امتناع البنك عن منح القرض

The bank's failure to grant the loan

جبالي منير *
كلية الحقوق والعلوم السياسية / جامعة جيجل
مخبر حماية وترقية الأسرة وحقوق المرأة والطفل
mounir.djabali@univ-jijel.dz

د. موكه عبد الكريم
كلية الحقوق والعلوم السياسية/ جامعة جيجل
مخبر القانون البنكي والمالي
moukaabdelkrim@univ-jijel.dz

تاريخ الاستلام: 2020/12/01 **تاريخ القبول:**2020/12/18 **تاريخ النشر:** 2020/12/31

ملخص:

تعد عملية منح القرض عملية هامة وخطيرة في نفس الوقت لذلك يتطلب ايلائها قدرا كبيرا من العناية، وذلك ما يحاول المشرع تجسيده من خلال أحكام تراعي مصلحة الاقتصاد بالدرجة الأولى ومصلحة الطرفين بالدرجة الثانية وخاصة مصلحة المقترض كونه الطرف الضعيف في العقد و الذي تنطلق حمايته من المرحلة التحضيرية للعقد عن طريق حماية حقه بالحصول على القرض بالأساس،وهي الفكرة التي تثير عدة إشكالات تتعلق لاسيما بحرية البنك في التعاقد وبطابع الاعتبار الشخصي لعقد القرض إضافة إلى تأثيرات أخرى

كلمات مفتاحية:البنك، القرض، العقد، المسؤولية.

Abstract:

The process of granting the loan is an important and dangerous process at the same time, it therefore requires a lot of care, and this is what the legislator tries to embody through provisions which take into account the interest of the economy in the first place and the interests of the two parties at the second degree, in particular the interest of the borrower being the weak part of the contract and whose protection starts from the preparatory stage. The contract is mainly to protect his right to obtain a loan, and this is an idea that raises several issues related to the bank's freedom to contract and the character of the personal consideration of the loan contract in addition to other effects.

Keywords: Bank, loan, contract, liability .

*المؤلف المرسل

مقدمة:

تلعب البنوك دورا حيويا في ادارة عجلة الاقتصاد ومحركا فعالا للعملية الاستثمارية، فهي وسيلة توزيع الفوائض المالية من أصحاب الفائض الى أصحاب العجز، ووسيلة لضمان استمرارية التمويل للمشاريع الاقتصادية الضخمة، وأخيرا وسيلة لتحقيق التضامن الاجتماعي بين مختلف فئات المجتمع وتلبية رغبات الفئات المحرومة.

ويعد القرض أهم الوسائل التي تحقق بها البنوك هذه الأغراض باعتبارها عملية يقوم بمقتضاها البنك بمنح أو بالوعد بمنح مبلغ مالي لشخص أخر يدعى المقترض على أن يرده خلال مدة معينة مقابل فوائد متفق عليها، ومنه يعد القرض اداة لتلبية مختلف الحاجيات الاقتصادية و الاستهلاكية و الاجتماعية..

وأمام هذا الدور كان لزاما على المشرع (بالمعنى الواسع)أن يولي هذا العقد اهتماما خاصا وهذا ما يتجلى في شتى مراحل ابرامه ، عن طريق جملة من القواعد القانونية الآمرة الى حد الدفع بالتشكيك حول الطبيعة العقدية لهذا التصرف، فهو التصرف الوحيد الذي يتدخل فيه المشرع لتحديد الاشتراطات العقدية كما هو الحال في نسبة الفائدة ومقدار القرض، كما أنه التصرف الوحيد الذي يخضع ابرامه الى رقابة إدارية، وهو التصرف الوحيد الذي يتدخل فيه المشرع لتسيير الأخطار الناجمة عن إبرامه.

ويمكن ارجاع هذا التمييز و الاعتناء الى خطورة هذا التصرف سواء على البنك ذاته كونه لا يتصرف في أمواله الخاصة وإنما يضارب بأموال زبائنه المودعين وما يشكله أي تخلف على الدفع من توازن اقتصاد البنك برمته، أو على المقترض خشية تعرضه لمديونية مفرطة.

وهذا التشديد في التنظيم نتج عنه تشديد في المسؤولية الناتجة عن الإخلال بأي من هاته القواعد، فقد سن المشرع قواعد خاصة للمسؤولية عن منح القروض، فخلافا للقواعد العامة للمسؤولية في العقود الأخرى التي تقوم فقط عند عدم التنفيذ أو التأخر في التنفيذ أو التنفيذ المعيب للعقد ، فإن المسؤولية في عقد القرض أوسع من ذلك فهي تقوم منذ المرحلة التحضيرية للعقد ، فتنظم كيفية التفاوض وشروطه وضبط مختلف الإجراءات التمهيدية(العرض المسبق للقرض، فحص الملاءة...)، كما أنها مسؤولية تفضيلية إذ تراعي مصلحة المقترض كونه الطرف الضعيف في العقد، كما تثير هذه المسؤولية فكرة جديدة تتعلق بمدى صحة القول بمسؤولية البنك عن عدم منح القرض وهو ما يدفعنا الى طرح الاشكالية التالية:

الى اي مدى يمكن للبنك أن يمتنع عن أداء دوره في منح القرض باعتباره عملية من العمليات المصرفية؟

محاولة للإجابة على الإشكالية المبينة أعلاه استوجب الاعتماد على المنهج التحليلي الذي يستوجبه هكذا بحث خاصة عندما يتعلق الأمر بتحليل مضمون النصوص القانونية، بالإضافة إلى بعض عناصر المنهج المقارن لاسيما عند الاستشهاد ببعض النصوص القانونية المقارنة لبعض الدول، وسيتم معالجة الموضوع أعلاه وفقا لما يلي:

الفقرة الأولى: سلطة البنك في عدم منح القرض.

أولا: تمتع البنك بالسلطة التقديرية في عدم منح القرض

ثانيا: مدى قبول فكرة الحق في القرض.

ثالثا: مشروعية الرقابة على قرار منح القرض من عدمه.

الفقرة الثانية: في تقدير مسؤولية البنك في عدم منح القرض

أولا: أساس مسؤولية البنك عن عدم منح القرض.

ثانيا: ضرورة الموازنة بين مصلحة البنك ومصلحة العميل.

الفقرة الأولى: سلطة البنك في منح القرض

لا ينبغي للسياسة الحمائية التي يتبعها المشرع للمقترض كطرف ضعيف في العقد ولا لأهمية نشاط منح القرض في تجسيد سياسات الدولة المختلفة أن تقضي على الطبيعة العقدية لعقد القرض أو على السلطة التقديرية للبنك في اتخاذ قراره بشأن منح القرض من عدمه، فالبنك يبقى تاجرا يخضع لقواعد الربحية و المضاربة وإن تطلب الأمر لأغراض تتعلق بالمصلحة العامة تقييد هذه الإرادة في أضيق الحدود، ومن أجل توضيح أكثر نتطرق أولا الى تمتع البنك بالسلطة التقديرية البنك في عدم منح القرض ونتطرق ثانيا لمدى قبول فكرة الحق في القرض، ثم ثالثا الى مشروعية الرقابة على قرار منح القرض.

أولا: تمتع البنك بالسلطة التقديرية في عدم منح القرض

إن الحديث عن فكرة الحق في القرض بالنسبة للمتعاملين مع البنك قائمة على أساس العديد من الاعتبارات الموضوعية خاصة بالنسبة للسياسة الافتراضية التي ينتهجها البنك بالإضافة إلى الوضع العام السائد في الدولة لاسيما ما يتعلق بمجال تمويل الاستثمارات، وسنعرض فيما يلي مبررات السلطة التقديرية للبنك في منح القرض(1)، ثم حدود هاته السلطة كاستثناء (2)،

1) مبررات السلطة التقديرية للبنك في منح القرض: تجد السلطة التقديرية للبنك أساسها في مبدأ الحرية التعاقدية(أ) الذي يقضي بقدرة الارادة على ترتيب ما تشاء من الالتزامات وايراد ما تشاء من الشروط و الاحكام بالإضافة الى حرية اختيار المتعاقد معها ، بالإضافة الى مبدأ احترام السياسة الاقراضية للبنك(ب) الذي يقضي بحرية البنك في اختيار المتعاملين معه وطبيعة العقود التي يبرمها وحجمها.

أ) مبدأ الحرية التعاقدية: يقصد بمبدأ الحرية التعاقدية أن إرادة الفرد وحدها كافية لإبرام ما تشاء من العقود دون اية قيود ماعدا المتعلقة باعتبارات النظام العام و المصلحة العامة، كما أن هذه الحرية أيضا تقتضي حرية الشخص في عدم التعاقد فلا يجوز إكراهه على التعاقد[1].

هذا المبدأ هو مبدأ عام يصلح للتطبيق على كل المعاملات العقدية دون استثناء بغض النظر عن أطرافها أو آثارها أو إجراءات إبرامها ، ومن تم تطبق على العمليات البنكية و التي من أهمها القروض البنكية محل دراستنا ،ولا تحول دون إعمال هذا المبدأ أهمية القروض البنكية أو اتصال عملية منح القروض بفكرة المرفق

العام أو الأخطار التي تحيط بها، غير أن هذا لا يعني أن الإرادة تغني عن كل شيء ، فيمكن للقانون أن يتدخل بفرض التزامات معينة أو باشتراط استيفاء شكليات معينة، لكن هذا لا يعني التضييق من المبدأ أو إنقاص قيمته وإنما تدخل القانون يكون من أجل تقرير غايات أسمى لاسيما المساواة العقدية وحماية المصلحة العامة.

ب) احترام السياسة الإقراضية للبنك: السياسة الاقراضية للبنك توفر له كامل الحرية في توجيه سياسة منح القروض لديه، وذلك من خلال اختيار طائفة القروض التي يراها مناسبة لوضعيته المالية سواء من حيث مردوديتها أو من حيث مخاطرها(القروض العقارية، التمويل الايجاري، القروض الاستهلاكية...). ومن تم فاختيار المتعاقدين يكون استجابة لهذه السياسة وعلى أي حال لا ينبغي التضحية بمصلحة البنك و تطوره الاقتصادي لحساب حماية المقترض أو لحساب أغراض اجتماعية، وإنما الضابط الوحيد الذي يقيد هذه السياسة هو ضابط عدم التركيز واحترام قواعد الحذر في التسيير.

2) حدود السلطة التقديرية للبنك كاستثناء: الأصل أن يتمتع البنك بسلطة تقديرية مطلقة بشأن القرار بمنح القرض من عدمه غير أن مصلحته وكذا مصلحة طالب القرض قد تقتضي غير ذلك، ومن أجل ذلك اقر الفقه مجموعة من الحدود على البنك مراعاتها قبل اتخاذ قرار منح القرض أو عدم منحه ، نذكر منها الالتزام بعدم التمييز(أ)، احترام سياسة تسيير المخاطر(ب)، و أخيرا الالتزام بالشرح و التسبيب(ج).

أ) عدم التمييز: لا يقبل التمييز من البنك بين المتعاملين إلا إذا كان ذلك مبنيا على أسس موضوعية ويبرر بهدف مشروع وبوسيلة مشروعة، أما إذا كان التمييز مبنيا على أسس شخصية كالعرق أو السن أو الجنس، أو منح امتيازات مختلفة لحالات متشابهة، فيعد بذلك قرار البنك غير مشروع ويستوجب قيام مسؤوليته.

أما في التشريع الفرنسي فمنع التمييز بموجب القانون 72-546 ليوم 01 جويلية 1972 المتعلق بمكافحة التمييز، فمنح لسلطة مراقبة الحذر سلطة تطبيق عدة جزاءات ضد البنك الذي يرتكب إحدى الممارسات التمييزية وفرض تعويض لا يتجاوز 100 مليون أورو، كما تم لاحقا تنصيب " المدافع عن الحقوق" بموجب القانون العضوي رقم 2011-333 ليوم 29 مارس 2011 الذي يمكنه أن يقدم توجيه أو يقترح أي إجراء ودي من خلال إجراء الوساطة لتوجيه الأطراف الى عقد العملية ويمكنه إخطار سلطات مراقبة حظر التمييز[2].

ب) احترام سياسة تسيير المخاطر: يقصد بإدارة المخاطر مجموعة الأدوات والتقنيات التي تعتمدها البنوك والمؤسسات المالية وتشرف على تحقيقها هيئات الرقابة البنكية من أجل تحديد وقياس مجموع المخاطر التي تحيط بمختلف العمليات البنكية ثم وضع استراتيجيات لتجنبها أو تقليل آثارها السلبية، ومن ثم تشكل سياسة تسيير المخاطر حدا للسلطة التقديرية للبنك في منح القرض تحت طائلة قيام مسؤوليته.

إن حماية المقترض في إطار مراقبة السلطة التقديرية للبنك في منح القرض لا تتجلى دائما في صورة المنح اي الحرص على حصول المقترض على القرض، وبعبارة أخرى قد تتجلى حماية المقترض من خلال الحرص على عدم منحه القرض، وذلك في الحالة التي لا تتوافر فيها مقومات استحقاق القرض أو القدرة على

تحمل نتائجه، ما يؤدي الى ضرورة فرض الرقابة على المنح التعسفي للقرض من طرف البنك دون احترام سياسة تسيير المخاطر.

ج) الالتزام بالشرح والتسبيب: التسبيب هو التزام لصيق بأشخاص القانون العام، أي الإدارة وحدها الملزمة بتسبيب تصرفاتها وشرح الأسانيد التي اعتمدتها في سن قراراتها، وذلك لأنها تقوم بنشاطات تتعلق أساسا بالمصلحة العامة و المرفق العام، غير أن اشتراط هذين الالتزامين على شخص من القانون الخاص يثير عدة تساؤلات، لاسيما حول تأثير هذا الالتزام على الحرية التعاقدية و الاعتبار الشخصي للعقد. غير أنه يمكن إجازة هذا الالتزام في المجال البنكي لعدة اعتبارات لاسيما الدور الاقتصادي للنشاط البنكي، ارتباط نشاط البنك بالمصلحة العامة ، خطورة النشاط البنكي ...الخ.

يمكن القول أن رقابة القاضي على التسبيب لا تتعدى رقابة على وجود الالتزام وصحة الأسباب المذكورة وليس مراقبة شرعية الحقائق المقدمة في الشرح، وبعبارة أخرى لا يحق للقاضي مناقشة البنك في الأسباب التي استند عليها مادامت مشروعة لا تنطوي على أي غش أو تمييز[3].

ثانيا: مدى قبول فكرة الحق في القرض

دفع الاعتناء الشديد من المشرع والحماية الكبيرة التي يوفرها لطالب القرض و التي تظهر من خلال كثرة النصوص والتدخلات اثناء المرحلة التحضيرية و وضع اسس انتقاء الزبائن بالإضافة الى قواعد التفاوض معهم وتقرير مسؤولية البنك عن مخالفتها، الى الاعتقاد باتجاه ارادة المشرع ضمنيا الى الاعتراف بفكرة " **الحق في القرض**" ومن أجل التأسيس لهذه الفكرة نعرض أولا تطبيق فكرة البنك في إيجاب دائم(1)، وفكرة الميزة الاحتكارية للبنوك(2)، وأخيرا فكرة القياس على نظرية الحق في الحساب (3).

1) تطبيق فكرة البنك في إيجاب دائم: يمكن تعريف الايجاب أنه "**عرض يعبر به الشخص على وجه جازم عن ارادته في ابرام عقد معين، بحيث اذا اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد**"[4].

بإسقاط هذا التعريف على نشاط منح القروض لدى البنوك يلاحظ أنه اذا تبين من العرض الذي يقدمه البنك احتوائه على كافة عناصر التعاقد التي تؤدي الى انعقاد العقد بمجرد تلاقي هذا العرض بالقبول (على عكس الدعوى للتعاقد التي تعتبر مجرد تمهيد للعقد ووسيلة لحث من وجهت اليه على ان يتقدم لإبرام العقد).

كما ان عقود الإشهار التي تقوم بها البنوك من اجل التعريف بخدمات الاقراض لديها و بالامتيازات و التسهيلات التي تمنحها تعد بمثابة ايجاب من البنك اذا توافرت فيها كافة شروط الايجاب[5]بان يكون باتا ومحتويا على جميع العناصر الجوهرية للعقد(كما يمكن لهذه الحالة ان تخضع لفكرة الايجاب الملزم التي تنص عليها المادة 63 من القانون المدني بقولها " اذا عين اجل للقبول التزم الموجب بالبقاء على ايجابه الى انقضاء هذا الاجل. وقد يستخلص الاجل من ظروف الحال أومن طبيعة المعاملة"

حينئذ يكون البنك ملزما بالإبقاء على التزامه وينعقد العقد بمجرد اقترانه بالقبول لذلك على البنك حفاظا على حقوقه نظرا لخطورة عملية الإقراض أن يحتفظ بحقه في اختيار المتعاقد معه على اساس السمعة والملاءة، وهو الاختيار الذي يجب ان يكون مبنيا على اسس مشروعة وموضوعية وإلا عد مخلا بالإيجاب.

2) على اساس الميزة الاحتكارية للبنوك بممارسة النشاط البنكي: هي الميزة التي نصت عليها المادة 76 من الأمر 03-11 المتعلق بالنقد و القرض "يمنع على كل شخص طبيعي أو معنوي من غير البنوك و المؤسسات المالية حسب الحالة القيام بالعمليات التي تجريها تلك البنوك و المؤسسات بشكل اعتيادي بموجب المواد من 72 الى 74 أعلاه باستثناء عمليات الصرف التي تجريها طبقا لنظام المجلس"

فنظرا للدور الحيوي و الفعال الذي تلعبه النشاط البنكي في النشاط الاقتصادي اقتضى الامر تقييد الدخول الى المهنة البنكية وجعلها من الانشطة المقننة اذ لا يسمح بمزاولتها الا بعد الحصول على الترخيص و الاعتماد، وبالاستناد على قواعد المنافسة التي تعامل الانشطة المحتكرة معاملة خاصة فمن الاجدر أن يخضع النشاط البنكي لتسهيلات وقواعد خاصة للاستفادة من الخدمات التي يقدمها نظير حق الاحتكار الذي اقره المشرع للبنوك ويسعى الى حمايته.

3) القياس على اساس الحق في الحساب: لا يمكن من اجل التأسيس لفكرة الحق في القرض القياس على فكرة الحق في الحساب التي تقضي بحق اي شخص في فتح حساب و التي نصت عليها المادة 119 مكرر من الأمر 03-11 و التي تخول لأي شخص تم رفض حساب بنكي له الاتصال ببنك الجزائر الذي يختار له بنكا لفتح حساب بنكي، فاذا كان الحساب البنكي يعد من العمليات القاعدية اللازمة لأي عملية بنكية ، فان القرض يعد وسيلة لتجسيد سياسة الدولة سواء في المجال الاقتصادي او الاجتماعي ، وسنذكر فيما يلي أهم المؤشرات التي تؤيد هذه الفكرة:

أ) **في مجال السكن:** تنص المادة 66 من دستور 2016 على "تشجع الدولة على انجاز المساكن . تعمل الدولة على تسهيل حصول الفئات المحرومة على سكن."[6]ومن وسائل تسهيل حصول الفئات المحرومة على سكن تسهيل عمليات منح القروض من طرف البنوك من حيث تشجيع البنوك على منحها.

ب) **في المجال الاقتصادي:** ومن صور ذلك يعد القرض وسيلة من وسائل تشجيع المؤسسات الصغيرة و المتوسطة ، حيث تنص المادة 15 فقرة 05 من القانون 02/17 المتضمن القانون التوجيهي لتطوير المؤسسات الصغيرة و المتوسطة على" تهدف تدابير مساعدة ودعم ترقية المؤسسات الصغيرة و المتوسطة موضوع هذا القانون الى تشجيع حصول المؤسسات الصغيرة و المتوسطة على الادوات و الخدمات المالية اللازمة لاحتياجاتها."

ج)**العناية الواجب إيلاؤها للحاجة الاستهلاكية:** ما الغاية من إدراج مرسوم مستقل[7] يحدد شروط وامتيازات وضمان منح القروض الاستهلاكية ووضع إجراءات مستقلة ومميزة عن القروض الأخرى لانعقاد القرض الاستهلاكي (العرض المسبق للقرض، جواز التعويض الفوري للعقد دون فوائد، العلاقة التبعية بين عقد

القرض وعقد البيع...) واهمال حق المستهلك في الحصول على القرض اصلا، فما الغاية من تمييزه من خلال ضمانات و إجراءات التعاقد دون تمييزه من حيث الحصول على القرض.

في الاخير يمكن القول بوجود فرق شاسع بين الحق في الحساب و الحق في القرض فالأول تؤيده مبررات واقعية تجعله أكثر تقبلا إذ يعد عملية قاعدية ضرورية لكافة العمليات البنكية وليس عملية بنكية في حد ذاته[8]في حين أن القرض عملية بنكية أصلية تنطوي على قدر كبير من الخطورة اذ تتضمن تعامل البنك في اموال زبائنه المودعين ووضعها تحت تصرف المقترضين وما قد يسببه عجز السداد من مشاكل اقتصادية في ميزانية البنك.

ثالثا: مشروعية الرقابة على قرار منح القرض:

اختلفت الآراء الفقهية حول مسألة مشروعية الرقابة على قرارات البنك وانقسمت بين مساند ومعارض ومتحفظ ، فترى الطائفة الأولى بجواز الرقابة على قرار البنك وذلك لأهمية عملية منح القروض في دفع العجلة الاقتصادية واقتراب مفهومها من مفهوم المرفق العام اضافة الى اعتبار القرض وسيلة من وسائل تجسيد سياسة الدولة، في حين تتجه الطائفة الثانية الى رفض اي رقابة على قرار البنك باعتباره يتعاقد لمصلحته الخاصة ويخضع لمبدأ الحرية التعاقدية، وترى الطائفة الثالثة أن البنك وإن كان حرا في اتخاد قراراته إلا انه يجب أن يخضع للرقابة وذلك حرصا على حماية المهنة البنكية بصفة عامة وتشجيع نشاط منح القرض بصفة خاصة، غير أنهم اختلفوا على اساس هذه الرقابة ، فمنهم من استند الى فكرة الارادة ليست المصدر الوحيد للعقد (1) ومنهم من استند الى فكرة خدمة المساواة العقدية(2).

1) **الاستناد الى فكرة الارادة ليست المصدر الوحيد للعقد:** نستهل عرضنا بقول الفقيه الفرنسي "بلانيول" في هذا الصدد"كل الالتزامات تصدر من مصدرين فقط هما العقد و القانون، فالإرادة هي من تنشأ الالتزام وهي من تحدد نطاقه، و المشرع لا يتدخل الا لتوقيع الجزاء على تصرفات الافراد ووضع حد لحريتهم عن طريق وظيفتي المنع و البطلان، وفي غياب العقد فإن ميلاد الالتزام لا يمكن أن يكون الا بالقانون"[9]

انطلاقا مما سبق تتضح لنا معالم الفصل بين دور كل من الارادة و القانون في انشاء العقد وتنفيذه والى غاية انقضائه، فالإرادة هي من تمضي شهادة ميلاده وتضع شروط تنفيذه وتحدد الغاية منه ليتولى القانون فيما بعد فقط تأطير هذه الارادة وتوجيهها على نحو يضمن المساواة بين أطرافها وتحقيق الغرض المقصود من العقد وتوجيهها نحو الغاية التي يرتضيها المشرع و التي غالبا ما تتعلق بالمصلحة العامة (الحفاظ على الاقتصاد الوطني، تشجيع الاستثمار، تنفيذ مخططات اجتماعية).

من خلال تطبيق هذه المعطيات على عقد القرض البنكي يمكن تبرير الرقابة على قرار منح القرض بالرقابة على احترام الالتزامات القانونية التي وضعها المشرع في عقد القرض وليس الرقابة على اشتراطات الاطراف أو حماية حقوقهم.

2) الاستناد الى فكرة خدمة المساواة العقدية: يعتبر القانون إرادة عليا تسمو فوق كل ارادة وتصبو الى تحقيق غايات و اهداف عامة تتعلق لاسيما بالمساواة، التضامن والحرية، تضمن تحقيق الاهداف الخاصة و تأطيرها، فالقانون هو أفضل وسيلة لضمان المساواة من الاطراف في حد ذاتهم واحرص على حقوقهم منهم أنفسهم[10].

وتدخل المشرع لحماية المساواة العقدية التي تتفاوت من عقد الى آخر باختلاف اتجاه ونظرة المشرع، ففي عقد القرض البنكي محل دراستنا يتدخل القانون في المرحلة التحضيرية للعقد ليضع قواعد انتقاء الزبائن ودراسة المخاطر التي ينطوي عليها التعامل معهم وتحديد الضمانات الواجب تقديمها، ليحدد في مرحلة ابرام العقد شروط التعاقد وحقوق وواجبات الاطراف(كيفية تحديد الفائدة وشروطها وكيفية دفع الاقساط...) لينتقل الى مرحلة تنفيذ العقد ويحدد التزام البنك بمراقبة تنفيذ العقد ومراقبة ملاءة العميل، وبالتالي يمكن تبرير شرعية الرقابة على قرار البنك بشأن منح القرض من عدمه بالاستناد الى فكرة خدمة المساواة العقدية كأسمى مبتغى يسعى المشرع الى تجسيده.

الفقرة الثانية: مسؤولية البنك عن عدم منح القرض

تعتبر المخاطر المشكل الأساسي والشغل الشاغل للبنوك، وذلك لارتباطها الوثيق بالعمل البنكي لدرجة أن البعض يرى بأن العمل البنكي في جملته هو تحمل للمخاطر، إذ تمثل جزءا لا يتجزأ من طبيعة نشاط البنك وخاصة فيما يتعلق بعمليات الإقراض، بالتالي يسعى البنك إلى دراسة إمكانية عدم منع القروض إذا كانت تشكل خطرا على استقراره أو أن يؤثر ذلك على السياسة العامة الخاصة بنشاطه، الا ان ذلك سوف يقرر مسؤولية خاصة اذا ثبت تقصير من البنك خاصة عندما يتعلق بالإخلال بوعد منح القرض او التراجع عن البيع وكذلك في حالة نقضه لمفاوضات منح القرض بطريقة تعسفية، غير انه في اطار تفعيل السياسية الإقتراضية وتمويل الاستثمارات يستوجب على البنوك الموازنة بين مصلحتها الخاصة ومصلحة الزبون أو العملاء من اجل نشاط بنكي قانوني وسليم، وسنعرض فيما يلي لقيام مسؤولية البنك عن عدم منح القرض (أولا)، وضرورة الموازنة بين مصلحة البنك و العميل عند منح القرض (ثانيا).

أولا: قيام مسؤولية البنك عن عدم منح القرض

اتفق أغلب الفقه على شرعية الاعتراف بمسؤولية البنك عن عدم منح القرض بشروط تضمن مصلحة كل من البنك وحريته التعاقدية ومصلحة المقترض كطرف ضعيف في العقد ، غير أنهم اختلفوا في أسس هذه المسؤولية ويمكن جمع هاته الأسس في: الرفض التعسفي للبيع أو أداء الخدمة (1)، الإخلال بالوعد بمنح القرض(2)،الخطأ عند التفاوض على القرض (3).

1) الرفض التعسفي للبيع: تنص المادة 15 من القانون 02/04 المتعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية "[11] تعتبر كل سلعة معروضة على نظر الجمهور معروضة للبيع. يمنع رفض بيع سلعة أو تأدية خدمة بدون مبرر شرعي، إذا كانت هذه السلعة معروضة للبيع وكانت الخدمة متوفرة".

بذلك يمكن تطبيق هذه المادة على البنك باعتباره يدخل تحت مفهوم العون الاقتصادي الذي عرفته المادة 03 فقرة 01 من الامر 03/03 التي تنص على انه يعتبر "عون اقتصادي: كل منتج أو تاجر أو حرفي أو مقدم خدمات أيا كانت صفته القانونية يمارس نشاطه في الاطار المهني العادي أو بقصد تحقيق الغاية التي تأسس من أجلها" ومنه اقر المشرع بقيام مسؤولية البنك عما يصدر منه من تمييز أو تطبيق شروط غير متكافئة في مواجهة الزبائن.

بالتالي تعتمد هذه المادة لمنع تعسف البنك عن عدم منح القرض وليس كأساس لالتزام القانوني للبنك بالاستجابة الى طلبات الجمهور بمنح القرض أو معاقبة البنك عند الرفض ، لكن اسس هذا التعسف يحظى بخصوصية تتلاءم مع خصوصية النشاط البنكي بصفة عامة وعملية منح القروض بصفة خاصة لاسيما ما يتعلق بالطابع الشخصي للعملية، و الأخطار التي تحيط بها وواجبات الحيطة و الحذر الواجب مراعاتها، كما أن طبيعة نص المادة 15 من القانون 04-02 ذات طبيعة جزائية فهي تقيم جزاء يوقع على من يخالف أحكامه من الأعوان الاقتصاديين في مجال الممارسات التجارية غير النزيهة، وهذه الطبيعة تفرض تفسيره بشكل ضيق وعدم التوسع في ذلك استجابة لمبدأ"عدم جواز القياس في المادة الجزائية"[12].

2) الإخلال بالوعد بمنح القرض: نصت على المسؤولية عن الاخلال بالوعد بالتعاقد المادة 63 من القانون المدني إذ جاء فيها " إذا وعد شخص بإبرام عقد ثم نكل وقاضاه المتعاقد الآخر طالبا تنفيذ الوعد، وكانت الشروط اللازمة لتمام العقد وخاصة ما يتعلق منها بالشكل متوافرة قام الحكم مقام العقد".

يشترط في الوعد بالتعاقد مجموعة من الشروط:

- ✓ أن تتوافر في الوعد شروط الانعقاد والصحة اللازمة في كل عقد بصفة عامة (الرضا، المحل، السبب)
- ✓ وجوب توافق ارادتي الواعد و الموعود له.
- ✓ أن يتضمن الوعد طبيعة العقد الموعود بإبرامه.
- ✓ أن يتضمن الوعد جميع المسائل الجوهرية للعقد.
- ✓ أن يستوفي عقد الوعد الشكل الذي يتطلبه القانون[13].

انطلاقا مما سبق يعد الوعد عقدا قائما بذاته ومنتجا لآثاره بمجرد أن يفصح الطرف الآخر عن نيته في التعاقد، وهو متصور في المجال البنكي بشرط استيفاء الشروط السابقة وذلك حسب المادة 68 من الأمر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض التي تنص على "يشكل عملية قرض في مفهوم هذا الأمر كل عمل لقاء عوض يضع بموجبه شخص ما أو يعد بوضع أموال تحت تصرف شخص آخر أو يأخذ بموجبه لصالح الشخص الآخر التزاما بالتوقيع كالضمان الاحتياطي أو الكفالة أو الضمان".

غير أنه يلاحظ أن الوعد في المجال البنكي يشكل صورا لعقود مسماة مستقلة قائمة بذاتها وتختلف عن الوعد في القواعد العامة ،أذ بدأ سريانها لا يتوقف على ارادة الموعود له وانما يتوقف على حوادث مستقبلية

موضوعية كعدم قدرة الموعود له على دفع التزامه المكفول من طرف البنك غير أنه في كل الأحوال تقوم مسؤولية البنك عن الاخلال بوعده.

3) الخطأ عند التفاوض على القرض: يمكن للبنك رفض منح القرض حتى وإن كان قد منح موافقته المبدئية للتمويل، فيحكم على هذه الموافقة أنها تلزم البنك فقط بمباشرة المفاوضات بحسن نية، ولا يمكن الزام البنك بمنح القرض لأنه في هذه المرحلة لم يطلع بعد على شروط العقد و التأكد من ملاءة المقترض[14]،وبعبارة أخرى لا يوجد اي ضابط أو اعتبار سواء شخصي أو موضوعي على البنك مراعاته في مرحلة التفاوض على القرض يلزمه بمنح القرض، ماعدا الالتزام بحسن النية وان حدا عن ذلك تقوم مسؤوليته عن الخطأ في التفاوض.

من ابرز صور الخطأ في التفاوض أن يرفض البنك منح القرض على اساس تمييزي ، أو أن يدفع البنك طالب القرض على الاعتقاد أنه سيحصل على القرض ثم يرفض منحه القرض، لأن طالب القرض قد يلتزم ويبرم عقود أخرى ظنا منه أنه سيحصل على القرض أو تفوته فرصة الحصول على القرض من بنوك أخرى، وهذا ما يشكل موجبا كافيا لقيام مسؤولية البنك عن التعويض[15].

ثانيا: ضرورة الموازنة بين مصلحة البنك و العميل

تظهر ضرورة الموازنة بين مصلحة البنك و العميل من خلال إرساء مجموعة من الآليات التي تساهم في حماية حق كل من البنك في اختيار المتعاقد معه بكل حرية وعدم إجباره على منح قروض لأشخاص لا يثق فيهم احتراما للطابع الشخصي لهذا العقد، وكذا حماية حق المقترض في الحصول على قرض من خلال حمايته من التمييز و التعرض لشروط تعسفية، ومن ابرز هاته الآليات، ضرورة تفعيل الضمانات التقليدية (1)، تأمين القرض (2)، القرض التنقيطي (3)، بالإضافة الى التنظيم المؤسساتي للمديونية المفرطة (4).

1) ضرورة تفعيل الضمانات التقليدية

ويمكن جمع هاته الضمانات في الرهن الرسمي، الرهن الحيازي، و الامتياز، نتطرق أولا الى حق الامتياز حيث منحت المادة 121 من الامر 11/03 المتعلق بالنقد و القرض للبنوك و المؤسسات المالية حق امتياز على جميع الاموال و الاملاك و الارصدة من اجل دفع كل مبلغ يترتب كأصل دين أو فوائد أو مصاريف كل الديون المستحقة لها، مباشرة بعد امتيازات الاجراء و الخزينة وصناديق التامين الاجتماعي ، بإجراءات مبسطة تتمثل في تبليغ الحجز برسالة موصى عليها الى المدين أو الى الغير الذي يحوز اموالا للمدين [16].

أما الرهن الرسمي، فنظمه المشرع بموجب المواد من 882 الى 936 من القانون المدني ويعد الضمان الاكثر اهمية مقارنة بباقي الضمانات وعرفته المادة 282 انه عقد" يكتسب به الدائن حقا عينيا على عقار لوفاء دينه يكون له بمقتضاه ان يتقدم على الدائنين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من ثمن ذلك العقار في أي يد يكون" يلاحظ على المادة انها لم توضح ان الدائن المرتهن يتقدم على الدائنين العاديين ولو كانوا سابقين له، واكتفت بالإشارة الى تقدمه على الدائنين التاليين له وهذا امر بديهي، ومن الضمانات التي يضمنها الرهن

الرسمي وتؤهله لخدمة ضمان القرض، انه غير قابل للتجزئة اي الرهن مخصص لضمان الوفاء بالدين كله (المادة 892 من القانون المدني)، بالإضافة الى انه حق تبعي اي يتبع الحق الاصلي في وجوده وانقضائه وصحته وبطلانه، كما ليس للدائن المرتهن ان يستوفي حقه من ثمن العقار المرهون فقط بل حتى من المال الذي يحل محل العقار كالتعويض أو مبلغ التامين[17].

أما الرهن الحيازي وان كان يعتبر قليل الاهمية بالنسبة للبنك غير انه ينبغي التطرق اليه بشكل موجز كضمان يمكن للبنك ان يعتمد عليه في اتخاد قرار منح القرض من عدمه، ويعرف انه عقد يسلم بمقتضاه شخص ضمانا لدين عليه او على غيره شيئا يترتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيئ الى ان يستوفي الدين وان يتقدم على الدائنين العاديين و التاليين له في المرتبة في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في اي يد يكون[18]

2) تامين القرض: تأمين القرض هي أداة لضمان تامين البنك ضد أخطار عجز زبونه أو انعدام الملاءة وفق الشروط المحددة في العقد، وهي وسيلة قد تساهم بشكل كبير في الحماية ضد أخطار القرض ومنه تؤدي الى تطوير نشاط منح القروض ،وهذا أمر جائز انطلاقا من نص المادة 621 من القانون المدني الجزائري التي تنص على "تكون محلا للتأمين كل مصلحة اقتصادية مشروعة تعود على الشخص من عدم وقوع خطر معين"وكذلك نص المادة 29 من الأمر 07/95 المتعلق بالتأمينات "يمكن لكل شخص له مصلحة مباشرة أو غير مباشرة في حفظ مال أو في عدم وقوع خطر أن يؤمنه"[19].

كما يمكن ابرام عقود تأمين أخرى من شأنها أن تشكل ضمانا لحق البنك في استرداد أمواله المقترضة ولو بشكل غير مباشر ومن أمثلتها التأمين على العجز، التأمين على الوفاة، التأمين على ضياع الوظيفة،وكلها عقود تساهم في حماية البنك ضد أخطار عدم التعويض لأن البنك يأخذ في الاعتبار عند اصدار قراره حول منح القرض كافة الاعتبارات الاجتماعية و الاقتصادية الخاصة بطلب القرض لاسيما الخاصة بسنه وعدد الافراد اللذين يعيلهم ووضعيته الصحية، ومن شأن هذه التأمينات أن تشكل حماية له ضد هذه الأخطار[20].

كما ينبغي ان تحاط عملية تأمين القرض بمجموعة من الضمانات حتى يؤدي دوره في ضمان وتسهيل منح القرض بفعالية كبيرة، حيث ينبغي ان يكون عقد التامين تبعي للعقد الاصلي المتمثل في القرض مثلما هو عليه الحال في عقد البيع في نشوئه وفي انقضاءه أي لا يبرم القرض الا بعد التأكد من ابرام عقد التامين كما يجب ان يتم احتساب مبالغ التامين ضمن المبلغ الاجمالي للقرض وكذا ضمن مبالغ اقساط التعويض ، كما ينبغي أن يتم تحديد شروط التعويض بدقة لاسيما تحديد نسبة السقف الذي يمنح عنده التعويض، و الحادثة التي تستوجب تدخل المؤمن [21].

كما ان تحديد اقساط التامين لا ينبغي ان يكون ثابتا طيلة فترة العقد فيجب ان يكون متناسبا مع المبلغ المتبقي من القرض لأنه كلما دفع المقترض قسطا كلما نقص المبلغ المتبقي ومن تم نقص خطر عدم التسديد أي الخطر المؤمن لذلك يجب ان يكون هناك تواصل من البنك وشركة التامين، كما ينبغي على البنك ان يخبر

شركة التامين كلما دفع المقترض قسطا، ويتم تخفيض نسبة قسط التامين تماشيا مع نسبة تسديد المقترض للقرض[22].

3) استعمال تقنية القرض التنقيطي: هي تقنية آلية لتقييم مخاطر القرض عن طريق برامج متخصصة تقوم بإدخال معطيات ومعلومات شخصية ذات طبيعة خاصة وتحليلها لتعطي في النتيجة تنقيطا خاصا بكل طالب للقرض يعكس جدارته في الحصول على القرض من عدمه ويمنحه نقطة قد تؤهله للحصول على القرض أو لا. ومن ايجابياته معاملة كل الزبائن معاملة مماثلة بغض النظر عن عرقهم أو جنسهم أو أي باعث آخر لأنها تعتمد على معايير منهجية محايدة ومحددة مسبقا، كما أن نتائج البحث تظهر على الشاشة بدون تدخل بشري ودون امكانية التغيير ومنه يظهر خطر العجز وعدم التسديد آليا ودون تدخل من البنك[23]. ومن سلبياته أنه لا يعطي أي تقييم حول شخصية المقترض، كإرادته في الدفع، وظروفه الاجتماعية... كما أن تقنية القرض بالتنقيط تجعل طلب كل مقترض يقابل بالرفض في كل البنوك التي تعتمد نفس البرنامج ما يجعل هذا المقترض أشبه بالشخص الممنوع بنكيا[24].

4) التنظيم المؤسساتي للمديونية المفرطة: تقوم بهذا الدور في التشريع الفرنسي " لجنة المديونية المفرطة" حيث تقوم هذه اللجنة باقتراح مجموعة من الإجراءات جاء بها قانون 01 أوت 2003، حيث هو أول قانون يسمح باتخاذ إجراءات لمعالجة المديونية المفرطة، حيث سمح بوضع عدة تخفيضات حول معدلات الفائدة أو القيمة المتبقية من القرض في حين كان قبل ذلك يسمح للقاضي فقط بالقيام بإجراءات إعادة التقييم القضائي[25].

في حين لا توجد مثل هذه الهيئة في التشريع الجزائري و التي رغم أنها لا تقر صراحة بحق المقترض في الحصول على القرض غير أنها تساهم بطريقة غير مباشرة في ذلك من خلال تشجيع البنوك على منح القرض من خلال تأطير العلاقة بين البنك وعميله الذي يعاني من صعوبات مالية. رغم الاعتراف بالوساطة البنكية التي يجريها القاضي ومدى إمكانية مساهمتها في التقليل من النزاعات ومن تم تشجيع عمليات منح القروض.

خاتمة:

يمكن القول في الأخير أن البنك يبقى سيدا في قراره بشأن منح القرض او رفضه إذ ينبغي له ان يبني قراره على مدى انتاجية هذا القرض بالنسبة له وجدارة المقترض بالحصول عليه انطلاقا من تحليل سمعته وقدرته على الدفع و الأخطار التي تحيط بالعملية، و لا ينبغي القول بتضحية البنك بمصلحته الاقتصادية وبسياسته الاقراضية في سبيل تحسين ظروف المقترض او ضمان حسن سير أعمال المقترض.

✓ إن مسؤولية البنك على منح القرض تبنى على اسس موضوعية تتعلق خاصة بسمعة العميل المقترض وقدرته على سداد القرض من عدمه وليس على اسس شخصية تتعلق بحالته العائلية أو الاقتصادية على حساب البنك، وبعبارة اخرى البنك مؤسسة تجارية لا ينبغي ان تكون اداة في يد الدولة من أجل تحقيق مشاريع اجتماعية او اقتصادية.

✓ الحق في القرض فكرة نسبية فالقرض يبقى عقدا ولذلك يخضع لإرادة الأطراف، كما أن غياب الحق في القرض ينطلق من اعتبارات اقتصادية فالأموال التي يقرضها البنك مصدرها المودعين اللذين إلتزم أمامهم، لذلك فاستخدامها يكون منطقيا وفق سياسة دقيقة لتسيير المخاطر.

✓ ان الرقابة القضائية على قرار البنك مهما كان مداها لا يمكنها نزع الطابع العقدي و الرضائي للقرض.

✓ لا ينبغي بأي حال تغليب مصلحة المقترض على حساب مصلحة البنك وتطوره الاقتصادي.

✓ إن طغيان المعايير الشخصية على قرار البنك بمنح القرض من عدمه لا تعفيه أبدا من الرقابة.

✓ ضرورة الابقاء على الطابع الرضائي لعقود القرض في إطار احترام الالتزامات التي تفرضها مبادئ الحذر في منح القروض، وضرورة توفير الحماية القانونية للمقترض باعتباره طرف ضعيف في العقد.

ومن خلال هذه الدراسة يمكن تقديم التوصيات التالية والتي من شأنها أن تساهم في استدراك بعض النقائص المسجلة:

✓ إنشاء هيئات للوساطة البنكية للتوسط بين البنك وعميله من أجل تقريب وجهات النظر و المساعدة على ابرام العقد.

✓ ينبغي للسلطة التقديرية للبنك أن تؤسس على معايير موضوعية كالقدرة على الدفع وملاءة طالب القرض.

✓ وجوب مراعاة الخصوصية بين القرض الممنوح للخواص و الممنوح للشركات وذلك للفوارق الجوهرية بين هاتين الطائفتين سواء من حيث الضمانات، الحاجة الى القرض، المخاطر.

✓ ضرورة ايجاد بدائل عن البنوك من أجل عدم تعطيل سوق منح القرض فيما يخص الفئات التي لا تتلاءم وضعيتها مع خطورة التعامل البنكي، لاسيما تعاضديات القرض.

✓ العمل على تأطير و تطوير صيغ التعامل بالقروض الاسلامية لما تقدمه من ضمانات قد تغني عن الخضوع لبعض الالتزامات التي تثقل كاهل المقترض في القروض التقليدية وتجعله عرضة لرفض طلبه للقرض.

الهوامش:

[1])محمد صبري السعدي، **شرح القانون المدني الجزائري النظرية العامة للالتزامات**، الجزء الأول (التصرف القانوني ـ العقد والإرادة المنفردة ـ)،الطبعة الأولى، دار الهدى، الجزائر، 1992، ص 45.

[2]) Marie Nécol, **Essai sur le droit au crédit, thèse de doctorat en droit privé**, Université paris Descartes, Faculté de droit, 2014, p.155.

[3]) Article L313-12-1.droit monétaire et financier français. Ajouter par la loi 1255/2009. De 19 octobre 2009. Relatives à la facilité de l'obtention du prêt pour les petites et moyennes entreprises et d'améliorer le fonctionnement du marché financier.

[4]) نقض مصري، في 1969/06/19، رقم 323، السنة 35 قضائية، نقلا عن صبري السعدي، مرجع سابق، ص 108.

[5]) قريمس عبد الحق، المسؤولية المدنية للبنوك في مجال الحسابات، **رسالة مقدمة لنيل شهادة الدكتوراه في قانون الأعمال**، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة منتوري، قسنطينة، السنة الجامعية 2010ـــ2011، ص 24.

[6]) مادة 66، من القانون رقم 01/16، المؤرخ في 06 مارس 2016، متضمن التعديل الدستوري، ج ر عدد 14، صادر في 07 مارس 2016.

[7]) مرسوم تنفيذي رقم 114/15، مؤرخ في 12 ماي2015، متعلق بشروط وكيفيات العروض في مجال القرض الاستهلاكي، ج ر عدد 24، صادر في13 ماي 2015.
[8]) قريمس عبد الحق، مرجع سابق، ص 25.
[9]) FrédricTiberghien, la loi et le contrat, Sur le site :**https://www.cairn.infos**
[10]) Op.cit.
[11]) قانون رقم 02/04 ، مؤرخ في 23 جوان 2004، متعلق بالقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج ر عدد 41، صادر في 27 جوان 2004.
[12]) أنظر قريمس عبد الحق، **مرجع سابق**، ص 19.
[13])محمد صبري السعدي، **مرجع سابق**، ص ص 134- 136.
[14]) **https://www.canfin.fr**. la responsabilité de la banque.
[15]) **https://www.canfin.fr**. la responsabilité de la banque, Op.cit.
[16]) مادة 121 امر 11/03، متعلق بالنقد و القرض، **مرجع سابق**.
[17]) مادة 907، أمر 58/75، مؤرخ في 26 سبتمبر 1975، يتضمن القانون المدني، ج ر عدد 78، صادر في 30 سبتمبر 1975.
[18]) مادة948، أمر 58/75، يتضمن القانون المدني، مرجع سابق.
[19]) أمر رقم 07/95، مؤرخ في 25 يناير سنة 1995، يتضمن قانون التأمينات، ج ر عدد 13، صادر في 13 يناير 1995، معدل ومتمم.
[20]) confin.fr.la responsabilité de la banque pour refus de crédit.
[21]) Charles Penglaou.la technique de l'assurance et la distribution de crédit par les banques . **journal de la société statistique de paris.** tome 75. 1934. P 112.
[22]) Clémentine loyer. Les mesures de prévention du surendettement des particuliers : à la croisée des chemins des droits commun et spécial. **Thèse pour le doctorat en droit privé et sciences criminelles**. Faculté de droit de science politique et de gestion. Université la rochelle.2014 .p91.
[23]) Marie Nécol, **op.cit**.p.117.
[24]) **ibid**, p.118.
[25]) Eric Bertrand Nemadeu Djuitchoko, Le traitement du contentieux bancaire, **Thèse de doctorat**, université jean momet saint etiene, Faculté de droit, 2006, p.25.