلى المرتهن دون حاجة إلى أي إجراء.

كما يجوز رهن المنقولات المعنوية التي تقبل البيع بالمزاد كبراءات الاختراع والأسماء التجارية والعلامات التجارية وحصة الشريك والديون والمتجر وبوليصة التأمين على الحياة بما لها من قيمة تتمثل فيما لها من احتياطي حسابي يزداد مقداره مع تقدم مدة التأمين.

ويتم رهن المنقولات المعنوية بصفة عامة بتسليم السندات المُمثلة للحق الثابت فيها من المدين الراهن إلى الدائن المرتهن .

^{٤٢٤} د. محمد حسين منصور: المرجع السابق، ص ٤٢٢.

وأمام هذا التعداد الكبير للمنقولات التي يجوز رهنها سنقتصر في هذا المطلب على البحث في ثلاثة أمور رئيسة وهي: رهن الأوراق المالية ورهن الأوراق التجارية ورهن المتجر مستفيدين من التطور الملحوظ الذي حصل ضمن البيئة القانونية للعمل التجاري والمصرفي السوري بدءاً من صدور القانون رقم ٢٢ لعام ٢٠٠٥ المتضمن إحداث هيئة الأوراق والأسواق المالية وإنشاء سوق دمشق للأوراق المالية بموجب المرسوم رقم ٥٥ لعام ٢٠٠٦ الأمر الذي أدى ظهور النشاطات المختلفة لتعاملات الأوراق المالية من أسهم وسندات بما في ذلك تداول هذه الأوراق ورهنها، إضافة إلى التفريد الخاص بالمتجر الذي أورده المشرع في الباب الرابع قانون التجارة الجديد رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ والذي تضمن تحديد مفهوم المتجر وتنظيم سائر العقود والتصرفات التي الواردة عليه وبشكل خاص أحكام رهن المتجر مُسايراً في ذلك ما جرت عليه أغلب تشريعات الدول المتقدمة.

الفرع الأول

رهن الأسناد القابلة للتداول

أوجد التعامل التجاري وسيلة لتمثيل الحقوق والديون في أسناد مُحَرَّرَة بأشكال معينة يعتبر حائزها مالكا للعين أو صاحباً للحق الشخصي الذي يمثله السند وابتكر وسائل سهلة للغاية (كالتظهير) لتبادل الأموال والحقوق التي صدرت بها هذه الأسناد بحيث يعتبر مجرد انتقال السند إلى حائز جديد بالأساليب المذكورة ناقلاً للمال أو الحق الشخصي الذي يمثله السند يُطلق على انتقال السند وفقاً لذلك اسم (تداول السند)^{٢٥} ومنه تسمية (الأسناد القابلة للتداول).

ويمكن تصنيف الأسناد القابلة للتداول في ثلاث زمر رئيسية^{٢٦}:

١- القيم المنقولة: وتُمثل حصص الشركاء في شركات الأموال كالأسهم ومكافآت التأسيس التي تصدرها الشركات المساهمة، أو تعهداً بوفاء دين استثماري طويل الأجل تصدرها الشركات المساهمة كأسناد القرض أو الأشخاص الاعتبارية العامة كأسناد الدين العام التي تصدرها الدولة. ولما كانت هذه الأسناد تصدر بالجملة وتمثل بالنسبة للإصدار الواحد - قيماً متساوية من المال ومُسَعَرَة عادةً في السوق المالية (البورصة) فقد اعتبرها الفقهاء من الأموال المثلّية التي لها صفة المنقول ولذلك أطلق عليها اسم (القيم المنقولة) وقد كرس لها المُشَرِّع الباب الخامس من قانون التجارة والمتعلق بالأوراق المالية (م ٤٠٧-٤١٢) وغيرها من الأسناد القابلة للتداول.

٢- الأسناد التجارية: وتُمثل تعهداً من محررها بوفاء دين قصير الأجل بمبلغ من النقود، وهي على ثلاثة أنواع السفتجة أو سند السحب، السند لأمر، والشيك وقد أطلق عليها اسم الأسناد التجارية لأنها ظهرت أولاً في التعامل التجاري ولم

^{٢٥} د. جاك الحكيم: الحقوق التجارية، ج ٢، المرجع السابق، ص ٤.

^{٢٦} د. جاك الحكيم المرجع السابق، ص ٥.

تزل حتى الآن تُستعمل على الغالب في المعاملات التجارية، لذلك ضمّن المُشرّع قانون التجارة أحكاماً مُوحدة بتنظيم الأسناد التجارية أياً كان موقعها وسواء حُررت لوفاء دين تجاري أم لا مما يجعل لهذه الأسناد صفة تجارية من حيث الشكل أياً كان محررها أو الدين الذي حُررت لوفائه.

٣- الأوراق المصرفية (النقد): كان الأشخاص قديماً وفي الحالة التي تتوفر لديهم زيادة في السيولة النقدية يلجأون إلى إيداعها لدى المصارف مقابل قيام المصارف بتسليم صاحب تلك المدخرات المودعة سنداً للحامل بمبلغ النقود المودع، وهذا السند الذي يقدمه المصرف كان سنداً للحامل بمعنى أن من يحوزه ويتقدم به يستطيع أن يطالب به المصرف المودع لديه نقداً كما استلمه (ذهب-فضة-نحاس) أي أن السند في ذلك الوقت كان يمثل نقداً حقيقياً، ولكن بعد مراحل متطورة أخذت المصارف على عاتقها ألا تؤدي لهؤلاء الأشخاص المبالغ التي أودعوها ذهباً أو فضة بل تُسلمهم عنها نقداً ورقياً له قوة الإبراء ويقبل التداول بالتسليم.

وتمثل هذه القيم المنقولة بحد ذاتها قيمة ائتمانية جيدة وقيمة اقتصادية هامة يمكن لمالكها استخدامها كضمانات للحصول على التسهيلات الائتمانية ولاشك أن دورها في السوق المصرفية السورية كان خجولاً -على الأقل بالنسبة للأوراق المالية- بسبب عدم وجود تداول فعال لها يدفع لوجود تشريعات قانونية تنظيمية دقيقة، أما اليوم وفي ظل التطور الحاصل على صعيد القوانين التجارية ونشوء سوق متخصص للأوراق المالية أصبحت هذه القيم من الوسائل الهامة والمقبولة كضمانات تحد من المخاطر الائتمانية لدى السوق المصرفية.

أولاً- رهن الأوراق المالية:

عرّفت المادة الأولى من القانون ٢٢ لعام ٢٠٠٥ المتضمن إحداث هيئة الأوراق والأسواق المالية الأوراق المالية في الجمهورية العربية السورية بأنها: (١- أسهم الشركات المساهمة السورية القابلة للتداول. ٢- أدوات الدين السورية القابلة للتداول التي تصدرها الحكومة أو الشركات المساهمة السورية. ٣- أية أدوات مالية سورية أو غير سورية أخرى ترى الهيئة تشميلها. ٤- الوحدات الاستثمارية الصادرة عن صناديق الاستثمار السورية. ٥- أسهم الشركات المساهمة وأدوات الدين الأجنبية التي توافق الهيئة على إدراجها في السوق)^{٤٢٧}.

ووفقاً للمادة ٢٢ المذكورة أعلاه يُعد ورقة مالية مايلي:

- ١- الأسهم: التي تصدرها الشركات المساهمة والتي تُمثل في مجموعها رأس مال الشركة، ويحصل كل مكتتب على أسهم تعادل حصته في رأس المال تخوله حقوق المساهم مثل الحق في الأرباح وفي اقتسام الموجودات الخ. وهذه الحقوق تندمج في الصك ذاته بحيث يصبح التنازل عن السهم في درجة التنازل عن حقوق المساهم، وتكون هذه الأسهم إما نقدية تُدفع نقداً دفعة واحدة أو على أقساط وإما عينية تُعطى لقاء أموال أو حقوق مقومة بالنقد.^{٤٢٨}
- ٢- أسناد الدين: وثائق ذات قيمة اسمية واحدة قابلة للتداول غير قابلة للتجزئة تصدرها الشركات المساهمة أو الأشخاص الاعتبارية العامة للحصول على قرض وتتعهد الشركة أو الشخص الاعتباري العام بموجبها بسداد القرض وفوائده وفقاً لشروط الإصدار (م ١٢١ شركات).

^{٤٢٧} يراعى في هذا الخصوص القرارات الصادرة عن سوق دمشق للأوراق المالية بخصوص آلية رهن الأسهم الخاصة بالشركات المدرجة في السوق والآليات الخاص بالرهن لدى مركز المقاصة والحفظ المركزي .

^{٤٢٨} انظر المواد " ٩٠-٩١-٩٢-٩٣-٩٤-٩٥ " من قانون الشركات السوري رقم ٢٩ لعام ٢٠١١.

٣- وثائق الاستثمار: التي تصدرها صناديق الاستثمار أو شركات تلقي الأموال بقصد الاستثمار لصالح المتعاملين معها^{٤٢٩}، كمقابل للأموال التي قدموها للصندوق أو الشركة^{٤٣٠} على أن يشتركوا في الأرباح التي يوزعها الصندوق أو الشركة ويتحملوا الخسائر التي تلحق به ويستردوا قيمتها عند انتهاء الأجل المحدد لها^{٤٣١}.

والمُتفق عليه فقهاً أن الأوراق المالية تتمتع بثلاث خصائص رئيسة هي^{٤٣٢}:
 أ- أنها تصدر بقيمة اسمية غير قابلة للتجزئة وتُمثل حصة في رأس مال الشخص الاعتباري المصدر أو ديناً عاماً على ذمته المالية.
 ب- أنها قابلة للتداول بالطرق المبسطة والمعروفة في القانون التجاري وليس وفقاً لإجراءات الحوالة في القانون المدني بل غالباً ما يتم تداولها في أسواق الأوراق المالية.

ج- النوع الواحد من هذه الأوراق في الإصدار الواحد يخول أصحابه حقوقاً متساوية.

^{٤٢٩} عرّفت المادة الأولى من قرار رئيس مجلس الوزراء رقم/١١٦٧٩/ م.د والمتضمن نظام صناديق الاستثمار صندوق الاستثمار بأنه: (وعاء استثماري يتخذ شكل شركة مساهمة عامة يهدف إلى إتاحة الفرصة للمستثمرين فيه للمشاركة جماعياً بالاستثمار في الأوراق المالية، ويديره مدير استثمار، ويشرف على هذه الإدارة أمين استثمار).

^{٤٣٠} تختلف وثائق أو صكوك الاستثمار عن الأسهم في أن مالكيها لا يُعد شريكاً في رأس مال الشركة مع ما يترتب على ذلك من آثار كما هو الحال في الأسهم، كما وتعد هذه الوثائق من مصادر التمويل الخارجية للشركة، في حين أن الأسهم تُعد من مصادر التمويل الداخلية للشركة، ومع ذلك تتفق وثائق الاستثمار مع الأسهم في أن كلاهما يشترك في الأرباح التي تحققها الشركة وفي تحمل الخسارة التي تلحق بها (عيسى محمد الحسين: المرجع السابق، ص ٢٥١).

^{٤٣١} المادة ٣٦ من قانون سوق رأس المال المصري رقم (٩٥) لعام ١٩٩٢ المعدل بالقانون رقم ١٢٣ تاريخ ٢٠٠٨/٧/٩.

^{٤٣٢} د. محمود مختار البربري: قانون المعاملات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠١، ص ٤٤٩.

ورهن الأوراق المالية يتم غالباً لصالح المصارف إلا أن ذلك لا يمنع من أن يكون الدائن المرتهن شخصاً طبيعياً^{٤٣٣}، وغالباً ما تُرهن الأوراق المالية للمصارف في مقابل التسهيلات والقروض قصيرة الأجل والتي يتراوح أجلها بين شهر وثلاثة أشهر قابلة للتجديد لأن إمكانية تداول الأوراق المالية لا تتماشى مع تجميد السند الذي يُمثلها^{٤٣٤}.

ولما كانت قيمة الأسناد عرضة للتحويل باستمرار في السوق المالية فلا يَمْنَح المصرف تسهيلاتاً ائتمانياً إلا بجزء من قيمتها ويحتفظ بحق المطالبة بضمانة إضافية إذا هبطت قيمتها بنسبة معينة كخمس بالمئة مثلاً وإلا كان للمصرف طلب بيع الأوراق^{٤٣٥}، والغالب أن تُقدّم الأوراق المالية كضمان لفتح الاعتماد وحينئذ يُستخدم الرهن كضمان للمبالغ التي لا يردّها العميل أو كضمان للرصيد النهائي لعقد الاعتماد المنفذ في حساب جارٍ عند إقفاله^{٤٣٦}.

يخضع إنشاء الرهن إلى الإجراءات المنصوص عليها في الرهن التجاري^{٤٣٧} (م ١١٧-١٢٨ ق.ت) حيث يُلزم العقد فور انعقاده المصرف المرتهن والعميل الراهن بعدة التزامات أهمها التزام الراهن -سواء كان العميل أو شخصاً غيره- بتسليم الأوراق المرهونة للمصرف المرتهن أو الشخص المتفق عليه أن يحوزها لحساب الدائن.

^{٤٣٣} د.سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ٧٧٤.

^{٤٣٤} د.جاك يوسف الحكيم: المرجع السابق، ص ٣٨٨.

^{٤٣٥} نصت المادة (٣٨) من نظام عمليات المصرف التجاري على أنه: (يتابع المصرف تطور أسعار الأسناد المالية فإذا تدنت القيمة لأكثر من ١٠% من قيمتها يوم العقد وجب على المصرف أن يطلب تغطية الفرق، إما نقداً أو بأسناد جديدة حيث تعود النسبة إلى ما كانت عليه يوم المنح).

^{٤٣٦} د.مصطفى كمال طه ود.علي البارودي: المرجع السابق، ص ٦٨٢.

^{٤٣٧} د.جاك يوسف الحكيم: المرجع السابق، ص ٣٨٩، أيضاً د.سميحة القيلوبي: المرجع السابق ص ٧٧٥.

١- الأحكام العامة لرهن الأوراق المالية:

يتم رهن الأوراق المالية تبعاً لطبيعتها فإذا كانت اسمية وجب قيد الرهن في سجلات المؤسسة الذي أصدرت السند وعلى السند نفسه، وهذا القيد- الذي يُعتبر أداة لشهر الرهن ونفاذه على الغير- هو الذي يحدد مرتبة الرهن، وإذا كانت لأمر فترهن بتظهيره على سبيل التأمين لصالح المصرف كأن يُذكر فيه أن القيمة ضمان أو القيمة تأمين أو أي عبارة تؤدي إلى هذا المعنى.

ويلزم لنفاذ الرهن على الغير أن يُسلم العميل الراهن إلى المصرف الورقة المرهونة ذاتها وغالباً ما يقترن الرهن هنا بعقد يتضمن إيداعها لدى المصرف وتوكليه بإدارتها^{٤٣٨}، وعلى المصرف في هذه الحالة قبض الأرباح والفوائد المرتبة عليها وتسجيلها في حساب مُجمّد مفتوح للعميل لديه^{٤٣٩}، ما لم ينص عقد الرهن على حق المصرف بقبض هذه الأرباح أو الفوائد لصالحه فعندها يُعمل بالاتفاق^{٤٤٠}.

وينقضي حق المصرف بالرهن في حال خروج الأوراق المالية من حيازته لكن إذا كان خروجها بسبب غير إرادته كضياعها أو سرقتها كان له أن يطالب باستردادها، وكذلك لو طلب العميل الراهن تسليمه الأسهم لمرهونة مثلاً لمباشرة

^{٤٣٨} نظم المُشرّع عقد إيداع الأسناد في المواد ٢١٣ إلى ٢٢١ من قانون التجارة السوري.

^{٤٣٩} انظر المادة (٢١٦) من قانون التجارة السوري .

^{٤٤٠} تنص الفقرة "٦" من قانون الشركات رقم ٢٩ لعام ٢٠٠١ على أنه: (تُدفع الأرباح المستحقة للأسهم المرهونة أو المحجوزة لمالك السهم ما لم ينص سند الرهن أو قرار الحجز على خلاف ذلك). كما ينص قرار المدير التنفيذي لسوق دمشق للأوراق المالية رقم/بلا/ تاريخ ٢٠١١/١٢/١٨ المتضمن إجراءات رهن الأوراق المالية المدرجة في السوق على أنه: (أولاً-يتم رهن الأوراق المالية من خلال المركز مباشرة (أي مركز المقاصة والحفظ المركزي) بحضور الراهن والمرتهن إلى المركز للتوقيع على عقد الرهن أمام الموظف المختص بحيث يتم توقيع ثلاث نسخ أصلية من عقد الرهن مرفقاً به المستندات والوثائق التالية: ٣-تحديد الجهة صاحبة الأحقية في الأرباح النقدية والأسهم المجانية المنقوعة عن الأوراق المالية المراد رهنها وأية حقوق أخرى).

حقه في التصويت بالهيئة العامة فأودعت لدى أي مصرف آخر أو سُلمت للمدين لهذا الغرض فلا يُعتبر المصرف المرتهن قد فقد حيازتها^{٤٤١}، وبكل الأحوال يلتزم الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه هو مبدأ عام في عقد الرهن. وبالمقابل على المصرف المرتهن أن يحافظ على الأوراق المرهونة المُسلمة إليه ويلتزم في ذلك ببذل عناية المهني المحترف حيث ينشأ هذا الالتزام بشكل مباشر من العقد^{٤٤٢}.

وينطبق على رهن الأوراق الماليّة ما سبق وذكرناه عن حق المصرف المرتهن في أن يطلب من القاضي الترخيص له في بيعها بسعرها في البورصة إذا كانت مُهددة بنقص القيمة بحيث يُخشى أن تصبح غير كافية لضمان حق المصرف ولم يقم العميل الراهن بطلب ردها إليه مقابل شيء آخر يُقدم بدلاً عنها، بالإضافة إلى الحالة التي تسنح فيها فرصة رابحة لبيع الأوراق الماليّة. ولما كان الرهن لا ينزع ملكيّة الأوراق المرهونة من العميل أو الشخص الذي قدمها فليس للمصرف المرتهن أن ينتفع بالورقة المرهونة ولا أن يمتلك ثمارها ومع ذلك تبقى هذه الثمار (وهي الأرباح والفوائد) تحت يده على سبيل الرهن لأنها تُعتبر توابع للشيء المرهون، كما يبقى الحق للعميل - وليس للمصرف - في الاكتتاب على الأوراق الجديدة التي يتقرر للمساهمين القدامى وليس للمصرف المرتهن أن يدّعي عليها بأي حق وفقاً لما تنص عليه المادة ١٠٣٦ مدني سوري والتي تُعطي للدائن المرتهن الحق بتملك ثمار المال المرهون لأنها بالأصل لا تُعتبر ثماراً للشيء المرهون إنما هي إنتاج جديد لا يدخل في معنى ملحقات أو ثمار المال المرهون ويكون للعميل وحده حق

^{٤٤١} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، هامش ص ١٠٨٤.

^{٤٤٢} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٨٧.

التصرف بها^{٤٣}، وكذلك الأمر بالنسبة لحق العميل في حضور الهيئات العامة لمساهمي الشركة التي أصدرت الأسهم المرهونة^{٤٤}.

ويخضع رهن أسهم الشركات المُدرّجة في سوق دمشق للأوراق المالية لمجموعة من الأحكام القانونيّة الخاصة بالسوق، حيث تنص الفقرة (أ) من المادة ٢٦ من قانون سوق دمشق للأوراق الماليّة الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٥٥ لعام ٢٠٠٦ على أنه: (أ-يتم تسجيل ملكيّة الأوراق المتداولة في السوق وتسوية ومقاصة أثمان تلك الأوراق بموجب قيود تدون في سجلات المركز^{٤٥} ويتعين تسجيل ملكيّة الأوراق الماليّة المتداولة في السوق لدى المركز، كما توضح سجلات المركز أيضاً الرهونات والمطالبات المتعلقة بالأوراق الماليّة المتداولة في السوق) ويجري الرهن وفقاً لأحكام قرار المدير التنفيذي للتسوية وللشركة رقم ٢٠١١/٢/٨ المتضمن إجراءات رهن الأسهم لدى مركز المقاصة والحفظ المركزي، وقرار المدير التنفيذي رقم ٢٠١١/١٢/١٨ المتضمن إجراءات فك رهن الأوراق الماليّة لدى المركز، حيث يُشترط بالأوراق الماليّة المراد رهنها أن تكون مودعة لدى مركز المقاصة والحفظ المركزي وغير مُقيدة بأي قيد من قيود الملكيّة التي تمنع التصرف بها، ويتم الرهن بحضور العميل الراهن ومن ينوب عن المصرف المرتهن قانوناً إلى المركز للتوقيع على عقد الرهن أمام الموظف المختص مرفقاً بمجموعة من الأوراق والوثائق التي تضمن صحة الرهن وقانونيته.

^{٤٣} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، هامش الصفحة ١٠٨٧.

^{٤٤} انظر الفقرة "٧" من المادة (١١٧) من قانون الشركات رقم ٢٩ لعام ٢٠١١.

^{٤٥} يُقصد بالمركز مركز المقاصة والحفظ المركزي وهو: (الجهة التي تقوم بمزاولة عمليات إيداع الأوراق الماليّة المتداولة في السوق وتسجيلها ونقل ملكيتها ومقاصتها وتسويتها لقاء بدلات معينة). انظر في ذلك المادة (١٧) من قانون إحداث سوق دمشق للأوراق الماليّة رقم ٥٥ لعام ٢٠٠٦.

٢- الأحكام الخاصة برهن الأوراق المالية:

أ- صفة الحائز للورقة المالية محل الرهن:

الأصل أن يكون رهن الورقة المالية من العميل الراهن مالك الورقة المالية وحائزها في ذات الوقت، على أن هذا ليس الوضع دائماً إذ قد تكون الحيازة لغير العميل المدين الذي له حق عليها أو التزم بحيازتها لأي سبب كان كما لو كانت الورقة المالية مُودعة لدى ذات المصرف لحفظها، ففي هذه الحالة تتحول صفة المصرف من حائز ووديع إلى دائن مرتتهن فور إجراء الرهن عليها^{٤٤٦}. وفي حال الاتفاق بين المصرف والعميل على تعيين عدل لحيازة الورقة المالية فإنه يُعتبر متنازلاً عن أية حقوق له على الورقة المالية سابقة على إبرام الرهن إلا إذا تحفظ على ذات الورقة عند اختياره عدلاً لحيازة هذه الورقة المالية، وفي ذلك تنص المادة ١٢٣ من قانون التجارة على أنه: (إذا كان المرهون في حيازة الغير الذي وافق على حيازته لحساب الدائن ودون تحفظ، فيعتبر ذلك الغير متنازلاً حيال الدائن المرتتهن عن التمسك بحق حبس المرهون لسبب سابق لتاريخ موافقته) ويُعد هذا الحكم منطقياً يتفق وحماية الحقوق التي تتعلق بالورقة المالية محل الرهن.

ب- الورقة المالية المُقدّمة من غير العميل:

قد تُقدم الورقة المالية للمصرف المرتتهن من غير العميل، وفي هذه الحالة لا يلتزم مالك هذه الورقة في مواجهة المصرف المرتتهن إلا في حدود قيمة الورقة بصفته كفيلاً عينياً^{٤٤٧}.

^{٤٤٦} تنص الفقرة الثالثة من المادة (١٢٠) من قانون التجارة السوري على أنه: (٣- إذا كانت العين في

حيازة الدائن قبل رهنها لسبب آخر اعتبر حائزاً لها كدائن مرتتهن بمجرد إبرام عقد الرهن)

^{٤٤٧} د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي: المرجع السابق، ص ٦٨٢.

ومقتضى ذلك أن مسؤولية مالك الورقة المالية في مواجهة المصرف المرتهن تتحدد بقيمة الورقة المُقدّمة لا بقيمة الدين المضمون وهو ما يُعتبر من أهم آثار الكفالة العينية^{٤٤٨}.

ج-حكم الورقة المالية التي لم تُسدّد كامل قيمتها:

قد تكون الورقة المالية محل الرهن عبارة عن أسهم لم تُسدّد كامل قيمتها عند الاكتتاب^{٤٤٩} - كما إذا دُفع عند الاكتتاب ربع أو نصف قيمتها الاسمية - ففي هذه الحالة إذا حل ميعاد سداد باقي قيمة الورقة المالية أثناء رهنها وجب على العميل تقديم المبلغ المتبقي إلى المصرف المرتهن قبل موعد السداد بفترة مناسبة قدرها المُشرّع بيومين على الأقل قبل التاريخ المحدد للوفاء وإلا جاز للمصرف المرتهن بيع هذه الأوراق وفقاً لإجراءات التنفيذ الخاصة بالرهن التجاري، وأشارت إلى هذا الحكم المادة ١٢٧ من قانون التجارة بقولها: (إذا كان الشيء المرهون أسناداً لم يدفع ثمنها بكامله فعلى المدين إذا دُعي لوفاء الرصيد المُستحقّ عليه، أن يؤديه إلى الدائن قبل الاستحقاق بيومين وإلا جاز للدائن المرتهن أن يعتمد إلى بيع الأسناد وفقاً لأحكام المادة اللاحقة). وعند إجراء البيع يقوم المصرف المرتهن بدفع الجزء المستحق من قيمة الورقة المالية من الثمن المُتحصّل من بيعها، وينتقل حقه في الرهن إلى الباقي من الثمن للتنفيذ عليه^{٤٥٠}.

^{٤٤٨} د. سعيد سعد عبد السلام: المرجع السابق، ص ١٦.

^{٤٤٩} سمح قانون الشركات رقم ٢٩ لعام ٢٠١١ للمكتتبين بعدم سداد القيمة الكاملة للسهم عند الاكتتاب فنصت الفقرة الثانية من المادة (٩٢) منه على أنه: (٢- يدفع عند الاكتتاب ٤٠ بالمئة من القيمة الاسمية للسهم ويتم سداد باقي قيمة السهم خلال فترة لا تزيد على ثلاث سنوات من تاريخ التصديق على النظام الأساسي للشركة).

^{٤٥٠} د. سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ٧٧٨.

د- امتياز المصرف المرتهن والتنفيذ على الأوراق المرهونة:

يتمتع المصرف المرتهن بحق امتياز (حق التقدم) بمرتبته المحددة له وقت تقرير الرهن لمصلحته، ويظل مُحْتَظاً بهذا الامتياز بدرجةه سواء فيما بينه وبين العميل الراهن أو بالنسبة لبقية الدائنين من الغير. ويقع هذا الامتياز على عائد الورقة المالية المرهونة سواء كان أرباحاً للأسهم أو عائداً للسندات، كما يقع أيضاً على قيمة الورقة المالية عند استهلاكها وعلى الأوراق التي تُستبدل بها^{٤٥١}.

وإذا حلَّ أجل الدين المضمون فإنَّ للمصرف أن يحبس الأوراق المالية تحت يده تطبيقاً للقواعد العامة، وله أن ينفذ عليها طبقاً للإجراءات الواردة في المادة ١٢٨ تجاري السالفة الذكر، كما ويَبْطُلُ الشرط الذي يُرخص للمصرف المرتهن أن يتملك الأوراق المرهونة أو أن يتصرف فيها دون مراعاة الاجراءات المنصوص عليها في المادة ١٢٨: (وهي إخطار العميل أو الغير المُقَدِّم للمال المرهون ومراجعة رئيس التنفيذ بعد ٨ أيام من الإخطار للبيع بالمزاد العلني).

ومادام البطلان المذكور ينحصر في النصوص الواردة في عقد الرهن وليس في تصرفات مستقلة فقد أجاز الاجتهاد التفويض الذي يمنحه العميل للمصرف بعد إبرام عقد الرهن والذي يسمح له بموجبه ببيع الأوراق المالية لحسابه في حال عدم الوفاء مما يوفر نفقات البيع بالمزاد وتعقيدهاته^{٤٥٢}، ونهايةً يجوز للمصرف المرتهن أن يطلب من القاضي الترخيص بتمليكه الأوراق المالية بقيمتها حسبما يقدرها الخبراء (م ١٠٤٣ مدني).

^{٤٥١} د. سميحة القيلوبي: المرجع السابق، ص ٧٧٨.

^{٤٥٢} د. جاك يوسف الحكيم: المرجع السابق، ص ٣٩٠.

ثانياً- رهن الأوراق التجارية

نقصد بالأوراق التجارية-في هذا الخصوص-أسناد السحب و السندات الإذنية أو لأمر، أما الشيكات فلا يُتصور رهنها حيث يرى الفقهاء عدم ورود التظهير التأميني على الشيك باعتباره مُعداً للوفاء عند الاطلاع^{٤٥٣} فلا يُعقل تقديمه ضماناً خلال الفترة القصيرة المحددة لوفائه لذلك نجد أن قانون التجارة لم يتعرض له عند معالجته لأحكام الشيك أو يعطف به على أحكام التظهير التأميني للسفتجة^{٤٥٤}.

ويلجأ العميل بوصفه مُستفيداً في الورقة التجارية إلى رهنها عندما يكون بحاجة إلى نقود بشكل عاجل وفوري وتكون الورقة التجارية التي بيده مستحقة بعد فترة قصيرة فبدلاً من أن يخصصها لدى المصرف -أي يتخلى عن قيمتها فوراً نظير قيمة الحق الثابت فيها مخصصاً منه الفائدة ونفقات التحصيل- يكتفي بأن يقترض المبلغ الذي يحتاجه ويرهن الورقة (أي الحق الثابت فيها) ضماناً للتسهيل الائتماني الممنوح حتى إذا تمكّن من سداه عند حلول أجله استردّ الورقة، كما يُمكن أن يلجأ العميل إلى رهن الورقة التجارية كضمان لفتح الاعتماد عندما تكون قيمتها مرتفعة جداً.

وغالباً ما يحصل الرهن عندما تكون حاجة العميل إلى مبلغ بسيط بالنسبة إلى قيمة الورقة ولمدة أقل بكثير من أجلها فحتى لا يخسر جزءاً كبيراً من قيمة الورقة (تكاليف الخصم من فائدة ونفقات تحصيل) يُفضّل رهنها ويحتفظ بملكيتها.

وبالنسبة للمصارف التقليدية لا يوجد مشكلة في الرهن حيث يكون الرهن لهذه الأوراق مقابل دين التسهيل الائتماني الممنوح للعميل، أما بالنسبة للمصرف الإسلامي فالأمر مختلف فرهن الأوراق التجارية سيكون رهن دين بدين وهو ما

^{٤٥٣} انظر المادة (٣٦٨) من قانون التجارة السوري .

^{٤٥٤} د.جاك يوسف الحكيم:المرجع السابق، ص٢٨٨.

اختلف الفقهاء حول جوازه، فمنهم (كالحنفية والحنابلة) مَنْ لم يُجزِ رهن الدين لأنه من غير الممكن تسليمه ولا يوجد يقين تام في تحصيله، فيما ذهب فريق آخر (كالشافعية والمالكية) إلى جواز رهن الدين لجواز بيعه وذلك عملاً بالقاعدة الشرعية (ما جاز بيعه جاز رهنه) حيث يكون دور المصرف الإسلامي بمثابة وكيل بأجر وهذا هو الرأي الراجح^{٤٥٥}.

١- آليّة رهن الأوراق التجارية

يتم رهن الورقة باتفاق بين العميل الراهن والمصرف المرتهن ، ويتم هذا الرهن بتظهير الورقة تظهيراً تأمينا^{٤٥٦} ويكون ذلك بتظهير الورقة التجارية مع اقتران هذا التظهير بعبارة تُفيد تخصيصه لوفاء الدين الخاص بالمصرف كأن يُذكر مثلاً أن (القيمة ضمان) أو (القيمة رهن) أو أي بيان آخر يفيد التأمين^{٤٥٧} وفي هذه الحالة يكون المصرف بمركز الدائن المرتهن رهنًا حيازياً ويستطيع أن يمارس كل الحقوق المترتبة على الورقة التجارية ماعدا تظهيرها تظهيراً ناقلاً للحق^{٤٥٨}.

وإذا ما قام العميل بتظهير الورقة على بياض للمصرف ثم أُضيفت هذه العبارة التزم العميل الموقع بها طالما أنها كانت موافقة لإرادته، أما إذا أُملى الفراغ خلافاً للاتفاق مع المصرف كأن يتم وضع عبارة تفيد التظهير تظهيراً ناقلاً للملكية فليس للعميل الاحتجاج بذلك إلا بعد إثباته سوء نية المصرف^{٤٥٩}.

^{٤٥٥} د. محمد محمود العجلوني: البنوك الإسلامية، أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية، ط ١، دار الميسرة، الأردن ، ٢٠٠٨، ص ٣٠٤.

^{٤٥٦} التظهير التأميني هو التظهير الذي يُقصد به أن يضمن الحق الثابت في الورقة التجارية دين على المُظهِر للمُظَهَّر له.

^{٤٥٧} انظر المادة (٢٧١) من قانون التجارة السوري.

^{٤٥٨} د. نادية فضيل: المرجع السابق، ص ٥٤.

^{٤٥٩} د. جاك الحكيم: المرجع السابق، ص ١٦٥.

وتقوم بعض المصارف أحياناً بالاحتفاظ بالأوراق التجارية الضامنة للتسهيل الائتماني الممنوح دون تظهيرها - وذلك في حالة التسهيلات الائتمانية المقدمة للمصارف الناشئة والصغيرة لدعم سيولتها - في ظرف يحتوي اسم المصرف المُقترض على أن يشير في قيوده إلى تخصيصها لضمان وفاء التسهيل الائتماني، فإذا لم يتم الوفاء من قبل المصرف المُقترض قام بتظهيرها للمصرف المقرض أو ظهر له أسناد أخرى بقيمتها، ويستند هذا التعامل إلى الثقة المتبادلة بين المصارف على أنه يُعرض حقوق المصرف مانح الائتمان إلى الخطر.

وقد يُخفي العميل الراهن والمصرف المرتهن عملية الرهن حتى لا تؤثر على سمعة العميل الائتمانية فيتفقان على الرهن ولكن يقوم العميل بتظهير الورقة للمصرف تظهيراً تاماً أي تظهيراً ناقلاً للملكية أو تظهيراً على بياض بحيث يظهر المصرف المرتهن كأنه مالك للورقة أو مجرد وكيل في التحصيل، وفي حال ثبتت هذه الواقعة سرت أحكام التظهير التأميني في علاقة العميل المُظهر للمصرف المُظهر له وبالحامل سيء النية، أما في علاقة المصرف مع الغير فيُعتبر التظهير ناقلاً للحق^{٤٦٠}.

والسؤال هنا كيف يتأكد المصرف أن سند السحب مثلاً والمُقَدَّم كرهن ليس سند مجاملة؟

للإجابة على هذه السؤال لابد أولاً من تحديد مفهوم أسناد المجاملة والتي هي عبارة عن أسناد تجارية صحيحة من حيث الشكل ولكن لا تستند على وجود دين حقيقي للساحب في ذمة المسحوب عليه، حيث يكون هناك اتفاق (تواطؤ) بأن يقبلها المسحوب عليه ليتمكن الساحب من خصمها أو رهنها لدى المصرف للحصول على ما يلزمه من نقود^{٤٦١}، وصورتها أن يطلب التاجر الذي يواجه

^{٤٦٠} د. جاك الحكيم: المرجع السابق، ص ١٦٥.

^{٤٦١} د. هشام فرعون: المرجع السابق، ص ١٩١.

أزمة مالية من أحد أصدقائه تاجراً كان أم غير تاجر السماح له بأن يسحب عليه سند سحب رغم عدم وجود علاقة مديونية- ويطلب إليه أن يقبلها واعداً إياه أن يوفر مقابل وفائها في تاريخ الاستحقاق، فإذا قبل عمد التاجر إلى رهنها أو خصمها على أساس أن المسحوب عليه القابل هو المدين بها ويحصل بذلك على النقد الذي هو بحاجة إليه^{٤٦٢}.

وغالباً ما تُشكل هذه الأسناد مُشكلة بالنسبة للمصرف الحامل لأنه لا نية لأطرافها منذ البداية بدفع قيمتها والالتزام بها لذا فإنه سيواجه صعوبات عند تحصيلها ليس أقلها مماطلة الملتزمين بالوفاء، ونظراً للخبرة المتكونة لدى المصارف فإنها تتعرف على هذا النوع من الأسناد من خلال مجموعة من الدلائل نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر^{٤٦٣}:

١- أن تكون الأسناد مسحوبة في محل إقامة العميل أي أن يكون مكان الإنشاء هو ذات محل إقامة العميل مما يدل على وجود علاقة معرفة مع المدين.
٢- قيام العميل بسداد بعض السندات عند استحقاقها نيابة عن المدين وحرصه على ذلك.

٣- طلب العميل منح أجل للوفاء عند حلول أجل الأسناد نيابة عن المدين.
ولكن قد يكون هذه الإدراك لطبيعة الأوراق التجارية متأخراً، لذا يجب على المصرف التمحيص جيداً قبل قبول رهن الأوراق التجارية والتأكد من جديتها وهو أمر لا يخلو من الصعوبة.

^{٤٦٢} نقض سوري: قرار رقم (٢٨٠٠) تاريخ ٢٦ / ١١ / ١٩٦٤، مجلة القانون لعام ١٩٦٥، ص ١٣٨.

^{٤٦٣} عبد المعطي محمد حشاد: المرجع السابق، ص ١٤.

٢- آثار الرهن:

ينجم عن تظهير الورقة التجارية تظهيراً تأمينياً علاقتين:

أ- علاقة المصرف بالعميل:

تُعتبر هذه العلاقة علاقة رهن فيُعتبر المصرف دائناً مرتتهناً والعميل راهناً ومن ثم تخضع هذه العلاقة للقواعد المتعلقة بأحكام رهن الديون إلا ما تعارض مع طبيعة رهن الأوراق التجارية كعدم إعلان الرهن مثلاً^{٤٦٤}. ولا يترتب على التظهير نقل ملكية الحق الثابت بالورقة للمصرف وإن انتقلت حيازتها إليه لِيُضمن وفاء الدين المستحق له، ولا يُعتبر التظهير التأميني بحكم التظهير الناقل للملكية إلا في العلاقات بين المُظهِر له والغير وهو كل من يكون غريباً عن عقد الرهن وعملية التظهير^{٤٦٥}.

ويترتب على علاقة الرهن أن يلتزم الراهن المُظهِر بأن يُسلم الورقة المُظَهَّرة للمصرف ليستطيع أن يمارس الامتياز الذي يمنحه إياه حق الرهن ولأن حيازة الورقة هي الوسيلة الوحيدة التي تمكّن المصرف من تحصيل الحق المرهون ليستوفي منه دينه وذلك تنفيذاً للمادة ١٢٦ تجارة والمادة ١٠٤٩ مدني واللتين تُلزمان المصرف بتحصيل دين الورقة التجارية المُقَدَّم تأميناً عند استحقاقه وهو ما يُمكن رده أيضاً إلى الالتزام العام المُلقى على الدائن المرتهن بالمحافظة على المال المرهون إذ يدخل في مفهوم المحافظة التزامه بالمطالبة بالوفاء بالورقة التجارية في ميعادها وبالقيام بما يقتضيه قانون الصرف للمحافظة على حقوق المستفيد في الورقة من تنظيم احتجاجات في المواعيد المحددة للرجوع على الضامنين والمدين الأصلي وإلا كان مسؤولاً أمام العميل عن الحقوق التي ضاعت من الورقة التجارية ضد الضامنين فيها.

^{٤٦٤} نظم المُشرّع رهن الديون بالمواد (١٠٤٦) إلى (١٠٥٤) من القانون المدني السوري.

^{٤٦٥} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٩١.

وإذا حلَّ أجل الورقة التجارية وطالب المصرف بها فرفض المسحوب عليه الدفع فيحق للمصرف بصفته مُظَهَّرًا له الرجوع بالقيمة على المُظَهَّر، والسؤال المطروح هنا عن طبيعة هذا الرجوع؟ هل هو الرجوع الصرفي المُقَرَّر لحامل الورقة على من ظهرها إليه أم هو الرجوع بمقتضى عقد التسهيل الائتماني أو عقد القرض المضمون بالورقة مثلاً؟

من الواضح أن المصرف يملك الحق الكامل بالرجوع على العميل المدين بالدين الأصلي بالدعوى العادية الناشئة عن العلاقة التعاقدية بينهما أو الدين الذي قُدِّمت الورقة لضمانه (دين التسهيل الائتماني). أما بالنسبة للرجوع الصرفي فإنه غالباً ما يكون مستبعداً في مثل هذه الحالة والسبب أن العلاقة بين العميل المُظَهَّر والمصرف المُظَهَّر إليه هي في جوهرها ومقصدها علاقة (رهن) وما التظهير إلا وسيلة لنقل حيازة الحق المرهون، لذا ليس المقصود من التظهير أن يصبح المدين في الورقة التجارية مديناً أصلياً لصالح المصرف وأن يغدو العميل مجرد ضامن، بل يضل الوضع قائماً على ما كان عليه قبل حصول التظهير من كون العميل المُظَهَّر هو المدين الأصلي بالنسبة للمصرف وهو مقدم الضمان^{٤٦٦}.

ب- في مواجهة الغير:

تأخذ عملية التظهير في مواجهة الغير الذي ليس طرفاً فيها حكم التظهير الناقل للملكية^{٤٦٧} فيكون للمصرف المُظَهَّر إليه أن يطالب المدين بالورقة بكل ما يُقرره القانون والورقة للحامل من حقوق وبالمقابل يكون للمدين بالورقة أن يتمسك في مواجهته بكل ما يكون له أن يتمسك به ضد المظهر إليه في التظهير الناقل للملكية، ومن نتائج اعتبار التظهير بحكم التظهير الناقل للملكية

^{٤٦٦} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٩٢.

^{٤٦٧} د. نادية فضيل: المرجع السابق، ص ٥٤، أيضاً د. جاك يوسف الحكيم: المرجع السابق، ص ١٦٥.

سريان آثاره تجاه المدين الأصلي وفي مقدمتها تطهير الورقة من الدفع بحيث لا يجوز للمدين الأصلي بالورقة التمسك تجاه المصرف الحسن النية بالدفع التي كان من الممكن التمسك بها تجاه العميل المظهر وذلك حماية لمصلحة المصرف المرتهن الخاصة والمنفصلة عن مصلحة العميل الراهن.

والسؤال هنا ما هو حدود تطبيق قاعدة تطهير الدفع؟ وبمعنى آخر إلى أي حد يستطيع المصرف المرتهن التحصن بقاعدة تطهير الدفع؟

إن تطبيق قاعدة تطهير الدفع في مثل هذه الحالة والمبنية على أساس استقلال علاقة المصرف المرتهن عن مصلحة العميل الراهن يجب أن يكون محدوداً بحدود (مصلحة) المصرف المرتهن، فلو فرضنا أن مستحقات المصرف تقدر بمليون ليرة سورية وقيمة الورقة مليون ونصف ليرة سورية كان للمدين أن يتمسك في مواجهة المصرف المرتهن بكل دفع يبرئه من مسؤولية الوفاء ولكن في حدود (نصف مليون ليرة) ولا يكون للمصرف أن يرفض هذا الدفع ما دام لا يمس مصلحته المضمونة بالرهن^{٤٦٨}.

وليس للمصرف المظهر إليه التصرف بالورقة التجارية المرهونة تصرفاً مضعفاً لحقوق العميل الراهن لأن هذا الأخير هو المالك لها وليس للمصرف سوى حق رهن عليها^{٤٦٩} وبذلك لا يكون للمصرف أن يبرئ المدين بقيمة الورقة من الدين كلاً أو جزءاً أو أن يمنحه أجلاً بما يضر الراهن، كما لا يكون للمصرف إعادة

^{٤٦٨} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ١٠٩٤.

^{٤٦٩} د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماخ: القانون التجاري، الأوراق التجارية، بدون دار نشر

بغداد، ١٩٩٢، ص ١٧٧.

تظهير الورقة إلا على سبيل التوكيل وباختصار لا يجوز للمصرف أن يتصرف بالورقة المظهرة بما يتجاوز حقه في الرهن^{٤٧٠}.

٣-التنفيذ على الورقة المرهونة:

نميز هنا بين عدة حالات:

١-إذا حلَّ أجل الدين المضمون في ذات موعد استحقاق الورقة وقبض المصرف الحامل قيمة الورقة استوفي من قيمتها حقه وفوائده والمصاريف ورد الباقي إلى العميل الراهن.

٢-إذا حلَّ أجل الورقة قبل استحقاق الدين كان للمصرف المرتهن وحدة الحق في تحصيل قيمتها، وله بعد التحصيل الاحتفاظ بالمبلغ عنده كضمان ويلتزم بفوائده بالسعر القانوني حتى موعد رد الباقي إلى العميل الراهن^{٤٧١}.

ولا يسقط-باستيفاء المصرف لقيمة الورقة- أجل الدين المضمون بمعنى أنه لا يكون للعميل الراهن أن يُلزم المصرف باستيفاء حقه ورد الباقي فوراً لأنه أصلاً

^{٤٧٠} تنص المادة (٢٧١) من قانون التجارة السوري على أنه: (١-إذا اشتمل التظهير على عبارة "القيمة ضمان" أو "القيمة رهن" أو أي بيان آخر يفيد التأمين جاز لحامل السند مباشرة جميع الحقوق المترتبة عليه. ٢-فإن ظهره اعتبر التظهير حاصلاً على سبيل التوكيل).

^{٤٧١} يحق للمصرف عملاً بالمبادئ العامة اللجوء إلى القضاء للمطالبة بوفاء الورقة التجارية من الملتزمين بالوفاء بدعوى الرجوع المصرفي، كما يحق له عملاً بأحكام المادة (٤٦٨) من قانون أصول المحاكمات المدنية تحصيل الدين الثابت بالورقة التجارية بإيداعها مباشرة في دائرة التنفيذ وتتم المطالبة تنفيذاً عن طريق توجيه إخطار تنفيذي للملتزم الذي يختار المصرف الرجوع عليه وعندما يقدم المصرف الورقة التجارية لدائرة التنفيذ طالباً تحصيلها بتبليغ المدين الملتزم بإخطار تنفيذي يُرفق به صورة عن الورقة التجارية المطلوب تنفيذها فإذا لم يعترض المدين يصار إلى التنفيذ على أمواله سداداً لدين الورقة وإذا رفض المدين الوفاء بأن أنكر السند أو التزامه بها كلاً أو جزءاً يوقف التنفيذ ويُرد السند إلى المصرف لمراجعة المحكمة المختصة لإثبات ما وقع عليه الإنكار.

(علاء الدين محمد حسين:الرجوع المصرفي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠، ص ٢٨٤-٢٨٦).

لم يَقم بتسديد قيمة التسهيل الائتماني، وذلك كله ما لم تتجه إرادة الطرفين إلى غير ذلك.

٣- إذا حلَّ أجل الدين قبل أجل الورقة وقام العميل بتسديد قيمة الدين للمصرف، استرد الورقة وانقضى الرهن بانقضاء الدين المضمون فإن لم يوفِ المدين الدين كان للمصرف المرتهن أن يطلب من القاضي الإذن ببيع الورقة أو بتملكها (م ١٠٤٣ مدني).

ويثور السؤال هنا حول ما إذا كان نص المادة ١٢٨ تجارة ينطبق على التنفيذ على الورقة المرهونة، حيث تقضي هذه المادة بتبليغ المدين وجوب وفاء الدين الذي حلَّ أجله فإن لم يمتثل حق للمرتهن بعد ثمانية أيام مراجعة رئيس التنفيذ لبيع المرهون بالمزاد العلني؟

يذهب غالبية الفقه إلى أنه لا لزوم للتبليغ لأن ميعاد الاستحقاق بالأوراق التجارية حاسم لا مهلة فيه إضافة إلى أنه لا لزوم لإذن القاضي بالبيع لانقضاء شبهة الاستغلال^{٤٧٢}.

ولكن هل يلزم أن تُباع الورقة بالمزاد العلني حيث لا يخفى ما يستتبعه ذلك من مصاريف وطول إجراءات؟؟

إن الأخذ بحرفية النص توجب الأخذ بالبيع بالمزاد إلا أن الأفضل هو السماح للمصرف ببيع الورقة ودياً وذلك بأن يخصم الورقة لدى مصرف آخر حيث لا يؤثر مثل هذا الإجراء على المدين، ومتى بيعت الورقة أو خُصمت استوفى المصرف حقه ورد باقي القيمة إلى العميل الراهن^{٤٧٣}.

^{٤٧٢} د. جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٩٧، خلاف ذلك د. جاك يوسف الحكيم، المرجع

السابق، ص ١٦٨.

^{٤٧٣} المادة (١٠٤٩) من القانون المدني السوري.

ونشير أخيراً أنه إذا كانت الورقة التي حلَّ أجلها لا تكفي لسداد الدين كله وكان الدين مضموناً بأوراق أخرى كان للمصرف الدائن أن يحتفظ بالأوراق الأخرى ضماناً للدين تطبيقاً لقاعدة عدم تجزئة الرهن^{٤٧٤}.

^{٤٧٤} لما كان الرهن غير قابل للتجزئة (م ١٠٤٤ مدني) فإنه من حق المصرف الاحتفاظ بكل الأوراق المقدمة إليه حتى يقوم العميل بإيفاء كامل الدين.

الفرع الثاني

الضمان على المتجر^{٤٧٥}

يُعتبر رهن المتجر من أهم الضمانات التي تحصل عليها المصارف - وذلك نظراً للقيمة المالية الكبيرة التي يُمثلها - خاصة بعد ظهور نظام الرهن دون انتقال الحيازة والذي يُعد رهن المتجر أحد أهم تطبيقاته في التشريع السوري. وتُعتبر فكرة المتجر حديثة النشأة فقد ظهرت لأول مرة في القانوني الفرنسي حيث صدر قانون المالية عام ١٨٧١ والذي اعترف لأول مرة بفكرة المحل التجاري ثم تطورت الفكرة في القانون الصادر ١٨٩٨ والذي منح للتجار الحق برهن متاجرهم كضمان لالتزاماتهم دون أن تنتقل هذه المحلات من حيازتهم، ثم صدر قانون ١٧ آذار ١٩٠٩ الذي نظم بشكل كامل عملية بيع ورهن المتجر^{٤٧٦}.

وإن اصطلاح المتجر أو المحل التجاري لا يعني كما يتبادر إلى ذهن المكان الذي يمارس به التاجر أعماله التجارية أو البضاعة الموجودة بداخل المحل أو الأثاث، بل يُقصد به فكرة معنوية تتطوي تحتها مجموعة الأموال المخصصة لغرض الاستغلال ولا تكون هذه الأموال إلا منقولات (مادية أو معنوية) مخصصة لاستغلال تجارة أو صناعة معينة وقد يُسمى بالمتجر أو المصنع تبعاً لنوع النشاط الذي يزاوله الشخص^{٤٧٧} وقد أخذ القضاء السوري بهذا الاتجاه

^{٤٧٥} فضل المشرع السوري استخدام لفظ (الضمان على المتجر) بدلاً من رهن المتجر كون المتجر منقول معنوي يرهن رهنًا حيازياً كونه منقول معنوي ولكن دون انتقال الحيازة وهو من التطبيقات الحديثة للرهن دون انتقال الحيازة في العمل التجاري.

^{٤٧٦} د. حورية بورنان: تحديد الطبيعة القانونية للمتجر، بحث منشور في مجلة المفكر، الجزائر، العدد الثالث، بدون سنة نشر، ص ٩٨.

^{٤٧٧} د. سميحة القيلوبي: المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط ٤، ٢٠٠٠، ص ٥.

واعتبر المتجر مالاً منقولاً معنوياً^{٤٧٨} يجوز رهنه كأبي منقول آخر فيما عرفت
الفقرة الأولى من المادة ٤٣ من هذا القانون المتجر على أنه: (مجموعة عناصر
مادية وغير مادية تهدف إلى ممارسة مهنة تجارية).

وفي حين أن قانون التجارة القديم رقم ١٤٩ لعام ١٩٤٩ لم يكن يتضمن سوى
مادتين حول المتجر (م ٤٢ و ٤٣) حيث حددت الأولى عناصره وبينت الثانية
خضوع هذه العناصر إلى القوانين الفردية النازمة لها، أتى قانون التجارة
الحالي رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧ بتنظيم كامل للمتجر والتصرفات الواردة وليفصل
في أحكامها وأجاز المشرع في هذا القانون رهنه مع بقاءه في حيازة الراهن وأفرد
لرهن المتجر الفصل الرابع من الباب الرابع منه (المواد ٦٩-٧٥) ونشير هنا أن
المقصود هو الضمان على المتجر كـ (مجموعة) أما رهن العناصر الداخلة في
تكوين المتجر والتي يتم رهنها بشكل منفرد فتخضع لإجراءات الرهن الخاصة
بها وفقاً للقوانين التي تنظمها كل حسب طبيعته.

ولاشك في أن التنظيم الواضح للنصوص القانونية في قانون التجارة الجديد
يُعتبر من الأمور الهامة التي تجذب المصارف إلى مثل هذا النوع من الرهون
فالبينة القانونية السليمة تعتبر عنصراً هاماً من عناصر الائتمان المستقر ودافعاً
لكلا الطرفين، التاجر العميل من جهة والمصرف من جهة أخرى، إلى
الحصول على الائتمان بضمانة المحل التجاري إضافة إلى أهمية العناصر
التي يتكون منها المتجر والتي تُشكل قيمة هامة بالنسبة للائتمان فالبضائع
والآلات والمعدات منقولات مادية ذات قيمة، وحق الاتصال بالزبائن والشهرة
والعنوان التجاري والاسم التجاري وحق الإيجار والرخص وحقوق الملكية
الصناعية والتجارية وحقوق الملكية الأدبية والفنية كلها منقولات ذات قيمة

^{٤٧٨} نقض سوري: قرار رقم (١٠٨٦) لعام ١٩٧٤، مجلة المحامون العدد ١٢ لعام ١٩٧٤، مُشار
إليه في مؤلف د. محمد فاروق أبو الشامات ود. جمال مكناس، المرجع السابق ٢٤٨.

أيضاً^{٤٧٩}. ونشير هنا إلى أن الأحكام التي نعرضها في هذا المجال هي خاصة فقط برهن المال الذي تتوفر له صفة المحل التجاري بالمعنى القانوني أما إذا لم تتوفر فيه مقومات المتجر فيخضع في رهنه للقواعد العامة في الرهن، إضافةً إلى أن رهن المتجر لا يكون إلا بالطريقة التي نص عليها قانون التجارة فقط.

أولاً- محل الضمان

حدد المشرع محل الضمان تحديداً على سبيل الحصر حيث نصت الفقرة الأولى من المادة ٦٩ من قانون التجارة على مايلي: (إن تأمين المتجر يتناول العنوان التجاري والاتصال بالزبائن وحق الاستئجار والتجهيزات الصناعية والأثاث وبراءات الاختراع والعلامات التجارية والرسوم والنماذج الصناعية وغيرها من حقوق الملكية الفكرية (التجارية والصناعية والأدبية والفنية) المرتبطة بالمتجر أما البضائع فلا تكون محلاً إلا للرهن التجاري).

ويلاحظ على هذا التعداد أنه ورد على سبيل الحصر لذا لا يمكن للمصرف أن يطلب من العميل إدخال عناصر مما لم تذكره المادة السابقة في نطاق الضمان على المتجر بحجة زيادة الضمان وإن جاز أن تكون هذه العناصر الجديدة محلاً لرهن آخر مستقل، وعلى العكس لا يلزم أن يشمل الضمان تقديم العميل لكافة العناصر المذكورة أعلاه بل يجوز استبعاد عنصر أو أكثر منها بشرط أن تتوفر في مجموع العناصر التي تدخل الرهن المقومات اللازمة لاعتبارها محلاً تجارياً بالمعنى القانوني، فلا يخفى مثلاً ما لعنصر الاتصال بالزبائن من أهمية فلو فقد المتجر هذا العنصر فقد كيانه المعنوي والقانوني كمتجر لفقدانه العنصر الجوهرية فيه^{٤٨٠}.

^{٤٧٩} د. علي البارودي: مبادئ القانون التجاري والبحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر، ص ٤٦٧.

^{٤٨٠} د. أحمد محرز: فكرة الملكية التجارية، تطورها ووسائل حمايتها، دار النهضة العربية، ١٩٨٩ ص ٣١.

كما يُلاحظ على هذا التعداد أنه استثنى البضائع من الضمان وأخضعها للرهن التجاري أي رهن المنقول حيازياً مع ويبدو أن السبب في ذلك أن البضائع مُعَدَّة بطبيعتها للبيع فلم يشأ المشرع أن يُعطّل نشاط المدين الراهن ولأنه أراد أن تبقى في نطاق الضمان العام للدائنين العاديين، لذا لا تدخل البضائع في الرهن بحسب التعداد القانوني ولا يستطيع المصرف والعميل إدخالها في الرهن فإذا فعلاً كان اتفاقهما في هذا الخصوص باطلاً وصح الرهن بالنسبة للعناصر الأخرى.^{٤٨١}

والأصل أن يُبين عقد الضمان العناصر التي ينصب عليها الضمان فإن لم يُبين ذلك بأن ذكر العقد أن الضمان واقع على المحل التجاري التابع للسيد فلان دون بيان عناصره فلا يشمل الرهن إلا الشعار وحق الاستئجار والاتصال بالزبائن والتجهيزات الصناعية والأثاث.^{٤٨٢}

ثانياً- شروط الضمان وإجراءاته

١- الشروط الموضوعية:

يُشترط في الراهن أن يكون مالكاً للمتجر وأهلاً للتصرف به وتطبق في هذا الصدد القواعد العامة، ولم يشترط القانون أي صفة معينة بالمرتهن كما فعل المشرع المصري في قانون عام ١٩٤٠ حيث قرر أنه لا يجوز رهن المحل التجاري إلا لأحد المصارف أو بيوت التسليف التي يُرخص لها بذلك وزير التجارة والصناعة حيث يبطل الرهن إذا كان المرتهن شخصاً غير مرخص له^{٤٨٣} ويبدو أن المشرع المصري أراد بذلك حماية المدين التاجر من التعرض للمرابين الذين يستغلون حاجته فيفرضون عليه شروطاً قاسية، في حين أننا لا

^{٤٨١} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٠١.

^{٤٨٢} انظر الفقرة الرابعة من المادة (٦٩) من قانون التجارة السوري.

^{٤٨٣} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١٠٩٩.

نجد مثل هذا النص بالقانون السوري الذي ترك الباب مفتوحاً أمام كل الأشخاص.

ومع أن الإفلاس لا ينتقص من أهلية المَفلس فإن الرهن الذي يرتبه هذا الأخير على متجره بعد شهر إفلاسه لا ينفذ في مواجهة كتلة الدائنين نتيجة غل يد المفلس عن إدارة أمواله والتصرف بها^{٤٨٤}.

٢- الشروط الشكلية وإجراءات الضمان:

لم يرد نص صريح في الفصل الرابع من قانون التجارة والذي عالج أحكام الضمان على المتجر بوجوب كتابة عقد الضمان إلا أن المادة ٥٧ من القانون ذاته نصت على أنه ((١-إن العقود والتصرفات الواردة على المتجر يجب أن تكون مكتوبة مع مراعاة الأحكام المتعلقة بالإقرار واليمين وحق الغير بإثباتها بجميع وسائل الإثبات)) كما أن الفقرة الأولى من المادة ٧٠ من القانون ذاته نصت على أن عقد الضمان لا يُعتبر نافذاً بين المتعاقدين إلا من تاريخ تسجيله في سجل المتجر التابع له المكان الذي يقع به المتجر ومن البديهي أن مثل هذا التسجيل لا يتم بدون عقد مكتوب وهو ما يُستنتج منه أن الكتابة تعتبر شرطاً لانعقاد الرهن^{٤٨٥}.

ويُشهر عقد الضمان بقيده في سجل المتجر الذي يقع في دائرته المتجر حيث يجري التسجيل بناء على استدعاء من المصرف المرتهن مرفقاً بعقد الرهن

^{٤٨٤} تنص المادة (٤٦٣) من قانون التجارة السوري على أنه (١-قيد الرهن أو التأمين بعد تسجيل الحكم بشهر الإفلاس غير نافذ تجاه كتلة الدائنين. ٢-ويجوز الحكم بعدم نفاذ القيود المتخذة بعد التوقف عن الدفع و خلال العشرين يوماً التي سبقتها إذا مضى أكثر من خمسة عشر يوماً بين تاريخ إنشاء الرهن أو التأمين وتاريخ القيد إذا كان التأخير قد أضر بالدائنين).

^{٤٨٥} د.محمد فاروق أبو الشامات ود.جمال مكناس:المرجع السابق، ص٣٨٦، وقد نص المشرع المصري خلافاً للمشرع السوري بصراحة على اشتراط الكتابة لانعقاد عقد الرهن فقد نصت المادة (٣٧) من قانون التجارة المصري رقم ١٧٩٩٩ على أنه: (كل تصرف يكون موضوعه نقل ملكية المتجر إنشاء حق عيني عليه أو تأجير استغلاله يجب أن يكون مكتوباً وإلا كان باطلاً).

فيقوم الموظف المختص في مديرية السجل التجاري المسجل فيها المتجر بتوثيق العقد بناء على توقيع الطرفين (العميل الراهن ومن ينوب عن المصرف المرتهن)، واعتباراً من تاريخ التسجيل يُعد الرهن نافذاً بين المتعاقدين وتجاه الغير ممن له مصلحة في عدم سريان الرهن تجاهه كمشتري المتجر أو دائن مرتهن آخر أو أي دائن عادي يدخل المتجر في ضمانه العام .

وإذا كان للمتجر سلسلة من الفروع فإن الضمان لا يشملها إلا إذا اتفق المصرف والراهن على ذلك صراحةً في عقد الرهن^{٤٨٦}، وإذا لم يتناول الضمان المتجر كمجموعة معنوية وإنما قدم العميل الراهن عناصر من هذا المتجر كضمان كالعلامة التجارية أو براءة الاختراع فإنها تخضع للرهن وفقاً للقوانين المتعلقة بها حيث يتم تسجيل الرهن في السجل الخاص بهذه العناصر^{٤٨٧}.

ولسهولة تبليغ المصرف المرتهن كافة المعاملات الخاصة بالضمان عليه أن يتخذ محل إقامة في مكان تسجيل المتجر يُبلغ فيه بكافة الإجراءات الخاصة بالضمان وفي حال عدم اتخاذ موطناً مختاراً في مكان تسجيل المتجر جاز تبليغه عن طريق الإعلان في صحيفة تصدر في مكان التسجيل أو في العاصمة^{٤٨٨}.

ثالثاً-آثار الضمان

ينتج عن رهن المتجر عدة آثار مهمة سواء بالنسبة للراهن أو المصرف المرتهن أو الغير.

١-آثار الضمان بالنسبة للراهن:

يظل العميل الراهن حائزاً للمتجر ويباشر استغلاله، ولا يؤدي الرهن إلى تدخل المصرف المرتهن في شؤون المتجر ولا يؤدي أيضاً إلى حرمان العميل من

^{٤٨٦} انظر الفقرة الخامسة من المادة (٦٩) من قانون التجارة السوري.

^{٤٨٧} انظر الفقرة الثانية من المادة (٦٩) من قانون التجارة السوري.

^{٤٨٨} انظر الفقرة الثالثة من المادة (٧٠) من قانون التجارة السوري

التصرف فيه لأن المصرف المرتهن يضمن حقوقه تجاه الغير بمجرد تسجيل الرهن بسجل المتجر ولأنه يملك الحق بتتبعه بأي بد ينتقل إليها^{٤٨٩}.

ولما كانت حياة المتجر المرهون تبقى من حق العميل فإن من واجبه أن يُحافظ عليه وعدم إتيان أي أعمال تؤدي إلى إنقاص القيمة الائتمانية للمتجر أو أي من عناصره وإلا كان من حق المصرف المرتهن إسقاط أجل الائتمان المُقدم بسبب إضعاف التأمينات وذلك وفقاً للقواعد العامة^{٤٩٠}.

ولما كانت قيمة المتجر تعتمد كثيراً على موقعه وجبّ على المدين الراهن الذي يرغب في نقل متجره أن يُخطر المصرف المرتهن بمكان المتجر الجديد بموجب كتاب مضمون مع إشعار بالاستلام يُوجه إليه خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ الانتقال، ونشير هنا إلى أن المُشرّع منح الدائن المرتهن ضمانات هامة في حال نقل المتجر أو فسخ عقد إيجاره سنقوم بدراستها بالتفصيل.

٢- آثار الضمان بالنسبة للمصرف المرتهن:

يُرتب الضمان للمصرف المرتهن حقاً عينياً على المحل التجاري ويكون له بموجبه الحق باستيفاء حقه من ثمن المتجر بالأولوية على بقية الدائنين وفقاً

^{٤٨٩} انظر المادة (٧١) من قانون التجارة السوري، أيضاً د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري، الدار الجامعية، مصر، ١٩٩١، ص ٦٥٥.

^{٤٩٠} تنص المادة (٢٧٣) من القانون المدني السوري على أنه: (يسقط حق المدين في الأجل: ١-.....

٢- إذا أضعف بفعله إلى حد كبير ما أعطى الدائن من تأمين خاص، ولو كان هذا التأمين قد أُعطي بعقد لاحق أو بمقتضى القانون. هذا ما لم يُؤثر الدائن أن يطالب بتكملة التأمين. أما إذا كان إضعاف التأمين يرجع إلى سبب لا دخل لإرادة المدين فيه، فإن الأجل يسقط ما لم يقدم المدين ضماناً كافياً).

للإجراءات التي حددها قانون التجارة للتنفيذ على المتجر^{٤٩١} علماً أن المحل التجاري لا يُعد ذمة مالية مُسَنَّلة تُخَصَّص وحدها للوفاء بالديون المتعلقة بالعمل التجاري بل إن للمصرف المرتهن للمتجر وبما له من حق ضمان عام أن ينفذ على بقية أموال العميل في حال عدم كفاية قيمة المتجر للوفاء بدين العميل الخاص بالعملية الائتمانية^{٤٩٢}.

ويسري على المتجر ما سبق ذكره في رهن المنقول بخصوص بطلان شرط الطريق الممهد وشرط التملك عند الوفاء فلا بد للمصرف مراعاة الإجراءات التي نص عليها المشرع ولنكتفي بالإحالة لما سبق شرحه.

ويزداد مبدأ عدم قابلية الرهن للتجزئة أهمية في حالة الضمان على المتجر كونه يتألف من عدة عناصر حيث يتعلق حق المصرف المرتهن بمجموع العناصر التي تدخل نطاق الضمان فتكون كل هذه العناصر المرهونة ضامنة للدين بأسره فلا يتحرر عنصر منها تبعاً للوفاء بجزء من الدين تطبيقاً للقواعد العامة في الرهن.^{٤٩٣}

ولا يخفى هنا أن موقع المحل التجاري قد يُعتبر العنصر الأهم في المتجر كما سبق ذكره حيث يقدر يؤدي زواله أو تغييره إلى زوال صفة المتجر عن المجموع المعنوي لتبدو مجرد عناصر مجردة عن وصف المتجر لذا نتساءل هنا هل يُعتبر العميل الراهن حراً بنقل مكان متجره المرهون بعد تسجيل الضمان؟ وهل يمكن فسخ عقد إيجار العقار المتخذ مقراً للمتجر - في حال كون العميل التاجر مستأجراً - دون قيد أو شرط؟

^{٤٩١} انظر المادة (٧٥) من قانون التجارة السوري، حيث توجب هذه المادة على سلوك إجراءات الحجز والبيع المنصوص عليها في المواد (٣٧٩) إلى (٤٥٩) من قانون أصول المحاكمات المدنية وبما يتفق مع طبيعة المتجر كمنقول معنوي.

^{٤٩٢} د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٦٥٥-٦٥٦.

^{٤٩٣} انظر المادة (١٠٤٤) من القانون المدني السوري.

لعلّ من أهم ما عالجه قانون التجارة بخصوص المتجر هو حقوق الدائن المرتهن في حالة نقل المتجر وفسخ عقد إيجار المكان المتخذ مقراً للمتجر^{٤٩٤} حيث منح الدائن المرتهن ضماناً أكبر في مثل هذه الحالات نظراً لكون هذه التصرفات قد تؤثر سلباً على حقوقه فكان هذا التنظيم القانوني بمثابة تشجيع للدائن المرتهن عموماً وللمصارف خصوصاً- ونتيجة ملاحظتها لهذه الضمانات- بشكل أو بآخر على منح الائتمان بضمان المتجر.

أ- حقوق المصرف المرتهن في حالة نقل المتجر:

إن للمكان الذي يقع فيه المتجر أهمية كبرى في رفع القيمة الائتمانية له حيث يُسهم هذه المكان بدعم عنصر الاتصال بالزبائن ومن ثم رفع سوية أعمال المحل التجاري وزيادة ربحية التاجر، لذا أوجب القانون على المدين الراهن الذي يرغب في نقل مركز المحل التجاري أن يُبلغ كل الدائنين المرتهنين بمكان المتجر الجديد بموجب كتاب مضمون مع إشعار بالاستلام منهم يُوجه إليهم خلال خمسة عشر يوماً على الأكثر من تاريخ الانتقال.^{٤٩٥}

وإذا نُقل المتجر من محافظة إلى أخرى فمن الواجب إجراء قيد جديد في السجل التجاري الذي يقع ضمن المحافظة التي نُقل المتجر إليها مع بيان الموقع الجديد للمتجر وتاريخ القيد الأول للمتجر حيث يكون للقيد الجديد ذات الأثر القانوني للقيد الأول حتى لا يُضار الدائن بنقل المتجر وهو عمل لا دخل لإرادته فيه^{٤٩٦}.

ويحق للمصرف إذا ما وجد أن موقع المتجر كان العنصر الأهم بالاستثمار وأن من شأن نقله الإضرار بحقوقه وتهديد الائتمان الممنوح بحيث تصبح قيمة المتجر أقل بكثير من قيمة الدين أو إذا ما تم النقل بدون إخطاره خلال الفترة

^{٤٩٤} انظر المادتين (٧٢ و ٧٤) من قانون التجارة السوري.

^{٤٩٥} انظر المادة (٧٢) من قانون التجارة السوري.

^{٤٩٦} د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق، ص ٦٥٧.

المحددة قانوناً أن يطلب من القاضي إسقاط أجل الدين بسبب إضعاف التأمينات.^{٤٩٧}

ب- حقوق المصرف المرتهن في حال فسخ الإيجار:

قد يتخلف العميل الراهن في دفع أجرة المكان المتخذ مقراً للمتجر الأمر الذي يدفع المؤجر إلى طلب إخلاء المأجور وفسخ عقد الإيجار الأمر الذي يؤدي إلى إيقاف أعمال المتجر وبالتالي تدهور قيمته، لذا ونظراً للأهمية التي يتمتع بها حق الاستئجار كعنصر من العناصر المهمة في المتجر فقد أخضع القانون هذا الفسخ وما ينتج عنه من إخلاء للمأجور إلى إجراءات خاصة تهدف إلى حماية حقوق الدائنين المرتهنين^{٤٩٨}.

فيجب على المالك الذي يطلب فسخ عقد إجارة العقار الذي يُستثمر به متجر مرهون أن يُبلغ طلبه إلى المصرف المرتهن وبقية الدائنين المرتهنين إن وُجدوا في موطنهم المختار أو في الصحف في حال عدم اتخاذهم موطناً مختاراً^{٤٩٩} وإبلاغ المصرف المرتهن برقم الدعوى المقامة بهذا الشأن في حال وجودها مع تعيين المحكمة التي أقيمت لديها وموعد النظر فيها وكل هذا بموجب كتاب مضمون مع إشعار بالاستلام لضمان تبليغ المصرف بشكل مؤكد^{٥٠٠}.

ويحق للمصرف اتخاذ التدابير اللازمة لحفظ حقوقه كأن يقوم بسداد كافة الالتزامات المترتبة على العميل المستأجر كدفع الأجرة المترتبة تقادياً لخطر إخلاء المأجور وتوقف استثمار المتجر أو التدخل في الدعوى الإيجارية المرفوعة على العميل الراهن، وبكل الأحوال لا يُمكن للمحكمة القضاء بإخلاء

^{٤٩٧} انظر الفقرة الأولى والثانية من المادة (٧٢) من قانون التجارة السوري.

^{٤٩٨} د. محمد فاروق أبو الشامات ود. جمال مكناس: المرجع السابق، ص ٣٩١.

^{٤٩٩} انظر الفقرة الثالثة من المادة (٧٠) من قانون التجارة السوري.

^{٥٠٠} انظر المادة (٧٤) من قانون التجارة السوري.

العميل للعقار المأجور إلا بعد تثبتها من وقوع التبليغ المذكور للمصرف بوصفه دائناً مرتتهناً^{٥٠١}.

لكن هل يحق للعميل الراهن (المُستأجر) الاتفاق مع مُؤجّر العقار المتخذ مقراً للمتجر على إخلاء العقار بمعزل عن المصرف المرتهن؟
قد يتفق المُؤجّر مع العميل المستأجر على إخلائه للعقار مقابل مبلغ مقطوع مثلاً أو مقابل منافع مادية أو حتى إضراراً بالمصرف المرتهن ولا يعتبر مثل هذا الاتفاق سارياً بحق المصرف إلا بعد تبليغه إياه وفقاً لما سبق ذكره بحالة نقل مقر المتجر وذلك حتى يتمكن من القيام بالإجراءات اللازمة لحفظ حقوقه كأن يقوم برفع دعوى عدم نفاذ التصرف وذلك في حال توفر شروطها.

٣- آثار الضمان بالنسبة إلى الغير

متى تم تسجيل الضمان في سجل المتجر أصبح سارياً ليس فقط بحق العميل الراهن والمصرف المرتهن بل بحق الغير ممن هو ليس طرفاً في عقد الضمان ومن ثم يمنح الضمان الحق للمصرف في أن يستوفي حقه من ثمن المتجر المرهون بالأولوية على غيره من دائني العميل الراهن العاديين أو الدائنين المرتهنيين التاليين له بالمرتبة، وتتحد مرتبة الرهن من تاريخ قيده فتكون الأفضلية للقيد الأسبق بالتسجيل^{٥٠٢}.

لكن لو افترضنا أن المتجر والعقار المتخذ مقراً له مملوكان للعميل وقام العميل بترتيب ضمان على المتجر كمجموعة معنوية ورهن تأميني عقاري للعقار المتخذ مقراً للمتجر كلٌّ على حدة فهل تكون الأفضلية للمصرف المرتهن للمتجر أو الدائن المرتهن رهنًا عقاريًا؟

^{٥٠١} د. عبد الرزاق جاجان و د. عبد القادر برغل و د. عمر فارس: المدخل إلى القانون التجاري، منشورات

جامعة حلب، ٢٠٠٨، ص ٢٩٩.

^{٥٠٢} انظر الفقر الثانية من المادة (٧١) من قانون التجارة السوري.

لم يُعالج قانون التجارة السوري هذه الحالة بوجه الخصوص ولكن أغلب الفقه يذهب لتطبيق ذات القاعدة حيث تكون الأولوية للرهن الأسبق بالقيد وبغض النظر عن نوعه ولكن إذا ما جرى القيدان في ذات اليوم فيتقدم رهن العقار على الضمان على المتجر^{٥٠٣}.

وللمصرف المرتهن حق تتبع المتجر المرهون في أي يد ينتقل إليه ولا يكون للمتصرف إليه أن يتمسك بحياسة المتجر بحسن نية لأن المتجر منقول معنوي يخضع للتسجيل بسجل خاص ولا تشمله قاعدة الحياسة بالمنقول سند الحائز، فإذا ما بيع المتجر مُثَقلاً بالرهن فإن للمصرف أن ينفذ عليه في يد المشتري. وكذلك لا يستطيع المتصرف إليه أن يحتمي بهذه القاعدة بالنسبة للعناصر المادية التي يتألف منها المتجر والتي يشملها الرهن لأن المصرف يتتبعها بوصفها جزءاً من المجموع المعنوي والذي تحميه أيضاً قاعدة عدم تجزئة الرهن السابق ذكرها^{٥٠٤}.

أما إذا كان العميل قد قصد التصرف بالعنصر المادي غير الخاضع للتسجيل بسجل خاص على انفراد ويشكل مجرد عن المجموع المعنوي فإن للمتصرف إليه الحسن النية أن يتمسك عندئذ بوجه المصرف بقاعدة الحياسة بالمنقول سند الحائز^{٥٠٥}.

والسؤال هنا أنه إذا ما أراد مالك المتجر موضوع الضمان التصرف بأحد العناصر التي يشملها الضمان بشكل منفرد عن بقية العناصر فهل ينفذ هذا التصرف بحق المصرف المرتهن؟

^{٥٠٣} د. جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٠٣، أيضاً د. مصطفى كمال طه: المرجع السابق ص ٦٥٩.

^{٥٠٤} د. علي جمال الدين عوض: المرجع السابق، ص ١١٠٣.

^{٥٠٥} د. فاروق أبو الشامات ود. جمال مكناس: المرجع السابق، ص ٣٩٣.

لابد هنا من البحث عن قصد المالك من هذا التصرف، حيث نميز بين حالتين: فلو اعتبرنا تنازل المالك الراهن من قبل أعمال الإدارة الحسنة كان التصرف صحيحاً ومثال ذلك أن يقوم الراهن ببيع بعض العدد أو الأثاث لغايات التجديد بعد أن أصبحت قديمة جداً، أما إذا اعتبرنا تنازل المالك الراهن عن العنصر موضوع النزاع ليس من قبل أعمال الإدارة الحسنة، كان من حق المصرف المرتهن الاعتراض على هذا التصرف والمطالبة بإسقاط أجل الدين والتنفيذ على المتجر موضوع الرهن نظراً لإقدام المدين على إضعاف التأمينات^{٥٠٦}.

ونشير أخيراً إلى أنه في حال عدم سداد العميل لدينه عند حلول الأجل يحق للمصرف التنفيذ على المتجر وبيعه بالمزاد العلني واقتضاء دينه من الثمن بالتقدم على بقية الدائنين وذلك وفق قواعد التنفيذ المنصوص عليها في المادة ٣٧٩ الى ٤٥٩ من قانون أصول المحاكمات والمتضمنة إجراءات الحجز التنفيذي على العقار^{٥٠٧} مع مراعاة قواعد الحجز على المتجر المنصوص عليها في قانون التجارة من المواد ٨٦ الى ٩١ ونظراً لكون هذه القواعد هي قواعد إجرائية فإننا نكتفي بالإحالة عليها باعتبارها تُشكل صُلب الدراسة للمشتغلين في موضوعات أصول التنفيذ في المواد المدنية والتجارية.

^{٥٠٦} د. عبد الرزاق جاجان وآخرون: المرجع السابق، ص ٢٩٩-٣٠٠.

^{٥٠٧} انظر المادة (٨٦) من قانون التجارة السوري.

الخاتمة

لاشك أن الوظيفة الائتمانية تُعتبر من أهم وظائف المصارف في النشاط التجاري عموماً، وفي هذا المجال يبقى لكل مصرف سياسته الخاصة بعمليات الائتمان وتقدير وقياس المخاطر الائتمانية والتي تُمكنه من التنبؤ بها قبل حدوثها وتحديد الحد الأقصى من هذه المخاطر الذي يمكن تحمله و تفاديه بشكل نهائي، ومن خلال ما سبق فإنه يمكن التوصل للنتائج التالية:

١- تلعب الضمانات المُقدّمة للمصارف دوراً هاماً في منح التسهيلات المصرفية كونها أداة إثبات للحق وضمان لتحصيله وتوفير الحماية والأمان للمصارف وتعمل على التقليل من مخاطر محتملة الوقوع جرّاء عملية الائتمان، لذا تلجأ المصارف لطلبها تفادياً للمشاكل التي تنشأ بينها وبين العملاء الحاصلين على الائتمان نتيجة عدم وفاء أحدهم بالالتزامات المترتبة عليه، فيضمن كل منهم الحصول على حقه بشكل شبه كامل. فطبيعة عمل المصارف فرضت عليها عدم الاقتناع بـ(الثقة) فقط كأساس لمنح التسهيلات الائتمانية بل تعدت تلك الثقة إلى طلب الضمانات المختلفة ثم تحليلها ودراستها بشكل دقيق خاصة من الناحية القانونية لكي يكون هناك جدوى من منح التسهيل الائتماني وضمان قانوني لاسترجاع حق المصرف ولو بنسبة معينة حيث تكون الضمانات الوسادة الآمنة لتغطيه مخاطر العملية الائتمانية.

٢- في العلاقة بين العميل والمصرف يُلاحظ أن العميل لا يُقدّم الضمانات إلا في حدود استطاعته بينما يرغب المصرف في الحصول على ضمانات تُعادل أو تفوق قيمة التسهيلات الائتمانية المُقدمة، وبين هذا وذاك تنشأ المفاوضات بين الطرفين لتحديد قيمة التسهيل الائتماني المُقدّم مع الأخذ بعين الاعتبار سمعة العميل وشخصه ووضعه المالي، وهنا تواجه المصرف عدة صعوبات فيما يخص الاختيار الرشيد للضمانات وكذلك تقييمها فالشيء المرهون وضمن

تقلبات السوق يكون اليوم بثمن وغداً بثمن آخر خصوصاً الأسهم والسندات التي تتغير قيمتها بين لحظة وأخرى.

٣- إن وجود الضمان لا يعني حماية المركز القانوني للمصرف بشكل كامل فيمكن أن تتصف الضمانات بعدم الفاعلية التي تنتج عن سوء الدراسة القانونية والاقتصادية للضمان وتقديم ضمانات كاذبة أو عدم المعرفة الجيدة لملاءة العميل، فالضمان لا يعمل على زيادة القدرة المالية للعميل وإنما هو بمثابة إضافة مهمة تدعمه لذا يعمل المصرف على اتخاذ ترتيبات خاصة حتى تكون الضمانات فعالة فيعمل على الابتعاد عن الضمانات صعبة التحقيق والتنفيذ كالضمانات المعطاة على البضائع غير الرائجة في السوق والسندات المشكوك في تحصيلها، كما أن المصارف التي تقدم اعتمادات إلى شركات مساهمة صغيرة أو شركات محدودة المسؤولية ذات رأسمال صغير مثلاً غالباً ما يطلب كفالة رؤساء إدارتها لأنه لا يرغب في أن يتحمل المخاطرة وحده بل يطلب أن يشاركه فيها.

٤- وبالرغم من الطبيعة الخاصة للعمليات الائتمانية عموماً والنظم القانونية للضمان خصوصاً فل العمل المصرفي فإنها تبقى من حيث الأصل خاضعة للقواعد القانونية العامة سواء في إبرامها أو تفسيرها أو تنفيذها وتسييرها إلا أن تطبيق النظم القانونية لهذه الضمانات ضمن السوق المصرفية يحتاج إلى مراعاة كافة العوامل المحيطة بالعملية الائتمانية والتي قد لا تتواجد في علاقات المديونية العادية، وهذا يتطلب من جهة وعياً مصرفياً لدى جميع المتعاملين ومن جهة أخرى جهاز مصرفي متطور قادر على مسايرة كل حديث في العمل الائتماني. فالرهن مثلاً كان مقصوراً على أشياء معينة كالمحاصيل الزراعية والصناعية ثم ظهرت الملكية الفردية مما سمح بظهور الرهن العقاري كضمان جيد للائتمان طويل الأجل ومن ثم ظهر نظام رهن المنقول بعد ارتفاع القيمة الخاصة بالمنقولات وظهر منقولات ذات طبيعة خاصة خاضعة للتسجيل وذات

قيمة مالية كبيرة كالتأمينات والسفن، وكل هذا يؤدي لتطور أنظمة الضمان بما يتوافق مع الأشكال الجديدة لموضوع الضمان، كما أن عمليات المصارف ذاتها ونشاطاتها أفرزت نظاماً قانونية جديدة لم تكن معروفة بين الدائن والمدين العاديين كرهن النقود ودمج الحسابات المصرفية والمقاصة بين الأرصدة والضمانات بتنازل، حيث أدت التطورات الحديثة والمتلاحقة بعمليات الائتمان إلى دفع المصارف الدائنة إلى البحث باستمرار عن المزيد من الضمانات بل أصبحت هذه الأخيرة تتعدد بمناسبة العملية الواحدة.

٥- إن السباق المستمر من المصارف نحو المزيد من الضمانات يحمل في طياته دلالة على ظهور عجز في وسائل الضمان التقليدية المختلفة (كالكفالة والرهن) سواء بالنسبة لتعقيد الإجراءات في بعضها أو عدم مساهمتها للتطور الاقتصادي إضافة لكون ذمة العميل المالية دائماً في تغير مستمر إما ايجابياً أو سلبياً، كل هذا أدى إلى ظهور ضمانات حديثة ناتجة عن الممارسة فرضتها تطور الحاجات الاقتصادية ووجوب توفير حماية أكبر للمصارف لضمان الديون، وبالرغم من ذلك نجد أن الأسواق المصرفية الناشئة -كالسوق السوري- غالباً ما تلجئ إلى الضمانات العينية التي ترد على الأموال والتي تعطي للدائن حقاً عينياً تبعياً على مال أو عدة أموال مملوكة للمدين أو لشخص آخر.

٦- قد نتساءل في نهاية هذا البحث أليس من الأجدي اقتراح وضع نظام قانوني موحد لكل شكل من أشكال ضمان الائتمان كقواعد ضمان القروض مثلاً أو قوانين لضمان الاعتمادات المصرفية؟

بالواقع ليس من الضرورة أن يكون النص القانوني أو التشريعي هو الضمان الأساسي لأي علاقة قانونية ناشئة بل قد يشكل التدخل التشريعي أحياناً إعاقة للعملية ذاتها وخاصة في المجال المصرفي، وليس المقصود هنا أن يُترك نظام الضمان بيد الأطراف يأخذونه كيفما أرادوا إنما المقصود هو ترك المجال أمام

أطراف العملية الائتمانية -المصرف والعميل- لإيجاد ما يناسب الوضع الخاص بكل منهم فيحصل العميل على ائتمانه المطلوب ويضمن المصرف حقه، ويدعم هذا أن أنظمة الضمان التقليدي من رهن بأنواعه المختلفة وكفالة هي عقود منظمة تنظيمياً كاملاً في القانون المدني كما أنها معروفة منذ زمن طويل الأمر الذي أدى إلى استقرار أحكامها وقواعدها ويبقى هنا إدخال التعديلات البسيطة التي يسمح بها مبدأ سلطان الإرادة على عقود الضمان المصرفي وبما يسمح بتلافي أي مشاكل تظهر لاحقاً على صعيد هذه العمليات، فالإرادة التي اتجهت إلى إنشاء العقد الائتماني ذاته يبقى من حقها تنظيم الضمان الخاص بهذا العقد بما يتفق مع النصوص الآمرة للقانون.

٧- من هنا تبرز أهمية أخرى بضرورة إيجاد نظام قضائي مصرفي متخصص متفهم لحاجات العمل المصرفي وخاصة في مجال الوظيفة الأهم وهي الوظيفة الائتمانية، وهذا ما تحقق حديثاً بصدور المرسوم التشريعي رقم (٢١) لعام ٢٠١٤ المتضمن إحداث محاكم مصرفية بدائية واستئنافية متخصصة بالقضاء العادي قد يُجيد في إطار علاقات الائتمان الفردي و ضماناته في حين أنه قد لا يتفهم واقع العملية في إطار العمل المصرفي فالقاضي قد يستخدم الأساليب القانونية لمعالجة المشكلة المصرفية دون أن يكون هناك إلمام بتفصيلاتها، فهو بالنهاية يستهدف نتيجة معينة وهي حل المشكلة المتعلقة وفق النصوص المكتوبة ولكنه قد لا يُقدّر أن هذا الضمان هو ضمان خاص بعملية ائتمانية مصرفية لها أعرافها وأحكامها الخاصة، خاصة أن للسوابق القضائية الأهمية الكبرى في هذا المجال فالتسهيلات الائتمانية هي عمليات متشابهة ومتكررة فمشكلة اليوم قد تتكرر لاحقاً ويغدو الحل السابق إشارة مهمة لما يمكن اتخاذه من حلول في المشكلات اللاحقة.

وبين نص قانوني مكتوب وإرادة أطراف لها دور في تنظيم الضمان الخاص تبقى عملية تطور الضمانات عملية مستمرة وواضحة ومُرتبطة بالعمل التجاري ككل وعمليات المصارف المتطورة بشكل سريع ومتواصل، ويأتي ذلك بالوقت الذي يحاول فيه بعض الفقهاء إدخال عمليات المصارف في إطار القواعد الخاصة بالقانون المدني بشكل مجرد ودون مراعاة الطبيعة الخاصة للعمل المصرفي وهو أمر غير مُحبذ لأن قواعد الضمان في القانون المدني وإن كانت قواعد الأصل إلا أنها وُضعت لمعالجة حالات لا تتوافر فيها عناصر العمل المصرفي سواء من حيث ضخامة الائتمان أو السرعة في العمل أو طبيعة السوق المصرفية ذاتها ومن ثم تغدو الحلول المرتكزة عليها بشكل خاص دون مراعاة قواعد العرف المصرفي أو حتى مقاصد كل من العميل أو المصرف خلقاً لمشاكل جديدة بعد أن كان الهدف هو محاولة إبعاد هذه المشاكل وبث روح الطمأنينة لدى العملاء والمصارف على حدٍ سواء.

والله ولي التوفيق

قائمة المراجع

باللغة العربية

أولاً-المعاجم اللغوية:

-محمد بن منظور التونسي: لسان العرب ،الطبعة الأولى، دار صادر، بيروت لبنان.

ثانياً-الكتب:

١-د.أبو زيد رضوان:الأوراق التجارية، الكتاب الأول، دار الفكر العربي، مصر، ١٩٩٨.

٢-د.أحمد بن حسن الحسيني: خطابات الضمان المصرفية وتكييفها الفقهي، مطبعة الإسكندرية، مصر، بلا تاريخ طبعة.

٣-د.أحمد محمد محرز:السندات التجارية (الكُمبيالة،السندالإذني،الشيك، اتفاقية الأمم المتحدة للكمبيالات والسندات التجارية الاذنية الدولية)، دار الكتب القانونية، مصر، ٢٠٠٣.

٤-د.أحمد محرز: فكرة الملكية التجارية، تطورها ووسائل حمايتها، دار النهضة العربية، ١٩٨٩.

٥-د.الياس حداد:القانون التجاري، بري-بحري-جوي، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٥-٢٠٠٦.

٦-د.الياس حداد:القانون التجاري "الأسناد التجارية" منشورات جامعة دمشق، نظام التعليم المفتوح، دمشق، ٢٠١٣-٢٠١٤.

٧-د.جاك يوسف الحكيم:الحقوق التجارية، ج٢، منشورات جامعة دمشق ٢٠٠٦-٢٠٠٧.

٨-د.جاك يوسف الحكيم:الحقوق التجارية،الأعمال التجارية والتجار والمتجر منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٥-٢٠٠٦.

- ٩- د. جاك يوسف الحكيم: الشركات التجارية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثالثة، ٢٠٠٣-٢٠٠٤.
- ١٠- د. حمزة محمود الزبيدي: إدارة الائتمان المصرفي والتحليل الائتماني، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٢.
- ١١- خالد أمين عبدالله: العمليات المصرفية الإسلامية، ط١، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٨.
- ١٢- د. راشد راشد: الأوراق التجارية والإفلاس والتسوية القضائية في القانون التجاري الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، ٢٠٠٢.
- ١٣- د. زكي محمود جمال الدين: التأمينات الشخصية والعينية، ط٣، مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٧٩.
- ١٤- زياد سليم رمضان ومحفوظ أحمد جودة: إدارة البنوك، دار المسيرة للنشر والتوزيع، ط٢، عمان، الأردن، ١٩٩٦.
- ١٥- د. سعيد سعد عبد السلام: الوجيز في التأمينات الشخصية والعينية، بدون دار نشر، مصر، ١٩٩٧.
- ١٦- د. سليمان مرقس: الوافي في شرح القانون المدني، (عقد الكفالة)، الطبعة الثالثة، نقابة المحامين، مصر، ١٩٩٤.
- ١٧- د. سميحة القيلوبي: الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ط٦، دار النهضة العربية القاهرة، ٢٠١٣.
- ١٨- د. سميحة القيلوبي: المحل التجاري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٠.
- ١٩- د. سمير عبد السيد تناغو: التأمينات الشخصية والعينية، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٩٦.
- ٢٠- د. شاكر القزويني: محاضرات في اقتصاد البنوك، ط٢، ديوان المطبوعات الجامعية، ط٢، الجزائر، ١٩٩٦.

- ٢١- د. صافي فلوح: محاسبة المنشآت الماليّة، منشورات جامعة دمشق، الطبعة الثامنة، ١٩٩٩.
- ٢٢- صبحي تادرس: النقود والبنوك، دار الجامعة المصرية، الاسكندرية، ١٩٨٦.
- ٢٣- صلاح الدين السيبي: قضايا مصرفيّة معاصرة، دار الفكر العربي، الطبعة الأولى، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٢٤- صلاح الدين حسن السيبي: التسهيلات المصرفيّة للمؤسسات والأفراد، ط١، دار الوسام للطباعة والنشر، بيروت، ٢٠٠٥.
- ٢٥- عاطف محمد الفقي: الأوراق التجاريّة وفقاً لأحكام قانون التجارة الجديد رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩، (الكمبيالة والسند لأمر)، دار النهضة العربية، القاهرة ٢٠٠١.
- ٢٦- د. عبد الله عبود: الضمان الاحتياطي في الأسناد التجاريّة، الطبعة الأولى، دار الأنوار للطباعة، دمشق، ١٩٨١.
- ٢٧- د. عبد الرزاق جاجان ود. عبد القادر برغل ود. عمر فارس: المدخل إلى القانون التجاري، منشورات جامعة حلب، ٢٠٠٨.
- ٢٨- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج١، بدون رقم طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٢٩- د. عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني، ج١٠، بدون رقم طبعة، دار إحياء التراث العربي، بيروت.
- ٣٠- عبد المطلب عبد الحميد: البنوك الشاملة عملياتها وإدارتها، الدار الجامعية، مصر، ٢٠٠٠.
- ٣١- د. عبد المعطي أرشيد و د. محفوظ جودة: إدارة الائتمان، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، ١٩٩٩.
- ٣٢- د. عزيز العكيلي: شرح القانون التجاري، ج٢، الأوراق التجارية وعمليات البنوك، دار الثقافة، عمّان، ط١، ٢٠١٠.

- ٣٣- د. عصام فهد العرييد: دراسات معاصرة في البنوك التجارية والبورصات، دار الرضا للنشر، دمشق، ٢٠٠١.
- ٣٤- د. علي البارودي: مبادئ القانون التجاري والبحري، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- ٣٥- د. علي جمال الدين عوض: عمليات البنوك من الوجهة القانونية، بدون دار نشر، القاهرة، ١٩٨٩.
- ٣٦- فادي محمد الرفاعي: المصارف الإسلامية، منشورات الحلبي الحقوقية بدون رقم طبعة، ٢٠٠٣.
- ٣٧- د. فائق محمود الشماع: الحساب المصرفي، دراسة قانونية مقارنة، دار الثقافة عمان، ٢٠٠٩.
- ٣٨- فلاح حسن الحسيني و مؤيد عبد الرحمان الدوري: إدارة البنوك (مدخل كمي واستراتيجي معاصر) دار وائل، عمان، ٢٠٠٠.
- ٣٩- د. فواز الصالح: القانون المدني، مصادر الالتزام، ج ١، جامعة دمشق ٢٠١١-٢٠١٢.
- ٤٠- د. فوزي محمد سامي: شرح القانون التجاري، الأوراق التجارية، مج ٢، دار مكتبة التريبة، بيروت، ١٩٩٧.
- ٤١- د. فوزي محمد سامي ود. فائق محمود الشماع: القانون التجاري، الأوراق التجارية، بدون دار نشر، بغداد، ١٩٩٢.
- ٤٢- د. كامل الوادي: الأعمال المصرفية والقوانين المنظمة لها، الجزء الأول، دار الثقافة للتوزيع والنشر الإمارات العربية المتحدة.
- ٤٣- د. محسن أحمد الخضير: البنوك الإسلامية، ط ٢، إيتراك للنشر والتوزيع، ١٩٩٥.
- ٤٤- د. محمد حسين منصور: النظرية العامة في الائتمان، منشأة المعارف بالإسكندرية، مصر، بدون رقم طبعة، ٢٠٠٥.

- ٤٥-د.محمد عبد المنعم أبو زيد:الضمان في الفقه الإسلامي وتطبيقاته في المصارف الإسلامية المعهد العالمي للفكر الإسلامي، القاهرة، الطبعة الأولى ١٩٩٦.
- ٤٦-د.محمد فاروق أبو الشامات ود.جمال مكناس: الحقوق التجارية (الأعمال التجارية والتجار والمتجر) منشورات جامعة دمشق، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
- ٤٧-د.محمد فاروق أبو الشامات:الصلح الواقي والإفلاس، الجامعة الافتراضية المديرية العامة للكتب والمطبوعات، دمشق، ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
- ٤٨-د.محمد محمود العجلوني:البنوك الإسلامية، أحكامها ومبادئها وتطبيقاتها المصرفية، ط١، دار الميسرة،الأردن ، ٢٠٠٨.
- ٤٩-د.محمد المصري السعدي:شرح القانون المدني(التأمينات الشخصية والعينية، عقد الكفالة)، دار الكتاب الحديث، الجزائر، ٢٠٠٥.
- ٥٠-د.محمود الكيلاني:الموسوعة التجارية والمصرفية، ط١، مج٤، عمليات البنوك ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، ٢٠٠٨.
- ٥١-د.محمود مختار البريري:المسؤولية التقصيرية للمصارف عند طلب فتح الاعتمادات، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
- ٥٢- د.محمود مختار البريري:قانون المعاملات التجارية، عمليات البنوك والأوراق التجارية، دار النهضة العربية، القاهرة ، ٢٠٠١.
- ٥٣-د.محمد وحيد الدين سوار: شرح الحقوق العينية التبعية، منشورات جامعة دمشق، الطبعة العاشرة، ٢٠٠٥ - ٢٠٠٦.
- ٥٤-د.محمد وحيد الدين سوار:شرح القانون المدني ،النظرية العاملة للالتزام، ج١، مطبعة رياض، دمشق ١٩٨٢ - ١٩٨٣.
- ٥٥-د.محمد يوسف ياسين: القانون المصرفي والنقدي، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت، ٢٠٠٧.

- ٥٦- د. مصطفى كمال طه و د. علي البارودي: القانون التجاري، الأوراق التجارية- الإفلاس- العقود التجارية -عمليات البنوك، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠١.
- ٥٧- د. مصطفى كمال طه: القانون التجاري، الدار الجامعية، مصر، ١٩٩١.
- ٥٨- د. مصطفى كمال طه: أصول القانون التجاري، الأوراق التجارية والإفلاس الدار الجامعية الإسكندرية، بدون سنة نشر.
- ٥٩- د. مصطفى منصور منصور: عقد الكفالة، المطبعة العالمية، القاهرة ١٩٦٠.
- ٦٠- معتصم سويلم نصر: الأحكام القانونية للمعاملات المصرفية، الوراق للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، ٢٠٠٤.
- ٦١- د. مفلح عقل: الائتمان المصرفي ومخاطره، (مدخل نظري وعلمي)، اتحاد المصارف العربية، ٢٠١٢.
- ٦٢- د. ناجي عبد المؤمن: مبدأ عدم تدخل المصرف في شؤون عملائه في ظل المتغيرات الحديثة وقانون غسيل الأموال رقم ٨٠ لسنة ٢٠٠٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٤.
- ٦٣- د. نادية فضيل: الأوراق التجارية في القانون الجزائري، ط ١١، دار هومة، الجزائر، ٢٠٠٦.
- ٦٤- د. نبيل حشاد: دليلك إلى اتفاق بازل II، ج ١، اتحاد المصارف العربية ٢٠٠٤.
- ٦٥- د. نبيل ابراهيم سعد: التأمينات الشخصية والعينية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠١٠.
- ٦٦- د. نبيل ابراهيم سعد: نحو قانون خاص بالائتمان، منشأة المعارف بالاسكندرية، ٢٠٠٠.

- ٦٧- د. نبيل ابراهيم سعد: (التأمينات الشخصية، التبعية وغير التبعية، الكفالة الإنابة الناقصة، الضمان بمجرد الطلب) منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٠.
- ٦٨- د. نبيل ابراهيم سعد: الحقوق العينية الأصلية في القانون المصري واللبناني، دار النهضة العربية للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٩٩٥.
- ٦٩- د. نزيه كباره: العقود المسماة، المؤسسة الحديثة للكتاب، بيروت، ٢٠١٠.
- ٧٠- د. نعيم مغيب: مبدأ مسؤولية المصرف موزع الاعتمادات واستثناءاته، ط ١، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٩.
- ٧١- د. هاني دويدار: الأوراق التجارية والإفلاس، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، ٢٠٠٦.
- ٧٢- د. هزار سليمان حيدر: الضمانات المصرفية التعاقدية في نطاق التجارة الدولية (دراسة مقارنة)، اتحاد المصارف العربية، بيروت، لبنان، ١٩٨٩.
- ٧٣- د. هشام فرعون: القانون التجاري البري، ط ٢، مديرية الكتب والمطبوعات الجامعية، جامعة حلب، ١٩٩٥.
- ٧٤- د. همام محمد محمود زهران: التأمينات الشخصية والعينية، دار المعرفة الجامعية، مصر، ١٩٩٩.
- ٧٥- د. همام محمد محمود زهران: التأمينات الشخصية والعينية، ط ٣، مطابع الشعب، القاهرة، ١٩٧٩.
- ٧٦- د. وهبة الزحيلي: نظرية الضمان، دار الفكر، دمشق، ١٩٨٢.

ثالثاً- الرسائل العلمية:

- رسائل الدكتوراه:

- ١- أحمد عوض يوسف عوضين: مسؤولية البنك عن الخطأ في فتح الحساب الجاري وقفله في القانون التجاري المصري، دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي كلية الحقوق، جامعة الزقازيق، ٢٠٠٥.

- ٢- أسيل ياسين عبد المنعم: الالتزام بعدم الإخلال بالانتماء التجاري في نطاق العلاقات التجارية (دراسة قانونية)، كلية الحقوق، جامعة النهرين، بغداد، ٢٠٠٦.
- ٣- علاء الدين محمد حسين: الرجوع المصرفي (دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ٢٠٠٠.
- ٤- عيسى محمد الحسين: المسؤولية المدنية للمصارف في ضوء أحكام القانون والقضاء، كلية الحقوق، جامعة دمشق، ٢٠١٠.
- ٥- موسى عمر مبارك أبو محييد: مخاطر صيغ التمويل الإسلامي وعلاقتها بمعيار كفاية رأس المال للمصارف الإسلامية من خلال معيار بازل II، أطروحة دكتوراه، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، ٢٠٠٨.

- رسائل الماجستير:

- ١- أشرف منعم: تحديات الانتماء في الجمهورية العربية السورية في ظل حداثة المصارف الخاصة، الأكاديمية العربية للعلوم المالية والمصرفية، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير، ٢٠٠٥-٢٠٠٦.
- ٢- آسيا قاسمي: تحليل الضمانات في تقييم جدوى تقديم القروض في البنك، بحث مقدم لنيل درجة الماجستير بالعلوم المالية، جامعة بومرداس، الجزائر ٢٠٠٨-٢٠٠٩.
- ٣- إيمان انجرو: التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد، جامعة تشرين، ٢٠٠٧.
- ٤- راضية أمقران: ضمانات البنك في مجال الانتماء، رسالة ماجستير في العقود والمسؤولية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، ٢٠٠٠-٢٠٠١.
- ٥- محمود حمرة: الاعتمادات المستندية والكفالات المصرفية في المصرف التجاري السوري ودورها في الاقتصاد الوطني، رسالة ماجستير، كلية الاقتصاد، جامعة دمشق، ٢٠٠٤.

رابعاً-المقالات والأبحاث:

- ١-د.حورية بورنان: بحث بعنوان (تحديد الطبيعة القانونية للمتجر)، منشور في مجلة المفكر، الجزائر، العدد الثالث، بدون سنة نشر.
- ٢-د.عبد العزيز الدغيم ود.ماهر الأمين: بحث بعنوان (التحليل الائتماني ودوره في ترشيد عمليات الإقراض المصرفي)، منشور في مجلة جامعة تشرين للدراسات والبحوث العلميّة، سلسلة العلوم الاقتصادية والقانونيّة، المجلد ٢٨، العدد الثالث، ٢٠٠٦.
- ٣-د.موسى متري ود.أديب ميالة: بحث بعنوان (التحكيم في العمليات المصرفيّة في الدول ذات الاقتصاد المتحول-المثال السوري) منشور في مجلة جامعة دمشق للعلوم الاقتصادية والقانونيّة، المجلد ٢٦، العدد الأول، ٢٠١٠.

- خامساً-المواقع الالكترونية:

- موقع هيئة الأوراق والأسواق المالية السورية www.scfms.sy
- موقع سوق دمشق للأوراق الماليّة www.dse.sy
- موقع مصرف سورية المركزي www.banquecentrale.gov.sy
- موقع المصرف التجاري السوري www.cbs-bank.sy
- موقع المصرف العقاري www.reb.sy

-سادساً-القوانين والأنظمة والقرارات:

١-القوانين:

- قانون التجارة رقم ٣٣ لعام ٢٠٠٧.
- القانون المدني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٨٤ لعام ١٩٤٩.
- قانون إحداث المحاكم المصرفية رقم ٢١ لعام ٢٠١٤.
- قانون النقد الأساسي رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٢.

- قانون إحداث المصارف الخاصة رقم ٢٨ لعام ٢٠٠١.
- قانون مصرف التوفير الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٩ لعام ٢٠٠٥.
- قانون مصرف الزراعي التعاوني الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٣٠ لعام ٢٠٠٥.
- قانون مصرف العقاري الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٣١ لعام ٢٠٠٥.
- قانون مصرف التسليف الشعبي رقم ٣٢ لعام ٢٠٠٥.
- قانون مصرف التجاري رقم ٣٥ لعام ٢٠٠٦.
- قانون هيئة الأوراق والأسواق المالية رقم ٢٢ لعام ٢٠٠٥.
- قانون سوق دمشق للأوراق المالية رقم ٥٥ لعام ٢٠٠٦.
- قانون السرية المصرفية رقم ٣٠ لعام ٢٠١٠.
- قانون الشركات الصادر بالمرسوم التشريعي رقم ٢٩ لعام ٢٠١١.
- قانون البيّنات رقم ٣٥٩ لعام ١٩٤٧.
- القانون رقم ١٩ لعام ٢٠١٤ المتعلق باعتبار عقود التسهيلات المقدمة من المصارف وأسنادها أسناداً تنفيذية.
- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لعام ١٩٩٩.
- قانون سوق رأس المال المصري رقم ٩٥ لعام ١٩٩٢ المعدّل بالقانون رقم ٢٣ لعام ٢٠٠٨.

٢- الأنظمة والقرارات:

- قرار مجلس النقد والتسليف رقم (١٩٦ / م ن / ب ٤) لعام ٢٠٠٦ المتعلق باعتماد القواعد العامة للأخطار المصرفية والعملاء المتخلفين عن الوفاء.
- قرار مجلس النقد والتسليف رقم (٧١ / م ن / ب ١) لعام ٢٠٠٤ المتضمن التعليمات الخاصة بالحيلة الحذر في التعامل مع الزبائن.
- قرار مجلس النقد والتسليف رقم (٩٥ / م ن / ب ٤) لعام ٢٠٠٤ المتضمن التعليمات الخاصة بمحتويات ملفات التسهيلات الائتمانية.

-قرار مجلس النقد والتسليف رقم (٥٧م/ن/ب٤) لعام ٢٠٠٤ المتضمن اعتبار الكفالات الصادرة عن المصارف الخاصة مماثلة للكفالات الصادرة عن المصرف التجاري السوري.

- قرار مجلس النقد والتسليف رقم (٩٣/م ن/ب٤) لعام ٢٠٠٤ المتضمن التعليمات الخاصة بمعايير إدارة مخاطر الائتمان.

-قرار مجلس النقد والتسليف رقم(١١٣/ م ن/ب٤) لعام ٢٠٠٥ المتضمن السماح للمصارف الاقتراض من بعضها على أساس حساب جاري مدين بضمان حافضة قروض المصرف.

-قرار مجلس النقد والتسليف رقم(١٠١/ م ن/ب٤) لعام ٢٠٠٥ والمتضمن التعليمات المتعلقة بالحد الأقصى للتسليفات المسموح بها.

-قرار مجلس النقد والتسليف رقم (٤٦٢م/ن/ب٤) لعام ٢٠٠٩ المتضمن تحديد معدلات الفائدة الدائنة.

-قرار وزير المالية رقم(٣١٨) لعام ٢٠٠٦ والمعدل بموجب القرار رقم (١١٣) لعام ٢٠٠٩ والمتضمن نظام عمليات المصرف العقاري.

-قرار وزير المالية رقم(٩) لعام ٢٠٠٤ والمتضمن نظام عمليات المصرف التجاري السوري.

-قرار رئيس مجلس الوزراء رقم(١١٦٧٩م.د) والمتضمن نظام صناديق الاستثمار.

-قرار المدير التنفيذي لسوق دمشق للأوراق المالية رقم /بلا/ تاريخ٨/٢/٢٠١١ والمتضمن إجراءات رهن الأوراق المالية المُدرجة في السوق.

-قرار المدير التنفيذي لسوق دمشق للأوراق المالية رقم/بلا/ تاريخ ٢٠١١/١٢/١٨ والمتضمن إجراءات فك رهن الأوراق المالية المُدرجة في السوق.

- النشرة ٦٠٠ الصادرة عن غرفة التجارة الدولية والمتضمنة الأصول والأعراف الموحدة للاعتمادات المستندية

سابعاً-الدوريات والمجلات القانونية:

١-مجلة المحامون:مجلة علمية قانونية تصدرها نقابة المحامين في الجمهورية العربية السورية.

٢-مجلة القانون:مجلة قانونية تصدرها وزارة العدل في الجمهورية العربية السورية.

٣-مجلة جامعة دمشق للعلوم القانونية والاقتصادية: مجلة علمية محكمة تصدرها جامعة دمشق.

٤-مجلة جامعة تشرين للعلوم القانونية والاقتصادية:مجلة علمية محكمة تصدرها جامعة تشرين.

٥-مجلة المُفكر:مجلة علمية قانونية محكمة تصدرها جامعة بسكرة في الجزائر.

-باللغة الفرنسية:

-Livers

1-Henri et Léon Mazeaud, Jean Mazeaud:Leçons de droit civil, sûretés – publicité foncière, tome3,1er volume, édition Montchrestien, 3eme éditions Paris, 1968.

2- Mrty.G et Raynad.P: droit civil ,tomme3 ,volume1.

-باللغة الانكليزية:

-Books

1-Amalendu Ghosh:Managing in Commercial and Retail Banking, Wiley Finance ,2012.

- 2-K.MC Guinees :The law of Guarantee ,Sweet & Max Well ,London,1986.
- 3- Mark.S.Dorfman: Introduction to Risk Management & Insurance, 6th Ed, Prentice Hall, 1998.
- 4-Michael Furmston & Jason Chuah: Commercial And Consumer Law, Pearson Education Limited, England.
- 5-Milton R.Schroeder: Bank Officers Handbook of Commercial Banking Law Within the United States, 6th Ed, 1988.
- 6-Mishkin.F.S. & Eakins,S.G: Financial Markets & Institutions, 5th Ed, Addisson & Wisley ,2006.
- 7-Rose & Kolari Financial Institutions: Understanding and Managing Financial Services, New Yourk, 1995.
- 8- Roy.Goode: Commercial Law,3rd edition, Pengain,London, 2004.

الفهرس

١	مقدمة
٦	إشكالية البحث
٨	هدف البحث وأهميته
١١	 <u>الفصل الأول: الضمانات المُقدّمة للمصارف مقابل عمليات الائتمان</u>
١٥	المبحث الأول: مفهوم الائتمان المصرفي وضماناته
١٦	المطلب الأول: التعريف بالائتمان المصرفي وبيان تقسيماته
١٨	الفرع الأول: الائتمان المصرفي وأنواعه
١٩	أولاً - نشأة الائتمان المصرفي وتعريفه
٢٦	ثانياً: أنواع الائتمان المصرفي
٣٤	الفرع الثاني: تقسيم عمليات الائتمان من حيث الضمان
٣٥	أولاً-الائتمان بدون ضمان
٣٩	ثانياً-الائتمان بضمان
٤٠	١-التسهيلات الائتمانية بضمان أوراق تجارية
٤٠	٢-التسهيلات الائتمانية بضمان أوراق مالية (أسهم وسندات)
٤٢	٣-التسهيلات الائتمانية بضمان بضائع
٤٣	٤-التسهيلات الائتمانية بضمانات متنوعة
٤٤	٥-التسهيلات بضمان رهن المحال التجارية أو الصناعية
٤٥	٦-التسهيلات مقابل التنازل عن ديون لصالح العميل أو عقود معه

المطلب الثاني: التعريف بالضمان المُقَدَّم للمصارف وبيان

- طبيعته القانونية..... ٤٧
- الفرع الأول: التعريف بالضمان..... ٤٨
- أولاً- معنى الضمان..... ٤٨
- ثانياً- نظام الضمان الخاص وتطوره..... ٥١
- ١- نظام الضمان الخاص..... ٥١
- ٢- تطور نظام الضمان الخاص..... ٥٤
- أ- أشكال الضمان الخاص..... ٥٥
- ب- الموازنة بين الضمانات الشخصية والعينية..... ٦٠
- ج- الانتقال من الضمان العيني إلى الضمان الشخصي..... ٦٣
- الفرع الثاني: الطبيعة القانونية للضمان المصرفي..... ٦٨
- أولاً: التأصيل القانوني لفكرة الضمان..... ٦٨
- ١- القوة الملزمة للعقد في نظام الضمان..... ٦٩
- ٢- خصائص الضمانات المُقَدَّمة من المدين (الضمانات الخاصة)..... ٧٢
- ثانياً- المركز القانوني للمصرف الدائن والعميل المدين..... ٧٤
- ١- الاتجاه لحماية المدين في المعاملات المصرفية..... ٧٥
- ٢- مركز المصرف الدائن في نظام الضمان..... ٧٧
- المبحث الثاني: الصور الخاصة بالضمان في المعاملات المصرفية..... ٨٣
- المطلب الأول: ضمانات المصرف في الحسابات المصرفية..... ٨٥
- الفرع الأول: ضمانات المصرف عند تعدد الحسابات..... ٨٦
- أولاً- الحساب المصرفي وتعدد الحسابات..... ٨٦

- ثانياً - قاعدة استقلال الحسابات المصرفية..... ٨٨
- ثالثاً - الاتفاقات المعدلة لقاعدة استقلال الحسابات وآثارها..... ٩١
- ١ - المقاصة بين رصيد الحسابات..... ٩١
- ٢ - الاتفاق على رهن أحد الحسابين..... ٩٣
- ٣ - اندماج أو وحدة الحسابات..... ٩٤
- الفرع الثاني: الحساب المُجمّد (رهن النقود)..... ٩٨
- أولاً: إنشاء الرهن ونفاذه تجاه الغير..... ٩٩
- ١ - إنشاء الرهن..... ٩٩
- ٢ - نفاذ الرهن تجاه الغير..... ١٠١
- ثانياً - النظام القانوني للمبلغ المرهون..... ١٠٣
- ١ - آثار تسليم النقود المرهونة..... ١٠٣
- ٢ - التنفيذ على النقود المرهونة..... ١٠٤
- المطلب الثاني: الضمانات الخاصة بفتح الاعتماد..... ١٠٦
- الفرع الأول: نظام الضمان وفاءً للاعتماد المنفذ في حساب جار..... ١٠٨
- أولاً - التعريف بالحساب الجاري..... ١٠٨
- ١ - مبدأ التجديد..... ١٠٩
- ٢ - مبدأ عدم تجزئة الحساب الجاري..... ١٠٩
- ثانياً - النظام القانوني للضمان..... ١١٠
- الفرع الثاني: فتح الاعتماد بضمان تنازل..... ١١٤
- أولاً - تعريفه ونظامه القانوني..... ١١٤
- ثانياً - مضمون النماذج الخاصة بعقد فتح الاعتماد بضمان تنازل..... ١١٥

١١٩	 <u>الفصل الثاني: أنواع الضمانات المُقدَّمة للمصارف</u>
١٢٥	المبحث الأول: الضمانات الشخصية
١٢٦	المطلب الأول: الكفالة
١٢٩	الفرع الأول : إبرام الكفالة وتفسيرها
١٢٩	أولاً- إبرام الكفالة
١٣٠	١- شكل الكفالة وقبولها وإثباتها
١٣١	٢- واجبات المصرف تجاه كفيل العميل
	أ- التزام المصرف بتقديم المعلومات لكفيل العميل عند إبرام الكفالة
١٣٢	أو أثناء سريانها
١٣٤	ب- مسؤولية المصرف تجاه الكفيل عن الخطأ في منح الائتمان
١٣٥	ثانياً- تفسير الكفالة وحدود التزام الكفيل تجاه المصرف
١٣٥	١- التفسير الدقيق
١٣٧	٢- القواعد الخاصة بالتفسير في العمل المصرفي
١٣٩	٣- حدود التزام الكفيل تجاه المصرف
١٤١	الفرع الثاني: تنفيذ الكفالة وانقضاءها
١٤١	أولاً- تنفيذ الكفالة
١٤١	١- إخلال العميل بالتزاماته ومطالبة المصرف للكفيل
١٤٤	٢- دفع الكفيل تجاه المصرف الدائن
١٤٤	أ- الدفع التي يتمسك بها الكفيل المتضامن (دفع المدين)
١٤٥	ب- دفع خاصة بشخص الكفيل
١٤٩	٣- القواعد الخاصة بتنفيذ الكفالة في العمل المصرفي

١٥٠		ثانياً-انقضاء الكفالة.
١٥١		١-الكفالة ووفاء الكفيل.
١٥٢		٢-انقضاء الكفالة بإرادة الكفيل.
١٥٣		٣-التغيير الطارئ على المكفول.
١٥٥		المطلب الثاني:الضمان الاحتياطي في الأوراق التجارية.
١٥٨		الفرع الأول:شروط الضمان الاحتياطي.
١٥٨		أولاً :الشروط الموضوعية للضمان الاحتياطي.
١٥٨		١-الشروط الموضوعية العامة .
١٥٩		٢-الشروط الموضوعية الخاصة.
١٥٩		أ-الضامن الاحتياطي.
١٦٠		ب-المضمون احتياطياً.
١٦٢		ج - موضوع الضمان الاحتياطي.
١٦٤		ثانياً: الشروط الشكلية للضمان الاحتياطي.
١٦٥		١- الضمان على الورقة التجارية أو على الورقة المتصلة بها.
١٦٦		٢- الضمان بصك مستقل.
١٦٨		الفرع الثاني:آثار الضمان الاحتياطي.
١٦٨		أولاً-العلاقة بين الضامن الاحتياطي والمصرف الحامل.
١٧٠		ثانياً-العلاقة بين الضامن الاحتياطي والموقعين الآخرين.
١٧١		المبحث الثاني:الضمانات العينية (الرهن).
١٧٤		المطلب الأول:رهن المنقولات.
١٧٧		الفرع الأول:النظام القانوني لعقد الرهن.

أولاً-تجارية الرهن.....	١٧٧
ثانياً-عينية الرهن ومسوغاتها.....	١٨١
١-حيازة المرهون وأشكالها.....	١٨١
٢-نظام الرهن دون انتقال الحيازة.....	١٨٦
الفرع الثاني:آثار عقد الرهن.....	١٨٨
أولاً-التزامات المصرف والعميل.....	١٨٨
١-التزامات العميل الراهن.....	١٨٨
٢-التزامات المصرف المرتهن.....	١٨٩
ثانياً-حقوق المصرف المرتهن.....	١٩١
١-التنفيذ على أموال العميل الراهن والشيء المرهون.....	١٩١
٢-حق الحبس وحق التتبع والتقدم.....	١٩٣
أ-حق الحبس.....	١٩٣
ب-حق التقدم.....	١٩٥
ج-حق التتبع.....	١٩٦
المطلب الثاني:أهم أنواع الرهون المنقولة المُقدّمة للمصارف.....	١٩٨
الفرع الأول: رهن الأسناد القابلة للتداول.....	٢٠٠
أولاً-رهن الأوراق المالية.....	٢٠٢
١-الأحكام العامة لرهن الأوراق المالية.....	٢٠٥
٢-الأحكام الخاصة برهن الأوراق المالية.....	٢٠٨
أ-صفة الحائز للورقة المالية محل الرهن.....	٢٠٨
ب-الورقة المالية المقدمة من غير العميل.....	٢٠٨

ج-حكم الورقة المالية التي لم تسدد كل قيمتها.....	٢٠٩
د-امتياز المصرف المرتهن والتفويض على الأوراق المرهونة.....	٢١٠
ثانياً-رهن الأوراق التجارية.....	٢١١
١-آلية رهن الأوراق التجارية.....	٢١٢
٢-آثار الرهن.....	٢١٥
أ-علاقة المصرف بالعميل.....	٢١٥
ب-في مواجهة الغير.....	٢١٦
٣-التفويض على الورقة المرهونة.....	٢١٨
الفرع الثاني: الضمان على المتجر.....	٢٢١
أولاً-محل الضمان	٢٢٣
ثانياً-شروط الرهن وإجراءاته.....	٢٢٤
١-الشروط الموضوعية.....	٢٢٤
٢-الشروط الشكلية وإجراءات الضمان.....	٢٢٥
ثالثاً-آثار الضمان.....	٢٢٦
١-آثار الضمان بالنسبة للراهن.....	٢٢٦
٢-آثار الضمان بالنسبة للمصرف المرتهن.....	٢٢٧
أ-حقوق المصرف المرتهن في حالة نقل المتجر.....	٢٢٩
ب-حقوق المصرف المرتهن في حالة فسخ الإيجار.....	٢٣٠
٣-آثار الضمان بالنسبة إلى الغير.....	٢٣١
الخاتمة.....	٢٣٥
قائمة المراجع.....	٢٤١